

Université Panthéon-Assas
École doctorale Georges Vedel



Université Panthéon-Assas

LA QUASI-RÉGIE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Thèse de doctorat en droit présentée
et soutenue publiquement le 3 décembre 2015
par Madame **Élise MOURIESSE**

- MEMBRES DU JURY -

Monsieur *Jean-David* Dreyfus

Professeur à l'Université Paris-Dauphine (*Rapporteur*)

Monsieur *Gabriel* Eckert

Professeur à l'Institut d'études politiques de l'Université de Strasbourg
(*Suffragant*)

Monsieur *Gilles J.* Guglielmi

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) (*Directeur de thèse*)

Madame *Pascale* Idoux

Professeure à l'Université de Montpellier (*Suffragante*)

Madame *Rozen* Noguellou

Professeure à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) (*Rapporteur*)

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Titre et résumé en français : LA QUASI-REGIE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Les enjeux de la quasi-régie (traduction française du « contrat « *in house* » ») sont multiples car elle constitue avant tout une dérogation aux règles de passation des contrats publics. Elle est de ce fait entièrement conditionnée par cette caractéristique et repose sur une combinaison particulière entre plusieurs modalités liées au fonctionnement des prestataires intégrés et aux relations qu'ils entretiennent avec leurs détenteurs. Seules les situations qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement du marché peuvent donc être qualifiées de mécanismes interorganiques. La quasi-régie est ainsi clairement distincte d'autres notions, telles les associations transparentes ou les montages artificiels, et constitue une véritable construction juridique légitime que les acteurs du secteur peuvent manier. Sa malléabilité est toutefois révélée par l'étude des modes d'intervention multiples avec lesquels elle est compatible en France : la société publique locale n'est par exemple qu'un moyen parmi d'autres de la mettre en œuvre. Cette flexibilité est confirmée par le fait que les disciplines financière et fiscale françaises ne se saisissent pas de ce mécanisme, de telle sorte que la quasi-régie ne constitue pas un mode de gestion intermédiaire entre régie et externalisation. La qualité de contrat spécial, plus précisément celle de « contrat interorganique », semble toutefois pouvoir lui être attribuée car la quasi-régie repose sur une combinaison de circonstances contractuelles et institutionnelles spécifiques qui impliquent avant tout des modalités particulières en termes de passation, sans pour autant exclure certaines singularités en matière d'exécution.

Mots-clefs : *quasi-régie, prestations intégrées, prestations quasi internes, contrat interorganique, association transparente, contrat avec soi-même, contrat « in house », coopération institutionnalisée, pouvoir adjudicateur, entreprises publiques, externalisation, société publique locale, régie*

Title and abstract in english : IN-HOUSE PROVIDING IN FRENCH PUBLIC LAW

“In-house providing procurements” concern contracts awarded by contracting authorities without application of the procedures laid down in European secondary law. They thus have to be first considered as a derogation, which reveals their stakes but also the way they've been shaped. To make sure that it would not be used to abuse European law, European institutions have paid special attention to in-house operation's conditions. In-house contracting parties have to prove the existence of particular conditions relating to the functioning of the contractor and its relations with its holders. Through those characteristics lies the particularity of in-house providing, which can be distinguished from other notions, such as “transparent associations” or “artificial schemes”. This is also a way to affirm in-house procurements' legitimacy and to make it a real legal construction. This naturally leads to its qualification. Studying its manifestations in French public law makes clear that this construction is not complete. In-house contractor may take many legal forms, which brings to light in-house providing's flexibility. It also prevents financial and fiscal French law to seize this derogation. In-house contracts can't therefore be described as an intermediary governance mode, between outsourcing and internal governance (in-house operations *stricto sensu*). Nevertheless, in-house providing procurements embody a type of special contracts, “les contrats interorganiques”, which implies particular rules relating to their passation and admits a certain particularity concerning their execution.

Keywords : *in-house providing, in-house operations, internal procurement operations, contracting authorities, local public company, local public service, public procurement, public outsourcing, internal governance*

Liste des principales abréviations

§	paragraphe
CP-ACCP	<i>Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics</i>
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
al	alinéa
aff.	affaire
Ass.	Assemblée
BDP	Bibliothèque de droit public
BOI	<i>Bulletin officiel des impôts</i>
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
Bull.	<i>Bulletin</i>
Bull. inf. Cass.	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	<i>Contrats et marchés publics</i>
Cne	Commune
collab.	avec la collaboration de
Coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cons. Stat.	<i>Consiglio di Stato (Conseil d'État italien)</i>
coord.	sous la coordination de
dactyl.	dactylographié
dir.	sous la direction de
doctr.	doctrine
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
éd.	édition
fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
GURI	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana</i>
ibid.	<i>ibidem</i>

JCP A	<i>La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales</i>
JCP E	<i>La Semaine juridique – Entreprises et affaires</i>
JCP G	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
JCP N	<i>La Semaine juridique – Édition notariale et immobilière</i>
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
loc. cit	<i>loco citato</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
obs.	observations
p.	page
pp.	pages
préc.	précité
pt	point
PUF	Presses Universitaires de France
RDP	<i>Revue de droit public</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
Rec.	<i>Recueil Lebon pour les arrêts du Conseil d'État, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel pour les décisions du Conseil constitutionnel, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ou de l'Union européenne pour les arrêts de cette Cour, Recueil des jugements du Tribunal de l'Union européenne pour les jugements rendus par ce Tribunal, Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme pour les arrêts et décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme</i>
RLCT	<i>Revue Lamy des collectivités territoriales</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RJEP	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RMCUE	<i>Revue du marché commun et de l'Union européenne</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
SEM	société d'économie mixte
SPL	société publique locale
SLP	société locale de partenariat
spéc.	Spécifiquement
Sté	Société
T.	tome
TAR	<i>Tribunale amministrativo regionale</i>
TC	Tribunal des conflits
trad.	traduit par
TUE	Tribunal de l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
vol	volume
v.	voir

Sommaire

Introduction générale	11
Partie 1. Une dérogation au droit commun de la passation des contrats publics .	67
Titre 1. Une dérogation conforme au droit de l'Union européenne	73
Chapitre 1. Une échappatoire légale à la concurrence	75
Chapitre 2. Une échappatoire légitime à la concurrence	141
CONCLUSION DU TITRE 1	209
Titre 2. Une dérogation conditionnée par cet aspect dérogatoire	211
Chapitre 1. Un aspect dérogatoire encadré par des critères complémentaires	213
Chapitre 2. Un aspect dérogatoire borné par une distinction avec les situations abusives	303
CONCLUSION DU TITRE 2	369
Conclusion de la Partie 1	371
PARTIE 2. Une construction juridique inédite	373
Titre 1. L'absence d'identité organisationnelle de la quasi-régie	377
Chapitre 1. L'absence d'uniformité dans les conséquences de la quasi-régie sur la forme des prestataires intégrés	379
Chapitre 2. L'inexistence d'une identité financière interorganique	451
CONCLUSION DU TITRE 1	517
Titre 2. L'identité contractuelle de la quasi-régie	519
Chapitre 1. L'insolubilité du contrat interorganique dans les formes contractuelles préexistantes	525
Chapitre 2. La spécialité du contrat interorganique	581
CONCLUSION DU TITRE 2	657
Conclusion de la Partie 2	659
Conclusion générale	661
Bibliographie	669
Index	759
Table des matières	777

INTRODUCTION

GENERALE



1. — Les hypothèses de coopération entre entités du secteur public, auxquelles les directives « marchés »¹ et « concessions »² adoptées en 2014 consacrent des articles, n'ont pas été créées de toutes pièces par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. Ces institutions sont simplement venues synthétiser et perfectionner une construction prétorienne³ dont le point de départ a été l'arrêt *Teckal*⁴. Par cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes⁵ a enclenché la conceptualisation de la quasi-régie. Celle-ci désigne une situation dans laquelle un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs passent un contrat avec une autre personne morale qui ne peut pas réellement être considérée comme un tiers⁶. Elle traduit une véritable mutation dans la façon dont les institutions de l'Union européenne perçoivent et appréhendent les actions des pouvoirs adjudicateurs. Ces institutions ne sont plus systématiquement rétives aux assouplissements des procédures de mise en concurrence des contrats publics lorsque ceux-ci sont dûment justifiés. La quasi-régie fait partie de ces assouplissements. Désormais passée du statut de création jurisprudentielle à celui d'exclusion officielle

-
- ¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE L 94* du 28 mars 2014, pp. 1-64, article 17.
 - ² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE L 94* du 28 mars 2014, pp. 65-242, article 12.
 - ³ Cette œuvre de synthétisation et de perfectionnement est systématiquement saluée par les commentateurs. Le professeur Brenet fait allusion à une « clarification », à une « bonification » et à une « consolidation » de la quasi-régie (BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 848-852, pp. 849-850). Maître Olivier et Maître Lesquins remarquent sa « clarification » (OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *CMP*, 2014, n° 8-9, pp. 7-14, étude n° 8, pp. 7-9, p. 8). Le professeur Hoepffner souligne sa « codification » et le fait que les directives effectuent sur ce point de nombreux « rappels » (HOEPFFNER Hélène, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Revue Europe*, 2014, n° 5, pp. 5-13, pts 22 et 23) et le professeur Clamour signale une « codification à architecture constante » (CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, 2014, n° 6, pp. 25-30, dossier n° 6, p. 25, pt 1).
 - ⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 ; *Rec.*, 1999, p. I-8121 ; *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43, concl. Georges COSMAS ; *Revue Europe*, 2000, n° 1, p. 22, comm. n° 28, note Fabienne KAUFF-GAZIN.
 - ⁵ La locution « Cour de justice des Communautés européennes » sera employée dans les présents travaux pour tous les arrêts rendus avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'expression « Cour de justice » sera également fréquemment utilisée pour désigner cette institution. De même, si l'expression « droit de l'Union européenne » (parfois réduite aux locutions « droit de l'Union » ou « droit européen » pour alléger la syntaxe) sera employée, le terme « communautaire » le sera dans les développements concernant le droit applicable antérieurement au Traité de Lisbonne. Éviter toute mention à cet adjectif aurait semblé d'autant plus inapproprié que son emploi « peut se justifier dans la mesure où il existe un « modèle communautaire » qui repose sur une logique d'intégration et que l'on retrouve dans le fonctionnement de l'Union européenne » (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2014, p. 39, note 62).
 - ⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50-51.

grâce à l'adoption des nouvelles directives, elle a franchi une étape cardinale de son développement, ce qui est propice au bilan. La présente étude se propose par conséquent d'en livrer une analyse.

2. — Les bornes de cette recherche doivent être précisées (**Section 1**), tout comme ses raisons d'être (**Section 2**). Seront ensuite exposées la méthodologie retenue (**Section 3**), ainsi que la problématique et le plan y répondant (**Section 4**).

SECTION 1. L'OBJET DE L'ÉTUDE : LA PARTICULARITÉ DE LA QUASI-RÉGIE

3. — La locution « *in house* » est utilisée depuis plusieurs dizaines d'années au niveau européen pour désigner les organes internes de structures diverses⁷. L'expression « contrat *in house* » n'est cependant apparue qu'au terme des années 1990. Elle a été consacrée par la Commission⁸, reprise par la Cour⁹ et entérinée par les directives pour désigner la quasi-régie¹⁰. Elle est à ce titre traditionnellement privilégiée par les auteurs pour citer ce mécanisme¹¹. Certains d'entre eux lui préfèrent néanmoins des versions francisées : le « contrat maison »¹², le « contrat domestique »¹³, les « prestations

⁷ V. notamment : Comité économique et social européen, section de l'énergie et des affaires nucléaires, *Avis sur le programme de recherche (1983-1987) en matière de prospective et d'évaluation de la science et de la technologie (FAST)*, n° 51983AC0541, 1^{er} juin 1983, JOCE C 211 du 8 août 1983, pp. 9-12. Cette signification de l'expression « *in house* » a été rappelée par l'avocat général Kokott (concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, présentées le 1^{er} mars 2005 (ECLI:EU:C:2005:123 ; *Rec.*, 2005, p. I-8585 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 454 ; pt 2) et Monsieur Roma (ROMA Giacomo, *L'évolution des modalités de gestion des services publics locaux. Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2011, p. 4).

⁸ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

⁹ V. notamment : CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, §21 (ECLI:EU:C:2000:677 ; *Rec.*, 2000, p. I-11037 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 121, concl. Philippe LÉGER ; *CMP*, 2001, n° 2, p. 11, comm. n° 36, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; *LPA*, 2001, n° 56, p. 14, note Yves CLASSE ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 2000, n° 11, p. 75, note Christien BETTINGER).

¹⁰ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, NOR : EINM1506103R, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

¹¹ Son utilisation dans les ouvrages, articles et contributions, reste en effet la plus courante (v. notamment : BRAMERET Sébastien, « SPL : actionnariat public ne rime pas avec *in house* automatique », *Revue Lamy concurrence*, 2014, n°38, pp. 97-98 ; ECKERT Gabriel, « Relation « *in house* » entre un département et un SDIS. À propos de CAA Marseille, arrêt, 1^{er} octobre 2012, n° 09MA01954 », *CMP*, 2012, n°12, pp. 16-17, comm. n° 326 ; KARPENSCHIF Michaël, « Du « *in house* » aux « *in house* » après la directive concession ? », *ACCP*, 2014, n°141, pp. 64-69 ; NOGUELLOU Rozen, « Le *in house* devant le Conseil d'État », *RDI*, 2009, n°7, pp. 423-425 ; SCHWARTZ Rémy, « Quelles sont les conditions du « *in house* » ou de la « gestion interne » ? », *BJCP*, 2008, n°60, pp. 343-346 ; SOULAY Carine, « Les contrats *in house* : « cette obscure clarté qui tombe des étoiles » », *Les cahiers de la fonction publique*, 2014, n°350, pp. 36-38).

¹² APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *RFDA*, 2009, n° 4, pp. 759-765 ; DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *RDUE*, 2002, n° 1, pp. 53-61 ; SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance dans la construction*, 7^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, 2012, pp. 241-242.

¹³ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2013, p. 85, tel que cité in : BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 849.

intégrées »¹⁴ et, plus rarement, les « prestations interorganiques »¹⁵. La formule « prestations quasi internes », apparue dans les conclusions prononcées par l'avocat général Stix-Hackl au sujet de l'affaire *Stadt Halle*¹⁶, est également employée¹⁷. Quant à l'appellation quasi-régie, elle revêt un caractère officiel depuis qu'elle a été choisie par la Commission de néologie en 2008¹⁸. Inscrite depuis lors dans l'Ordonnance du 23 juillet 2015¹⁹, elle semble progressivement trouver sa place dans la littérature juridique²⁰. Toutes ces expressions seront par conséquent employées en tant que synonymes dans les présents travaux.

4. — Leur multiplicité n'éclipse pas l'unité de la quasi-régie (§1). Elle révèle par ailleurs la diversité des points de vue que le droit public français permet de soulever au sujet de cette dérogation (§2).

¹⁴ V. notamment : AIT-EL-KADI Zéhina (coord.), *Code des marchés publics et autres contrats 2015*, 8^{ème} éd., Dalloz, Codes Dalloz Professionnels, 2015, p. 753 ; DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *JCP A*, 2009, n° 24, pp. 40-48, comm. n° 2145 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Domat, 2014, p. 578 ; ROMAN-SÉQUENSE Brigitte, « Nouvelles précisions sur les contrats de prestations intégrées », *CMP*, 2015, n° 6, pp. 36-37, comm. n° 163.

¹⁵ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 249, 2007, p. 490.

¹⁶ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03 (ECLI:EU:C:2005:5 ; *Rec.*, 2005, p. I-1), présentées le 23 septembre 2004, ECLI:EU:C:2004:553, pt 1.

¹⁷ V. notamment : CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, « Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 8 mai 2014, Affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH, contre Technische Universität Hamburg-Harburg Hochschul-Informationssystem GmbH* », *ACCP*, 2014, n° 145, pp. 9-9) ; DURVIAUX Ann Lawrence, « Les opérations *in house* (ou quasi internes), le contrôle analogue (suite) ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, affaire numéro C-15/13 », *RTD eur.*, pp. 402-403 ; MULLER Étienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2012, p. 39).

¹⁸ Commission de néologie, *Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, NOR : CTNX0825937X, *JORF* du 19 novembre 2008, p. 17687, texte n° 97.

¹⁹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, NOR : EINM1506103R, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

²⁰ V. notamment : AIT-EL-KADI Zéhina (dir.), *Code des marchés publics et autres contrats 2015*, *op. cit.*, p. 753 ; GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, Coll. Domat, 3^{ème} éd., 2011, p. 346, pt 674 ; RAPP Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA*, 2010, n° 11, pp. 588-595 ; ZIANI Salim, « La quasi-régie s'apprécie *in concreto* et la transparence prime sur la libre organisation », *LPA*, 2009, n° 208, pp. 17-20.

§1. La quasi-régie

5. — Elle constitue l'une des hypothèses de relations entre pouvoirs publics reconnues par le droit de l'Union, il est donc nécessaire de préciser son périmètre **(A)**, d'autant plus que celui-ci ne semble pas faire l'objet d'une unanimité. Il faudra ainsi expliquer pour quelle raison nous avons choisi de maintenir l'unité entre les différentes manifestations de la quasi-régie, que sont la détention unique et la pluri-détention de prestataires intégrés **(B)**.

6. — En tant qu'il remplit une fonction exclusive de certaines règles, ce mécanisme est en outre fréquemment nommé « exception ». Cette qualification n'a pas été retenue dans les présents travaux. Elle a été remplacée par le vocable « dérogation », ce qui devrait permettre une meilleure compréhension de cette dernière, tout en mettant mieux en avant sa légitimité juridique. Du fait de la synonymie entre les termes « exception » et « dérogation », cette présentation constitue néanmoins un parti pris, qui doit en tant que tel être justifié **(C)**.

A. L'identification des mécanismes interorganiques et de leurs effets juridiques

7. — Dans le cadre des directives, c'est le contrat qui est mis en avant : ces textes définissent en effet la quasi-régie comme correspondant à des hypothèses dans lesquelles une convention passée par un pouvoir adjudicateur échappe à leur champ d'application. Le fait que la quasi-régie soit située dans une section nommée « Exclusions » en atteste²¹. Analyser ce mécanisme nécessite par conséquent de déterminer comment identifier les situations interorganiques et quelles exonérations de mise en concurrence sont admises en leur sein.

8. — **La logique interorganique.** Pour détecter un mécanisme quasi interne dans sa forme la plus simple, il faut avant tout un pouvoir adjudicateur, en présence d'une personne juridique détenant la personnalité morale, qu'il aurait créée ou dans laquelle il aurait pris des participations. L'organisme peut revêtir les formes les plus

²¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., Section II ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., Section 3.

diverses, les directives mentionnant simplement une « *personne morale* »²². Du fait de sa très forte dépendance envers le pouvoir adjudicateur et en dépit de son autonomie, il n'est pas considéré comme étant un véritable tiers²³. En conséquence, les conventions que ces acteurs passent entre eux ne peuvent être qualifiées de contrats et sont exclues du champ d'application des directives. Dans la lignée des différentes appellations permettant de désigner la quasi-régie dans son ensemble, cet organisme détenu par un pouvoir adjudicateur sera alors nommé « prestataire intégré » ou « interorganique », « opérateur interne »²⁴ ou « quasi-interne » ou, par une déclinaison de l'appellation française officielle : « *quasi régisseur* »²⁵. L'expression « opérateur dédié » est également employée²⁶, ce qui permet de souligner que tout prestataire intégré a vocation à vouer son activité à l'exécution des besoins de ses détenteurs. Son emploi tend néanmoins à créer une confusion avec les entités bénéficiant de la « procédure *Acoset* ». Cette formule est celle qui sera utilisée dans les présents travaux pour décrire toutes les entités à capital mixte qui, bénéficiant des recommandations de la Commission²⁷ et des prescriptions de l'arrêt *Acoset SpA*²⁸, sont créées par le biais d'une procédure unique de mise en concurrence, regroupant le choix de leur actionnaire privé et l'attribution du contrat. Les

²² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1 à article 17.3 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1 à 12.3.

²³ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50.

²⁴ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 9^{ème} éd., LGDJ-Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2014, p. 31, pt 38.

²⁵ TARON David, « L'exception « *in house* » à l'épreuve des juges du fonds : premiers retours sur expérience », *LPA*, 2009, n° 221, pp. 7-13, p. 7.

²⁶ V. notamment : APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *loc. cit.*

²⁷ Commission, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (C(2007)6661), 5 février 2008, p. 5, pt 2.2.

²⁸ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 ; *Rec.*, 2009, p. I-9913 ; *AJDA*, 2009, n° 41, p. 2276, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; *AJDA*, 2010, n° 2, p. 104, note Jean-David DREYFUS et Marc PELTIER ; *BJCP*, 2010, n° 68, p. 39, concl. Damaso Ruiz-Jarabo COLOMER ; *CMP*, 2010, n° 1, p. 37, comm. n° 35, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2009, n° 51, p. 35, comm. n° 2299, note Claude DEVÈS ; *RDI*, 2010, n° 3, p. 153, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RLCT*, 2010, n° 53, p. 39, note Régis PASSERIEUX et Bernard THIN ; *Revue Europe*, 2009, n° 12, p. 23, comm. n° 455, note Denys SIMON.



sociétés d'économie mixte à opération unique en sont l'exemple topique²⁹. La locution « société dédiée » est fréquemment utilisée pour les désigner³⁰. Ces sociétés bénéficiant de la « procédure *Acoset* » ne sont cependant pas des structures intégrées car elles sont dédiées à une opération particulière et non à l'activité de leurs détenteurs au sens large comme le sont les prestataires interorganiques³¹. Il faut par conséquent préciser que dans les présents travaux, hormis dans les développements portant plus précisément sur la « procédure *Acoset* »³², l'expression « opérateur dédié » tendra à désigner les entités interorganiques et non ces organismes.

9. — Quant aux pouvoirs adjudicateurs détenant des prestataires intégrés, ils seront nommés « détenteurs interorganiques ». S'il est bien possible, économiquement parlant, de les qualifier d'investisseurs, ils ne peuvent pas être réunis sous le vocable « actionnaires » car les formes pouvant être revêtues par les prestataires intégrés sont multiples. La qualification de structure quasi interne peut par exemple bénéficier à des sociétés³³ ou à des associations³⁴. Or, une association intégrée par exemple, en ce qu'elle

²⁹ V. notamment : BRAMERET Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé à la française ? », *JCP A*, 2013, n° 49, pp. 11-15 ; ECKERT Gabriel, « La société d'économie mixte à opération unique, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1941-1948 ; LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *AJCT*, 2013, n° 12, pp. 555-561 ; MAINNEVRET Romain, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », *BJCL*, 2014, n° 4, pp. 538-542 ; MARQUES Modeste et GONZAGUE Philippe, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *Droit administratif*, 2014, n°10, pp. 10-17, étude n°15. Sur l'impossibilité pour les personnes publiques françaises de mettre en œuvre cette procédure avant l'adoption de cette loi, v. notamment : HOEPFFNER Hélène, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 », *CMP*, 2010, n° 12, étude n° 11, pp. 6-20 ; LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La longue marche vers le partenariat public-privé institutionnalité. À propos de l'avis du Conseil d'État du 1er décembre 2009, *CMP*, 2010, n°10, pp. 1-2, repère n° 9 ; MARAIS (Du) Bertrand, « Le Conseil d'État et le partenariat public-privé institutionnalisé », *JCP A*, 2011, n° 51, pp. 31-37, n° 2398 ; NOGUELLOU Rozen, « L'avis de la section d'administration du Conseil d'État sur les PPPI », *Droit administratif*, 2010, n°8, pp. 3-3.

³⁰ V. notamment : MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *CMP*, 2010, n° 2, pp. 6-13, p. 11, pt 12 ; PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *RLCT*, 2010, n° 53, pp. 39-43, p. 4.

³¹ Une telle société doit en effet avoir été « spécialement créée aux fins de la fourniture » d'un service en particulier et avoir « un objet social unique » (CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrivo Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §63), ce que le législateur français a très fortement accentué dans sa traduction de ces dispositions, en prévoyant que toute société d'économie d'économie mixte à opération unique « dissoute de plein droit au terme du contrat » qui lui a initialement été confié par ses détenteurs (article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales).

³² V. : *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, A.2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B.

³³ V. notamment : CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, §33 (ECLI:EU:C:2006:237 ; *Rec.*, 2006, p. I-3303, *CMP*, 2006, n° 5, p. 14, comm. n° 131, note Willy ZIMMER ; *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 163, note Bertrand Du MARAIS ; *LPA*, 2006, n° 146, p. 20, chron. Pierre ARHEL ; *RDI*, 2006, n° 3, p. 222, note Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, 2006, n° 6, p 14, comm. n° 189, note Éric MEISSE).

ne dispose pas d'un capital social, ne sera pas détenue au sens propre par des actionnaires. Seul le terme « détenteur » est donc adéquat pour recouvrir toutes les hypothèses envisageables.

10. — Les critères permettant de repérer un mécanisme interorganique.

Pour repérer les acteurs d'un mécanisme interorganique, la Cour de justice a créé deux critères, ceux dits du « contrôle analogue » et de « l'activité essentielle »³⁵. Le Parlement européen et le Conseil ont conservé et perfectionné ces critères. Ils ont précisé le critère de l'activité essentielle, le prestataire intégré devant désormais exercer *a minima* 80% de son activité avec son détenteur³⁶ alors que la jurisprudence précédente, plus souple, refusait de livrer un pourcentage. La Cour précisait simplement que le prestataire devait consacrer « *principalement* » son activité à son détenteur, « *toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* »³⁷. Le critère du contrôle analogue, quant à lui, repose toujours sur la présence d'une « *influence décisive* » du détenteur interorganique sur son prestataire intégré³⁸. Pour ce faire, les rédacteurs des directives ont précisé les différents indices que la Cour s'appliquait à relever, concernant notamment les organes de direction du prestataire intégré et son fonctionnement afin de détecter si ce prestataire a développé

³⁴ V. par exemple l'arrêt « *SUCH* », dans lequel la Cour n'exclut pas l'éventualité de la dérogation interorganique sur le fondement de la forme associative du prestataire intégré éventuel mais sur le fondement de ses conditions de fonctionnement (CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal*, C-574/12, §44 (ECLI:EU:C:2014:2004 ; *AJDA*, 2014, p. 1301, obs. Jean-Marc PASTOR ; *CMP*, 2014, n° 10, p. 29, comm. n° 256, par Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2014, n° 41, p. 13, comm. n° 2279, par Sébastien BRAMERET ; *Revue Europe*, 2014, n° 8, p. 26, comm. n° 332, par Denys SIMON ; *RTD eur.*, 2015, p. 401, obs. Ann Lawrence DURVIAUX).

³⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

³⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b.

³⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, §63 (ECLI:EU:C:2006:308 ; *Rec.*, 2006, p. I-4137, *BJCP*, 2006, n° 47, p. 273, concl. Christine STIX-HACKL ; *CMP*, 2006, n° 7, pp. 14-16, comm. n° 123, note Gabriel ECKERT ; *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2006, n° 40, p. 10, chron. Michel LEJEUNE, Frédéric FONT et Catherine HOUDANT ; *Droit administratif*, 2006, n° 10, comm. n° 148, p. 21, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2006, n° 23, p. 753, comm. n° 1125, note Florian LINDITCH ; *LPA*, 2007, n° 56, p. 10, chron. Pierre ARHEL ; *LPA*, 2004, n° 138, p. 3, chron. Laurent VIDAL ; *Revue Europe*, 2006, n° 7, p. 19, comm. n° 211, noe Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo – édition publique*, 2006, n° 8, note Olivier DUBOS).

³⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1, dernier al. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1, dernier al.



une vocation de marché³⁹. En outre, le contrôle analogue exercé par un détenteur n'est pas altéré lorsque celui-ci partage le contrôle avec l'un de ses prestataires intégrés⁴⁰, ce qui n'avait pas été admis par la jurisprudence antérieure. Effectivement, il ne s'agit pas là d'une hypothèse de contrôle conjoint, qui sera détaillée *infra*, mais bien d'un ajout quant au fait que le contrôle est toujours considéré comme étant analogue lorsqu'un pouvoir adjudicateur et un prestataire intégré qu'il détient seul exercent ensemble un contrôle analogue sur le même organisme.

11. — Dans leur jurisprudence antérieure à ces textes, les juges de Luxembourg rangeaient aussi dans les modalités du contrôle analogue l'interdiction des participations privées au sein des prestataires intégrés. La détention interorganique n'était ouverte, parmi les pouvoirs adjudicateurs, qu'aux « *autorités publiques* »⁴¹. Sur ce point, les directives ont apporté des modifications. En premier lieu, elles érigent le principe de l'exclusivité des capitaux publics au sein du prestataire intégré au rang de troisième critère de la quasi-régie⁴². Cette consécration ne codifie pas ce qui avait été décidé par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*⁴³. Les directives semblent en effet distinguer les opérateurs

³⁹ Pour un exposé de ces critères avant l'adoption des directives, v. notamment : KALFLÈCHE Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA*, 2012, pp. 1120-1126, pp. 1122-1125 ; NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, n° 60, pp. 19-21 ; SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, mémoire, dactyl., Université Panthéon-Sorbonne (Paris II), 2007, pp. 24-26 ; ZIMMER Willy, « « *In house* » : précisions sur la notion de « contrôle analogue » », *CMP*, 2009, n° 10, pp. 15-17, comm. n° 305.

⁴⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1, dernier al. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1, dernier al.

⁴¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, §50 (ECLI:EU:C:2005:5 ; *Rec.*, 2005, p. I-1 ; *BJCP*, 2005, n° 41, p. 258, note Jean-François SESTIER ; *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180, note Christine MAUGÛÉ ; *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 138, chron. Bertrand Du MARAIS, Antoine GOSSET-GRAINVILLE et Stéphane RODRIGUES ; *CMP*, 2005, n° 3, p. 39, comm. n° 87, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2005, n° 3, p. 22, comm. n° 36, note Antoine ALONSO GARCIA et Amélie MAILLIARD ; *LPA*, 2005, n° 124, p. 14, note Sébastien MARCIALI ; *RDUE*, 2005, n° 4, p. 845, note Bettina KOTSCHY ; *Revue Europe*, 2005, n° 3, p. 20, comm. n° 86, note Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée générale*, 2005, n° 156, note Jean-Pierre LEHMAN).

⁴² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c

⁴³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, préc., §50.

économiques privés et les organismes de droit public⁴⁴, les capitaux des seconds appartenant à la catégorie des « participations publiques ». Cette interprétation devrait permettre à des organismes de droit public n'étant pas des autorités publiques de devenir des détenteurs interorganiques, ce qui est confirmé par une autre précision apportée par les directives. En second lieu en effet, ces textes énoncent des réserves au principe des participations uniquement publiques, ce qui constitue une nouvelle divergence avec ce qui avait été établi par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*. Désormais, s'il faut toujours commencer par s'assurer que le cocontractant du pouvoir adjudicateur ne contient pas de capitaux privés, la présence de capitaux privés ne représente plus un obstacle dirimant à la qualification interorganique. Il faut cependant que ces participations répondent aux conditions fixées par les directives. Les participations directes d'opérateurs économiques sont envisageables mais elles doivent être imposées par la législation nationale et les prérogatives auxquelles elles donnent traditionnellement droit doivent être neutralisées⁴⁵. Il semble en outre qu'elles ne sont susceptibles d'intervenir que pour certains organismes à adhésion obligatoire⁴⁶. En revanche, les directives ne contenant que des réserves concernant les participations directes de capitaux privés, aucun frein exprès n'existe concernant les participations indirectes de capitaux privés. L'introduction au capital des prestataires intégrés de structures étant elles-mêmes détenues par des entités privées ne serait donc soumise à aucune borne. Il convient de néanmoins nuancer immédiatement ces propos, en rappelant que ces mêmes textes différencient les opérateurs économiques privés et les organismes de droit public⁴⁷. Plusieurs auteurs ont donc déjà soulevé ce qui apparaît comme l'un des principaux apports des directives concernant le champ d'application de la quasi-régie : sous leur empire, tous les organismes de droit public devraient pouvoir détenir des structures quasi-internes⁴⁸.

⁴⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., pt 46 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pt 32 de l'exposé des motifs.

⁴⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c..

⁴⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., pt 46 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pt 32 de l'exposé des motifs.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ V. notamment : CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.*, pts 16-20 ; OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.*, p. 9, pt 10.



12. — La pluri-détention interorganique. La quasi-régie se décline également au pluriel : l'entité intégrée peut être détenue par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, lesquels seront nommés « co-détenteurs interorganiques » dans les présents travaux. Pour la reconnaissance d'une pluri-détention intégrée, la Cour a décidé que la logique d'ensemble était conservée. Ainsi a-t-elle repris les deux critères qu'elle avait fixés pour la détention simple : l'existence d'un contrôle particulier et le critère de « l'activité essentielle »⁴⁹. Là encore, les directives ont fait du principe des capitaux entièrement publics un troisième critère⁵⁰. Malgré cette similarité globale, les modalités d'exercice du contrôle ont souffert quelques ajustements. Ce contrôle n'est plus qualifié d'analogue à celui étant exercé par le pouvoir adjudicateur sur ses propres services mais comme étant un contrôle « conjoint » opéré par les différents détenteurs. L'assouplissement, rendu nécessaire par la détention multiple, a été compensé par les directives par une sous-condition supplémentaire : le fait que l'entité ne poursuive pas d'objectifs incompatibles avec ceux de ses détenteurs⁵¹. Tout comme les entités à détenteur interorganique unique, celles qui sont co-détenues donnent lieu à des exclusions du champ d'application des directives.

13. — Les conséquences exonératoires de la quasi-régie en matière de mise en concurrence. L'existence d'une relation interorganique a des conséquences exonératoires sur les modalités de mise en concurrence des conventions passées entre les prestataires et leurs détenteurs. Elle permet d'exclure l'application des procédures prescrites par le droit dérivé pour la passation des marchés publics ou des concessions (les acteurs restant libres de s'y soumettre volontairement). Les principes fondamentaux des Traités, notamment ceux valant en matière de transparence ne sont cependant pas écartés. La passation des conventions doit par conséquent faire l'objet d'une publicité adéquate⁵². Lorsque le prestataire est détenu par un seul détenteur interorganique, il ne

⁴⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §63.

⁵⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.c.

⁵¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.iii ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., 12.3.iii.

⁵² Conformément aux prescriptions de la Commission concernant l'application du principe de transparence (Commission, 1^{er} août 2006, Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », 2006/C 179/02, *JOUE* C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2-7, pt 2).

bénéficie pas seulement de ces exonérations en matière de mise en concurrence pour les contrats qui lui sont attribués par son détenteur. Il en bénéficie également lorsqu'il est un pouvoir adjudicateur (ce qui a vocation à représenter la majorité des cas⁵³) et qu'il attribue un contrat à son détenteur. Les directives ont en effet consacré la quasi-régie ascendante (ou inversée)⁵⁴. Ce prestataire quasi interne peut en outre faire fi des procédures de mise en concurrence lorsqu'il contracte avec une autre structure quasi interne du même détenteur interorganique, la quasi-régie horizontale ayant été validée par le Parlement européen et le Conseil⁵⁵, en dépit de l'opinion contraire de la Cour de justice⁵⁶. Ces extensions des effets juridiques interorganiques, que sont la quasi-régie ascendante et horizontale, ont uniquement été consacrées pour les détentions uniques par les directives. En conséquence, les sociétés publiques locales ne peuvent pas en bénéficier car elles doivent être composées *a minima* de deux actionnaires en vertu de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales⁵⁷. Comme tout prestataire interorganique co-détenu, elles ne bénéficieront des exonérations en matière de mise en concurrence de leurs contrats que lorsque leurs détenteurs auront l'initiative du contrat qu'ils passent avec elles. Pour tous les autres contrats que ces sociétés seront amenées à passer – lorsqu'elles contracteront pour leurs besoins propres notamment –, elles devront lancer une procédure de mise en concurrence. Selon certains auteurs, cette distinction entre les effets exonératoires de la détention unique et de la co-détention aurait causé une véritable césure au sein de la quasi-régie, faisant des hypothèses de contrôle conjoint une dérogation à part entière⁵⁸. Cette solution n'a pas été retenue ici.

⁵³ Sur le lien entre prestataire intégré et qualification de pouvoir adjudicateur, v. *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 1.

⁵⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informationssystem GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13, §36 (ECLI:EU:C:2014:303 ; *ACCP*, 2014, n° 145, p. 9, note Séverine CHAVAROCHE-BOUFFERET ; *AJDA*, 2014, n° 35, p. 2001, note Yann SIMONNET ; *CMP*, 2014, n° 6, p. 73, comm. n° 169, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2014, n° 7, p. 27, comm. n° 299, note Marie MEISER ; *RTD eur.*, 2015, n° 2, p. 402, chron. Ann Lawrence DURVIAUX).

⁵⁷ Initialement précisée à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales, cette limitation n'est plus directement inscrite dans cet article car le droit commun des sociétés anonymes a été modifié. Désormais, seuls deux actionnaires sont suffisants pour créer de telles sociétés (Ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF* n° 210 du 11 septembre 2015, p. 15851, article 1^{er}). Le renvoi opéré par l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales au livre II du Code de commerce est par conséquent suffisant pour signifier cette limitation et les termes « *et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires* » ont été supprimés de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales par l'article 2 de l'Ordonnance précitée.

⁵⁸ BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 850 ; v. aussi : KARPENSCHIF Michaël, « Du « *in house* » aux « *in house* » après la directive concession ? », *loc. cit.*

B. Le refus d'opérer une scission entre les prestataires à détenteur unique et les prestataires à co-détenteurs

14. — La plupart des auteurs conservent une présentation désormais traditionnelle, celle du regroupement sous la même bannière des prestataires à détenteur unique et de ceux qui sont co-détenus⁵⁹. Il s'agit par ailleurs d'une présentation qui était celle de la Cour avant l'adoption des directives⁶⁰. Au contraire, il est parfois exposé que les directives auraient consacré trois dérogations distinctes, en opérant une scission parmi les prestataires intégrés, entre ceux faisant l'objet d'un contrôle analogue et ceux soumis à un contrôle conjoint. C'est notamment le cas du professeur Brenet, pour qui les directives sont venues « *synthétiser une quinzaine d'années de jurisprudence et qui reprend les trois exceptions aux règles de publicité et de mise en concurrence : contrat in house, coopération verticale institutionnalisée et coopération horizontale non institutionnalisée.* »⁶¹ Cette approche n'a pas été retenue dans les présents travaux. Les directives séparent bien, sur le plan de la présentation, les deux formes de quasi-régie⁶². Sur le plan pratique, ce choix rédactionnel est compréhensible : la détention d'un prestataire intégré se déroule différemment selon qu'elle est le fait d'un ou de plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Cependant, la justification

⁵⁹ V. notamment : BRACONNIER Stéphane, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP E*, 2014, n° 19, pp. 959-967, doctr. n° 567, pts 26-30 ; CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.* ; HOEPFFNER Hélène, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *loc. cit.*, pt 23 ; LEVAIN Lionel et PRATS-DENOIX Mathieu, « Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP A*, 2015, n° 16, pp. 31-37, comm. n° 1188 ; OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.* ; SESTIER Jean-François, « Les nouvelles dispositions relatives aux relations « *in house* » et aux coopérations « public/public » », *BJCP*, 2014, n° 94, pp. 170-177.

⁶⁰ Pour exemple, en 2012, la Cour énonçait que deux hypothèses permettaient aux pouvoirs adjudicateurs d'écarter l'application des procédures de mise en concurrence prescrites par le droit dérivé : « *Il s'agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsque, à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que ladite personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). [...] Il s'agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci (voir, en ce sens, arrêt du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06, Rec. p. I-4747, point 37).* » (CJUE, Grande Chambre, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, §32 et 34 (ECLI:EU:C:2012:817, *AJDA*, 2013, n° 11, p. 630, note Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 119, concl. Verica TRSTENJAK ; *CMP*, 2013, n° 3, p. 19, comm. n° 64, note Willy ZIMMER ; *Rec. Dalloz*, 2013, n° 5, p. 309, obs. David CAPITANT ; *RDI*, 2013, n° 4, p. 213, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 346, note Ann Lawrence DURVIAUX)).

⁶¹ BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 850.

⁶² Dans les deux directives, la pluri-détention est expliquée au point 3 de l'article concerné alors que la détention unique est exposée aux points 1 et 2 (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12).

présentée dans la proposition de résolution législative du Parlement concernant l'attribution des contrats de concessions est très claire sur ce point : elle présente expressément le point 3 de l'article 17 de la directive « concessions », alors en cours d'élaboration, comme permettant de clarifier les critères « *définissant le « in-house conjoint »*⁶³. La position des rédacteurs des directives semble ainsi conforme à la cohérence de cette construction juridique.

15. — Dans les deux cas en effet, il s'agit d'extraire des contrats du champ d'application des directives sur le fondement d'un constat : malgré la présence de deux personnes morales distinctes, il n'y a pas réellement de contrat car le cocontractant du pouvoir adjudicateur n'est pas réellement un tiers. C'est par conséquent encore la logique établie dans l'arrêt *Teckal*⁶⁴ qui est appliquée. Pour constater qu'une telle situation est à l'œuvre, ce sont les trois mêmes critères fondamentaux qui sont mis en œuvre dans le cadre de la détention unique et de la pluri-détention d'un prestataire intégré. Ils souffrent bien certains ajustements en cas de co-détention mais les différences pouvant être listées n'altèrent pas la logique d'ensemble. Ces divergences tiennent en réalité à deux éléments.

16. — Le premier est une lecture différente du contrôle, le contrôle conjoint étant repérable par des modalités singulières et partiellement distinctes de la définition du contrôle analogue. Il s'agit néanmoins d'une adaptation de ce critère, qui ne crée pas de véritable contradiction avec la définition du contrôle analogue. Il aurait en effet été difficile, voire impossible, d'imposer à plusieurs pouvoirs adjudicateurs détenant un prestataire intégré de contrôler celui-ci de façon analogue au contrôle qu'ils exercent seuls sur leurs propres services. Une telle solution aurait pu avoir pour conséquence de neutraliser l'hypothèse du contrôle conjoint. Cette adaptation n'affecte cependant pas la profonde unité de ce critère.

17. — Le second élément qui sépare les entités détenues et pluri-détenues tient en outre à l'extension des exonérations de mise en concurrence : si toutes deux entraînent une exonération pour les contrats passés entre les détenteurs et leurs prestataires lorsque les détenteurs en ont l'initiative, seules les entités à détenteur unique

⁶³ Rapport du 1^{er} février 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (COM(2011)0897 – C7-004/2014 – 2011/0437(COD)), Projet de résolution législative du Parlement européen, amendement n° 129.

⁶⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.



ont obtenu la possibilité, par les directives, de bénéficier d'exonérations en vertu de la quasi-régie ascendante et horizontale⁶⁵. Il s'agit néanmoins d'un choix dans les effets donnés à la quasi-régie en matière de passation des contrats. Ce choix s'explique par une volonté des rédacteurs des directives d'éviter que le bénéfice des exonérations liées à la présence de la quasi-régie ne dérive. Une telle conséquence aurait notamment pu résulter de l'autorisation de la quasi-régie horizontale entre prestataires co-détenus. Par le jeu des cumuls inter-dérogations, des prestataires intégrés détenus par des prestataires A, B et C, auraient en effet pu contracter avec des prestataires détenus uniquement par le pouvoir adjudicateur B, ou encore par des prestataires détenus par les détenteurs C et A. L'idée du cercle interorganique fermé aurait par conséquent pu être dévoyée. Il semble par conséquent que les institutions européennes aient tenté de maintenir un *statu quo* au service d'une même logique d'ensemble, celle de la coopération institutionnalisée au travers d'un prestataire dont la qualité de tiers est niée.

18. — Ce constat d'une convergence entre les deux manifestations de la quasi-régie est confirmé par sa comparaison à deux autres dérogations existant actuellement. Depuis l'arrêt *Teckal*⁶⁶, la danse des adaptations des procédures applicables en matière de contrats publics sous la baguette des juges européens a en effet été soutenue. Outre la quasi-régie, des assouplissements ont été permis pour les partenariats public-privé par l'arrêt *Acoset SpA*⁶⁷ et la coopération non institutionnalisée ou mutualisée qui, consacrée par la Cour en 2009, côtoie désormais dans les directives la quasi-régie en tant qu'« *exclusion du secteur public* »⁶⁸. La confrontation avec la coopération mutualisée permet dans un premier temps de souligner le fait que, dans leur construction juridique, la détention et la co-détention interorganiques consistent toutes deux à créer une entité disposant de la personnalité juridique. C'est donc sur l'aspect institutionnalisé qu'elles convergent entre elles et se distinguent de la coopération mutualisée. Cette dernière

⁶⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2.

⁶⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

⁶⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

repose en effet sur une collaboration sans intermédiaire, tant dans sa consécration par la Cour⁶⁹, que dans sa définition par les directives, qui mentionnent un contrat conclu « exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus »⁷⁰. La « procédure *Acoset* » est alors utile, dans un second temps, pour mettre en exergue le rapport particulier que les deux « faces »⁷¹ de la quasi-régie entretiennent : outre l'aspect institutionnalisé, la quasi-régie implique que cette institutionnalisation soit effectuée dans des conditions particulières, qui permettront au droit européen de considérer que l'entité apparemment tierce ne l'est pas. Au contraire, tout organisme bénéficiant de la « procédure *Acoset* » profite simplement d'un assouplissement circonstancié, lié à une observation pragmatique, en vertu de laquelle la forte proximité entre le choix d'un actionnaire privé d'une entité et l'attribution du contrat à cette même entité rend artificielle et incohérente la passation de deux procédures distinctes de mise en concurrence⁷².

19. — La scission entre les prestataires faisant l'objet d'un contrôle analogue et ceux faisant l'objet d'un contrôle conjoint n'a par conséquent pas été retenue dans les présents travaux : chacun d'entre eux correspond à une façon de mettre en œuvre la

⁶⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.4 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.4. Sur ce point, v. notamment : BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.* ; TERNEYRE Philippe, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA*, 2014, n° 3, pp. 407-410.

⁶⁹ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 ; *Rec.*, 2009, p. I-4747 ; *AJDA*, 2009, n° 31, p. 1715, chron. Jean-David DREYFUS et Stéphane RODRIGUES ; *CMP*, 2009, n° 7, p. 25, comm. n° 226, note Hélène HOEPFFNER ; *JCP A*, 2009, n° 27, comm. n° 2158, note Philippe PROOT, p. 39 ; *JCP A*, 2009, n° 44, p. 23, comm. n° 2248, note François LICHÈRE et Florian LINDITCH ; *JCP G*, 2010, n° 13, p. 662, comm. n° 363, note André CHAMINADE ; *LPA*, 2009, n° 151, p. 10, note Jean-Mathieu GLATT ; *RDI*, 2009, n° 9, p. 469, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2009, n° 8, p. 23, comm. n° 307, note Denis SIMON ; *RDUE*, 2009, n° 3, p. 570, note Beate PIRKER ; *RDUE*, 2011, n° 3, p. 381, note Giacomo GATTINARA ; *RJEP*, 2009, n° 670, p. 23, comm. n° 54, note Ana SANTAMARÍA DACAL ; *RLCT*, 2009, n° 50, p. 55, note Christophe MONDOU. Sur cette dérogation telle que définie avant les directives, v. aussi : DREYFUS Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA*, 2009, n° 16, pp. 891-894.

⁷⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.4 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.4.

⁷¹ BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 850.

⁷² BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2002, n° 21, pp. 1318-1326, p. 1320 ; DELACOUR Éric, « Économie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales. Analyse de la Loi numéro 2002-1 du 2 janvier 2002 », *JCP E*, 2002, n° 22, pp. 890-898, pt 31 (tel que cité *in* : COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA*, 2002, n° 5, pp. 938-951, p. 940, note 17) ; LEMÉE Guy, « La société publique locale : un nouveau couteau suisse », *La lettre du cadre territorial*, 2010, n° 404, p. 29, p. 29 ; PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 41.

quasi-régie. Ces deux hypothèses sont en tant que telles susceptibles d'être appelées « exception » de prestations intégrées. Le qualificatif d'exception n'a cependant pas été choisi ici pour désigner la quasi-régie. Lui a été préféré le terme « dérogation ».

C. L'attribution de la qualification de « dérogation » à la quasi-régie

20. — La lecture des amendements aux propositions de directives rédigées par la Commission atteste de la minutie avec laquelle les termes ont été choisis pour décrire la quasi-régie : le champ lexical de l'exclusion a été favorisé. Pour exemple, en lieu et place de « *un accord conclu entre les deux pouvoirs adjudicateurs n'est pas réputé être un marché public au sens [...] de la présente directive* », c'est la formule en vertu de laquelle ce type d'accord « *ne relève pas du champ d'application de la présente directive* » qui a été insérée dans les textes finaux par le Parlement européen⁷³. De même, les justifications exposées pour l'insertion des articles sur la quasi-régie insistent à plusieurs reprises sur le fait qu'il s'agit de clarifier l'exclusion de la sphère interorganique du champ d'application des directives⁷⁴. La quasi-régie est en effet avant tout affaire d'exclusion du champ d'application de ces textes. La présente étude nécessitait néanmoins de dépasser ces constats pour procéder à sa qualification juridique. Sur ce point, le vocable qui est très largement partagé par les

⁷³ Rapport du 1^{er} février 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (COM(2011)0897 – C7-004/2014 – 2011/0437(COD)), Projet de résolution législative du Parlement européen, amendement n° 133 ; Rapport du 11 janvier 2013 sur la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD), Projet de résolution législative du Parlement européen, amendement n° 83.

⁷⁴ V. notamment : Rapport du 1^{er} février 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (*ibid.*), Projet de résolution législative du Parlement européen, amendement n° 133 ; Rapport du 11 janvier 2013 sur la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (*ibid.*), Projet de résolution législative du Parlement européen, amendement n° 83 pour la directive marchés.

observateurs est celui de l'exception⁷⁵, le terme « dérogation » semblant quant à lui être presque inusité. Le contraste avec l'utilisation du terme exception est saisissant puisque, actuellement, un seul article semble utiliser le terme « dérogation »⁷⁶. Il est bien utilisé, mais en tant qu'alternative au mot « exception »⁷⁷.

21. — Or, la confrontation entre la quasi-régie et les définitions des termes « exception » et « dérogation » met en exergue la difficulté à la ranger dans l'une ou l'autre de ces catégories. Sa confrontation à la synthèse opérée par le professeur Vidal-Nacquet au sujet de l'exception permet de le démontrer. D'après elle, la distinction avec la dérogation réside dans le fait que l'exception exclut du champ d'application d'une règle une partie du groupe qui y était initialement soumis, alors que la dérogation ne permettrait pas cette exclusion. Se gardant d'ôter un sous-ensemble du groupe initial, elle serait simplement le produit « *d'un conflit de règles applicables à un sous-ensemble donné, sous-ensemble qui est inclus dans le champ d'application d'une règle, mais qui, pour des raisons de conflit de normes, est également régi par une autre règle.* »⁷⁸ À l'aune de la quasi-régie, cette définition peut faire l'objet d'une double lecture. Il est avant tout possible de considérer que les directives énoncent une contrainte normative, celle de la soumission à la mise en

⁷⁵ Souvent, ce choix est visible dès l'intitulé des travaux (v. notamment : COMELLAS Sophie, « Le « *in house* », retour sur une exception », *LPA*, 2014, n° 47, pp. 8-14 ; COSSALTER Philippe, « SPL et exception *in-house* : le Conseil d'État applique la jurisprudence communautaire », *Revue générale du droit*, 2013, n° 2 ; DELAUNAY Benoit, « L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », *RDP*, 2011, n° 3, pp. 722-729 ; HOEPFFNER Hélène, « Application de l'exception *in house* à la coopération entre établissements de santé », *Droit administratif*, 2009, n° 5, pp. 35-39, comm. n° 71 ; IDOT Laurence, « Exception *in house*. Services hospitaliers », *Revue Europe*, 2014, n° 8, pp. 26-27 ; NOGUELLOU Rozen, « L'exception du « *in house* » : renforcement des exigences en matière de contrôle analogue », *Droit administratif*, 2013, n° 1, pp. 3-4 ; TARON David, « L'exception « *in house* » à l'épreuve des juges du fonds : premiers retours sur expérience », *loc. cit.*). Il est aussi fréquemment présent au sein des développements (v. notamment : APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *loc. cit.*, notamment p. 759 ; BRACONNIER Stéphane, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concession. Première partie : un cadre général renouvelé », *loc. cit.*, pt 26 ; CLAMOUR Guylain, « L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue », *AJDA*, 2014, n° 1, pp. 60-65, p. 62 ; DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *AJDA*, 2013, n° 3, pp. 178-181, pp. 179-180 ; DYENS Samuel, « Le choix du mode de gestion d'un service public et le projet de directive « Concessions » », *RLCT*, 2014, n° 98, pp. 73-77, p. 75 ; GLATT Jean-Mathieu, « La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le « *in house* » à la française », *LPA*, 2010, n° 172, pp. 5-8, p. 5 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Manuels, 9^{ème} éd., 2014, p. 31, pt 38 ; SESTIER Jean-François, « Les nouvelles dispositions relatives aux relations « *in house* » et aux coopérations « public/public » », *loc. cit.*, p. 170).

⁷⁶ BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *RJEP*, 2014, n° 717, pp. 4-12, étude n° 4.

⁷⁷ V. notamment : PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », in CLAMOUR Guylain (dir.), *Contrats Publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. 1, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 701-716, p. 704.

⁷⁸ VIDAL-NACQUET Ariane, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, Coll. À la croisée des droits, 2014, pp. 15-38, p. 21.



concurrence des contrats. Dans ce cadre, les acteurs du mécanisme interorganique, lorsqu'ils contractent ensemble, sont bien exclus du champ d'application de la norme. Considérer qu'ils agissent dans le cadre d'une exception pourrait par conséquent sembler approprié. Seulement, une seconde interprétation est envisageable : il pourrait être considéré que la norme de référence n'est pas la contrainte normative mais les directives dans leur globalité. Or, la quasi-régie n'entraîne pas l'exclusion totale des acteurs interorganiques du champ d'application de ces textes, au contraire. Dans la plupart des cas, les prestataires intégrés seront des pouvoirs adjudicateurs et devront, en conséquence, appliquer les procédures prévues par le droit dérivé lorsqu'ils attribuent des contrats à des entités qui sont extérieures à la sphère interorganique⁷⁹.

22. — Cet exemple démontre que choisir entre le qualificatif de « dérogation » ou d'« exception » ne peut être aisé, dès lors que tous deux sont susceptibles d'être compris comme désignant « lato sensu *le fait de ne pas appliquer la règle normalement applicable* »⁸⁰. En conséquence, leur synonymie est grande⁸¹, en dépit des différences qui grèvent leurs définitions selon les disciplines⁸². Leurs rapprochements seront rappelés afin de mettre en exergue la raison pour laquelle le terme « exception » a été écarté pour désigner le mécanisme quasi interne, au profit du terme « dérogation ».

23. — Le substantif « exception » est souvent présenté comme englobant plusieurs situations : le fait d'écarter une règle, le pouvoir d'écarter une règle et le fait qu'une règle ou son auteur ait prévu par avance la possibilité de l'écarter⁸³. Le titre de

⁷⁹ Sur ce point, v. *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 2.

⁸⁰ BLANCHARD Christophe, *La dispense en droit privé*, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 316, pt 325.

⁸¹ V. notamment : HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 45-85, p. 80.

⁸² Pour un panorama des différentes définitions pouvant être données de l'exception et de la dérogation au sein des disciplines, v. notamment : BLANCHARD Christophe, *La dispense en droit privé*, *op. cit.*, pp. 315-319 ; BONNET Saint-François, « Exception », in *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Lamy-PUF, Coll. Dicos Poche, 2003, pp. 673-678 ; CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, LGDJ, Institut universitaire de Varenne, Coll. des Thèses, n° 99, 2014, pp. 7-29 ; HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *loc. cit.* ; NGUYEN Thi Hong, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 2013 ; PEISER Gustave, « Le juge administratif et les dérogations », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, T. 2, LGDJ, 1974, pp. 664-682, spéc. pp. 665-669 ; ROUYÈRE Aude, « La dispense en droit public », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1997, n° 25, pp. 73-90, pp. 74-75 ; THÉRY Philippe, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 363-368 ; VIDAL-NACQUET Ariane, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », *loc. cit.*

⁸³ V. notamment : *ibid.*

terme générique pour désigner toutes ces hypothèses lui est néanmoins très fortement disputé par le terme « dérogation »⁸⁴, de telle sorte que les présentations des auteurs sur ce point ne sont pas unanimes. Ainsi le professeur Amselek expose-t-il que l'exception désigne, dans son sens originare, « *ce qui n'est pas contenu dans la règle* »⁸⁵ mais que ce n'est pas sa seule signification. Ce ne serait que dans un second sens que l'exception désignerait également « *ce qui est exclu d'une règle tenue comme première ou principale, ayant vocation générale à s'appliquer et à prévaloir, mais qui est inclus dans une règle seconde spéciale amputant partiellement sa portée d'une réserve* »⁸⁶. Le professeur Amselek procède par ailleurs expressément à une affiliation entre cette seconde acception et la dérogation⁸⁷, faisant apparaître celle-ci comme une branche de l'exception. Plus largement, il met ainsi en lumière le lien entre les deux notions, qui avait permis au professeur Leben de faire émerger ce qu'il nommait la « *dérogation/exception* »⁸⁸. Monsieur Carpentier met quant à lui en avant la notion d'exception par une démarche plus implicite. Tout en différenciant bien la situation exceptionnelle et l'exception à la règle, il n'expose pas de distinction entre dérogation et exception. Sa définition de l'exception à la règle, en vertu de laquelle celle-ci « *suppose donc un conflit résolu [par laquelle] on choisit d'appliquer une norme au détriment de l'autre* »⁸⁹, permet par ailleurs de déceler qu'au cours de son étude de la défaisabilité, ce sont les hypothèses dans lesquelles dérogation et exception se croisent qu'il a étudiées. À l'inverse, le professeur Leurquin-de Visscher semble avoir regroupé l'exception sous la bannière de la dérogation. Elle distingue en effet le pouvoir de déroger et le fait de déroger, qu'elle nomme « *pouvoir d'exception* »⁹⁰. Le professeur Rouyère, tout en reprenant cette définition en vertu de laquelle la dérogation contiendrait « *deux composantes* »⁹¹, a

⁸⁴ Ce qui pousse par ailleurs le professeur Heuschling à militer pour une réorganisation de la distinction entre ces deux termes (HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 44-85, pp. 84-85). C'est aussi ce pourquoi Monsieur Ponsard propose une toute nouvelle définition du terme « exception » (PONSARD Régis, « Esquisse pour l'élaboration d'un nouveau concept d'exception en droit », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 87-132.

⁸⁵ AMSELEK Paul, « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 11-14, p. 12.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁷ Cette affiliation est aussi opérée par le professeur Théry (THÉRY Philippe, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », *loc. cit.*, p. 366).

⁸⁸ LEBEN Charles, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », *Droits*, 1997, n° 25, pp. 33-45, p. 40, pt 22 ; v. aussi *ibid.*, p. 38, pt 17.

⁸⁹ CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, op. cit., p. 27.

⁹⁰ LEURQUIN-DE VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, Bruylant, Coll. Centre d'Études constitutionnelles et administratives, vol. 5, 1991, p. 102. Ce qui est notamment rappelé par le professeur Heuschling (HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *loc. cit.*, p. 79).

⁹¹ ROUYÈRE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Bordeaux I, thèse, dactyl., 1993, p. 15.



choisi de n'étudier que le pouvoir de déroger. Elle a dans ce cadre opéré une scission nette entre la dérogation et l'exception⁹², point sur lequel ses travaux semblent par conséquent se séparer de ceux du professeur Leurquin-De Visscher.

24. — Ces visions distinctes ne sont pas incompatibles car dans leurs logiques, exception et dérogation se rejoignent. Toutes deux peuvent désigner l'enchevêtrement entre les champs d'application de deux normes, ce qui les différencie de la simple juxtaposition entre deux normes indépendantes⁹³. Fonctionnellement ensuite, elles convergent en répondant à une volonté d'adaptation de la règle prévue à des catégories prédéterminées par le droit. Le professeur Heuschling souligne ainsi que, « *plus un système juridique s'élève dans l'abstraction et la généralisation, plus il aura besoin de la technique de l'exception afin d'adapter ce droit à l'infinie complexité de la réalité sociale* »⁹⁴. De même, le professeur Rouyère soulève au sujet de la dérogation, qu'elle sert « *l'émergence d'une rationalité juridique moins dogmatique et plus réaliste* » et qu'elle « *comporte l'idée de dégagement par rapport à une contrainte normative.* »⁹⁵ La quasi-régie remplit également cette fonction, comme en atteste le parallèle entre sa création et la création de l'exception devant le préteur romain. L'exception a en effet été créée pour remédier au formalisme excessif du droit romain⁹⁶, dans une dynamique similaire à celle de la quasi-régie, dont la création a permis un réajustement des contraintes européennes à la réalité de l'action des pouvoirs adjudicateurs. Dans le même temps, la quasi-régie n'est pas non plus étrangère à l'étymologie romaine du mot dérogation. Ainsi que l'expose le professeur Leurquin-de Visscher, *rogatio* était le nom donné à une loi intervenant dans un domaine qui n'avait pas été précédemment réglementé, alors qu'était nommée *derogatio* toute loi apportant des restrictions à une loi intervenue préalablement dans le même domaine⁹⁷. Or, c'est à de telles restrictions que se sont successivement prêtés la Commission dans sa communication du 11 mars 1998⁹⁸, la Cour dans ses différents arrêts portant sur la quasi-

⁹² Une scission exposée dans sa thèse (*ibid.*, pp. 69-74) et synthétisée dans un article paru quatre ans plus tard (ROUYÈRE Aude, « La dispense en droit public », *loc. cit.*, p. 74).

⁹³ Cette caractéristique étant exposée par le professeur Heuschling pour l'exception (HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *loc. cit.*, p. 73).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁹⁵ ROUYÈRE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. III et p. 70.

⁹⁶ NGUYEN Thi Hong, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁹⁷ LEURQUIN-DE VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁹⁸ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

régie et le Parlement européen et le Conseil dans les directives « marchés » et « concessions »⁹⁹.

25. — La quasi-régie est par conséquent l'illustration des recoupements entre dérogation et exception. Sur le plan strictement sémantique, chacun de ces deux termes « *interchangeables* »¹⁰⁰ peut donc être utilisé pour la désigner. Le terme exception est par ailleurs utilisé par la Cour, notamment lorsqu'elle souhaite rappeler que, la quasi-régie reposant sur une logique dérogatoire, elle doit être interprétée strictement¹⁰¹. Néanmoins, et ceci semble être l'un des facteurs qui empêchent l'une et l'autre de s'imposer en tant que terme générique, la dérogation connaît des particularités qui ne sont pas recouvertes par l'exception et vice versa. Ce sont précisément les particularités pouvant être impliquées par la notion d'exception qui ont été évincées dans les présents travaux par le choix du terme « dérogation ». L'exception peut en effet être utilisée pour décrire ce qui est censé être anormal. Elle ne désigne alors plus ce qui est spécifique mais le fait exceptionnel¹⁰². En conséquence, ce qui est anormal restant suspect¹⁰³, elle entraîne des implications quant à la façon d'appréhender ce phénomène. Il est vrai que la dérogation a déjà été suspecte, puisque les abus dont elle a fait l'objet l'ont déjà accablée d'une image péjorative¹⁰⁴. Cette réputation résultait cependant d'une utilisation abusive du procédé, pas de la signification du terme. Au contraire, le terme « exception » conserve dans son giron l'éventualité d'être compris comme impliquant l'anormalité, une affiliation qui n'apparaît pas adaptée à la quasi-régie. Sa construction, peaufinée par les directives, procède en effet d'un véritable assainissement des mécanismes interorganiques : il fallait édicter des conditions qui permettent de légitimer les situations

⁹⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

¹⁰⁰ PONSARD Régis, « Esquisse pour l'élaboration d'un nouveau concept d'exception en droit », *loc. cit.*, p. 90.

¹⁰¹ V. notamment : CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, préc., §26 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Lenna*, aff. C-26/03, préc., §46.

¹⁰² CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception*, *op. cit.*, p. 8. Cet auteur relève par ailleurs que dans certains cas, les deux sont liés, comme en matière d'état d'exception, ce qui explique que Carl Schmitt ait théorisé l'exception comme procédant d'une fusion entre l'acte d'exception et le fait exceptionnel (*ibid.*).

¹⁰³ V. notamment : VIDAL-NACQUET Ariane, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle... », *loc. cit.*, pp. 15-38, p. 15.

¹⁰⁴ ROUYÈRE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 69. Le professeur Rouyère y souligne par ailleurs que c'est ce qui distingue la dérogation de l'exception qui, quant à elle, est consubstantielle à la règle. Il faut néanmoins rappeler que cet auteur consacre ici ses propos au pouvoir de dérogation de l'administration et pas à la dérogation au sens large.



interorganiques. Sur ce point, l'arrêt *Mödling*¹⁰⁵, qui a permis à la Cour de pointer du doigt les situations d'abus qui ne doivent pas être tolérées dans le cadre de la quasi-régie, a constitué une étape majeure. En conséquence, c'est seulement au service de cette vision de la quasi-régie que le terme exception a ici été écarté au profit du terme dérogation. Conformément au constat opéré par le professeur Rouyère, en vertu duquel l'emploi du substantif « dérogation » tend à désigner le fait d'écarter la règle alors que son emploi sous la forme verbale permet de faire référence au pouvoir de déroger¹⁰⁶, c'est l'expression « dérogation interorganique » qui a été choisie.

26. — Théoriquement, l'expression « quasi-régie » soulève ensuite des problématiques que le droit public français permet de soulever, ce qui explique que la présente étude ait été bornée au périmètre de ce dernier.

§2. La circonscription de l'étude au droit public français

27. — L'utilisation du droit public français n'est pas exclusive de celle du droit issu de l'Union européenne : l'imbrication de celui-ci avec les normes d'origine française, par le jeu de l'article 88-1 de la Constitution, empêche désormais une telle scission. Le contraire aurait par ailleurs constitué un frein à une véritable étude de la quasi-régie car celle-ci est née dans le giron de l'Union européenne. La circonscription de l'étude au droit public français vise cependant, par une démarche négative, à exclure deux points de vue des présents travaux : le point de vue exclusivement européen et l'étude approfondie du droit comparé de la réception de la quasi-régie, afin de mettre en exergue, par une démarche positive, les particularités de ce mécanisme, telles qu'elles sont notamment révélées par son développement au sein du droit applicable en France.

28. — L'inscription de la quasi-régie dans les directives rappelle que sa mise en œuvre reste subordonnée à une mise en conformité des législations nationales et donc de l'action des États membres. Son attractivité est néanmoins largement susceptible

¹⁰⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670 ; *Rec.*, 2005, p. I-09705 ; *CMP*, 2006, n° 1, p. 10, note Gabriel ECKERT ; *Revue Europe*, 2006, n° 1, p. 18, comm. n° 16, note Éric MEISSE ; *Droit administratif*, 2006, n° 10, p. 490, chron. n° I 120, chron. sous la direction de Claudie BOITEAU, spéc. pt 13 ; *LPA*, 2006, n° 14, p. 6, note Marce PELTIER ; *Rec. Dalloz*, 2006, n° 6, p. 423, note Muriel DREIFUSS.

¹⁰⁶ ROUYÈRE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*, p. 15.

d'entraîner des bouleversements des modes d'action des personnes publiques, surtout qu'elle n'est pas seulement un vecteur d'exonération concernant la mise en concurrence de contrats. Elle est aussi affaire de concurrence entre les formes d'intervention des pouvoirs adjudicateurs en général. Les droits nationaux n'étant pas totalement harmonisés, elle sera par conséquent susceptible d'entraîner des dynamiques parfois contraires entre ces États membres, chacun d'entre eux ayant développé ses propres modes d'action. La propension à utiliser les entreprises locales – entendues ici comme des « *formes sociétaires exerçant une mission d'intérêt général* »¹⁰⁷ – n'est effectivement pas la même dans toute l'Union, la disproportion étant manifeste puisqu'aux quelques dizaines d'entreprises existant en Slovénie en 2004 répondaient les quelque deux-mille-quatre-cent entreprises publiques locales polonaises¹⁰⁸. L'individualisation de la France dans la réception de la quasi-régie se manifeste alors naturellement dans ce domaine. La création des sociétés publiques locales, qui tendent à devenir légion, en atteste. Elle démontre que le législateur français s'est rué sur le mécanisme interorganique¹⁰⁹, alors que son homologue italien s'emploie à réfréner son utilisation par les personnes publiques transalpines¹¹⁰. D'autres États connaissent une situation intermédiaire dans leur réception de la quasi-régie, parce qu'ils disposaient déjà d'instruments qui pouvaient entrer dans son cadre : l'Allemagne avec les *Stadtwerke*¹¹¹ ou encore la Belgique avec les

¹⁰⁷ VERDIER Axelle et Dexia-Crédit local de France, *Local public companies in the 25 countries of the European Union / Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne*, Dexia, 2004 pp. 99 et 103.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰⁹ V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A.

¹¹⁰ V. en ce sens la loi par laquelle le législateur italien a tenté de restreindre les cas dans lesquels les personnes publiques transalpines peuvent mettre en oeuvre la quasi-régie (Loi n° 133/2008 du 6 août 2008, portant modification de la loi de finances pour 2008 (*Controversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n° 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), GURI n° 195 du 21 août 2008, supplément ordinaire n° 196). V. aussi *infra*, Partie Titre, Titre 1, Chapitre 1, introduction de la Section 1.

¹¹¹ Les *Stadtwerke* ne sont néanmoins pas automatiquement composées entièrement de capitaux publics, leur capital peut être composé de capitaux privés (sur ces modalités, v. notamment : COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, pp. 940-941), ce qui explique notamment que leur compatibilité avec la quasi-régie ait été à l'origine de plusieurs questions préjudicielles posées par des juges allemands à la Cour de justice sur ce point. Ce fut notamment le cas des décisions *Stadt Halle et Parking Brixen* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc. ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 ; *Rec.*, 2005, p. I-8585 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 414, note Emmanuel GLASER ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 454, concl. Juliane KOKOTT ; *AJDA*, 2005, n° 47, p. 1712, comm. n° 1364 ; *CMP*, 2005, n° 12, p. 28, comm. n° 306, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2005, n° 12, p. 22, comm. n° 167, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *RDUE*, 2005, n° 4, p. 845, note Bettina KOTSCHY ; *Revue Europe*, 2005, n° 12, p. 18, comm. n° 411, note Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée générale*, 2005, n° 187, note Jean-Pierre LEHMAN ; *Revue des contrats*, 2006, n° 2, p. 493, note Pierre BRUNET). L'harmonisation des droits des États sous l'impact du droit dérivé des contrats publics devrait pouvoir entraîner un effacement de la particularité de la réception interorganique par la France.



intercommunales¹¹². La quasi-régie a en réalité entraîné des mouvements législatifs dans chacun de ces États qui, pour être parfaitement étudiés, nécessitent une contextualisation qui justifierait à elle seule une étude individuelle¹¹³. Pour exemple, seule une étude historico-juridique permettrait de resituer les raisons qui ont permis à l'Espagne d'accueillir « *implicitement* »¹¹⁴ la quasi-régie lors du renouvellement de sa législation sur les contrats publics en 2007¹¹⁵.

29. — Or, la présente thèse ne constitue pas une étude de cette réception dans chacun des États membres. Comme la concrétisation de la quasi-régie et, par là-même, sa réalité, ne peuvent être observées qu'au travers de sa réception au sein des États membres, son étude ne pouvait pas se limiter à un point de vue européen déconnecté de l'action de ces derniers. Il semblait donc impossible de nous limiter à l'angle de l'Union européenne et du développement de son droit administratif, dans une démarche qui aurait reproduit celle des auteurs du *Traité de droit administratif européen* dans sa première partie¹¹⁶. Seulement, c'est la quasi-régie qui est au cœur des présents travaux, pas sa réception. Il convenait par conséquent cibler un terrain d'étude connu, au sein duquel

¹¹² Leur capital peut être mixte ou composé de capitaux entièrement publics. C'est notamment ce type de structure qui était en cause dans l'arrêt *Coditel Brabant* (CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 ; *Rec.*, 2008, p. I-8457 ; *BJCP*, 2009, n° 62, p. 62, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2009, n° 2, p. 17, comm. n° 34, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2009, n° 2, p. 19, comm. n° 22, note Roberto CARANTA ; *Journal de droit européen*, 2009, n° 156, p. 48, note Jean-Marc WOLTER ; *RDI*, 2009, n° 2, p. 115, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RDUE*, 2011, n° 3, p. 381, note Giacomo GATTINARA). Sur ces structures, v. notamment : BRUYCKER (De) Philippe, « La coopération intercommunale en Belgique », in *Annuaire des collectivités locales*, T. 20, *La réforme de l'intercommunalité*, 2000, pp. 166-172 ; COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 940.

¹¹³ L'ouvrage rédigé sous la direction des professeurs Treumer et Comba en fournit un bel exemple (COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, DJØF Pub (Copenhague), 2010).

¹¹⁴ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 54.

¹¹⁵ V. notamment : GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., « *The in house providing in spanish law* », in COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, *ibid.*, pp. 119-137 ; MELLADO RUIZ Lorenzo, « *Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la LCSP. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria* », *Revista andaluza de Administración pública*, 2009, n° 74, pp. 101-146 ; MENENDEZ MENENDEZ Adolfo, « *La contratación doméstica (in house providing) en la nueva ley de contratos del sector público* », *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2008, n° 21, pp. 34-41 ; NOGUERA DE LA MUELA Belén, « *Los encargos in house en la ley de contratos público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria* », *Revista de administración pública*, 2010, n°182, pp. 159-190 ; PÉREZ CRESPO Bernardino et VALDIVIELSO CAÑAS Alberto, « *La ley de contratos del Sector Público. Novedades más relevantes* », *Revista española del control externo*, 2007, n° 97, pp. 41-70.

¹¹⁶ AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, Coll. Droit administratif, 2014, pp. 41-742. Pour un exemple de la mise en œuvre d'un tel point de vue, v. aussi ; JACQUÉ Paul, « L'importance d'un droit administratif européen vu de l'Union européenne », in SCHWARZE Jürgen (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruylant, Coll. droit administratif, vol. 3, 2010, pp. 33-44.

pourraient être étudiées toutes les implications de la quasi-régie. C'est la raison pour laquelle la seule analyse de l'impact de la quasi-régie sur les modes d'intervention des États, dans une démarche similaire à celle de Monsieur Colavitti¹¹⁷, n'a pas non plus été retenue. Si elle était parfaitement adaptée pour le déroulement des travaux de ce dernier concernant l'analyse des collectivités infra-étatiques européennes, elle n'aurait pas été adéquate dans les présents travaux car elle aurait éparpillé géographiquement l'analyse de la quasi-régie, tout en concentrant les résultats sur un seul de ses aspects. Au contraire, délimiter un champ étatique plus précis a permis de l'examiner sous plusieurs angles, pour faire émerger la réalité de la construction juridique interorganique. La réception française de la quasi-régie est par conséquent la seule qui a réellement été approfondie dans les présents travaux. Elle permet de souligner à quel point les imprécisions actuelles concernant l'exécution des contrats publics européens¹¹⁸ se répercute sur les questionnements impliqués par la dérogation ci-étudiée. En ce sens, la confrontation au droit français des contrats publics, lequel est traditionnellement focalisé sur le contrat administratif¹¹⁹, permettra de proposer des solutions pour approfondir la construction de la quasi-régie et combler ses lacunes.

30. — Pour les mêmes raisons, le droit public comparé n'a pas totalement été exclu : il sera parfois utilisé pour mettre en lumière la singularité du comportement des acteurs français face à la quasi-régie et il sera utilisé pour revenir à la genèse de la quasi-régie. Celle-ci semblant s'être déroulée en Italie et ayant eu des conséquences sur la modélisation des prestations intégrées¹²⁰, il a semblé nécessaire d'utiliser les techniques du droit comparé pour en retranscrire les grandes lignes. Il sera donc fait recours au droit comparé mais la présente étude ne peut être présentée comme une étude de droit comparé. Il en est de même pour certaines disciplines propres à l'Union européenne, comme la procédure contentieuse devant la Cour de justice, qui ne seront absolument pas éludées pour l'étude des différents arrêts portant sur la quasi-régie. Elles

¹¹⁷ COLAVITTI Romélien, *Le statut des collectivités infra-étatiques européennes*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2015.

¹¹⁸ L'expression « contrats publics » désignant, dans les présents travaux, les contrats publics tels que définis par Monsieur Amilhat, entendus comme « l'ensemble des contrats passés par les personnes du champ public » (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 471, pt 791).

¹¹⁹ Une tradition très largement exposée et analysée dans les travaux de doctorat du professeur Brenet (BRENET François, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Université de Poitiers. UFR de droit et des sciences sociales, thèse, dactyl., 2002).

¹²⁰ Cette filiation a très largement été ciblée grâce aux travaux de l'avocat général Antonio La Pergola (concl. Antonio La PERGOLA sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, présentées le 19 février 1998, ECLI:EU:C:1998:71 ; *Revue des concessions et des délégations de service*, 1999, n° 4, p. 45).



participeront à mettre en lumière la construction juridique interorganique, ce qui constitue l'un des principaux objectifs de la présente étude.

SECTION 2. LES JUSTIFICATIONS DE L'ETUDE

31. — En tant qu'elle constitue une exclusion au champ d'application des directives, la quasi-régie est traditionnellement envisagée comme faisant partie d'un tout dont elle est peut difficilement s'émanciper. Elle est par conséquent souvent présentée au terme du raisonnement pour démontrer, soit que les contrats publics européens connaissent eux aussi leurs exclusions¹²¹, soit au cours de développements portant sur une forme d'intervention en particulier, pour étudier sa compatibilité avec celle-ci¹²². Elle est encore parfois analysée sous l'angle de la porosité entre les droits européen et français et les interactions entre eux¹²³. Hormis des mémoires¹²⁴, aucune monographie française ne se concentre sur elle¹²⁵. À l'inverse, respectant les canons de l'exercice auxquels ils se prêtent, les commentateurs des arrêts portant sur la quasi-régie se focalisent en général sur l'un de ses points en particulier.

32. — Ce sont ces extrêmes que nos travaux se proposent de conjuguer. Il s'agit, avant tout, de dépasser une simple photographie des modalités d'application de la quasi-régie (§1), par la mise en avant des problématiques particulières impliquées par sa retranscription en France (§2).

¹²¹ C'est notamment le cas de Monsieur Amilhat (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 499-503, pts 861-868) et du professeur Langelier (LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, op. cit., pp. 53-55).

¹²² Monsieur Brameret, au cours de son étude sur l'économie mixte, a ainsi consacré des développements à la quasi-régie pour mettre en avant le fait que l'impossibilité pour les sociétés d'économie mixte d'en bénéficier constituait un frein à leur expansion (ses travaux ayant été publiés avant les directives de 2014). Il l'a également utilisée pour exposer la concurrence créée parallèlement, par le fait que, à l'inverse, les sociétés publiques locales puissent être qualifiées de prestataires interorganiques (BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, Coll. BDP, T. 271, 2011, pp. 234-264, pts 400-449 et pp. 283-301, pts 482-515). De même, le professeur Cossalter livre une très belle présentation de ce qu'il nomme les prestations interorganiques au cours de son étude des délégations en Europe (COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 490-501, pts 832-859). Le mémoire Monsieur Roma sur l'évolution des modes de gestion des activités locales après la création des sociétés publiques locales contient également des développements sur leur compatibilité avec la quasi-régie (ROMA Giacomo, *L'évolution des modalités de gestion des services publics locaux. Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, op. cit., pp. 14-15).

¹²³ V. notamment : SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 266, 2011, pp. 245-246, pt 264 et pp. 269-271, pt 290.

¹²⁴ V. notamment : DESGRANGES Mathilde, *Les contrats « in house »*, Université Pierre Mendès France, Grenoble, mémoire, dactyl., 2007 ; HASQUENOPH Isabelle, *Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), mémoire, dactyl., 2014 ; MARTIN Julien, *Les prestations « in house » et les marchés publics*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2002 ; SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, op. cit.

¹²⁵ Il n'existe que quelques ouvrages d'origine étrangère (principalement l'ouvrage suivant : COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, op. cit.).

§1. L'objectif : dépasser la simple photographie des modalités d'application de la quasi-régie

33. — Le bilan appelle nécessairement l'état des lieux. Bien que limitée, une telle démarche permet de mettre en valeur les imprécisions dont souffre encore la quasi-régie **(A)**. L'objectif des présents travaux correspond à une volonté de faire le point sur la construction juridique constituée par cette dérogation **(B)**, tout en recherchant quelles peuvent être ses ambitions en matière organisationnelle. L'expression « quasi-régie » étant clairement un parti pris appelant à un ancrage institutionnel de ce mécanisme, c'est sa place parmi les modes de gestion qui sera recherchée **(C)**. Il s'agira par conséquent de mieux cibler la construction juridique telle qu'elle existe actuellement, afin de rechercher si elle pourrait être amenée à remplir d'autres fonctions principales que la mission dérogatoire qui lui a été attribuée.

A. Un état des lieux des imprécisions concernant les modalités de la quasi-régie

34. — La présentation de la quasi-régie est extrêmement stéréotypée : il est traditionnel d'en présenter la logique d'ensemble, puis d'exposer ses critères d'application, pour ensuite étudier plus précisément ces derniers¹²⁶. Chacun de ces éléments d'identification présente des lacunes, que les présents travaux proposent d'exposer et d'analyser.

35. — Avant même d'entrer dans le détail des critères d'application de la dérogation interorganique, il faut en effet constater que son champ d'application comporte encore plusieurs imprécisions. L'une d'entre elles est cardinale et pourtant ne semble pas faire l'objet d'observations : il s'agit de la corrélation entre quasi-régie et un type d'activité publique. Il est naturellement exclu que les institutions européennes aient décidé d'une concordance parfaite entre quasi-régie et service public « à la française »¹²⁷,

¹²⁶ V. par exemple la première partie des travaux du professeur Delaunay : DELAUNAY Benoit, « L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », *RDP*, 2011, n° 3, pp. 722-729.

¹²⁷ Sur ce que cette expression recouvrerait, v. notamment : GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, « Le service public à la française : une notion en extinction », *Cahiers français*, 2007, n° 339, pp. 3-7.

puisque cette notion n'a pas été reprise telle quelle par l'Union européenne¹²⁸. Par ailleurs, le Conseil d'État semble avoir clairement affirmé que tout service public tel que défini en France peut être géré par un prestataire interorganique¹²⁹. Néanmoins, quid des activités qui ne revêtent pas la qualification de service public tout en étant bien à la charge d'une personne publique ? Sur ce point, les arrêts de la Cour et les directives ne fournissent pas de réponse claire. Le type d'activité n'est pas mentionné dans le considérant typiquement reproduit par les juges européens¹³⁰ et il n'est pas non plus présent dans les articles traitant expressément de la quasi-régie dans les directives¹³¹. Il s'agit par conséquent de l'un des points qu'il faudra approfondir¹³². Dans le détail ensuite, l'application des critères de reconnaissance d'un mécanisme interorganique fait l'objet d'approximations et d'incertitudes, au sujet desquelles la présente étude proposera des réponses.

36. — Les études existantes ne fournissent qu'une photographie partielle de la quasi-régie. Elles se prêtent trop peu à une exploitation des potentialités de cette dérogation et à une mise en exergue de ses effets pervers. L'émergence successive de différents types d'aménagements aux procédures de mise en concurrence implique de possibles interactions entre elles. Qu'en serait-il, par exemple, de la confrontation entre la « procédure *Acoset* » et la quasi-régie ? Plus encore, comment confronter ces

¹²⁸ V. notamment : GAUDEMET Yves, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in : GARBAR Christian-Albert (dir.), *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris : Dalloz, 2002 (XXI-720 p.), pp. 473-485 ; GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, « Le service public à la française : une notion en extinction », *loc. cit.* ; ZIANI Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Coll. BDP, T. 285, 2015, pp. 103-190.

¹²⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736 ; *Rec.*, 2007, p. 155 ; *AJDA*, 2007, n° 20, p. 1020, note Frédéric LÉNICA et Julien BOUCHER ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 283, concl. François SÉNERS ; *CMP*, 2007, comm. n° 191, obs. Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2007, comm. n° 95, obs. Michel BAZEX et Sophie BLAZY ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 240, p. 4, p. 2603, note Mathieu TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A*, 2007, p. 2111, note Michaël KARPENSCHIF ; *JCP A*, 2007, p. 2125, note Florian LINDITCH ; *JCP A*, 2007, p. 2128, note Jean-Marie PONTIER ; *LPA*, 2007, n° 147, p. 13, note Jean-Mathieu GLATT ; *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2007, n° 5409, p. 54, note Gilles Le CHATELIER ; *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2617, note Guylain CLAMOUR ; Pierre BRUNET, *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 867 ; Pierre MOUZET, *RDP*, 2008, n° 6, p. 1539 ; Gilbert ORSONI, *RTD com.*, 2007, p. 694.

¹³⁰ La Cour rappelant traditionnellement que « l'appel à la concurrence par l'engagement d'une procédure conformément à la directive 2004/18 n'est pas obligatoire dans l'hypothèse où, à la fois, le pouvoir adjudicateur exerce sur une personne, juridiquement distincte de lui, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent » (CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« *SUCH* »), C-574/12, préc., §12) ; la Cour reproduisant ici une formulation déjà présente dans l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50).

¹³¹ V. en effet son absence dans les dispositions suivantes : Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1 à 17.3 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1 à 12.3.

¹³² Sur ce point, v. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B.



mécanismes à ceux, préexistant, qui impliquent intrinsèquement un mélange des techniques comme, par exemple, les marchés de partenariat¹³³ ? Plusieurs questions ne trouvent pour l'heure pas véritablement de réponse, ce que les présents travaux permettront de souligner pour, ensuite, y proposer des solutions.

37. — Enfin, l'étude de la quasi-régie dans ses manifestations en dehors du champ des contrats publics reste lacunaire. Plusieurs études existent bien quant à la confrontation entre les sociétés publiques locales et les disciplines financières¹³⁴ ou fiscales¹³⁵. En revanche, les recherches sur les implications de la quasi-régie dans ce domaine semblent encore être rares. C'est après avoir constaté que des lacunes similaires persistent quant à la qualification juridique de la quasi-régie, qu'il a été décidé de l'étudier plus en détail.

B. Une proposition de qualification juridique de la quasi-régie

38. — Le développement de la quasi-régie a fait l'objet d'observations et de commentaires réguliers de la part des auteurs. La construction par à-coups de la dérogation interorganique, au gré des décisions jurisprudentielles, a ainsi favorisé les photographies multiples de celle-ci. Très riches, elles ne se focalisent cependant que trop rarement sur la conceptualisation de la quasi-régie au-delà de son rôle dans le champ d'application des directives européennes. Les inquiétudes et questionnements liés au développement des prestations intégrées ont en effet tourné les regards vers leurs bornes, les détournant fréquemment de leur logique fondamentale. Très peu d'auteurs se

¹³³ Les expressions « marchés de partenariat » et « montages complexes » seront ici utilisées en tant que synonymes, la définition des marchés de partenariat telle qu'elle résulte de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (préc., article 67) semblant notamment recouper les différentes conventions jusqu'alors englobées sous la formule « montages complexes ».

¹³⁴ V. notamment : DUSSART Vincent, « Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1155-1158 ; ROMA Giacomo, *L'évolution des modalités de gestion des services publics locaux. Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, *op. cit.*, pp. 60-72.

¹³⁵ V. notamment : BOISSEAU Bertrand, « SPL, plaidoyer pour une fiscalité « dans la maison » », *ACCP*, 2013, n° 131, pp. 60-62 ; du même auteur : « La fiscalité des SPL », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1146-1154.

sont donc intéressés à cette logique¹³⁶. Dès lors, les tenants et aboutissants de la dérogation interorganique n'ont pas réellement été étudiés dans leur ensemble et sa consistance en tant que construction juridique n'a pas encore été approfondie.

39. — Certes, la quasi-régie semble d'ores et déjà être une notion, entendue, conformément à la définition fournie par le professeur Benoît, comme permettant de catégoriser des faits pour leur imputer un régime juridique particulier¹³⁷. Néanmoins, sa catégorisation et sa qualification restent encore imprécises. En conséquence, l'une des questions fondamentales de la quasi-régie, qui semble par ailleurs être unanimement partagée, est pourtant rarement étudiée : celle de sa substance non-contractuelle. La Cour de justice a en effet décrit le mécanisme ci-étudié comme ne pouvant pas être envisagé comme un contrat¹³⁸, ce qui semble avoir été admis par la doctrine¹³⁹. C'est donc ainsi que nous l'avons définie *supra*¹⁴⁰. En pratique toutefois, des documents contractuels sont passés entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs, ce qui amènera nécessairement la question de l'impact de la quasi-régie sur leur exécution. Rechercher si celle-ci constitue un contrat particulier pourrait en effet préciser ses contours et, conséquemment, résoudre les lacunes actuelles concernant son régime juridique. Ce dernier est en effet encore trop imprécis concernant l'exécution des contrats liant les prestataires intégrés à leurs détenteurs.

¹³⁶ Seuls certains auteurs s'y sont intéressés. V. notamment : CARANTA Roberto, « *The in-house providing : the law as it stands in the EU* », in COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, op. cit., pp. 13-52, spéc. pp. 16-17, note 12. Cet auteur cite en effet deux autres articles dans lesquels des observateurs se sont prononcés sur la nature contractuelle de la quasi-régie. Selon le professeur Weltzien, la quasi-régie n'est pas un contrat (WELTZIEN Kurt, « *Avoiding the procurement rules by awarding contracts to in-house entity : the scope of procurement directives in the classical sector* », *Public procurement law review*, 2005, n° 14, pp. 237-255) alors que selon le professeur González García, c'en est un (GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., « *Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación* », *Revista de administración pública*, 2007, n° 173, pp. 217-237). Il faut également citer l'étude du professeur Rolin, antérieure à celle du professeur Caranta (ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *AJDA*, 2005, n° 16, pp. 898-901).

¹³⁷ BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », in GALABERT Michel et TERCINET Marcel-René (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Hors Collection Droit, 1995, pp. 23-38, p. 27.

¹³⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50.

¹³⁹ Ce qui se manifeste par exemple par le fait que plusieurs auteurs décrivent la quasi-régie comme un « contrat avec soi-même » (v. notamment : DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *loc. cit.*, p. 55 ; DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *loc. cit.*, p. 180 ; BANGUI Taha, « L'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du CE relative au contrat « *in house* » depuis l'arrêt Teckal », *JCP-A*, 2010, n° 22, pp. 37-41, comm. n° 2182, pt 12 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2011, T. 2, p. 80).

¹⁴⁰ V. *supra*, Section 1, §1, A.



40. — Outre cette qualification, c'est la question de la contamination de la quasi-régie à d'autres sphères qui reste en suspens. Il ne s'agit plus là de rechercher les bornes de la quasi-régie mais de questionner les ambitions qui peuvent lui être attribuées au sein du droit public. De ce point de vue, la présente thèse cherchera à exposer ses potentialités en recherchant l'émergence d'une dynamique organisationnelle interorganique.

C. Une recherche d'une dynamique organisationnelle de la quasi-régie

41. — Les modes de gestion des activités publiques que peuvent utiliser les personnes publiques françaises peuvent être répartis dans deux grands ensembles opposés : la régie et l'externalisation. Il faut rappeler leur distinction avant d'exposer dans quelle mesure le choix de l'appellation « quasi-régie » témoigne d'une ambition particulière de ce mécanisme : celle de se faire une place dans ce schéma, en tant que mode intermédiaire de gestion des activités publiques.

42. — La régie repose sur un paradoxe, celui « *d'être une notion claire si l'on s'en tient à une définition superficielle [...] et de devenir confuse si l'on approfondit son étude afin d'élaborer une définition complète* »¹⁴¹. Son évolution a en effet entraîné une scission entre sa concrétisation en tant que structure et en tant que mode de gestion¹⁴². Il en résulte que l'utilisation du terme régie est désormais désunie et parfois incohérente¹⁴³. En conséquence, la présentation des modes de gestion publics offerts aux personnes publiques pour gérer leurs activités de service public consiste fréquemment à présenter trois types de régie : « *la régie simple, la régie autonome et la régie personnalisée* »¹⁴⁴, alors même que la définition parfois dite « *minimale* »¹⁴⁵ du mode de gestion en régie ne les recouvre pas tous. Longtemps décrite comme la « *technique normale de gestion* » des services publics

¹⁴¹ VIGUIER Jacques, *Recherches sur la notion de régie en droit public français*, Université Toulouse 1 Capitole, thèse, dactyl., 1989, p. 10.

¹⁴² *Ibid.*, pp. 215-396 et 490-491.

¹⁴³ Pour un état des lieux de cette déconstruction, v. notamment : VIGUIER Jacques, *Recherches sur la notion de régie en droit public français, op. cit.* ; JACQUEMOIRE Philippe, « Régie et régies : gestion directe ou gestion déléguée des activités de service public ? », *AJCT*, 2014, pp. 189-193). Monsieur Bahougne rappelle cependant qu'en termes financiers, l'unité du mode de gestion en régie a été grandement entamée (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, LGDJ, BDP, T. 289, 2015, pp. 74-75, pt 179).

¹⁴⁴ V. notamment : DIDRICHE Olivier, « Les multiples acceptions de la notion de « régie » dans les collectivités territoriales », *AJCT*, 2014, n° 4, pp. 184-188, pp. 185-187.

avant la prolifération des établissements publics, la gestion en régie correspond en effet à la situation dans laquelle c'est

« à l'autorité administrative, responsable de la création des services, qu'appart[ient] le soin de [...] gérer [les services publics] directement [...] : les collectivités territoriales assur[ent] leur fonctionnement à leurs risques et périls, avec leurs propres biens et leurs propres agents. »¹⁴⁶

Elle s'oppose ainsi à l'externalisation d'une activité, entendue « *comme l'opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge* »¹⁴⁷. En conséquence, « *le point essentiel* » pour identifier une gestion d'un service public en régie est que l'entité qui le gère « *n'a pas de personnalité juridique propre, distincte de celle de la collectivité dont il dépend : [elle] n'est qu'un élément parmi d'autres de l'entité étatique ou locale* »¹⁴⁸. De ce fait, la présence d'un mode de gestion en régie ne peut être identifiée que lorsqu'une seule personne morale dispose de la direction opérationnelle et stratégique de l'activité : sont donc des modes de gestion en régie les régies dites simples (ou directes) et autonomes (ou indirectes), c'est-à-dire celles sans personnalité juridique propre mais dotées d'un budget annexe¹⁴⁹. Dans ce deuxième cas, l'autonomie n'est que comptable. Elle permet d'individualiser le service, afin notamment de mieux identifier sa rentabilité, tout en conservant son intégration parfaite au sein du budget de la personne morale qui l'a créé. Bien que la personnalité juridique soit un critère « *excessivement simplificateur* »¹⁵⁰, elle reste donc l'élément de distinction cardinal entre ces deux modes de gestion. Continuer à l'utiliser en tant que curseur est par ailleurs le seul moyen de maintenir la cohérence de la notion de régie¹⁵¹.

¹⁴⁵ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, Coll. Manuel, 2012, p. 224.

¹⁴⁶ CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1972-1973, n° 3, pp. 5-76, p. 5, pt 1.

¹⁴⁷ DREYFUS Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, n° 28, pp. 1529-1534, p. 1529.

¹⁴⁸ FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, LGDJ, Coll. Domat, 9^{ème} éd., 2014, p. 227, pt 378.

¹⁴⁹ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 346, pt 673.

¹⁵⁰ DOUENCE Jean-Claude, « La gestion en régie directe du service public local », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, Chapitre 3, folio n° 6142, mars 2009 (actualisation mars 2009), pt 55.

¹⁵¹ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 225, pt 399.



43. — Dans ce cadre, toutes les hypothèses dans lesquelles le terme « régie » est utilisé alors que deux personnes morales sont en présence ne relèvent pas du mode de gestion en régie¹⁵². C'est le cas au sein de la quasi-régie : la présence systématique de la personnalité juridique des prestataires intégrés permettant de les distinguer de leurs détenteurs alors que, précisément, la gestion en régie se définit de façon négative, en ce qu'elle n' « existe que si elle n'est pas individualisable au sens organique »¹⁵³. La présence du suffixe « quasi » est toutefois plutôt claire sur cette assimilation artificielle. Elle permet à l'expression « quasi-régie » de révéler aisément l'idée qu'elle recouvre : elle concerne des situations qui, au même titre que les structures en régie, sont exercées en interne. Ces situations sont donc censées ne pas avoir d'impact sur la concurrence, ce qui justifie corrélativement une dérogation aux règles de passation des contrats publics. Ce lien entre régie et prestations intégrées n'a pas été opéré au niveau de l'Union européenne mais au niveau interne. Consacré par la Commission de néologie en 2008 avec l'appellation « quasi-régie »¹⁵⁴, il avait déjà été annoncé par le Conseil d'État qui, dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁵⁵, a situé les prestations intégrées parmi les modes de gestion du service public en régie. Cette juridiction semble ainsi conférer à la quasi-régie une ambition plus importante, celle de reposer sur une véritable unité organisationnelle, qui serait une « alternative à l'externalisation »¹⁵⁶. L'inscription du terme régie dans l'appellation française des prestations intégrées relève néanmoins du parti pris. Le droit interne implique d'examiner si, en se calquant sur la régie, la quasi-régie a vocation à dépasser sa caractéristique de dérogation pour reposer sur une unité organisationnelle lui permettant de prétendre au titre de véritable mode de gestion ; des questions que la présente thèse se propose d'approfondir.

44. — Seule l'émergence d'une dynamique tendant à aboutir, à terme, à l'identité organisationnelle de la quasi-régie pourra être recherchée. Il peut en effet d'ores et déjà être constaté que cette dérogation ne se fonde dans aucun des modes de gestion prétendument intermédiaires aux deux modes de gestion traditionnels qui existent actuellement.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 346, pt 675.

¹⁵⁴ Commission de néologie, *Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, préc.

¹⁵⁵ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

¹⁵⁶ MULLER Étienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, *op. cit.*, p. 34.

§2. Le constat de l'insolubilité de la quasi-régie dans les catégories existantes

45. — Il existe plusieurs catégories hybrides au sein desquelles la quasi-régie aurait pu être rangée. Certaines concernent de véritables formes de gestion à disposition des personnes publiques. C'est le cas de la régie personnalisée **(A)**. D'autres englobent des situations qui ont dû être identifiées par le droit administratif pour qu'il puisse les saisir : c'est le cas des associations transparentes **(B)**. Aucune d'entre elles n'est cependant apte à représenter un véritable mode de gestion hybride susceptible de recouvrir la quasi-régie. Ce n'est pas non plus le cas d'une dernière catégorie, plus théorique puisqu'elle est le fait d'un seul auteur : celle de l'établissement public virtuel **(C)**.

A. L'inexistence d'un « mode de gestion en régie personnalisée » susceptible de recouvrir la quasi-régie

46. — La régie personnalisée entretient une ambiguïté : celle de constituer une forme particulière de régie alors qu'elle pourrait être rangée parmi les modes d'externalisation des activités publiques. C'est notamment à ce titre qu'elle ne peut être considérée comme une catégorie intermédiaire entre régie et externalisation, qui viendrait englober la quasi-régie.

47. — L'ambiguïté sur laquelle repose la régie personnalisée est entretenue par le Code général des collectivités territoriales. Alors que l'article L. 2221-10 dudit Code précise qu'il ne s'agit que d'une forme d'établissement public, qu'il faut désigner par l'expression « établissement public local », ce même article est inscrit dans une section nommée « Régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière ». Cette ambiguïté est notamment perceptible dans la présentation du professeur Gaudemet qui, tout en classant la régie personnalisée parmi les modes de gestion du service public en régie, précise qu'elle est en réalité proche de l'établissement public local mais qu'elle fait l'objet d'un régime spécifique¹⁵⁷. Il est vrai que ces régies personnalisées sont soumises à un contrôle étroit et constituent en conséquence une forme altérée, diminuée d'établissement public. Ainsi le principe de décentralisation, dont l'application aux établissements publics est notamment défendue par le professeur Chevallier¹⁵⁸, n'y

¹⁵⁷ GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, LGDJ, Coll. Manuels, 20^{ème} éd., 2012, p. 398, pt 786. Sur ce régime, v. GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 368-369, pts 719-722.

¹⁵⁸ CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *loc. cit.*, v. notamment p. 15, pt 14.



impose pas une indépendance des dirigeants puisque, précisément, ceux-ci sont sous contrôle étroit de la collectivité. C'est d'ailleurs cette particularité qui a permis au Conseil d'État de considérer dans son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁵⁹ que les contrats qui lient les collectivités à ces établissements publics locaux peuvent être passés en dehors des règles gouvernant la passation de délégations de service public. Ainsi que le rappelle le professeur Bui-Xuan, le Conseil d'État y « assimile régie simple, régie autonome et régie personnalisée [des collectivités locales] »¹⁶⁰. Cependant, il ne faut pas s'y tromper : ils « sortent [...] du cadre d'une gestion exercée par la personne publique en propre »¹⁶¹ et sont simplement une sorte d'établissement public¹⁶². Ces instruments disposent d'une part d'autonomie grâce à leur personnalité propre, les distinguant du mode de gestion en régie¹⁶³. En conséquence, la régie personnalisée en tant que déclinaison d'un mode de gestion en régie n'existe pas réellement en droit public positif français¹⁶⁴. La conservation du terme « régie » relève ici de ce flou créé par la conservation historique de termes désignant des modes de gestion qui ont été créés avant l'apparition du droit administratif¹⁶⁵.

48. — Sortie du giron de la régie, la régie personnalisée pourrait sembler constituer l'intermédiaire parfait entre externalisation et régie. Un tel positionnement résoudrait les questionnements du présent titre : en tant que mode de gestion intermédiaire, elle pourrait embrasser la quasi-régie, permettant ainsi à cette dernière de trouver sa catégorie juridique. Il s'agirait cependant d'une interprétation méconnaissant les implications véritables de la régie personnalisée. Outre le fait que celle-ci ne permet pas de transcender la distinction entre régie et externalisation, elle est actuellement trop

¹⁵⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

¹⁶⁰ BUI-XUAN Olivia, « Service public culturel et droit de la commande publique une clarification inachevée (à propos de l'arrêt du CE du 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*) », *RDP*, 2007, n° 5, pp. 1367-1381, p. 1371.

¹⁶¹ JACQUEMOIRE Philippe, « Régie et régies : gestion directe ou gestion déléguée des activités de service public ? », *loc. cit.*, p. 189.

¹⁶² GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, p 367, pt 718.

¹⁶³ Le fait que ces établissements publics locaux bénéficient d'une autonomie plus limitée que celle des autres établissements publics n'est d'ailleurs qu'une différence théorique car l'autonomie administrative des établissements publics est fréquemment diminuée par une intervention de leur collectivité publique de rattachement dans leur organisation (GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 363-364, pt 708 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, p. 288, pt 526).

¹⁶⁴ C'est la raison pour laquelle certains auteurs, tels les professeurs Frier et Petit ou encore les professeurs Koubi et Guglielmi, ne mentionnent pas la régie personnalisée dans les modes de gestion en régie et ne traitent que des régies directes et indirectes (FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif, op. cit.*, p. 227, pt 378 ; GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 346-349).

étriquée pour que puisse lui être attribuée la qualification de mode de gestion. Si elle entraîne bien des conséquences similaires à la quasi-régie en matière de passation des contrats de délégation de service public, elle ne concerne que des établissements publics. Elle ne recouvre par conséquent que des entités de nature fondative et publique, c'est-à-dire créées « *par une volonté qui lui est extérieure* »¹⁶⁶ afin de répondre à la « *volonté d'isoler une part des ressources publiques afin de les consacrer à une activité* »¹⁶⁷. Son champ d'application est plus étroit que celui de la dérogation interorganique, qui ne se limite pas à ce type de structures. La régie personnalisée n'est donc ni un mode de gestion en régie, ni un mode de gestion intermédiaire, elle n'est qu'un instrument proche de l'établissement public à catégoriser dans les formes d'externalisation des activités. En tant que forme pouvant être revêtue par les prestataires intégrés, elle a vocation à entrer dans le champ d'application de la quasi-régie mais elle ne peut pas être utilisée pour englober cette dérogation dans sa totalité.

49. — En l'état des catégorisations juridiques, il existe par conséquent deux modes de gestion opposés : la régie et l'externalisation, ce qui révèle l'une des questions sous-jacentes de la quasi-régie : celle de sa place en tant qu'unité organisationnelle. Son appellation sous-entend en effet qu'elle pourrait trouver une place intermédiaire entre ces deux unités organisationnelles. Il sera néanmoins démontré qu'il n'en est rien : en dépit de ses particularités, la quasi-régie reste une forme d'externalisation.

B. L'impossible assimilation entre quasi-régie et association transparente

50. — La quasi-régie et l'association transparente ne doivent pas être considérées comme étant identiques. À l'appui de cette affirmation, deux éléments caractéristiques de l'association transparente peuvent être cités : la construction juridique sur laquelle elle repose — celle de la dissimulation — et son « *enjeu* »¹⁶⁸, qui réside dans la question désormais traditionnelle de l'application du droit public ou du droit privé. Le « faux-nez » de l'administration est en effet juste un « *critère jurisprudentiel* », qui sert à « *percer l'écran de la*

¹⁶⁵ DOUENCE Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *loc. cit.*, pt 2.

¹⁶⁶ THÉRON Jean-Pierre, *Recherche sur la notion d'établissement public*, LGDJ, Coll. BDP, T. 123, 1976, p. 16.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 17. Sur cette nature fondative et publique, v. *ibid.*, pp. 15-20 ; v. aussi DURAND Guy, « L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ? », *JCP A*, 1995, n° 42, pp. 413-416, étude n° I 3877, p. 413, pt 3.

¹⁶⁸ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, Éditions l'Épitoche, Coll. L'unité du droit, vol. VI, 2015, p. 228.



personnalité juridique »¹⁶⁹. Il permet de sanctionner une personne publique qui aurait voulu dissimuler des activités exercées dans les conditions du droit public derrière une personne privée pour échapper aux contraintes du droit public¹⁷⁰. La virtualité de l'organisme est ici synonyme de dissimulation, ce qui implique que l'association transparente ne peut être appréhendée en droit administratif comme un mode de gestion à part entière. Au contraire, elle doit être perçue comme une situation illégitime devant être sanctionnée¹⁷¹. Cette virtualité remplit donc une « *fonction essentiellement punitive* »¹⁷², qui se traduit par la contamination du droit public à l'entité transparente. Par ce procédé, le juge requalifie la personne privée en personne publique et modifie le régime applicable à toutes ses actions. Or, la dissimulation, qui constitue une « *fausseté consciemment opérée dans l'intention de tromper* »¹⁷³, n'est pas une caractéristique de la quasi-régie. Les détenteurs interorganiques qui seraient des personnes publiques ne s'offrent pas une « *couverture privée* »¹⁷⁴ pour agir. Ils peuvent créer une structure – publique ou privée – véritablement autonome sur laquelle ils exercent un contrôle mais dont l'action se distingue de la leur. En conséquence, si cette structure revêt une forme privée, c'est légitimement qu'elle bénéficie de la souplesse du droit privé. Dans ce cadre, quasi-régie et association transparente pourront se croiser fréquemment – les associations transparentes étant prédisposées à remplir presque systématiquement les conditions de reconnaissance des prestataires interorganiques¹⁷⁵ – mais il est impossible de considérer que les prestations interorganiques correspondent systématiquement à des hypothèses de transparence.

51. — Les deux notions remplissent des fonctions distinctes et ne doivent surtout pas être identifiées l'une à l'autre, même sur le plan théorique. La philosophie qui se cache

¹⁶⁹ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Lexis Nexis/Litec, Coll. Bibliothèque droit entreprise, 1994, p. 443.

¹⁷⁰ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 210, 2000, p. 169.

¹⁷¹ Pour une synthèse de ces sanctions, v. notamment : BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 222, pt 382 ; COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 385-388 ; DAMAREY Stéphanie, GUILLOIS (De) Thierry, VENDEUIL (De) Sylvie, GAUDEMONT (De) Christelle (dir.), *Code des associations et fondations 2016*, 8^{ème} éd., Dalloz, Coll. Codes Dalloz Professionnels, 2015, pp. 38-42 ; LEROY Marc, et MEUNIER Yvan, « Le risque de gestion de fait dans les relations entre les collectivités territoriales et les associations », in DREYFUS Jean-David, GROUD Hervé et PUGEAULT Serge (dir.), *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2009, pp. 119-139, pp. 125-127.

¹⁷² BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 176, pt 392.

¹⁷³ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, p. 58. Sur la distinction entre fiction et dissimulation, v. aussi *ibid.*, pp. 58-62.

¹⁷⁴ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 228.

derrière l'appréhension des associations transparentes pourrait même être préjudiciable à la quasi-régie car elle pourrait avoir des conséquences similaires à celles d'une sanction, en requalifiant les actions passées par le prestataire intégré. Il en résulte que toute référence à l'association transparente doit être écartée pour qualifier ou catégoriser la quasi-régie.

C. L'impossible assimilation entre la quasi-régie et la théorie de l'établissement public virtuel »

52. — Selon le professeur Touzeil-Divina, l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁷⁶ aurait créé un nouveau mode de gestion, « *se rapprochant [...] de la technique communautaire des contrats dits in house* »¹⁷⁷ : l'établissement public virtuel. Cet auteur tire cette théorisation des propos du Conseil d'État en vertu desquels il faut considérer que des collectivités gèrent directement un service public « *lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* »¹⁷⁸. Ciblante une gestion « *qui, en apparence, n'est pas une régie mais en est juridiquement pourtant une* »¹⁷⁹, ce nouveau mode de gestion a été présenté par son auteur comme étant voué à recouvrir la quasi-régie. Néanmoins, les références à l'association transparente (1) et à l'établissement public (2), trop étriquées pour comprendre tous les prestataires intégrés et tous leurs détenteurs, rendent cette concordance impossible.

1) L'inadéquation de la référence aux associations transparentes

53. — Dans l'extrait de l'arrêt commenté, la mention de l'organisme ne devant pas être considéré comme un tiers « *renvoïe sans conteste aux associations loi de 1901* »¹⁸⁰. Après l'avoir constaté, le professeur Touzeil-Divina a achevé sa démonstration par un lien entre l'établissement public virtuel et l'association transparente. L'association,

¹⁷⁵ V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1.

¹⁷⁶ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

¹⁷⁷ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La « rencontre imprévue » du droit et de l'opéra au cœur d'un « établissement public virtuel » », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 240, pp. 2603-2610, p. 2608.

¹⁷⁸ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

¹⁷⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La « rencontre imprévue » du droit et de l'opéra au cœur d'un « établissement public virtuel » », *loc. cit.*, p. 2608.

¹⁸⁰ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 231.



« *singulièrement translucide* », serait un « *« faux-nez* » de l'administration, un de ses démembrements externalisés mais pourtant identifiés, juridiquement, comme faisant partie intégrante de la puissance publique. »¹⁸¹ L'adjectif virtuel doit également participer à cette assimilation car il « *introduit dans cette notion [d'établissement public virtuel] l'impression de transparence qui s'y impose.* »¹⁸² Ces propos créent une corrélation entre ce que le professeur Touzeil-Divina qualifie d'établissement public virtuel et les associations transparentes, ce que confirme le cadre dans lequel cet auteur a opéré son deuxième renvoi vers cette théorie. Cette mention furtive a en effet été opérée dans une veille écrite au sujet d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy datant de 2012, intitulée « L'agent du faux « faux nez » public était de droit privé »¹⁸³. La thématique de l'association transparente se posait de façon limpide dans cette espèce : une employée d'une association cherchait à ce que ce qualificatif soit jurisprudentiellement reconnu pour l'association qui l'employait. Espérant que la Cour administrative ferait une application extensive des arrêts *Divier*¹⁸⁴ et *Commune de Boulogne Billancourt*¹⁸⁵, la requérante escomptait obtenir une soumission de son employeur au droit public et, *ergo*, obtenir pour elle le statut d'agent public et le droit à une formation réservée à de tels agents¹⁸⁶. Le rapprochement est opéré expressément par le professeur Touzeil-Divina, puisqu'après avoir exposé le mécanisme de l'association transparente, il renvoie à l'établissement public virtuel¹⁸⁷. Celui-ci doit donc être considéré comme reposant sur une logique similaire à celle de l'association transparente.

¹⁸¹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La « rencontre imprévue » du droit et de l'opéra au cœur d'un « établissement public virtuel » », *loc. cit.*, p. 2609.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ CAA Nancy, 3^{ème} Chambre, 2 août 2012, *Régina A.*, n° 11NC01427 ; inédit au *Rec.* ; JurisData n° 2012-020063 ; *JCP A*, 2012, n° 36, act. n° 585, obs. Mathieu TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A*, 2013, n° 7, p. 17, comm. n° 2037, note Hélène PAULIAT.

¹⁸⁴ CE, Section, 11 mai 1987, *Pierre François Divier contre Association pour l'information municipale*, n° 62459 ; *Rec.*, 1987, p. 167 ; *AJDA*, 1987, p. 446, chron. Gilbert AZIBERT et Martine de BOISDEFFRE ; *RDP*, 1988, p. 265, note Jean-Marie AUBY ; *RFDA*, 1988, p. 780, concl. Olivier SCHRAMECK ; *RTD com.*, 1988, p. 85, obs. Élie ALFANDARI et Michel JEANTIN.

¹⁸⁵ CE, Section, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796 ; JurisData n° 2007-071622 ; *Rec.*, 2007, p. 130 ; *AJDA*, 2007, p. 915, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 230, concl. Nicolas BOULOUIS ; *CMP*, 2007, n° 5, p. 60, comm. 137, par Gabriel ECKERT ; *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1937, note Michel DREIFUSS ; *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 867, note Pierre BRUNET ; *RJEP*, 2007, n° 644, p. 270, comm. n° 2, note Nathalie ESCAUT.

¹⁸⁶ Dans la lignée de jurisprudences encore considérées comme audacieuses, telles que l'arrêt *Martin-Métérier* (CAA Marseille, 2^{ème} Chambre, 14 septembre 2004, n° 00MA00560 ; *AJDA*, 2005, p. 381, note Gustave PEISER ; *JCP A*, 2004, n° 45, comm. n° 1707, par Didier JEAN-PIERRE), le Conseil d'État refusant encore de reconnaître une telle déduction (v. notamment : BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, pp. 220-221, pt 392 ; PAULIAT Hélène, « Qualification d'association transparente et statut juridique de la personne employée », *JCP A*, 2013, n° 7, pp. 17-20, comm. n° 2037).

¹⁸⁷ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « L'agent du faux « faux nez » public était de droit privé », *JCP A*, 2012, n° 36, act. n° 585.

Or, ainsi qu'il vient d'être exposé, celle-ci doit être clairement distinguée de la quasi-régie. Comme l'établissement virtuel repose expressément sur cette référence, sa théorisation est insusceptible de recouvrir la quasi-régie. Un constat similaire s'impose en raison de la référence à l'établissement public.

2) *L'inadéquation de la référence à l'établissement public*

54. — Observant ce qu'il décrit comme une sorte de tutelle de la personne publique sur l'entité, le professeur Touzeil-Divina a opté pour la qualification d'établissement public. Celui-ci ne serait cependant que virtuel, ce qui permettrait de « traduire l'idée de ressemblance ou d'assimilation à la régie établissement public, tout en prenant acte, juridiquement, de ses différences »¹⁸⁸. Par le choix de cet adjectif, cet auteur a ainsi mis en exergue le fait que l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁸⁹ ravive partiellement la théorie du service public virtuel¹⁹⁰ et répond à une logique similaire que l'on retrouve également dans le domaine public virtuel¹⁹¹. Dans ces deux cas, il s'agit de considérer qu'entrent dans le champ d'application d'une notion des hypothèses qui n'en remplissent pas les conditions d'appartenance : depuis l'arrêt *Association Eurolat*¹⁹², le bien du domaine public virtuel est intégré au domaine public non pas parce qu'il est affecté à un service public et aménagé spécialement pour ce faire mais parce qu'il a été décidé qu'il le sera¹⁹³ ; la notion de « service public virtuel », créée alors que seul le législateur était compétent pour ériger

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 2609.

¹⁸⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

¹⁹⁰ Ce qui est également souligné par les professeurs Lachaume, Pauliat et Boiteau (LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 199, pt 361).

¹⁹¹ Sur cette théorie, v. notamment : GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*, 15^{ème} éd., LGDJ, Coll. Traités, 2014, pp. 143-148).

¹⁹² CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 6 mai 1985, *Association Eurolat contre Crédit foncier de France*, n° 41589 et 41699 ; *Rec.*, 1985, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620, note Étienne FATÔME et Jacques MOREAU ; *RDP*, 1986, p. 21, note François LLORENS ; *RFDA*, 1986, p. 21, concl. Bruno GENEVOIS ; *RDS*, 1986, p. 296, note Élie ALFANDARI.

¹⁹³ L'avenir de cette théorie n'est cependant pas certain : elle semblerait vouée à disparaître depuis la lecture de l'arrêt *Association ATLALR* (CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 8 avril 2013, *Association ATLALR contre Préfet de l'Hérault*, n° 363738, ECLI:FR: 2013:363738.20130408 ; JurisData n° 2013-006770 ; *AJDA*, 2013, p. 764, obs. Rémi GRAND ; *Droit administratif*, 2013, n° 7, p. 33-36, comm. Thibaut LELEU ; *JCP A*, 2013, n° 24, p. 19, comm. Caroline CHAMARD-HEIM ; *JCP N*, 2013, n° 43, p. 40, comm. n° 1249 par Jean-François Giacuzzo ; *RDI*, 2013, p. 434, note Norbert FOULQUIER ; *Revue générale du droit*, 2013, n° 2, comm. Philippe COSSALTER). Sur le devenir de cette théorie, v. notamment : COSSALTER Philippe, « Les habits neufs de l'empereur ou la théorie de la domanialité publique virtuelle », *Revue générale du droit*, 2013, n° 2. Cependant, Monsieur Giacuzzo considère que le Conseil d'État est en partie revenu sur cette décision *ATLALR* avec l'arrêt *Sté civile immobilière Gutenberg Aresy* (CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 17 mai 2013, *Sté civile immobilière Gutenberg Aresy*, n° 361492 ; JurisData n° 2013-010694 ; *AJDA*, 2013, p. 2008 ; *Droit administratif*, 2013, n° 11, p. 22, comm. n° 72, note Jean-François GIACUZZO).



des activités en activité de service public¹⁹⁴, permet quant à elle d'étendre le champ d'application des obligations de service public à des situations qui n'en remplissent pas tous les critères¹⁹⁵. L'établissement public virtuel s'inscrirait dans cette lignée : il ne s'agirait plus d'identifier un type de bien ou un type d'activité mais, plus largement, un mode de gestion. Ce mode de gestion est cependant trop axé autour de la référence à l'établissement public qui, tout en étant susceptible de deux interprétations différentes, semble dans tous les cas inadéquate pour recouvrir la quasi-régie.

55. — La première lecture consiste à considérer qu'en créant un mécanisme interorganique autour d'un service public, les personnes publiques concernées créeraient un établissement public particulier, appartenant, parmi les établissements publics, à la catégorie spéciale des établissements publics virtuels. Il en résulterait que transposer cette théorie au mécanisme interorganique ferait entrer tous les prestataires intégrés sans exception dans ladite catégorie, ce qui les obligerait à respecter les règles de ce statut. Cette lecture de l'établissement public virtuel rend impossible un recoupement avec la quasi-régie. Premièrement, de nombreux prestataires intégrés sont des personnes privées et c'est précisément respecter la liberté d'organisation des pouvoirs adjudicateurs dans la lignée du principe de neutralité de l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que de veiller à ce que cela perdure. Deuxièmement, une telle interprétation serait contraire aux règles gouvernant le pouvoir de création des établissements publics. La Constitution attribue effectivement au législateur la compétence pour créer des catégories d'établissements publics, celle de créer des établissements publics en particulier revenant par conséquent aux autorités administratives¹⁹⁶. Dans ce dernier cas, le juge doit, lorsqu'il est confronté à des incertitudes concernant le statut d'un organisme créé par une personne publique, vérifier par le biais d'indices si cette dernière a bien eu l'intention de créer un établissement

¹⁹⁴ LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 8^{ème} éd., Dalloz, Coll. Cours, 2015, p. 144, pt 131.

¹⁹⁵ Sur ce point, v. notamment : CORAIL (De) Jean-Louis, « L'approche fonctionnelle du service public : ses réalités et ses limites », *AJDA*, 1997, n° spécial, pp. 20-28, pp. 23-24 ; GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, pp. 391-393 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 196 ; MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010, pp. 501-507, pts 539-562.

¹⁹⁶ V. notamment : CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *loc. cit.*, p. 41 ; GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 362, pt 702 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 282-285, pts 514-520.

public¹⁹⁷. Le fait d'instaurer les critères nécessaires à l'existence d'un mécanisme interorganique ne peut pas constituer un tel indice car ces critères se superposent à des formes expresses consacrées par l'étiquette d'un statut particulier – celui de société, d'association ou encore, par exemple, de groupement d'intérêt public. Il serait donc abusif de prétendre déceler une intention des personnes publiques détentrices qui serait différente de celle qui est prévue par les statuts de l'entité, en faisant découler de ces critères une présomption d'intention de créer un établissement public. Ce serait usurper la volonté des personnes publiques détentrices. Tout au plus est-il possible de prétendre déceler une intention dissimulée, ce qui renvoie au spectre de l'association transparente et ne peut pas faire l'objet d'une généralisation car son appréciation est casuistique. Cette première lecture de la mention à l'établissement public doit donc être écartée.

56. — La seconde lecture de cette théorie, qui semble plus conforme à la volonté de son auteur, repose sur l'idée que l'établissement public n'est qu'un choix de terme : il s'agirait simplement de faire référence à l'idée de l'établissement public. Cette interprétation rend tout aussi impossible l'utilisation de cette théorie pour catégoriser la quasi-régie. Même si c'est juste l'idée d'établissement public qui est invoquée, ranger la quasi-régie sous sa bannière reviendrait à inverser totalement le raisonnement qui le fonde. L'établissement public est en effet une forme d'externalisation et non un mode de gestion, alors que la quasi-régie consiste à faire fi de la forme revêtue par un organisme pour nier sa personnalité juridique et l'assimiler à cet ensemble plus large qu'est celui de la gestion en régie simple.

57. — Des caractéristiques de l'établissement public semblent en outre s'opposer à ce recouplement. Cette forme d'intervention implique par exemple une référence au service public. L'établissement public n'est certes plus totalement le « service public personnalisé » décrit par le Commissaire Romieu¹⁹⁸, bien qu'il soit encore présenté ainsi¹⁹⁹. Il est en effet acquis, notamment depuis la décision *Anglaret*²⁰⁰, que le fait que la présence d'un établissement public entraîne la qualification de l'activité qu'il exerce en service public n'est qu'une présomption réfragable. Pourtant, le raisonnement du

¹⁹⁷ CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *loc. cit.*, p. 11, pt 8.

¹⁹⁸ Concl. Jean ROMIEU sur CE, 22 mai 1902, *Caisse des écoles du 6^{ème} arrondissement de Paris*, telles que citées in : CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *loc. cit.*, p. 20, note 54).

¹⁹⁹ V. notamment : LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 273, pt 493.

²⁰⁰ TC, 27 février 1995, *M. Anglaret contre Lycée départemental agricole de Bonnefont-Fontannes à Brionde*, n° 3941 ; *Rec.*, 1995, p. 492 ; *RFDA*, 1996, p. 148.



professeur Touzeil-Divina repose clairement sur cette corrélation entre établissement public et service public, ce qui impliquerait, en cas de regroupement entre établissement public virtuel et quasi-régie, une concordance entre la définition française du service public et cette dernière. Or, cette qualité pourrait être synonyme de confusion dans l'application de la quasi-régie car elle ne peut pas être considérée comme se superposant à la notion française de service public. En France, cette concordance ne serait pas forcément problématique. Il peut bien être déduit de la jurisprudence du Conseil d'État que la quasi-régie correspond, en tout cas en matière de délégation de service public, au champ d'application du service public tel qu'il est défini dans l'Hexagone²⁰¹. Cependant, cette définition ne recouvre pas exactement la définition européenne du service public, la corrélation entre établissement public et service public « à la française »²⁰² pouvant en ce sens devenir une source de complexités.

58. — La donne diffère quelque peu concernant le dernier élément inhérent à l'établissement public : la qualité de personne publique. Il n'existe en effet actuellement aucun établissement public qui soit une personne privée²⁰³. Le choix de cette expression crée expressément un contraste avec le fait que sont ciblées des personnes morales de droit privé, qui se révèlent être des personnes publiques, le professeur Touzeil-Divina s'inscrivant ici clairement dans la dichotomie entre personnes publiques et personnes privées. Ce constat permet de souligner que concernant son champ d'application, la qualité de prestataire intégré a vocation à recouvrir plus de personnes morales que l'établissement public virtuel. Cette différence découle d'une profonde distinction de logiques sous-jacentes. La qualification d'établissement public entraîne dans son sillage une forme d'exorbitance, celle du droit public, qui dépasse les simples conséquences financières telles que l'application de la comptabilité publique et qui n'est pas imposée par la qualification interorganique. La quasi-régie n'emporte pas la transformation en personne publique, elle est indifférente à cette qualité. Considérer que les prestations intégrées impliquent une telle transformation reviendrait d'ailleurs à nier totalement la neutralité imposée par l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne eu égard aux régimes de propriété nationaux. Bien qu'évoluant principalement dans le milieu public (la plupart des pouvoirs adjudicateurs étant des

²⁰¹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

²⁰² Sur ce que cette expression recouvrirait, v. notamment : GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, « Le service public à la française : une notion en extinction », *loc. cit.*

personnes publiques), la quasi-régie n'a par conséquent pas vocation à essaimer le droit administratif de la même manière que le fait l'établissement public. C'est une logique similaire qui entraîne son incompatibilité avec la mention à la transparence de l'entité.

59. — La théorie du professeur Touzeil-Divina reposant sur plusieurs éléments qui sont incompatibles avec la quasi-régie, il semble impossible de considérer que l'établissement public virtuel puisse être un « mode de gestion » dans lequel se fondrait la quasi-régie. En conséquence, cette dernière ne peut être assimilée à aucun mode de gestion en régie ou prétendument intermédiaire, ce qui laisse ouverte la question de sa véritable identification en tant que mode de gestion. Seule sa consécration en tant que mode de gestion indépendant permettrait d'aboutir à cette conclusion. Les présents travaux tendent à démontrer que cette hypothèse doit pour l'heure être écartée.

²⁰³ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 273, pt 483.

SECTION 3. METHODOLOGIE RETENUE

60. — L'étude de la quasi-régie nécessitait de choisir des données de référence parmi l'ensemble de celles préexistant sur la question. Celles-ci étaient nombreuses : aux sources jurisprudentielles européennes se sont ajoutées des références doctrinales et jurisprudentielles françaises multiples. Au cours de leur analyse, une véritable prééminence a été accordée aux arrêts de la Cour de justice (§1).

61. — La situation actuelle de la dérogation interorganique a ensuite rendu impossible le choix d'une méthode scientifique unique tout au long des travaux. Il a donc fallu combiner les méthodes inductive et déductive pour produire des développements en adéquation avec la substance du mécanisme étudié (§2).

§1. La hiérarchisation des sources pertinentes : la prééminence des dispositions européennes

62. — La conceptualisation de la quasi-régie ayant principalement été l'œuvre de la Cour²⁰⁴, il était courant, avant l'adoption des directives de 2014, de trouver en position liminaire des commentaires sur les arrêts en traitant un état des lieux de la jurisprudence précédente²⁰⁵. Cet appareil prétorien constitue en effet la référence constante dans laquelle les différents écrits concernant la quasi-régie, qu'il s'agisse de mémoires, d'articles, de contributions ou d'extraits de thèses puisent traditionnellement la définition et la méthode d'identification de la dérogation interorganique. Désormais, l'inscription dans les directives devrait, sans pour autant réfuter l'importance des apports jurisprudentiels, épargner aux auteurs ce récapitulatif introductif. L'ensemble formé par ces arrêts s'avère néanmoins constituer un élément cardinal de l'étude de la quasi-régie. Il a donc, dans un premier temps, fallu isoler ceux qui étaient pertinents pour étudier cette dérogation. Quatorze décisions de justice peuvent à ce titre être citées comme ayant apporté des précisions directes sur la dérogation interorganique. Elles ont été

²⁰⁴ Ainsi qu'elle le reconnaît elle-même, les « conditions d'une telle attribution ont été établies et développées par la jurisprudence de la Cour » (CJUE, 5^{ème} Chambre, 9 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contra Portugal* (« SUCH »), C-574/12, préc., §12).

²⁰⁵ V. notamment : FENOYL (De) Éric, « Contrats « in house » : état des lieux après l'arrêt *Asemfo* », *AJDA*, 2007, n° 32, pp. 1759-1764, p. 1759 ; SIMONNET Yann, « Application de l'exception dite « in house » aux opérations dites « internes horizontales », retour vers le futur ? », *AJDA*, 2014, n° 35, pp. 2001-2006, p. 2001.

sélectionnées car elles y font directement référence et, en sus, elles précisent ses conditions d'application. Il s'agit des arrêts *Teckal*²⁰⁶, *Stadt Halle*²⁰⁷, *Commission contre Royaume d'Espagne*²⁰⁸, *Parking Brixen*²⁰⁹, *ANAV*²¹⁰, *Coname*²¹¹, *Mödling*²¹², *Carbotermo*²¹³, *Asemfo*²¹⁴, *Jean Auroux*²¹⁵, *Commission contre République italienne*²¹⁶, *Coditel Brabant SA*²¹⁷, *Sea*

-
- ²⁰⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.
- ²⁰⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, préc.
- ²⁰⁸ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14 ; *Rec.*, 2005, p. I-139 ; *CMP*, 2005, n° 3, p. 24, comm. n° 69, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2005, n° 12, p. 21, comm. n° 411, note Éric MEISSE.
- ²⁰⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.
- ²¹⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, préc.
- ²¹¹ CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 ; *Rec.*, 2005, p. I-7287 ; *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2377, chron. Laurent RICHER, Pierre-Alain JEANNENEY et Nicolas CHARBIT ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 446, concl. Christine STIX-HACKL ; *BJCP*, 2005, n° 42, p. 414, note Emmanuel GLASER ; *CMP*, 2005, n° 11, p. 17, comm. n° 280, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2005, n° 49, p. 1783, comm. n° 1375, note Olivier DUBOS ; *Revue des contrats*, 2006, n° 2, p. 493, note Pierre BRUNET ; *Revue Europe*, 2005, n° 10, p. 23, comm. n° 338, note Laurence IDOT.
- ²¹² CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.
- ²¹³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.
- ²¹⁴ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 ; *Rec.*, 2007, p. I-2999 ; *AJDA*, 2007, n° 21, p. 1125, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *AJDA*, 2007, n° 32, p. 1759, note Éric De FENOYL ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 297, note Rémy SCHWARTZ ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 297, note Rémy SCHWARTZ ; *BJCP*, 2007, n° 55, p. 430, note Antoine TABOUIIS ; *Droit administratif*, 2007, n° 7, p. 22, comm. n° 101, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, n° 12, p. 56, note Davide PIAZZONI ; *Revue Europe*, 2007, n° 6, p. 62, comm. n° 163, note Laurence IDOT.
- ²¹⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 18 janvier 2007, *Jean Auroux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 ; *Rec.*, 2007, p. I-385 ; *AJDA*, 2007, n° 21, p. 1124, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *AJDA*, 2007, n° 2, p. 150, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 184, concl. Juliane KOKOTT ; *CMP*, 2007, n° 2, p. 13, comm. n° 38, note Willy ZIMMER ; *CMP*, 2007, n° 6, p. 5, étude n° 13, par Hélène PAULIAT ; *Droit administratif*, 2007, n° 5, p. 32, comm. n° 71, note Antoine ALONSO GARCIA ; *JCP A*, 2007, n° 7, p. 18, comm. n° 2028, note Claude DEVÈS ; *LPA*, 2007, n° 124, p. 13, note Sébastien MARCIALI ; *Revue Europe*, 2007, n° 3, p. 18, comm. n° 91, note Éric MEISSE ; *LPA*, 2007, n° 146, p. 16, note Hervé de GAUDEMAR ; *RLCT*, 2007, n° 23, p. 41, note Jean-Philippe LEVY et Antony FAGE.
- ²¹⁶ CJCE, 2^{ème} Chambre, 17 juillet 2008, *Commission contre République italienne*, aff. C-371/05, ECLI:EU:C:2008:410 ; *Rec.*, 2008, p. I-110 ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 343, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2008, n°8-9, p. 16, comm. n° 183, note Willy ZIMMER ; *RDI*, 2008, n° 10, p. 500, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2008, n° 10, p. 26, comm. n° 318, note Denys SIMON ; *RJEP*, 2008, n° 659, p. 11, comm. n° 51, note Francis DONNAT.
- ²¹⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.



*Srl*²¹⁸, *Econord*²¹⁹, *Technische Universität Hamburg-Harburg*²²⁰ et « *SUCH* »²²¹. Bien que partiellement amendés par le Parlement européen et le Conseil, ils constituent la littérature la plus fournie quant à ses modalités de mise en œuvre. Si les directives ont produit un véritable effort de précision, ces arrêts présentent en effet l'avantage de confronter les énoncés abstraits à la réalité de situations concrètes.

63. — Il a donc été choisi de se livrer à une analyse jurisprudentielle poussée pour démontrer tant la profonde unité de la quasi-régie, que la très large adéquation entre son développement prétorien, sa réception par les juridictions françaises et ses consécutions normatives européenne et française. Comme ces arrêts, les conclusions des avocats généraux les encadrant et les développements des auteurs les commentant livrent la véritable chronologie de la quasi-régie. Ils ont permis de délimiter temporellement l'étude de celle-ci. En leur sein se trouvent en effet les données qui ont inspiré la création de cette dérogation. C'est donc sur le fondement de leur étude qu'il a été décidé de situer la genèse de ce mécanisme non pas dans l'arrêt *Teckal*²²² ou la communication de la Commission du 11 mars 1998²²³ mais dans les développements d'auteurs italiens du début des années 1990. Ce sont également ces arrêts qui nous ont poussés vers une étude chronologique dans les débuts des présents travaux.

²¹⁸ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532 ; *Rec.*, 2009, p. 8127 ; *AJDA*, 2009, n° 40, p. 2226, note Rémi SERMIER et David EPAUD ; *CMP*, 2009, n° 10, p. 15, comm. n° 305, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2009, n° 43, p. 27, comm. n° 2242, note Claude DEVÈS ; *Revue Europe*, 2009, n° 11, p. 24, comm. n° 413, note Denys SIMON.

²¹⁹ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), §33 (ECLI:EU:C:2012:758 ; *ACCP*, 2013, n° 123, p. 10, note Séverine CHAVAROCHE-TTE-BOUFFERET ; *ACCP*, 2013, n° 129, p. 65, note Yann SIMMONNET ; *AJDA*, 2013, n° 6, p. 335, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Hervé CASSAGNABÈRE ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 109, concl. Pedro Cruz VILLALON ; *CMP*, 2013, n° 1, p. 21, comm. n° 1, note Willy ZIMMER ; *CMP*, 2013, n° 4, étude n° 4, par Claude DEVÈS ; *Construction-Urbanisme*, 2013, n° 1, p. 11, comm. n° 1, note Xavier COUTON ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2013, n° 2, p. 36, comm. n° 38, note Arnaud SÉE ; *RDI*, 2013, n° 4, p. 212, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2013, n° 1, p. 33, comm. n° 26, note Denys SIMON ; *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 341, note Ann Lawrence DURVIAUX).

²²⁰ CJUE, 5^{ème} Chambre, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informationssystem GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13, préc.

²²¹ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« *SUCH* »), C-574/12, préc.

²²² CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²²³ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998, (COM (1998) 143 final).

64. — Partant du postulat que la littérature issue des institutions européennes est celle qui fournit la définition première de la quasi-régie, les dispositions normatives et jurisprudentielles édictées par des organes internes français ont été envisagées sous l'angle secondaire. Tout en permettant de livrer la façon dont la quasi-régie est appliquée dans l'Hexagone, ces dispositions fournissent une lecture particulière de la quasi-régie. C'est en effet le cas des arrêts *Commune d'Aix-en-Provence*²²⁴, « SNIIS »²²⁵ et *Commune de Marsannay-la-côte*²²⁶, qui comprennent quelques singularités qui ont systématiquement été distinguées des modalités de la quasi-régie établies au niveau européen. Il en est de même concernant les dispositions normatives ou législatives la retranscrivant. Les rédacteurs du projet de loi sur les sociétés publiques locales ont par exemple choisi de restreindre certains critères, notamment celui de l'activité. Les sociétés publiques locales sont ainsi astreintes à exercer leur activité uniquement avec leurs actionnaires, alors que les dispositions européennes n'ont jamais imposé cette exclusivité stricte²²⁷. Ces sociétés sont le « produit de l'interprétation française du « in house » »²²⁸, dont il faut se garder de tirer des généralisations concernant la définition générale de la quasi-régie. Tout en fournissant un véritable panorama des hypothèses de concrétisation de la quasi-régie, les informations les concernant ont donc été systématiquement replacées dans le cadre plus général qu'est la définition européenne de la quasi-régie.

65. — Seul le droit de l'Union (à commencer par les dispositions jurisprudentielles) a en conséquence constitué un véritable point de mire tout au long de la recherche. C'est à partir de ces informations que les recherches doctrinales ont pu être

²²⁴ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

²²⁵ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481 ; JurisData n° 2009-075033 ; *Rec.*, 2009, p. 76 ; *AJDA*, 2009, p. 891, note Jean-David DREYFUS ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, n° 12, p. 12, chron. Grégory MARSON ; *CMP*, 2009, n° 4, comm. n° 120, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; *JCP A*, 2009, n° 24, p. 40, comm. n° 2145, concl. Anne COURRÈGES, note Claude DEVÈS ; *RDI*, 2009, n° 7, p. 423, note Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2009, p. 759, note Benoît APOLLIS ; *RLCT*, 2009, n° 47, p. 40, note David CAPITANT ; *RJEP*, 2009, comm. n° 46, note Pascal TROUILLY.

²²⁶ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 ; JurisData n° 2013-024868 ; *Rec.*, 2013, p. 261 ; *AJDA*, 2014, p. 60, note Guylain CLAMOUR ; *CMP*, 2014, n° 1, p. 35, comm. n° 19, note Mathias AMILHAT ; *Droit administratif*, 2014, n° 1, p. 41, comm. n° 4 par François BRENET ; *JCP A*, 2014, n° 1-2, p. 27, comm. n° 2002, par Sébastien BRAMERET ; *RDI*, 2014, p. 44, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Construction – Urbanisme*, 2013, n° 12, p. 16, comm. n° 164 par Laetitia SANTONI ; *RJEP*, 2014, n° 717, p. 33, comm. n° 14, concl. Bertrand DACOSTA ; *RTD eur.*, 2014, p. 952, chron. Étienne MULLER.

²²⁷ *V. supra*, Section 1, §1, A.

²²⁸ DEVÈS Claude, « Société publique locale et « in house » : les difficultés d'un couple », in DUFFAU Jean-Marie, LOUVARIS Antoine et MELLA Elisabeth (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff : service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, Bruylant, Coll. Mélanges, 2013, pp. 87-98, p. 88.

démarrées. L'existence d'une littérature préexistante fournie a néanmoins rapidement imposé le constat que seule une combinaison entre méthode inductive et déductive permettrait de révéler tant la réalité de la quasi-régie, que ses potentialités.

§2. La nécessaire combinaison entre les méthodes inductive et déductive

66. — Les méthodes de recherche ne pouvaient pas être linéaires tout au long de l'étude car certains pans de la quasi-régie sont clairement plus fixés que d'autres. En outre, la recherche d'une substance interorganique imposait deux dynamiques contraires : celles de la rétrospective et de la prospective. Ces constats ont rendu nécessaire la conjugaison de deux techniques complémentaires : la méthode inductive et la méthode déductive.

67. — Par respect de la réalité de la quasi-régie et dans l'optique d'en livrer une retranscription juste, il est avant tout apparu cardinal de donner la primeur à la méthode inductive. Elle a par conséquent très largement été utilisée concernant les modalités d'identification de ce mécanisme, en conjuguant la littérature jurisprudentielle et doctrinale, afin d'en révéler les potentialités et de comprendre leur articulation avec les directives de 2014²²⁹. C'est cette méthode qui permettra d'affirmer que la quasi-régie ne semble que difficilement vouée à devenir un mode de gestion. Sur ce point, la présente étude a clairement constitué l'une des illustrations les plus saisissantes des espoirs inaccomplis du chercheur : l'ambition aurait été celle de son accomplissement parfait dans de nombreux domaines ou du moins, du fait de son apparition récente, de quelques pistes quant à un tel développement. Il n'en fut rien : les espoirs de trouver une concrétisation de la quasi-régie, notamment en matière financière et fiscale, furent anéantis. La méthode inductive fera néanmoins émerger la malléabilité de la quasi-régie, ce qui s'avère être l'une de ses qualités. Elle permettra en outre de démontrer que cette dérogation peut être appréhendée comme un contrat particulier et impliquer, en conséquence, un régime contractuel lors de sa mise en œuvre.

68. — Néanmoins, cette méthode reste subordonnée à l'existence de données. Lorsque celles-ci se sont taries, les résultats que la méthode inductive avait permis

²²⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

d'obtenir ont été utilisés pour établir des hypothèses servant de point de départ à la mise en œuvre de la méthode déductive. À son tour, celle-ci prendra alors le devant de la scène. Elle sera notamment essentielle pour établir des propositions quant au régime d'exécution des contrats interorganiques. Elle sera en outre régulièrement employée pour proposer des développements sur la mise en œuvre de la quasi-régie et sur ses potentialités. En conséquence, à plusieurs reprises méthode inductive et déductive se rencontreront. Une grande partie de la littérature pertinente étant constituée par des décisions de justice, il a fallu en outre formuler des hypothèses sur les volontés réelles de la Cour, quitte à devoir parfois accepter que celles-ci ne peuvent pas être clairement identifiées.

SECTION 4. PROBLEMATIQUE ET ANNONCE DE PLAN

69. — Problématique. Les modalités d'application de la quasi-régie devaient être suffisamment perfectionnées pour que les conséquences exonératoires auxquelles elle ouvre droit en matière de mise en concurrence ne soient pas abusivement étendues. En conséquence, ce mécanisme repose désormais sur plusieurs conditions entrelacées, ayant trait à différents domaines et tendant à étudier tant le fonctionnement des prestataires intégrés, que leur relation étroite avec leurs détenteurs. En établissant des modalités de reconnaissance sur le fondement d'un objectif pragmatique, les institutions européennes ont dessiné un schéma particulier, dont il est possible de se demander quelle est sa substance véritable et, surtout, quelles sont les ambitions qui peuvent lui être assignées en droit public. C'est par conséquent la question de la consistance réelle et envisageable de la quasi-régie que soulèvent les présents travaux.

70. — Annonce de plan. L'étude de la quasi-régie révèle qu'elle repose sur une dualité. Elle est avant tout une dérogation à la concurrence, c'est ce qui légitime sa création et qui fonde encore aujourd'hui son attractivité. Dans un premier temps, elle se définit donc abstraitement, négativement, en tant que dérogation à la concurrence (**Partie 1**). La relation qu'elle instaure entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs est toutefois si particulière qu'elle en devient clairement reconnaissable, de telle sorte que la quasi-régie se définit dans un second temps de façon concrète, positive, en tant que construction juridique identifiable : le contrat interorganique (**Partie 2**).

PARTIE 1

UNE DEROGATION AU DROIT COMMUN DE LA PASSATION DES CONTRATS PUBLICS



71. — Le développement du droit européen des marchés publics est souvent présenté comme ayant bousculé la répartition des champs public et privé dans les États qui connaissent cette dualité juridique¹. Il a ainsi entraîné une publicisation du droit des marchés publics dans les États qui catégorisent traditionnellement le droit des marchés publics en droit privé des affaires². En France, le phénomène inverse est fréquemment constaté, l'Union européenne étant présentée comme étant l'un des facteurs de privatisation des modes de gestion des activités publiques, entraînant corrélativement un repli du droit administratif³. Ces conséquences inversées tiennent au mouvement de redéfinition des marchés et, plus largement, des contrats du champ public par la sphère européenne, qui a donné naissance à une nouvelle notion : le contrat public. Monsieur Amilhat rappelle en effet que cette notion n'existait pas véritablement en France avant sa délimitation par l'Union européenne, celle de contrat administratif lui étant préférée⁴. Désormais, le contrat public semble pouvoir être défini comme correspondant à « *tout contrat, quel que soit l'objet, conclu par un « pouvoir adjudicateur », dont la passation doit, partant, se conformer en tout état de cause à certaines exigences déduites des règles et principes fondamentaux du traité.* »⁵ Le critère organique qui permet principalement de délimiter son champ

¹ V. notamment : GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, op. cit., T. 1, pp. 626-627.

² C'est par exemple le cas de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Suisse (v. notamment : NOGUELLOU Rozen et STELKENS Ulrich, « Propos introductifs », in NOGUELLOU Rozen et STELKENS Ulrich (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2010, pp. 1-24, pp. 8-9, pt 2.2.1).

³ RITLÉNG Dominique (actualisation par : IOANNIDOU Aimilia), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories organiques du droit administratif », in AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, op. cit., pp. 1063-1087, p. 1073. Cette influence du droit européen des marchés se couplerait à celle du régime des aides d'État qui, elles aussi, sont présentées comme ayant incité les privatisations (LOMBARD Martine, « L'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques », in *ibid.*, pp. 1127-1149, pp. 1132-1134).

⁴ AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, op. cit. spéc. pp. 105-106, pts 139-140.

⁵ RITLÉNG Dominique (actualisation par : IOANNIDOU Aimilia), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories organiques du droit administratif », *loc. cit.*, p. 1073. Monsieur Amilhat retient une définition similaire, ce à quoi il ajoute que les contrats publics correspondent à « *l'ensemble des contrats passés par les personnes du champ public tandis que, par raisonnement inversé, tous les autres contrats sont des contrats de droit privé* » (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 471, pt 791). En revanche, Madame Marcus défend la thèse en vertu de laquelle le contrat public peut être défini comme étant celui répondant aux exigences du droit commun des contrats, tout en impliquant une personne publique (MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, op. cit., p. 547, pt 579). Cet auteur a par conséquent établi un champ d'application du contrat public indifférent à la notion de « pouvoir adjudicateur ».

d'application, la notion de « pouvoir adjudicateur »⁶, transcende les catégories nationales et « *dépasse la notion de personne publique* »⁷.

72. — En tant qu'il conditionne l'application de la réglementation européenne relative aux contrats publics, ce critère du pouvoir adjudicateur a opéré un lissage organique qui implique qu'*a priori*, tout contrat passé entre personnes publiques ne peut pas bénéficier d'exonérations en matière de passation des contrats publics du seul fait de la présence d'une personne publique cocontractante⁸. L'émergence d'une particularité des contrats passés entre entités du secteur public, inscrite dans le droit de l'Union par le Parlement européen et le Conseil en 2014, tend néanmoins à créer des tempéraments à ce principe. Les directives « marchés » et « concessions » officialisent en effet deux mécanismes dérogatoires – la quasi-régie et la coopération mutualisée⁹ –, qui ne pouvaient intervenir qu'une fois le droit commun des contrats publics isolé. La dérogation, en tant qu'elle convoque le négatif, n'existe en effet que si la présence d'un droit commun est démontrée. En outre, la quasi-régie constitue un moyen de canaliser un phénomène qui émerge dès que se manifeste un droit commun : la volonté commune de le contourner, phénomène également existant au sein de l'Union européenne¹⁰. Elle représente ainsi une réponse à une volonté d'assouplissement du droit commun des contrats publics au sein de l'Union européenne.

73. — Comme tout contournement, le risque de non-conformité au droit commun qui l'entoure était donc élevé. Son évolution depuis sa création permet néanmoins d'exposer qu'elle constitue une dérogation entièrement conforme au droit de

⁶ Pour une définition, v. notamment : KARPENSCHIF Michaël, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004, n° 10, pp. 526-533.

⁷ RITLENG Dominique (actualisation par : IOANNIDOU Aimilia), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories organiques du droit administratif », *loc. cit.*, p. 1072.

⁸ Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final, pp. 4-5, pt 2.

⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

¹⁰ Le droit de l'Union, dès lors qu'il est partagé par différents États, peut en effet être ressenti par ses acteurs comme étant « *pesant et excessif* », ce qui entraîne des volontés et des stratégies de contournement (MICHEL Valérie, « L'exercice en commun des compétences du point de vue des institutions », in : MONJAL Pierre-Yves et ELEFThERIA Neframi, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2009, pp. 153-178, pp. 156-161). Madame Guilloud-Colliat rappelle également l'une des raisons de ce phénomène : alors que l'extension de l'Union européenne repose sur la volonté des États, celle-ci repose sur un paradoxe car elle est considérée « *à la fois comme envahissante par les normes qu'elle produit et distante du fait de leurs modes de production* » (GUILLOUD-COLLIAT Laetitia, *L'action normative de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2014, p. 15, pt 3).



l'Union (**Titre 1**). La particularité d'un tel statut étant notoire et assumée, elle a néanmoins emporté des conséquences sur son développement, lequel semble avoir été indubitablement conditionné par cet aspect dérogatoire (**Titre 2**).

TITRE 1. UNE DEROGATION CONFORME AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

74. — Il semble être partagé par les auteurs que, depuis la lecture de l'arrêt *Teckal*,¹ les prestations interorganiques font l'objet d'une véritable reconnaissance par l'Union², cette consécration impliquant intrinsèquement leur légalité. Les autres institutions européennes seraient simplement venues perfectionner cette création. Il en résulte que le processus d'acquisition de la légalité de la quasi-régie semble s'être déroulé au cours d'un dialogue entre les juges, les avocats généraux et certains commentateurs. La genèse de la notion en Italie n'a en effet pu se prolonger au niveau européen que parce que des avocats généraux ont porté la quasi-régie devant la Cour, manifestant à nouveau l'importance du rôle de ces acteurs³. Ce processus de légalisation, entendu ici comme le procédé permettant à une réglementation d'acquiescer un statut légal au sein des institutions européennes, présente cependant une particularité qui se retrouve souvent sous la plume de juges sous l'impact, notamment, de la collégialité ou encore du principe de l'économie de moyens⁴ : la concision. Cette concision fut en réalité poussée à l'extrême par la Cour dans l'arrêt *Teckal*⁵, de telle sorte qu'il est désormais possible de se demander si ses juges souhaitaient réellement attribuer un statut légal aux prestations interorganiques. Il semble par conséquent que c'est uniquement depuis que la Cour a

¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

² V. notamment : AIT-EL-KADI Zéhina (dir.), *Code des marchés publics et autres contrats 2015*, op. cit., p. 61, pt 129 ; BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, 4^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiels experts / Contrats publics locaux, 2012, p. 92 ; LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics*, op. cit., p. 384, pt 722 ; LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, 2^{ème} éd., Dalloz, Coll. Les mémentos, 2014, p. 35 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 579, note 154 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 345, pt 750 ; YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 86.

³ V. notamment : CLÉMENT-WILZ Laure, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2011.

⁴ Madame Malhière a en effet dégagé, au cours de son étude de la brièveté dans les décisions des juridictions françaises, plusieurs facteurs incitant les juges à une telle concision (MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 125, 2013, p. 22). Parmi ces facteurs, peuvent être cités : les contraintes dues à la composition de la juridiction, telles que la collégialité, les facteurs stylistiques (l'utilisation de l'ellipse étant largement répandue) et le principe de l'économie de moyens, que la Cour applique « parfois » (NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 112, pt 183).

⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

précisé et, surtout, élargi le champ d'application de la quasi-régie au cours et après les années 2005 et 2006, que la légalité de cette dérogation semble certaine ; à tel point que l'inscription de la dérogation par les directives « marchés »⁶ et « concessions »⁷ peut apparaître comme le prolongement logique de sa jurisprudence. Le processus de légalisation de la quasi-régie s'étend donc sur plusieurs années, à la fois antérieures et postérieures à l'arrêt *Teckal*. Il convient par conséquent d'exposer ce processus, afin de démontrer en quoi la dérogation ci-étudiée constitue bien une échappatoire légale aux procédures de mise en concurrence encadrant la passation des contrats publics **(Chapitre 1)**.

75. — La quasi-régie n'aurait néanmoins que difficilement pu trouver sa place dans le droit européen, si à ce phénomène ne s'était pas greffée sa mise en conformité aux fondements du droit de l'Union et aux dispositifs juridiques préexistants en son sein. La dérogation interorganique devait en effet intervenir dans une « *Europe des marchés* »⁸ déjà effective mais dont les principes étaient encore en cours de développement. Au processus de légalisation devait alors s'ajouter un processus de légitimation parallèle, concernant tant les caractéristiques juridiques que les influences économiques de la quasi-régie, afin de lui conférer une consistance réelle et viable **(Chapitre 2)**.

⁶ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc.

⁸ RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, Lextenso, Coll. Droit des affaires, 2009.

Chapitre 1. Une échappatoire légale à la concurrence

76. — L'apparition de la quasi-régie n'a été opérée ni par le droit primaire, ni par le Parlement ou le Conseil. La première référence au « contrat *in house* » opérée par une institution européenne semble être une « *simple note de bas de page* »⁹ dans une communication de la Commission¹⁰. Celle-ci est toutefois lapidaire et ne constitue pas une consécration normative de la notion, de telle sorte que c'est principalement l'action de la Cour de justice qui a modelé les contours de la dérogation interorganique. Un tel phénomène est d'ailleurs devenu fréquent car cette institution bénéficie d'une permanence qui s'oppose à l'instabilité interne et externe du Conseil et lui garantit une certaine continuité¹¹. Il est si ancré dans le fonctionnement de l'Union européenne, que les directives « concessions »¹² et « marchés »¹³ ont principalement codifié sa jurisprudence¹⁴.

⁹ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 491, pt 834.

¹⁰ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

¹¹ Le professeur Bouveresse rappelle en effet que, même si le Conseil européen, le Conseil de l'Union, le Parlement européen et la Commission restent les « *décideurs premiers* », la Cour est l'institution « *la plus emblématique* » de l'Union car les institutions précitées sont handicapées, dans la prise de décision, par l'instabilité des rapports de force qu'elles entretiennent entre elles mais aussi en leur sein du fait de mandats courts et du fait de la prise de décision à différents niveaux. En revanche, la Cour de justice « *n'est pas enserrée dans les mêmes tensions externes et internes* » : les mandats y sont plus longs et le phénomène de contestation interorganes y est absent (BOUVERESSE Jacques, « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », *in* : BERROD Frédérique, GERKRATH Jörg, KOVAR Robert, MESTRE Christian, PIERRÉ-CAPS Stéphane, RITLENG Dominique et SIMON Denys (dir.), *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Coll. Mélanges, 2015, pp. 109-123, pp. 109-110).

¹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc.

¹³ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

¹⁴ RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1925-1928, p. 1925.

77. — Or, il est désormais acquis que ceux-ci ont largement participé à l'assainissement de la concurrence au sein du marché européen¹⁵. Toute entorse au principe, même justifiée, est par conséquent appréhendée avec suspicion. Considérer les prestations interorganiques comme susceptibles de mettre en péril les principes fondamentaux du marché a par conséquent été leur premier réflexe. Cette réaction se répercuta sur l'épanouissement européen de la notion, puisque les juges en furent les acteurs principaux. Il en résulte que l'avènement des prestations interorganiques en tant que dérogation légale ne peut pas uniquement être attribué à l'arrêt *Teckal*¹⁶. La véritable effectivité des prestations intégrées est plus récente. Cette effectivité n'existe concrètement que depuis que les prestations interorganiques ont un champ d'application clair.

78. — Seule une approche chronologique permet d'en témoigner. Le point de départ d'une telle démarche ne pouvait pas être l'arrêt *Teckal*¹⁷ –, non plus que la communication de la Commission du 11 mars 1998 mentionnant la quasi-régie¹⁸. Sa genèse semble en effet remonter à une période antérieure – celle du début des années 1990 – et à un contexte quelque peu différent – celui de la répartition des compétences juridictionnelles italiennes face à l'évolution des modes de gestion des pouvoirs publics transalpins. Cette approche permettra de démontrer dans quelle mesure l'accueil sans encombre des prestations interorganiques ne fut pas le premier réflexe de tous les acteurs européens.

79. — Ces réticences semblent principalement avoir été exprimées par la Cour, qui semble s'être obstinée, dans un premier temps, à ignorer l'idée même de cette dérogation, pourtant véhiculée par de fervents défenseurs depuis son émergence en Italie (**Section 1**). Même si la consécration de la dérogation est finalement intervenue, la Cour n'a accordé qu'un développement restrictif, voire négatif, à la notion de quasi-régie au cours de ses premières années. En conséquence, il faut s'interroger sur sa volonté réelle de créer une véritable dérogation interorganique (**Section 2**).

¹⁵ Cette action a été exercée conjointement à celle de la Commission et réceptionnée par les juridictions nationales (ZEVOUNOU Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, Coll. BDP, T. 272, 2012, pp. 85-132 ; v. aussi : DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 239, 2004, pp. 171-195 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 59-64, pts 82-87).

¹⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

SECTION 1. UNE EMERGENCE ITALIENNE D'ABORD IGNOREE PAR LA COUR

80. — La réception de la quasi-régie en Italie a récemment fait l'objet de controverses, ce qui s'explique par l'évolution des modes de gestion des activités publiques. Avant les années 1990, celles-ci étaient principalement assurées par l'État ou par des collectivités locales – qui peuvent créer des services publics locaux. Ce système entraînait une gestion opaque¹⁹, à laquelle le législateur tente de remédier depuis plusieurs années²⁰. La loi dite « Merloni »²¹, transposant la directive n° 93/37/CEE²², en atteste. Décrite par la Commission comme étant l'équivalent de la loi dite « Sapin »²³, elle prévoyait notamment plusieurs évolutions concernant les règles de passation des concessions de travaux²⁴. Parallèlement et depuis lors, le législateur italien est enclin à favoriser la gestion privée des activités publiques, principalement lorsqu'elles concernent des services à caractère économique²⁵. L'adoption en 1990 de dispositions permettant la création de sociétés publiques locales à capital public majoritaire et à capital public minoritaire – des « sociétés d'économie mixte à l'italienne » – en témoigne²⁶. Il en est de

¹⁹ BOUAL Jean-Claude, BRACHET Philippe et MALGORZATA Hiszka (dir.), *Les services publics en Europe : Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Suède, Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Tchéquie*, Publisud, Coll. L'observatoire des sociétés, 2007, pp. 31-34.

²⁰ Sur les facteurs et les conséquences de ce renouveau, v. notamment : *ibid.*, pp. 34-36.

²¹ Loi cadre sur les travaux publics (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), n° 109/1994, 11 février 1994, *GURI*, n° 41 du 19 février 1994, supplément ordinaire n° 29. Elle a réglementé les concessions de travaux jusqu'en 2006, puisqu'elle a été abrogée par la Loi n° 163/2006 du 12 avril 2006, portant codification des règles en matière de marchés publics de travaux, services et fournitures (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), *GURI* n° 100, du 2 mai 2006, supplément ordinaire n° 107.

²² Directive n° 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L 199 du 9 août 1993, pp. 54-83.

²³ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, NOR : PRMX9200148L, *JORF* du 22 janvier 1993, p. 1588.

²⁴ Commission européenne, *Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, (COM(2004) 327 final), 30 avril 2004, p. 12, note 35. Sur ces évolutions, v. notamment : CARINGELLA Francesco, NICTOPOLIS (de) Rosanna, GAROFOLI Roberto et POLI Vito, *Trattato di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione*, 2^{ème} éd., Giuffrè Editore, vol. 1, 2008, pp. 576-579 ; COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 74-80.

²⁵ Ceux-ci correspondant aux services d'intérêt économique général prévus par le droit de l'Union (ROMA Giacomo, « Gestion *in house* des services publics locaux : la boucle est bouclée », *Revue générale du droit*, n° 2, 2013).

²⁶ Loi italienne n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales, préc.

même avec l'intégration de ces sociétés à la loi portant uniformisation des modes de gestion à disposition des collectivités locales, adoptée en 2000 et dite « TUEL »²⁷.

81. — Dans ce cadre, le développement de la dérogation interorganique a été vécu comme un obstacle à l'assainissement des modes de gestion italiens, que le législateur a décidé de combattre. Par une loi de finances rectificative pour l'année 2008, il a d'abord restreint les hypothèses de constitution de sociétés publiques à capitaux entièrement publics pour la gestion de ces services, imposant ainsi la soumission presque automatique de leurs à la mise en concurrence préalable²⁸. Cette disposition a été abrogée, tout comme celles qui, adoptées postérieurement, imposaient notamment une privatisation du secteur de l'eau, par le référendum abrogatif populaire des 12 et 13 juin 2011²⁹. Par une « tentative de rétablissement »³⁰ de la norme abrogée, le législateur a alors adopté en septembre 2011 de nouvelles dispositions³¹, formulées « dans des termes très proches »³². La Cour constitutionnelle italienne les a invalidées par un arrêt du 20 juillet 2012³³. Elle a notamment considéré qu'elles étaient contraires à ce qui avait été exprimé par la volonté populaire et, conséquemment, à l'article 75 de la Constitution. En réduisant la marge de manœuvre interorganique, ces dispositions entraînaient en outre

²⁷ Loi n° 267/2000, 18 août 2000, *Teste unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, GURI n° 227, 28 septembre 2000, supplément ordinaire n° 162 modifié).

²⁸ Article 23 bis de la Loi n° 133/2008 du 6 août 2008, portant modification de la loi de finances pour 2008 (préc.). V. notamment les points 3 à 5 de cet article.

²⁹ Référendum abrogatif des 12 et 13 juin 2011, organisé conformément à l'article 75 de la Constitution italienne. Quatre questions ont été posées à la population italienne. Celle concernant les modes de gestion est la première, dite « Services publics locaux ». Sur la création et la mise en œuvre du référendum abrogatif en Italie, v. notamment : LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties européennes*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2004, pp. 835-845.

³⁰ Monsieur Merloni souligne en effet « il tentativo di ripristino delle norme abrogate operato con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (« decreto Ronchi »), convertito con la legge n. 148 del 2011 » (MERLONI Francesco, « Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali », *Le Regioni*, 2013, pp. 211-226, p. 211).

³¹ Loi n° 148/2011, du 14 septembre 2011, portant transformation en loi du décret-loi (modifié) du 13 août 2011, prévoyant des mesures urgentes pour la stabilisation financière et le développement. Portant délégation au gouvernement pour la réorganisation territoriale des tribunaux (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*), GURI n° 216, du 16 septembre 2011.

³² ROMA Giacomo, « Gestion *in house* des services publics locaux : la boucle est bouclée », *loc. cit.*

³³ Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199 ; *Diritto amministrativo*, mars 2013, p. 678, note Luca R. PERFETTI, « Il regime dei servizi pubblici locali : il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti » ; *Il Foro italiano*, 2013, p. 2758, note Roberto ROMBOLI ; *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n° 5, p. 723, note Francesca TRIMARCHI BANFI, « Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici) ».



une réduction drastique et injustifiée de la mise en œuvre du droit de l'Union³⁴. En 2013, le Conseil d'État italien en a tiré les conséquences sur la mise en œuvre de la quasi-régie en Italie³⁵. Il se dégage de ces décisions de justice un retour de la liberté de choix des modes de gestion des activités publiques, qui permet aux prestations intégrées de pouvoir enfin trouver une applicabilité pleine et entière en Italie³⁶.

82. — Ce cheminement contrarié de la quasi-régie en Italie n'est pourtant pas révélateur de l'impact du droit italien sur cette notion. C'est dans cet État, alors qu'il était en pleine transition vers une meilleure mixité des modes de gestion, que l'idée de quasi-régie a germé avant d'être relayée auprès de la Cour de justice (§1). La réaction du législateur italien fait en revanche largement écho à la réception par celle-ci des prestations intégrées. Malgré les efforts des partisans de cette dérogation, la Cour a en effet décidé d'ignorer dans un premier temps toute allusion aux prestations quasi internes, rendant leur consécration improbable (§2).

³⁴ V. notamment : AZZARITI Antonella, « *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative* », *Istituzioni del federalismo*, 2012, n° 4, p. 857 ; MERLONI Francesco, « *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali* », *loc. cit.* ; MORTE (Della) Mariano, « *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012* », *www.forumcostituzionale.it*, 2012 ; ROMA Giacomo, « *Inconstitutionnalité d'une loi réintroduisant des dispositions abrogées par référendum* », *Revue générale du droit*, n° 1, 14 octobre 2012 ; VOLPE Carmine, « *Ma, nuova normativa* » sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. *Dalle ceneri ad un nuovo effetto « Lazzaro »*. *Ma è vera resurrezione ?* », *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013.

³⁵ *Cons. Stat.*, Section VI, 11 février 2013, *Ladurner srl*, n° 762/2013 ; *Revue générale du droit*, 2013, n° 2, note Giacomo ROMA.

³⁶ En témoigne l'avis récent du Conseil d'État italien (*Cons. Stat.*, Section II, 30 janvier 2015, n° 298/2015), sur leur application à l'aune des directives « marchés » et « concessions » de 2014 (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12).

§1. L'influence italienne sur l'apparition communautaire de la notion

83. — En Italie, le dualisme juridictionnel est « *à peu près complet* »³⁷. Il a été rétabli par le législateur en 1889, lorsqu'a été donné au Conseil d'État le pouvoir d'annuler les actes administratifs³⁸. Il n'a pas été remis en cause par la Constitution du 27 décembre 1947 mais il n'existe cependant aucun Tribunal des conflits : la Cour de cassation revêt le rôle de répartiteur des compétences³⁹. Outre les lois attributives de compétence à la juridiction administrative, elle applique par conséquent des critères de répartition : celui dit des droits subjectifs et celui dit des intérêts légitimes⁴⁰. Lorsque l'administration agit « *en tant qu'autorité* », le litige relève des juridictions administratives car le droit italien considère qu'est en cause un simple intérêt légitime du requérant⁴¹. En revanche, si le requérant peut tirer des droits subjectifs, notamment d'un contrat, c'est le juge judiciaire qui est compétent⁴². Au début des années 1990, plusieurs des lois qui, actuellement, attribuent des blocs de compétence au juge administratif, n'avaient pas encore été adoptées⁴³. En conséquence, le développement de la coopération entre structures publiques et privées, déjà fortement ressenti en Italie au début des années 1990⁴⁴, a contribué à y renouveler la problématique de la qualification des personnes autres que les personnes publiques, avec lesquelles ces dernières entretiennent des relations étroites.

³⁷ OLSON Terry, « Justice administrative et Constitution en Europe : état des lieux », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 141-146, p. 142.

³⁸ Loi n° 5992 du 31 mars 1889, Loi créant une section du Conseil d'État pour la justice administrative (« *Costituzione di una sezione nel Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa* »), *GURI*, 1^{er} avril 1889, n° 78, p. 977) (v. notamment : SCHMITT Sylvie, « L'érosion de la dualité de juridiction en Italie : un affaiblissement de l'ordre administratif ? », *LPA*, 2010, n° 2, pp. 5-10, pp. 8-9).

³⁹ Article 111, alinéa 8 de la Constitution italienne, en date du 27 décembre 1947, traduit ainsi par Madame Schmitt : « *Contre les décisions du Conseil d'État et de la Cour des comptes, le recours en cassation est admis pour les seuls motifs inhérents à la juridiction* [aux conflits de compétence entre juridictions d'ordres différents] » (SCHMITT Sylvie, « L'érosion de la dualité de juridiction en Italie : un affaiblissement de l'ordre administratif ? », *loc. cit.*, p. 9).

⁴⁰ Article 2 de la Loi n° 2248/1865, du 20 mars 1865, *Loi sur le contentieux administratif (Annexe E)* (« *Legge sul contenzioso amministrativo (Allegato « E »)* »), *GURI*, n° 101, 27 avril 1865. Cette distinction est également reprise à l'article 103 de la Constitution italienne, en date du 27 décembre 1947. V. notamment : CARINGELLA Francesco, NICTOPOLIS (de) Rosanna, GAROFOLI Roberto et POLI Vito, *Trattato di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione*, *op. cit.*, p. 4.

⁴¹ CARANTA Roberto, « Les contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 54-61, p. 54.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Au premier titre desquelles peut être citée la Loi n° 205/2000 du 21 juillet 2000, réformant la juridiction administrative (*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*), *GURI* n° 173 du 16 juillet 2000, dont l'article 6 confie au juge administratif « *toute affaire relative à la passation de contrats publics régie par le droit (alors) communautaire et national* » (CARANTA Roberto, *ibid.*, p. 55).

⁴⁴ V. notamment : RIGHI Luca, « *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi* », *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, pp. 347-363, p. 347.



La question de la répartition des compétences juridictionnelles afférentes s'est donc naturellement posée.

84. — De ce contexte de renouvellement doctrinal et juridictionnel a émergé l'idée de la quasi-régie **(A)**, laquelle n'aurait peut-être jamais connu une telle résonance européenne si un avocat général n'avait pas choisi de la diffuser. Les juges de Luxembourg n'ont cependant pas été immédiatement sensibles à ses suggestions **(B)**.

A. L'émergence impromptue de la notion dans un contexte de novation du droit public italien

85. — La notion italienne d'organe indirect (« *organo indiretto* ») a été créée par le professeur Zanobini, afin d'identifier des missions administratives exercées par des personnes privées⁴⁵. Il était donc très probable que, dans un État qui connaît un dualisme juridictionnel effectif, la question de sa participation à la répartition des compétences juridictionnelles se pose. Le mode d'intervention de l'administration peut en effet avoir un impact sur la présence d'un intérêt légitime ou d'un droit subjectif du requérant.

86. — Tel est le contexte d'apparition des prestations interorganiques. Ainsi que le soulignait le professeur Cossalter dans ses travaux de doctorat⁴⁶, l'idée de leur création est effectivement née dans un argumentaire formulé par le professeur Righi sur cette question **(2)**. Il fut pour ce faire incité par un arrêt de la Cour de cassation, rendu dans le contexte plus classique de la répartition des compétences juridictionnelles italiennes **(1)**.

⁴⁵ V. ZANOBINI Guido, « *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici* », in : AMENDOLA Gianfranco, ZANOBINI Guido, PETROZZIELLO Modestino et ORLANDO Vittorio Emanuele, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Partie III, Milan, Giuffrè Editore, éd. 1935, p. 235, tel que cité in : COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 491, pt 835.

⁴⁶ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 492, pt 836.

1) *La répartition des compétences juridictionnelles italiennes : berceau des prémisses doctrinales de la quasi-régie*

87. — La notion d'organe indirect fut réceptionnée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Société Mededil* en 1990⁴⁷. Elle y fut utilisée pour qualifier d'administratifs les actes d'une société privée concessionnaire d'une commune et, conséquemment, pour décliner la compétence des juridictions judiciaires au profit de celle des juridictions administratives. L'affaire *Siena parcheggi*, qui s'est présentée cinq ans plus tard, concernait des faits apparemment similaires. Pourtant, la Cour décida d'évincer la notion d'organe indirect, confiant ainsi le litige aux juridictions judiciaires⁴⁸. Les tenants et aboutissants de cet arrêt, lequel semble désormais avoir été motivé par un souci de préservation de sa propre compétence par la Cour, doivent être rappelés.

88. — Le litige avait pris sa source dans l'attribution, par la commune de Sienne, de la gestion d'un programme urbain de stationnement à la *Siena parcheggi* (littéralement « les parkings de Sienne »). Cette société avait été créée spécialement pour l'occasion et entrainait dans la catégorie des sociétés à capital public majoritaire (« *società per azioni a prevalente capitale pubblico local* »), régies par l'article 22. e) de la loi du 8 juin 1990⁴⁹, ancêtre pour grande partie du « TUEL »⁵⁰. Son objet concernait « *la réalisation, l'agrandissement et la rénovation dans la commune de Sienne d'installations de parkings, de garages, d'aires de stationnement*

⁴⁷ Cass. italienne, Sections civiles unies, 29 décembre 1990, *Sté Mededil contre Sté Sincies Chimentin*, n° 12221 ; *Giurisprudenza italiana*, 1992, II, n° 144, fasc. n° 2, p. 321, note Filippo SATTA (« *Concessione di opere pubbliche e atti del concessionario* ») ; *Il foro italiano*, 1991, I, p. 3405. La notion aurait été utilisée, avant la Cour de cassation, par le Tribunal administratif de Lombardie (TAR Lombardia, I, 12 juillet 1990, n° 441, in *TAR.*, 1990, I, p. 3023) (SALADINO Elisabetta, *Le certificazioni pubbliche e private : dal potere pubblico del certum facere agli organismi certificatori privati*, Université libre internationale des sciences sociales Guido Carli de Rome (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma), thèse, dactyl., 2011, p. 50, note 208).

⁴⁸ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989 ; *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 90, note Antonella PERINI (« *L'affidamento di pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica (alcune riflessioni in margine di una sentenza regolatrice di giurisdizione)* ») ; *Foro amministrativo*, 1996, p. 41, note Luciano BOCCHI (« *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedure di evidenza pubblica* ») ; *Il foro italiano*, 1996, I, p. 1363, note Francesco CARINGELLA (« *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie organisation* ») ; *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, 1995, vol. 146, fasc. n° 9, p. 1061, note Paolo CREA (« *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali* ») ; *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 1062, note Guido GRECO (« *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica : un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso* ») ; *Rivista trimestrale degli appalti*, 1995, p. 207, note Carmine VOLPE (« *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto : abbandono temporaneo o addio definitivo ?* »).

⁴⁹ Loi n° 142/90, du 8 juin 1990, portant organisation des collectivités locales (« *Ordinamento delle autonomie locali* »), *GURI*, n° 135, 12 juin 1990, supplément ordinaire n° 42). Sur ces sociétés, v. notamment : COSSALTER Philippe, « *Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées* », *loc. cit.*, p. 941-942.

⁵⁰ La loi n° 142/90 (*ibid.*) fait en effet partie des textes qui ont été regroupés au cours de l'uniformisation des textes gouvernant l'intervention des collectivités locales, en 2000, au sein du « TUEL » (Loi n° 267/2000, 18 août 2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, préc.).



et de toute autre structure afférente», ainsi que « la gestion des services connexes »⁵¹. Afin d'exécuter cette mission, la Siena parcheggio a émis un appel d'offres pour la construction d'un parking. L'entreprise Federici, candidate évincée, a demandé l'annulation de la procédure devant le Tribunal administratif de Toscane. Pour obtenir le rejet de ses prétentions, la société défenderesse a saisi la Cour de cassation, afin qu'elle réfute la compétence des juridictions administratives.

89. — À l'appui de sa demande, elle exposait qu'elle ne constituait pas un organe indirect mais un sujet de droit privé indépendant. À ce titre, la Siena parcheggio ne remplacerait pas temporairement l'administration comme le ferait un concessionnaire mais constituerait un « *sujet alternatif* »⁵² à celle-ci. Ses actes ne seraient par conséquent pas de nature administrative. Ils seraient de nature privée, « *connus comme tels, en cas de litige, par la juridiction ordinaire* » et ce « *même si [elle avait décidé] d'utiliser, pour choisir son cocontractant, les procédures prévues par le droit public, qui peuvent librement être utilisées par tout sujet de droit privé* »⁵³. La Cour a accueilli ces prétentions. Elle a ainsi relevé que ne ressortait de la gestion quotidienne de la Siena parcheggio aucune caractéristique publique « *qui mérite qu'on la différencie de toute autre entreprise privée* »⁵⁴, d'autant plus qu'elle semblait incompatible avec l'exercice de fonctions, droits ou prérogatives inhérents aux personnes publiques. La commune ne détenait pas sur elle un pouvoir d'influence unilatérale et ne représentait, au sein de la société, qu'un « *simple actionnaire majoritaire* »⁵⁵, ses droits se limitant à ceux que lui accordait le droit des sociétés. Les deux entités étaient par conséquent absolument autonomes, ce qui excluait la qualification d'organe indirect.

⁵¹ « *Nannini del 13 giugno 1991, avente ad oggetto la realizzazione, l'ampliamento e la ristrutturazione nel comune di Siena di strutture immobiliari da adibire a parcheggio e autosilos, aree di parcheggio a raso opportunamente attrezzate ed ogni altra infrastruttura connessa, nonché « la gestione dei servizi connessi »* » (Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggio contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc., *Il foro italiano.*, p. 1366).

⁵² *Ibid.*, p. 1373.

⁵³ « *La ricorrente sostiene, in sintesi, che la costituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale – qual è la Siena parcheggio – secondo la previsione dell'articolo 22, determina la nascita di un soggetto di diritto privato, del tutto distinto dall'amministrazione pubblica [...] e quindi svincolato dai « meccanismi di gestione propri del diritto pubblico, comprese le norme dettate per i pubblici appalti » ; sicché gli atti della società sono, senza alcuna distinzione [...] atti di natura negoziale privata, « come tali conoscibili, in caso di controversia, dall'autorità giudiziaria ordinaria », ancorché la società stessa decida di avvalersi, per la scelta del contraente, di procedure previste da norme del diritto pubblico, che ben possono essere liberamente utilizzate anche da soggetti privati »* (Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggio contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc., *Il foro italiano.*, pp. 1372-1373).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 1376.

⁵⁵ *Ibid.*

90. — Les juges ont en outre constaté que, quand bien même serait-elle une société d'économie mixte, ni la loi⁵⁶, ni ses statuts ne différenciaient la Siena parcheggi d'une personne privée classique, et ce même si elle devait gérer un service public communal. De ce fait, il était impossible de considérer qu'était rempli le troisième critère servant à définir les organismes de droit public – imposant que l'entité ait été créée « *pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* »⁵⁷. En tant que société, la Siena parcheggi poursuivait en effet des objectifs propres gouvernés par la recherche du profit, et ce même si l'objet mentionné dans ses statuts reproduisait presque à l'identique l'intitulé du programme urbain siennois. N'étant pas un organisme de droit public, elle n'avait pas à appliquer les règles de la commande publique. Si elle les a appliquées, « *c'est du fait de sa liberté de choix : car il est parfaitement légitime, pour une personne privée, d'utiliser ces procédures lorsqu'elle le juge opportun.* »⁵⁸ En résumé, n'étant ni un organe indirect de l'administration, ni un organisme de droit public, la candidate évincée à l'origine de l'affaire ne pouvait prétendre remplir les conditions nécessaires à l'introduction d'un recours devant le juge administratif. Elle ne pouvait en effet pas se prévaloir d'intérêts légitimes devant lui, c'est-à-dire, « *d'intérêts au respect des règles édictées pour le fonctionnement de l'administration* »⁵⁹. Lui refusant le bénéfice de ce qui est en France qualifié de contrôle objectif de la légalité⁶⁰, la Cour de cassation a ainsi proclamé la compétence des juridictions judiciaires, le requérant ne pouvant que se prévaloir de droits subjectifs devant celles-ci.

91. — Un tel arrêt s'inscrivait dans la mouvance de la doctrine majoritaire de l'époque, qui était encore imprégnée d'une tradition tendant à fermer l'accès du juge administratif au contrat⁶¹. Pourtant, il se démarquait dans le paysage juridique italien en 1995. Il ne s'inscrivait notamment pas dans la lignée de la Cour constitutionnelle, qui avait incité à faire fi de la qualification privée des sociétés d'économie mixte à l'italienne,

⁵⁶ La Cour a notamment relevé que les sociétés publiques à capital majoritaire étaient inscrites « *à côté et non au sein des concessions dans la loi de 1990* », de sorte que ladite loi n'imposait pas qu'elles soient soumises au droit public comme le sont les organes concessionnaires de service public ou encore les régies directes (v. COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 491, pt 835).

⁵⁷ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1-24, article 1.b.

⁵⁸ « *Si deve, quindi, ritenere che la Siena parcheggi ha bandito la gara con le procedure stabilite dal legge per la sua libera scelta: il che è perfettamente legittimo, ben potendo anche il privato avvalersi, ove le ritenga opportuno, delle anzidette procedure.* » (Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc., *Il foro italiano*, p. 1377).

⁵⁹ CARANTA Roberto, « Les contentieux des contrats publics en Europe », *loc. cit.*, p. 54.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁶¹ V. notamment : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 38.



notamment concernant la compétence de la Cour des comptes⁶². Quant au Conseil d'État, protégeant sa compétence, il a utilisé l'organe indirect pour adopter une position inverse à celle de la Cour de cassation quelques jours après son arrêt⁶³, alors même que des critiques doctrinales s'élevaient à l'encontre de cette notion, décrite comme contraire à la Loi dite « Merloni »⁶⁴. Dans sa lignée, quelques auteurs⁶⁵ ont dénoncé les motifs et le dispositif de l'arrêt *Siena parcheggi*⁶⁶. Ainsi le professeur Greco a-t-il souligné qu'il n'était pas cohérent de considérer qu'une société d'économie mixte ne puisse pas être qualifiée de sujet de droit public parce qu'elle gèrait un service public, alors que, dans une espèce différente, la même Cour avait validé cette qualification pour une société concessionnaire classique assumant seulement la construction d'un ouvrage public⁶⁷.

92. — En apparence, les efforts fournis par les auteurs pour démontrer que le raisonnement de la Cour de cassation était falsifié pourraient être attribués à l'opposition de deux conceptions différentes : l'une, celle des juges italiens, que l'on pourrait qualifier de favorable au droit communautaire, s'opposant à celle de la doctrine qui, militant pour la reconnaissance d'un organe indirect, se serait cantonnée à une vision nationaliste. En se focalisant sur le fait que les sociétés d'économie mixte italiennes sont exclues de la sphère publique, la Cour de cassation italienne aurait effectivement évacué l'une des craintes phares, encore aujourd'hui, des institutions de l'Union européenne : qu'un organisme public, par sa propension à l'exorbitance, vienne déséquilibrer le jeu de la concurrence. Cette seule inquiétude justifie l'ensemble des règles de la commande

⁶² Cour constitutionnelle italienne, 28 décembre 1993, n° 466, *Il Foro Italiano*, 1994, I, p. 325 ; *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1994, p. 648. Sur ses apports, v. notamment : SCIASCIA Michael, *Diritto delle gestioni pubbliche*, 2^{ème} éd., Giuffrè Editore, 2013, p. 349, note 15.

⁶³ *Cons. Stat.*, Section VI, 20 mai 1995, *Ferrovie dello Stato SpA*, n° 498 ; *Consiglio di stato*, 1995, I, p. 843 ; *Foro amministrativo*, 1995, p. 1005 ; *Rivista trimestrale degli appalti*, 1997, II, p. 99, note Aristide POLICE et Stefano GATTAMELATA ; *Giurisprudenza italiana*, 1996, III, note Barbara MAMELI, « Società per azioni di diritto speciale, procedure ad evidenza pubblica, ideologie dei giudici ».

⁶⁴ Loi cadre sur les travaux publics (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), n° 109/1994, 11 février 1994, préc. Sur ces critiques, v. CARINGELLA Francesco, NICTOPOLIS (de) Rosanna, GAROFOLI Roberto et POLI Vito, *Trattato di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione, op. cit.*, pp. 652-654. Une telle critique ne peut être éludée sous l'angle européen, puisque la Loi Merloni est venue rendre conforme le droit italien à la directive n° 93/37/CEE (Directive n° 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, préc.).

⁶⁵ V. notamment : GRECO Guido, « Appalti di lavori affidati da SPA in mano pubblica : un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso », *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, pp. 1062-1071 ; RIGHI Luca, « La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi », *loc. cit.*

⁶⁶ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc.

⁶⁷ GRECO Guido, « Appalti di lavori affidati da SPA in mano pubblica : un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso », *loc. cit.*, p. 1063, pt 5.

publique. En s'assurant de l'absence d'un tel risque, le juge italien aurait manifesté son adhésion à cette logique. À ce titre, cet arrêt pourrait être qualifié de visionnaire à une époque où d'autres hautes Cours européennes s'opposaient farouchement au droit communautaire⁶⁸. Ce serait oublier que cette position permettait à la Cour de maintenir sa compétence par un arrêt « *critiquable* »⁶⁹, ce qui est d'ailleurs devenu l'opinion de la doctrine majoritaire⁷⁰.

93. — C'est dans ce contexte que le professeur Righi, cherchant comme plusieurs de ses confrères à exposer les raisons pour lesquelles cette décision n'était pas justifiée, a livré une première esquisse des prestations intégrées.

2) *L'apparition de la quasi-régie dans l'argumentaire du professeur Righi*

94. — Selon le professeur Righi, ne pas soumettre les sociétés d'économie mixte à l'italienne aux règles de la commande publique constituerait un risque sérieux car cela pourrait « *induire un choix basé sur le simple but de contourner la législation elle-même* »⁷¹. Cette déduction est issue d'un raisonnement qui, basé uniquement sur les termes et principes communautaires, ne comprend aucune mention à l'organe indirect. Le professeur Righi a commencé par rappeler le premier article de la Directive 92/50/CEE du conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services⁷², qui énonce la liste des pouvoirs adjudicateurs. Il l'a ensuite mis en opposition directe avec l'article 6 de ladite directive, en vertu duquel celle-ci

« ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) sur la base d'un droit exclusif dont

⁶⁸ V. à ce sujet l'introduction du Vice-Président Long au rapport public du Conseil d'État portant sur l'année 1994 (Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Service Public, Services Publics : déclin ou renouveau ?*, Rapport public 1994, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 46, 1995, p. 13).

⁶⁹ COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 942.

⁷⁰ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 491-492, pt 835.

⁷¹ « *Tanto più se si considera che, in tal caso, proprio la sostanziale equivalenza tra le due forme di gestione potrebbe indurre una scelta basata su mere finalità elusive della stessa normativa comunitaria* » (RIGHI Luca, « *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi* », *loc. cit.*, p. 361).

⁷² Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc., p. 5.



elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité »⁷³.

95. — Selon le professeur Righi, cet article 6 permettait l'exclusion de la concurrence d'un marché qui serait confié par un pouvoir adjudicateur à un second pouvoir adjudicateur sur le fondement d'un droit exclusif. En théorie, cette lecture, adoptée par la doctrine italienne majoritaire d'alors⁷⁴, est tout à fait correcte. Cet article 6 faisait bien référence à la catégorie particulière et préexistante des droits exclusifs et spéciaux et est bien l'ancêtre de l'article 11 de la directive « marchés publics »⁷⁵. Or, le raisonnement qu'a ensuite déroulé l'auteur démontre que régnaient encore en Italie des incertitudes concernant le fait que les titulaires de droits exclusifs et spéciaux, auxquels cet article 6 se consacrait, constituent une catégorie particulière d'entités répondant à un régime spécifique issu du droit primaire⁷⁶. Le professeur Righi semble en effet considérer que la mention du droit exclusif est une simple étiquette collée sur le lien qui naîtra entre les deux pouvoirs adjudicateurs. Cette « *erreur d'interprétation* »⁷⁷ n'est en réalité pas l'œuvre d'un seul auteur : il s'agit d'une position doctrinale qui était largement partagée en Italie, les auteurs ayant été trompés par la formulation évasive de l'article et par l'intervention trop tardive de précisions à ce sujet par les instances européennes⁷⁸.

96. — La reproduction de ce raisonnement initial a néanmoins permis à l'auteur italien de développer une théorie particulière concernant l'appréhension des sociétés d'économie mixte par les règles de la commande publique et, par conséquent, de transposer au niveau européen un débat national. Selon le professeur Righi, il suffisait de démontrer que les sociétés d'économie mixte sont des pouvoirs adjudicateurs qui appliquent quotidiennement les règles de la commande publique pour que l'attribution

⁷³ En vertu de l'article 6 du Titre I de la Directive 92/50/CEE : « *La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er pt b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* » (*ibid.*).

⁷⁴ COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 942.

⁷⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.V. aussi le point 30 du même document.

⁷⁶ L'existence des droits exclusifs et spéciaux est issue du droit primaire. Elle était mentionnée par l'alinéa premier de l'article 90 du Traité de Rome de 1957, devenu l'article 86 du TCE, lui-même devenu l'actuel article 106 du TFUE. Elle n'est par ailleurs pas synonyme de quasi-régie (v. *infra* Chapitre 2, Section 2, §2).

⁷⁷ COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 942.

de contrats à ces sociétés, par une entité publique les détenant sans mise en compétition préalable, soit conforme à cette réglementation. À cette fin, comme ces sociétés ne sont objectivement ni des États, ni des collectivités locales, il devait démontrer qu'elles appartiennent à la catégorie des organismes de droit public. Les deux premières conditions de la définition d'organisme de droit public ne présentant pas de difficulté particulière, le professeur Righi s'est appliqué à prouver que ces sociétés remplissaient bien le troisième critère. Pour cela, il a réfuté la thèse de la Cour de cassation quant à la finalité lucrative prétendument inhérente à la forme sociale des sociétés d'économie mixte à l'italienne. Selon lui, ces structures, du fait de la présence dans leur capital de collectivités publiques, ne sont pas réellement tournées vers la production de biens et services comme toute société classique mais visent « à produire une utilité instrumentale pour l'intérêt général »⁷⁹. De plus, même si une telle finalité était inhérente à la forme sociale de ces sociétés, considérer qu'elle les exclurait automatiquement de la catégorie des organismes de droit public constituerait une interprétation faussée de la troisième condition de la définition des organismes de droit public. D'après l'auteur, « l'absence de « caractère industriel ou commercial » doit être relevée, en vertu des dispositions normatives, non pas en référence à « l'organisme » mais aux « besoins d'intérêt général » vers la satisfaction desquels le fonctionnement de l'organisme est dirigé »⁸⁰.

97. — C'est après avoir démontré que les sociétés d'économie mixte doivent être qualifiées d'organismes de droit public que le professeur Righi a fourni sa réelle contribution durable à la notion de quasi-régie, en démontrant en quoi ces sociétés sont « des sujets qui – comme le font traditionnellement les pouvoirs publics – agissent en dehors du circuit normal du marché et de la concurrence et donc en dehors des règles qui les réglementent »⁸¹. Ce constat reposait selon lui sur le fait que ces entités feraient partie des situations dans lesquelles, « au-delà des aspects purement formels, il existe une identité substantielle entre l'organisme public qui

⁷⁸ Ibid., p. 942.

⁷⁹ RIGHI Luca, « La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi », loc. cit., p. 361.

⁸⁰ « Pur essendo quanto sopra condivisibile in termini generali, con specifico ed esclusivo riferimento alla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici che qui interessa, il ragionamento così condotto trascura il fatto che l'assenza del « carattere industriale o commerciale » deve riscontrarsi, secondo il testo normativo, non con riferimento all' « organismo », bensì ai « bisogni di interesse generale » per il cui soddisfacimento esso è stato istituito » (ibid., p. 359).

⁸¹ « Proprio tale ultimo inciso induce a pensare infatti che l'esclusione sia giustificata in tanto in quanto le « amministrazioni aggiudicatrici », tra cui si annoverano gli « organismi di diritto pubblico », possano identificarsi con soggetto che – al pari degli enti pubblici tradizionalmente intesi - agiscono al di fuori dei normali circuiti del mercato e della concorrenza e quindi al di fuori delle relative regole » (ibid., p. 360).



adjuge le service et le sujet auquel est confiée son exécution »⁸². Loin de se contenter d'identifier une dérogation, le professeur Righi est allé plus loin en détaillant ses modalités de reconnaissance. Il s'agirait d'un organe qui, « *même s'il est juridiquement doté d'une personnalité juridique autonome, est lié à l'organisme public par d'étroits liens financiers et organisationnels et, comme ce dernier, oriente sa propre activité vers la poursuite de l'intérêt public, dans un but différent de ceux du marché* »⁸³. Les modalités permettant actuellement de reconnaître la quasi-régie rappellent nettement ces propos, d'autant plus si l'on relève que le professeur Righi les a étoffées en déclarant que l'activité de l'organisme à qui est confié le service doit être « *exclusivement dirigée* »⁸⁴ vers la collectivité. Les conséquences de cette situation étaient clairement affichées dans sa démonstration : le choix de faire exécuter un marché par une telle structure ne constituait pas une attribution à un tiers. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur ne ferait que recourir « *à une modalité organisationnelle particulière, représentée par l'institution d'un « organisme » lui appartenant et qu'elle contrôle* »⁸⁵. Comme souhaité par l'auteur italien, les aspects formels ne sont plus pertinents. Par conséquent, « *la forme sociale privée éventuellement revêtue par le sujet à qui a été attribué le service, loin d'être pertinente pour déterminer qui gère le service, n'est rien d'autre qu'un moyen juridique pour rendre l'activité plus efficace et fonctionnelle* »⁸⁶.

98. — Au final, le raisonnement du professeur Righi constitue la genèse des prestations quasi internes, tant concernant leur principe que leurs modalités d'application. En prétendant qu'il existe une « identité » réelle entre certaines sociétés d'économie mixte italiennes et leur « entité locale de référence », cet auteur a enclenché le processus de création d'une nouvelle dérogation. Ses propos n'auraient néanmoins pu être pas eu la même résonance s'ils n'avaient pas été portés par un avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes.

⁸² « *Tali esigenze [...] vengono meno in quei casi in cui, al di là degli aspetti meramente formali, vi si sostanzia identità tra l'ente pubblico che appalta il servizio ed il soggetto cui è affidata la sua esecuzione* » (ibid.).

⁸³ « *Essa pare potersi ravvisare quando quest'ultimo, anche se giuridicamente dotato di autonoma personalità giuridica, sia legato all'ente pubblico da stretti vincoli finanziari ed organizzativi e, al pari del primo, svolga la propria attività nel perseguimento del pubblico interesse, in un ambito diverso da quello del mercato* » (ibid.).

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ « *In tali ipotesi, infatti, può ritenersi che l'ente pubblico soddisfi le proprie necessità [...] bensì facendo ricorso ad una particolare modalità organizzativa, rappresentata dall'istituzione di un « organismo » da esso controllato cui viene affidata l'esecuzione del servizio* » (ibid.).

⁸⁶ « *In tale contesto ed a tali condizioni, la forma societaria privatistica eventualmente rivestita dal soggetto affidatario del servizio, lungi dal poter assumere rilievo determinante al fine che si occupa, non è altro che un modulo giuridico per rendere l'attività più efficace e funzionale, un « espediente tecnico-organizzativo » » (ibid., pp. 360-361).*

B. L'absence de réception par la Cour de la transposition européenne de la notion par l'avocat général Antonio La Pergola

99. — Alors que toutes les dérogations étaient en voie de disparition ou *a minima* de restriction, Antonio La Pergola a clairement milité pour la consécration communautaire d'une nouvelle échappatoire à l'application des normes concurrentielles. La lecture de ses conclusions, très riches, permet de constater une véritable offensive, ce qui fait de lui le père de l'apparition jurisprudentielle de la notion⁸⁷ (1), malgré le rejet de son argumentation par la Cour de justice des Communautés européennes (2).

1) La survenance européenne de la notion sous la plume d'Antonio La Pergola

100. — Les faits de l'espèce *BFI Holding*⁸⁸ sont ceux qu'Antonio La Pergola a jugés les plus propices à des développements concernant les prestations interorganiques. *A priori* pourtant, la situation s'étant déroulée dans un État différent de l'Italie, l'assimilation parfaite avec les faits présentés devant la Cour de cassation italienne en 1995 était impossible. L'entité en cause avait été créée par deux communes néerlandaises. Les États étant libres de fixer leurs règles de propriété publique en vertu de la version consolidée de l'article 295 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), cette entité ne relevait naturellement pas du même régime national que les sociétés d'économie mixte italiennes. La question préjudicielle visait à préciser l'une des sous-conditions servant à définir les organismes de droit public, plus particulièrement celle en vertu de laquelle appartient à cette catégorie toute structure ayant été créée « *pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* »⁸⁹.

⁸⁷ Cela fut par exemple soulevé par le professeur Devès (DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *loc. cit.*, p. 44). De même, le professeur Comba qualifie les propos d'Antonio La Pergola de « *précédents* » de l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.) (COMBA Mario, « *In-House Providing in Italy : the circulation of a model* », in COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law, op. cit.*, pp. 95-117, p. 101).

⁸⁸ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 ; *Rec.*, 1998, p. I-6821, *BJCP*, n° 2, p. 155 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 4, p. 45, concl. Antonio LA PERGOLA et note Henri CHAVRIER (p. 101) ; *RDI*, 1999, p. 229, note François LLORENS.

⁸⁹ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc., article 1.b.



101. — Cette problématique, conjuguée à la nationalité de l’avocat général, a conduit ce dernier à formuler un rapprochement avec l’arrêt du 6 mai 1995⁹⁰ et les réactions doctrinales qu’il a suscitées. Même s’il n’a pas reproduit à l’identique les raisonnements des auteurs italiens, il est clair que les réflexions du professeur Righi l’ont influencé.

102. — Expressément, tout d’abord, car l’article de ce dernier est cité⁹¹. Un constat similaire s’impose concernant la notion d’organe indirect, même si l’avocat général a choisi de prendre de la distance avec celle-ci, en espaçant les deux termes servant à la désigner⁹². Implicitement, ensuite, l’influence italienne apparaît encore plus manifeste et surtout décisive, dès lors qu’elle sous-tend l’ensemble du raisonnement mené par Antonio La Pergola. Afin de conférer une réelle substance à l’idée de prestations interorganiques, l’avocat général a utilisé les considérations sur la structure financière de l’entité, lesquelles devaient, dans un premier temps, lui permettre de déterminer si était en cause une concession ou un marché de services. Après avoir nié l’existence de la première, il ne s’est pas contenté de proclamer l’existence du second. Il a relevé la particularité financière de la société en cause – son équilibre budgétaire étant annuellement assuré par des compensations de ses actionnaires publics, leur conférant « *un droit de vie ou de mort* »⁹³ sur elle –, puis il a habilement abordé le sujet du regroupement structurel. Les deux communes avaient effectivement eu l’initiative de la création de la société et en étaient les deux seules actionnaires. Antonio La Pergola a par conséquent invité la Cour à ne pas se laisser tromper par la qualification de société de capitaux. Cet avertissement, ou plutôt ce rappel de l’autonomie du droit communautaire, ne constituait néanmoins que le point de départ de l’argumentaire qui se trouvait en réalité au cœur de ses conclusions.

103. — L’avocat général aurait en effet pu simplement déclarer qu’était en cause une structure créée dans un but industriel et commercial et exclure la qualification d’organisme de droit public. Au contraire, en suivant consciencieusement le sillon creusé par les théoriciens italiens, il s’est affairé à élaborer une argumentation niant la qualité de

⁹⁰ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989.

⁹¹ Concl. Antonio La PERGOLA sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96 (préc.), *loc. cit.*, note 24.

⁹² « Elle peut être par nature rattachée à la notion d’organe, même si c’est dans un sens large et indirect, de l’administration publique » (*ibid.*, pt 36).

⁹³ *Ibid.*, pt 35.

tiers à la société ARA. La logique qu'il devait avancer dans un premier temps n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle de l'article 22 de la loi italienne n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des collectivités territoriales⁹⁴. En vertu du troisième paragraphe de ce texte, « *les communes peuvent gérer les services publics locaux de diverses manières : elles peuvent les prendre directement en charge, les concéder à des tiers ou avoir recours à des entreprises spéciales, des institutions ou des sociétés d'économie mixte* »⁹⁵. Suivant une logique similaire, Antonio La Pergola a clairement distingué les cas dans lesquels la commune confie la gestion à un tiers de ceux dans lesquels elle la confie à une structure qu'elle a elle-même créée, pour l'accomplissement d'une tâche précise. La création de la société ARA appartenait selon lui à la seconde hypothèse car elle résultait du choix des communes de regrouper leurs services de gestion d'ordures pour les confier à une société particulière plutôt qu'à un tiers.

104. — Afin de dresser un tableau réellement complet, l'avocat général italien a enfin relevé un dernier élément dans la composition des organes dirigeants de la société : les communes avaient la mainmise sur la nomination de la majorité, si ce n'est plus, des membres de son conseil de surveillance. C'est par conséquent à la suite d'une étude complète des « *modalités de rémunération d'ARA et [de] sa totale dépendance de la volonté des communes non seulement en ce qui concerne ses ressources économiques, mais aussi la composition de ses organes dirigeant* »⁹⁶, qu'Antonio La Pergola s'est permis de nier définitivement à cette entité la qualité de tiers. Le seul bémol qui peut aujourd'hui être souligné quant au travail remarquable qu'il a effectué est qu'il n'a pas expressément relié cette conceptualisation aux prestations intégrées, qui existaient déjà dans le paysage juridique européen⁹⁷. Il s'est contenté de relever le lien plus qu'étroit unissant l'ARA aux communes et d'en tirer les conséquences, au cours d'un argumentaire que la Cour a choisi non seulement d'infirmer mais également d'ignorer.

2) L'indifférence manifestée par la Cour à l'égard de cette survenance

105. — Moins d'un mois après qu'Antonio La Pergola a rendu ses conclusions, la Commission a admis la nécessité de la dérogation interorganique. Une vingtaine de jours

⁹⁴ Loi italienne n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales, préc.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Concl. Antonio La PERGOLA sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96 (préc.), *loc. cit.*, pt 36.

⁹⁷ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998, (COM (98) 143), p. 10, note 10.



ont été suffisants pour qu'elle se l'approprie, proposant dans une communication du 11 mars 1998 « de clarifier notamment les sujets suivants au moyen d'un document interprétatif : [...] les marchés « in house », c'est-à-dire ceux passés au sein de l'administration publique, par exemple entre une administration centrale et locale ou encore entre une administration et une société entièrement détenue par celle-ci »⁹⁸. Contrairement à Antonio La Pergola, la Commission a donné un nom à ce mécanisme. Il s'agissait pour elle d'épargner aux pouvoirs adjudicateurs l'application des règles de mise en concurrence de contrats lorsqu'ils sont en présence de marchés dits « in house », ce qui constitue la première utilisation publique de cette expression pour désigner la dérogation interorganique. Cette expression existait bien dans les documents officiels européens avant cette communication mais elle était utilisée pour faire référence aux services internes d'entreprises. Elle n'avait jamais été employée dans des documents concernant expressément la réglementation des contrats de la commande publique⁹⁹. Depuis, les deux significations coexistent¹⁰⁰. Bien que très encourageante concernant l'évolution des prestations interorganiques, cette communication était très concise et appelait des précisions. Il était alors impossible, pour les juges des États membres, d'utiliser ce texte pour valider des exonérations de mise en concurrence. Nommer le concept et en donner une définition brève, telles sont les seules actions que s'est permise la Commission.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ V. notamment : Comité économique et social européen, section de l'énergie et des affaires nucléaires, *Avis sur le programme de recherche (1983-1987) en matière de prospective et d'évaluation de la science et de la technologie (FAST)*, n° 51983AC0541, 1^{er} juin 1983, JOCE C 211 du 8 août 1983, pp. 9-12 ; Concl. Marco DARMON sur CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer Company (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) contre Conseil des Communautés européennes*, aff. C-49/88 (ECLI:EU:C:1991:276 ; *Rec.*, 1991, p. I-3187), présentées le 7 février 1991, ECLI:EU:C:1991:48, pt 116 ; Commission, *Inventaire concernant les services d'essais, d'inspection, de certification et de contrôle de la qualité existant dans la Communauté – Appel d'offres ouvert*, n° 91/C 57/15, JOCE C 57 du 6 mars 1991, pp. 14-14 ; Comité économique et social, *Avis sur les « Propositions de décisions du Conseil relatives aux programmes spécifiques mettant en oeuvre le quatrième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions communautaires de recherche, de développement technologique et de démonstration » (1994-1998)*, JOCE C 393 du 31 décembre 1994, pp. 117-163, pt 4.2.10.

¹⁰⁰ Elles cohabitent tellement que selon l'avocat général Kokott, il faut opérer une distinction entre ce qui peut être réellement considéré comme correspondant aux situations « in house » et ce qui ne l'est pas. Elle a ainsi écrit qu'au sens strict, les marchés *in house* sont ce qui correspond à ce qui est communément nommé en France des situations de régie, alors que ceux correspondant à la quasi-régie correspondent à l'acception large de l'expression (concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, (préc.), *loc. cit.*, pt 2). Il en résulte que, « [a]lors que les marchés in-house au sens strict ne relèvent en aucun cas du droit des marchés publics, puisqu'il s'agit d'opérations purement internes à l'administration, le cas des marchés in-house au sens large (également dénommés, dans certains cas, marchés « quasi in-house ») pose régulièrement une question complexe de délimitation, celle de savoir s'il y a ou non obligation de publier un avis de marché. » (*ibid.*).

106. — Quant à la Cour, elle n'a fait qu'apporter « une réponse très circonscrite à la question posée et l'arrêt n'est pas sans susciter une certaine déception »¹⁰¹. Le Conseiller d'État Maugüé rappelle d'ailleurs que le délibéré, d'une « longueur tout à fait inhabituelle »¹⁰², s'est déroulé neuf mois après que les conclusions ont été présentées. Les contradictions manifestes entre les deux argumentations auraient par conséquent pu trouver leur source dans la survenance d'un évènement particulier au cours de cette période. Aucun élément de ce genre n'est néanmoins survenu. Le stade embryonnaire de la notion a peut-être incité la Cour à la prudence. Quoi qu'il en soit, les juges européens ont fait abstraction de l'argumentation de leur avocat général lorsqu'ils ont finalement statué. Ils ont seulement répondu aux questions préjudicielles posées par le Tribunal néerlandais, en évacuant toute considération visant à la reconnaissance d'une dérogation particulière. S'ils ont bien expliqué, dans leur résumé des faits, que « les communes ont envisagé de fusionner les services communaux de collecte de déchets et de les confier à une nouvelle personne morale »¹⁰³, ils n'ont tiré de ce rappel aucun argument tendant à la création d'une dérogation ou à la mise en œuvre de ce qui était déjà nommé contrat *in house*.

107. — Cette démarche pourrait être assimilée à de la prudence, ce qui eût été cohérent au vu du caractère récent de l'émergence des prestations quasi internes. Deux raisons semblent cependant expliquer plus concrètement ce refus de la Cour de Luxembourg. Premièrement, les tribunaux internes avaient déjà débattu de l'existence ou non d'une dérogation à l'application des directives à l'espèce. Les juges de la plus haute Cour interne avaient conclu à la présence d'un droit exclusif en faveur de la société ARA. Ce constat était d'ailleurs à la base de leurs questions préjudicielles car ils se devaient de vérifier que la société était un organisme de droit public pour s'assurer de la compatibilité de ses avantages concurrentiels avec le droit communautaire. L'existence d'une dérogation était donc déjà constatée, laquelle aboutissait à l'incompétence de la Cour sur la base d'arguments conformes au droit communautaire. Il aurait par conséquent été inapproprié d'en étudier une autre, qui en outre portait sur le fond, et ce quels que soient les efforts produits en ce sens par l'avocat général. Secondement, la Cour semble avoir tenté de prendre de la distance avec les développements des auteurs italiens. *A posteriori*, il apparaît en effet qu'elle a inscrit l'arrêt qu'elle a rendu au rang de ceux faisant évoluer la notion d'organisme de droit public, dans la lignée de l'arrêt

¹⁰¹ MAUGÜÉ Christine, Observations sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rhden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96 (préc.), *BJCP*, 1998, n° 2, pp. 169-170, p. 169.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rhden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.



*Mannesmann*¹⁰⁴ rendu quelques mois auparavant. Avec l'arrêt *BFI Holding*¹⁰⁵, elle complétait son dispositif en précisant notamment la signification autonome de la notion de but d'intérêt industriel et commercial. Ainsi fit-elle de même, quelques mois plus tard, lorsqu'elle statua sur les demandes de l'entreprise *Teckal Srl*¹⁰⁶ au sujet des prestations intégrées¹⁰⁷. La Cour a donc pris soin de bien distinguer le développement des deux notions dans des arrêts différents, afin de faciliter la compréhension de leurs champs d'application. Malheureusement, l'absence d'opinions dissidentes, couplée au fait que les commentaires sur l'arrêt ne font jamais mention de la quasi-régie, nous empêche d'émettre plus que des suppositions à ce sujet.

108. — Les efforts fournis par Antonio La Pergola ne peuvent pas être considérés comme vains. Grâce à lui, la notion de prestations interorganiques a fait sa première apparition communautaire. Si la Cour ne lui a pas donné raison dans l'arrêt *BFI Holding*¹⁰⁸, elle fit l'inverse avec l'avocat général Cosmas, alors qu'il se prononçait clairement contre la reconnaissance d'une nouvelle dérogation dans ses conclusions sur l'affaire *Teckal*¹⁰⁹. C'est donc dans un contexte qui ne lui semblait absolument pas favorable que la quasi-régie a finalement été consacrée.

¹⁰⁴ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 ; *Rec.*, 1998, p. I-73 ; *Cahiers de droit européen*, 1998, n° 3-4, p. 389, note Claire-Françoise DURAND et Sean VAN RAEPENBUSCH ; *RDI*, 1998, p. 238, note François LLORENS et Philippe TERNEYRE. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que les trois critères de l'organisme de droit public sont cumulatifs et non alternatifs.

¹⁰⁵ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁰⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁰⁷ La proximité temporelle entre les deux arrêts permet d'ailleurs de supposer que le choix a été fait en connaissance du second arrêt.

¹⁰⁸ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁰⁹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

§2. Une consécration apparemment improbable

109. — Pendant de nombreuses années, la Commission s'est très peu intéressée aux prestations intégrées et ne leur a consacré que quelques lignes dans des textes épars¹¹⁰. Il a fallu attendre 2011 pour qu'une communication, consacrée plus largement à la coopération « public-public », synthétise l'évolution de la jurisprudence sur la quasi-régie¹¹¹. Un constat similaire s'impose concernant le Conseil et le Parlement. Il est même criant à la lecture de la directive « marchés » adoptée en 2004¹¹², dans laquelle la dérogation interorganique est inexistante. Le contraire avait pourtant été envisagé, avant d'être écarté¹¹³. Les directives « marchés » et « concessions » de 2014 ont réparé cette lacune, chacune consacrant un article à la quasi-régie¹¹⁴. Avant ces textes, le développement de la quasi-régie s'est par conséquent retrouvé sous la responsabilité de la Cour, qui a repoussé sa consécration.

110. — Une telle affirmation semble pouvoir être dégagée du fait qu'elle a refusé de faire référence à l'existence d'une dérogation dans l'arrêt *BFI Holding*¹¹⁵, et plus encore dans l'arrêt *RI.SAN*¹¹⁶, alors que ses avocats généraux l'y encourageaient (A). Quant à l'affaire *Teckal*¹¹⁷, les conclusions rendues par l'avocat général Cosmas ne permettaient pas de présumer qu'elle serait choisie par la Cour pour consacrer l'existence des prestations intégrées (B).

¹¹⁰ Outre les quelques mots consacrés dans la communication du 11 mars 1998 (Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10), elle a concédé à la quasi-régie quelques lignes au point 63 du *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, (Commission, COM (2004) 327 final, préc.).

¹¹¹ Commission, *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011* (SEC (2011) 1169 final).

¹¹² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE* L 134 du 30 avril 2004, pp. 1-113 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* L 134 du 30 avril 2004, pp. 114-240.

¹¹³ V. sur ce point : RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

¹¹⁵ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹¹⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, ECLI:EU:C:1999:400 ; *Rec.*, 1999, p. I-5219 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 6, p. 23.

¹¹⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.



A. La persistance du rejet de la Cour dans l'affaire *RI.SAN*.

111. — Aborder les prestations quasi internes n'était pas strictement nécessaire pour répondre aux questions préjudicielles dans l'affaire concernant l'entreprise RI.SAN. Néanmoins, l'importance que cette dérogation a revêtue dans les argumentaires des parties a poussé l'avocat général à y consacrer une partie de ses développements. L'entrain avec lequel il y a défendu l'applicabilité de la dérogation (1) n'a pas convaincu la Cour (2).

1) *Des moyens et conclusions favorables à la consécration de la quasi-régie*

112. — À l'origine de cette affaire se trouvait la société RI.SAN. Srl. Elle contestait l'attribution directe du service public local de collecte des déchets de la commune d'Ischia à la société Ischia Ambiente SpA, constituée en vertu de l'article 22 de la loi de la loi n° 142/90 du 8 juin 1990 relative à l'autonomie locale. Cette dernière mettait à nouveau le juge italien face à une société d'économie mixte à l'italienne, comme c'était déjà le cas dans l'espèce *Siena parcheggi*¹¹⁸. L'attribution directe du service public à Ischia Ambiente SpA avait été opérée en toute légalité par une décision du conseil municipal de la commune, suivant scrupuleusement la procédure décrite par la loi nationale¹¹⁹. Cette méthode dérogatoire se justifiait par la recherche d'un but particulier, le maintien de l'emploi, objectif dont la nécessité n'était pas contestée en l'espèce¹²⁰. Face aux incriminations de la société RI.SAN. Srl, et soucieux de respecter les règles européennes de la commande publique, le juge italien a décidé de vérifier la conformité de ces dispositions auprès de la Cour. Encore fallait-il, dans sa question préjudicielle, désigner la ou les réglementations auxquelles la loi devrait éventuellement se conformer. Contrairement à ce que l'on aurait pu attendre de lui, il n'a pas invoqué la directive « services » de 1992¹²¹. Considérant que n'était pas en cause la fourniture de prestations de services rémunérées pour le compte d'un pouvoir adjudicateur et assurées sur la base de contrats à titre onéreux, il a vérifié si la situation face à laquelle il se trouvait

¹¹⁸ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc.

¹¹⁹ Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), présentées le 18 mars 1999, ECLI:EU:C:1999:161 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 6, p. 23 ; pt 9.

¹²⁰ *Ibid.*, pt 10.

¹²¹ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

correspondait à l'une des dérogations prévues par le droit communautaire. Éluant le droit dérivé, le juge national a choisi d'invoquer les articles 55, 66 et 90 §2 du Traité, qui ne portent pas sur une dérogation précise mais sur des catégories de dérogations éventuelles.

113. — Dans leurs mémoires respectifs, les parties n'ont pas été si évasives. Chacune d'entre elles a pris position quant à la présence ou non de prestations intégrées. La société R.I.S.A.N. Srl niait son existence avec ferveur. La société Ischia Ambiente SpA, appuyée par la commune d'Ischia, prétendait que la dérogation interorganique était bien en cause et justifiait l'exclusion des procédures prévues par le droit dérivé. Il s'agissait selon elle d'une « *situation purement nationale* »¹²² excluant l'applicabilité du Traité et la compétence de la Cour. Quant à l'avocat général, la structure de ses conclusions est manifeste quant à son désaccord avec la démarche du juge national et, corrélativement, concernant l'intérêt qu'il a porté aux prestations intégrées : il a consacré de brèves démonstrations à la première, puis à la seconde question. Dans un troisième temps, et de façon totalement superfétatoire dès lors qu'il avait déjà répondu, il a développé une dizaine de paragraphes à l'applicabilité de la directive « services »¹²³ à l'espèce. Paradoxalement, ce sont ces développements qui seront principalement étudiés ici.

114. — Influencé par Antonio La Pergola et galvanisé par la communication publiée par la Commission en 1998¹²⁴, l'avocat général Siegbert y a utilisé la quasi-régie comme une notion déjà ancrée dans le paysage juridique européen. Il en a implicitement repris la démarche personnaliste, qu'il a explicitement complétée par une « *appréciation fonctionnelle* »¹²⁵. Ce complément, qu'il n'a pas inventé mais déduit de la jurisprudence antérieure de la Cour¹²⁶, a permis à l'avocat général Siegbert de déduire que la forme sociétale n'exclut pas d'office une structure de la qualification des prestations intégrées¹²⁷. La simple mention de cet élément témoigne de son excellente compréhension de la fiction créée par la théorie des prestations interorganiques. Celles-

¹²² Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *R.I.S.A.N. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), *loc. cit.*, §22.

¹²³ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

¹²⁴ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998, (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10, p. 6.

¹²⁵ *Ibid.*, pt 52.

¹²⁶ *Ibid.*, note 20.

¹²⁷ Précision qui sera reprise plus tard par la Cour, pour la première fois dans l'arrêt suivant : CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.



ci permettent en effet de considérer qu'un organisme appartient à l'administration publique par-delà les apparences. Il ne peut donc pas être considéré comme un tiers à l'égard de cette dernière, ce qui explique pourquoi la forme qu'il revêt n'est pas déterminante. Ce qui compte, à l'inverse, c'est qu'il soit fonctionnellement dépendant de ce même pouvoir adjudicateur¹²⁸. Selon l'avocat général, les deux éléments qui permettent d'en attester sont « *les interactions financières* » et la « *répartition des compétences entre les organes* » de la structure prétendument intégrée¹²⁹.

115. — Concernant tout d'abord les interactions financières, l'avocat général Siegbert a effectué une analyse du cas d'espèce grâce aux informations fournies par le juge national. Après avoir pourtant rappelé que l'examen de ces informations revient à ce dernier, il a analysé lui-même les éléments dont il disposait. Relevant que l'entreprise était intégralement détenue par des personnes publiques, il est même allé jusqu'à énoncer un indice qui n'a été consacré par la Cour qu'au cours des années 2000 : celui en vertu duquel la détention totale du capital de l'organisme par des personnes publiques constitue un « *indice nécessaire* »¹³⁰ pour détecter une situation interorganique¹³¹. Cet élément était tellement important selon l'avocat général qu'il lui a permis de déduire que « *la situation dans la présente affaire se présent[ait] de la même manière que si l'État italien avait mis directement à disposition de la commune d'Ischia les moyens financiers lui permettant de fonder à elle seule cette société* »¹³².

116. — Cette conclusion anticipée n'a pas empêché l'avocat général Siegbert de poursuivre par l'étude du second élément, celui de la répartition des compétences, au sujet duquel il est resté plus évasif, se contentant de livrer quelques indices au juge italien. Les informations fournies par ce dernier étant trop peu significatives, l'avocat général a préconisé de vérifier quel serait le rôle ultérieur de la commune dans l'activité

¹²⁸ Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), *loc. cit.*, pt 52.

¹²⁹ *Ibid.*, pts 53 et 54.

¹³⁰ CHAVAROCHE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? », *AJDA*, 2008, n° 39, pp. 2147-2154, p. 2148.

¹³¹ Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), *loc. cit.*, pt 53. Cet élément fut repris pour la première fois par la Cour dans l'arrêt *Parking Brixen* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §73).

¹³² Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), *loc. cit.*, pt 53.

de l'entreprise : mettrait-elle à sa disposition d'autres moyens budgétaires ? Fixerait-elle les tarifs de ses prestations visant à éliminer les déchets urbains ? Notons cependant qu'il a tenu à ajouter qu'en cas de réponse positive à ces interrogations, « *il y aurait alors vraisemblablement prestation « in house » et la directive 92/50 ne serait pas non plus applicable à la présente affaire* »¹³³. Il est clair que selon lui la quasi-régie pouvait s'opposer à l'application de la directive, même si cette dernière n'en faisait nullement mention. Ce n'est qu'après avoir rappelé cette éventuelle inapplicabilité de la directive « services »¹³⁴ que l'avocat général a examiné un autre argument du gouvernement italien, celui fondé sur l'article 6 de ladite directive, concernant les droits exclusifs.

117. — L'insistance dont l'avocat général Siegbert a fait preuve démontre qu'il considérait les prestations quasi internes comme une dérogation applicable de plein droit. Loin de confirmer ce sentiment, les juges de Luxembourg ont décidé d'ignorer ses développements sur les prestations interorganiques.

2) *Des demandes à nouveau rejetées par la Cour*

118. — Le contenu de l'arrêt *RI.SAN.*¹³⁵ semble révéler les mêmes intentions, de la part de la Cour, que celui de l'arrêt *BFI Holding*¹³⁶. Il est cependant beaucoup moins riche. La Cour y a tout simplement reproduit le même schéma en éludant, une fois de plus, la problématique des prestations intégrées.

119. — Le biais par lequel l'avocat général avait amené l'étude de la quasi-régie pouvait néanmoins difficilement être réutilisé par la Cour. Rappelons qu'il y a consacré des développements alors qu'il statuait sur une question qui n'avait pas été posée par le juge italien. S'il a pu développer des considérations sur la quasi-régie, c'est en utilisant la notion de concession, comme son prédécesseur Antonio La Pergola, à ceci près qu'il n'utilisa pas son aspect financier comme l'avait fait ce dernier. C'est au contraire grâce au levier personnaliste que l'avocat général Siegbert a introduit ses propos, en commençant par rappeler que pour qu'il y ait concession, il faut différentes parties, ce qui implique la présence d'un tiers. Admissible dans des conclusions, il semble difficile de considérer que cette introduction aurait pu être utilisée par la Cour pour reprendre l'ensemble du

¹³³ *Ibid.*, pt 54.

¹³⁴ *Ibid.*, pt 55.

¹³⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹³⁶ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.



raisonnement de l'avocat général. La tâche interprétative qui revient à la Cour n'aurait que difficilement pu le justifier, auquel cas cette dernière aurait pu être accusée d'avoir statué *ultra petita*. Tout en expliquant expressément les raisons de son refus¹³⁷, afin notamment de clarifier ce point qui avait aussi été évoqué par les parties, elle a donc simplement nié l'applicabilité du droit de la commande publique à la situation qui lui était soumise. Elle disposait en ce sens d'un argument beaucoup plus solide que ceux qui lui étaient proposés par l'avocat général Siegbert. Il s'est effectivement avéré impossible de rattacher les faits en cause à « *l'une des situations envisagées par le droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services* »¹³⁸. Comme le gouvernement italien dans ses mémoires, la Cour a relevé l'existence d'une situation purement interne à un État membre mais n'en a pas déduit la présence de prestations interorganiques. Ce n'était pas nécessaire dès lors que le premier constat aboutissait à son incompétence. La Cour a par conséquent pu aboutir à une finalité similaire en appliquant une logique encore plus adéquate que celle des prestations intégrées.

120. — Malgré la concision de l'arrêt, il ressort de sa lecture que la Cour se situait encore au carrefour de diverses préoccupations. Certes, ce n'est pas aussi flagrant que dans l'arrêt *BFI Holding*¹³⁹, qui était alors présenté comme l'aboutissement de développements antérieurs concernant les organismes de droit public. L'arrêt *R.ISAN*¹⁴⁰ contient pourtant en son vingtième point un sous-entendu qui a ultérieurement trouvé tout son sens. La Cour y a affirmé que :

« [s]elon l'analyse retenue par le juge de renvoi, [...] le litige au principal n'a pas trait à la passation d'un marché public de services. Cette constatation n'exclut cependant pas que les dispositions du traité relatives à la libre circulation, qui imposent notamment aux États membres des obligations d'égalité de traitement et de transparence vis-à-vis des opérateurs économiques d'autres États membres, puissent être pertinentes. »¹⁴¹

¹³⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *R.I.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc., §12 et 17.

¹³⁸ *Ibid.*, dispositif.

¹³⁹ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁴⁰ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *R.I.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁴¹ *Ibid.*, §20.

La Cour ne faisait ici que prédire, certes par une insinuation qui était alors difficilement remarquable même pour des juristes aguerris, ce qu'elle a explicitement affirmé dans l'arrêt *Telaustria*¹⁴². L'arrêt *RISAN.*, malgré sa démission quant à la notion de prestations intégrées, doit en effet être considéré comme annonçant la consécration du principe en vertu duquel les règles de la transparence sont applicables à tous les contrats, y compris aux concessions¹⁴³. Le recul dont nous disposons aujourd'hui met en exergue le fait qu'était présentée à la Cour une espèce impliquant plusieurs problématiques phares qu'elle se chargerait d'étayer quelques années, voire pour certaines, quelques mois plus tard. Il n'empêche qu'elle a éludé, pour la seconde fois, la mention des prestations interorganiques. C'est sûrement après avoir relevé ce nouveau rejet que l'avocat général Cosmas a pu teinter sans nuances ses conclusions sur l'arrêt *Teckal*¹⁴⁴ d'une absence d'enthousiasme pour cette notion.

B. La réticence peu encourageante de l'avocat général Cosmas

121. — Les conclusions de l'avocat général Cosmas témoignent de l'avancée des réflexions concernant les prestations intégrées dans l'espace de réflexion européen **(1)**. Toutefois, l'absence d'entrain de cet avocat général pour la dérogation interorganique semblait peu encourageant quant à la reconnaissance éventuelle de la quasi-régie par la Cour **(2)**.

1) Un témoignage de l'avancée des réflexions sur la quasi-régie

122. — L'évolution d'une notion ne se décompose pas en deux périodes que seraient l'apparition doctrinale, puis la consécration jurisprudentielle ou législative. Il existe plusieurs étapes intermédiaires et c'est précisément à ce stade que se trouvaient les prestations interorganiques lorsque l'avocat général Cosmas a présenté ses conclusions sur l'affaire *Teckal*¹⁴⁵. L'étude des faits et de l'argumentation des parties le démontre car il ne semblait s'y trouver aucun élément l'obligeant à dissenter sur cette notion. Il aurait en

¹⁴² CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 ; *Rec.*, 2000, p. I-10745 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 132, concl. Nial FENNELLY ; *CMP*, 2001, n° 2, p. 24, comm. n° 50, note François LLORENS ; *Droit administratif*, 2001, n° 4, p. 17, comm. n° 85, note Marie-Yvonne BENJAMIN ; *LPA*, 2001, n° 85, p. 13, note Bruno CANTIER et Arnaud TROIZIER.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁴⁵ *Ibid.*



effet pu se contenter de constater l'inapplicabilité de la directive et de la dérogation invoquée par le juge national. L'avocat général Cosmas a cependant choisi une voie différente.

123. — Était en cause l'attribution sans concurrence d'un marché de gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux par la commune de Viano à un groupement de communes, l'AGAC. Il ne s'agissait plus d'une société d'économie mixte comme dans les affaires *Siena Parcheggi*¹⁴⁶ et *RI.SAN.*¹⁴⁷ mais d'un groupement de communes, régi par l'article 25 de l'ancêtre du *TUEL*¹⁴⁸. Le marché concernant cette fois-ci uniquement des fournitures, la réglementation communautaire afférente était la directive 93/36/CE¹⁴⁹. Le juge national, reprenant pour point de départ la « *fausse piste* » utilisée par la doctrine majoritaire d'alors¹⁵⁰, demandait si la dérogation concernant les titulaires de droits exclusifs et spéciaux, prévue par l'article 6 de la directive 92/50/CEE¹⁵¹, était applicable. Sa question portait précisément sur le fait de savoir si cet article justifiait l'attribution directe du marché à l'AGAC¹⁵². Même si ce n'est pas explicitement rappelé par l'avocat général, il est clair que le juge national ne faisait pas référence à l'existence de droits exclusifs. Sa question portait sur l'existence d'une dérogation plus large, telle que celle sur laquelle avait disserté le professeur Righi. À ce stade, et pour démontrer qu'il avait bien compris la question du juge national, l'avocat général Cosmas aurait très bien pu se contenter de rappeler *in limine litis* que la directive applicable n'était pas celle invoquée par la question préjudicielle ; que si une dérogation devait s'appliquer, c'était uniquement dans le cas où elle aurait été citée par la directive

¹⁴⁶ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc.

¹⁴⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁴⁸ Ces groupements de communes sont régis par la Loi italienne n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales (préc.), comme les sociétés d'économie mixte italiennes. Ils sont néanmoins régis par l'article 25 de cette loi et non par son article 22.

¹⁴⁹ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOUE* n° L 199 du 09/08/1993, pp. 1-53.

¹⁵⁰ COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 942.

¹⁵¹ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (préc.), telle que modifiée par la Directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement, *JOCE* L 328 du 28 novembre 1997, pp. 1-5.

¹⁵² Concl. Georges COSMAS. sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), présentées le 1^{er} juillet 1999, ECLI:EU:C:1999:344 ; *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 ; pts 28 et 29.

93/36/CEE¹⁵³ ; mais que, comme ce n'était manifestement pas le cas, il n'y avait pas lieu de considérer qu'une quelconque dérogation s'appliquait. Il aurait alors cantonné cette discussion à un débat doctrinal national. Il ne s'est pourtant pas limité à cela. L'avocat général s'est affairé à démontrer que le juge national avait commis une erreur dans la réglementation applicable et qu'il fallait par conséquent procéder à une reformulation de sa question préjudicielle. Par la suite, il a consacré quelques développements aux prestations intégrées. N'y adhérant absolument pas, il en a profité pour s'y opposer fermement. Pourquoi, dès lors, a-t-il pris la peine de s'y intéresser ?

124. — Il est certain qu'il n'y était pas tenu par les mémoires. Si les parties se concentraient bien sur la nécessité ou non de soumettre l'attribution du marché concerné aux procédures de passation préalables, leur débat ne s'est pas cristallisé autour de la notion de prestations interorganiques, contrairement à ce qui s'était produit dans l'affaire *RI.SAN*.¹⁵⁴ La mention de la quasi-régie dans ces écrits semble en effet plus rare, voire inexistante. Certes, l'ensemble des propos de l'AGAC reposait explicitement sur la négation de sa qualité de tiers. Ce groupement considérait que la commune de Viano avait « *seulement décidé d'organiser de manière différente la gestion directe de ce service, en recourant à la structure et au personnel dont disposait une entité spécifique constituée à cette fin, plutôt qu'à sa propre structure et à son propre personnel* »¹⁵⁵. Il ressort néanmoins de l'exposé de l'avocat général Cosmas qu'il n'a fait aucune allusion explicite aux théories italiennes développées *supra* ou à leur reprise par les avocats généraux¹⁵⁶. L'argument au fond était présent mais il semblait impossible de le rattacher à une disposition ou à une théorie préexistante. Quant à l'entreprise demanderesse, Teckal Srl, elle ne semble pas, au vu des développements de l'avocat général, s'être prononcée sur ce point précis. Difficile alors d'affirmer qu'il a constitué le cœur de la polémique.

125. — La nécessité de mentionner la théorie des prestations intégrées et d'en discuter s'est par conséquent imposée à l'avocat général indépendamment de ce qui lui était explicitement demandé. Il lui était difficile de faire autrement, cette notion ayant pris beaucoup d'importance dans les conclusions de ses prédécesseurs. Moins d'un an et

¹⁵³ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, préc.

¹⁵⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁵⁵ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, (préc.), *loc. cit.*, pt 55.

¹⁵⁶ *Ibid.*



demi après le prononcé des conclusions d'Antonio La Pergola sur l'affaire *BFI Holding*¹⁵⁷, la dérogation interorganique n'était déjà plus seulement l'œuvre d'un auteur, ni même celle d'un courant minoritaire. L'avocat général Cosmas s'est donc affairé à démentir son applicabilité devant la Cour, et ce avec d'autant plus de vigueur qu'il s'y opposait farouchement.

2) *Une opposition nette à la consécration de la notion*

126. — Antonio La Pergola apparaît à nouveau comme une référence dans les conclusions de l'avocat général Cosmas. Son nom est explicitement mentionné à plusieurs reprises¹⁵⁸. Pourtant, c'est dans un sens totalement opposé que son successeur a orienté ses arguments, car l'avocat général Cosmas n'était pas favorable à la notion de prestations intégrées. Deux éléments en attestent. Dans un premier temps, les critères qu'il a utilisés pour nier son application au cas d'espèce sont extrêmement restrictifs, ce qui aurait fortement limité le champ d'application de la dérogation interorganique si la Cour l'avait suivi. En l'espèce, ces le menaient d'ailleurs à nier la présence d'un mécanisme interorganique. L'inverse eût été impossible dès lors qu'il manifestait clairement, dans un second temps, son rejet de principe à l'encontre de la consécration d'une quelconque dérogation interorganique.

127. — En premier lieu, l'avocat général Cosmas a développé une définition extrêmement restrictive des prestations interorganiques, ce qui l'a amené à se prononcer contre leur application dans le cas d'espèce. Cette démarche transparaît dès les premiers mots qu'il a consacrés à la quasi-régie. Il y est manifeste que l'avocat général n'envisageait absolument pas cette notion en tant que dérogation applicable à tous les contrats publics. Son applicabilité n'était envisageable, dans son argumentation, que dans le cadre des conditions d'application de la directive 93/36/CEE¹⁵⁹. En vertu de son article premier, cette directive était applicable si le marché concernait des produits ; si le contrat était synallagmatique, conclu sous la forme écrite et onéreux ; et, enfin, si le cocontractant du pouvoir adjudicateur, le fournisseur, avait « *effectivement la qualité de tiers*

¹⁵⁷ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁵⁸ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*, notes 32 et 36.

¹⁵⁹ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, préc.

par rapport à ce pouvoir»¹⁶⁰. N'envisager la quasi-régie que comme une sous-condition de ce troisième élément est clairement restrictif. Au contraire, l'envisager comme une négation du contrat aurait rendu les prestations interorganiques envisageables dans tous les cas où sont en cause des marchés publics. Il peut certes être répondu que les marchés publics concernent toujours des services, des fournitures ou des produits et que, par conséquent, il y aura toujours une directive applicable, dans des conditions similaires à la directive 93/36/CEE. Cependant, envisager les prestations quasi internes sous cet angle personnaliste et non pas contractuel n'était qu'une étape dans l'élaboration d'un raisonnement défavorable aux prestations intégrées. Chaque élément que l'avocat général a ensuite utilisé l'a été dans son sens le plus restrictif. Il peut certes difficilement être reproché à l'avocat général Cosmas d'avoir déterminé des critères alors que la Cour elle-même ne s'y était pas encore intéressée officiellement. En revanche, il est frappant de constater à quel point l'ensemble des éléments qu'il a énoncés convergent vers une conception particulièrement étroite de la notion : à chaque fois plusieurs alternatives s'ouvraient à lui et c'est toujours pour la plus exigüe qu'il a opté. Ainsi a-t-il établi une coïncidence entre personnalité juridique et présence d'un tiers, en conjuguant la mention de la personnalité juridique du groupement au fait qu'il « *jou[is]se d'une autonomie de gestion* »¹⁶¹. Fusionner ces deux conditions ne constitue pas une preuve de mauvaise foi, car l'avocat général concédait à son lecteur un approfondissement du second critère qu'était selon lui l'autonomie de gestion. Néanmoins, il ne s'est pas montré plus généreux lors de l'examen de cette dernière. Selon lui, cette autonomie se scindait en deux éléments : la part de capital de l'organisme prétendument « *in house* » – ici l'AGAC – et l'absence d'exclusivité de son activité¹⁶². Dans les deux cas, l'option la plus sévère fut choisie. Le simple fait que la commune ne possédait que zéro virgule neuf pourcent du capital de l'AGAC représentait pour l'avocat général Cosmas une démonstration de son autonomie, alors qu'il aurait pu concéder que cet élément n'est pas déterminant, surtout lorsqu'il s'agit de groupements de communes. Enfin, il a considéré que le fait que l'AGAC n'exerçait pas son activité exclusivement en faveur de la commune excluait automatiquement l'éventualité de prestations intégrées¹⁶³. Tout ceci devait nécessairement tendre au rejet de l'application de la quasi-régie. C'est en tout cas vers ce dénouement que l'avocat général a orienté ses conclusions.

¹⁶⁰ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*, pts 52 à 54.

¹⁶¹ *Ibid.*, pts 59 et 60.

¹⁶² *Ibid.*, pts 60 et 61.

¹⁶³ *Ibid.*, pt 62.



128. — En second lieu, il a dénoncé le principe même des prestations interorganiques. Ainsi a-t-il souligné les risques qui résulteraient de leur consécration, en déclarant qu'admettre

« que les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté de s'adresser à des entités distinctes, dont ils conservent le contrôle soit absolu soit relatif, pour la fourniture de biens, en violation de la réglementation communautaire pertinente, [...] permettrait d'éviter les règles au mépris de l'objectif – consistant à assurer l'existence d'une concurrence libre et non faussée – que le législateur communautaire poursuit en coordonnant les procédures de passation des marchés publics de fournitures »¹⁶⁴.

En plaçant la reconnaissance potentielle de la dérogation en opposition radicale avec l'objectif de concurrence non faussée (l'une des préoccupations majeures des institutions européennes), il cherchait manifestement à attiser la suspicion de la Cour à l'encontre de la dérogation dite « *in house* ». En ce sens, il argumentait clairement contre sa consécration. Si cette remarque avait été positionnée par l'avocat général Cosmas au début de ses conclusions, elle aurait démontré qu'il militait pour la quasi-régie. Une telle position, stratégique, aurait permis de rendre l'étude des prestations intégrées, placées à sa suite, plus percutante. À l'inverse, située en fin d'argumentation, elle témoigne d'une volonté d'asséner un coup fatal à la reconnaissance de la dérogation. La manifestation la plus éclatante de cette volonté ressort d'ailleurs de sa conclusion qui, tout en comprenant naturellement une proposition de réponse aux juridictions nationales, ne fait aucune allusion aux prestations quasi internes¹⁶⁵. L'avocat général y a réduit la problématique au problème de la passation d'un marché entre deux pouvoirs adjudicateurs à l'aune de la directive 93/36/CEE¹⁶⁶, alors qu'il est clair que la juridiction italienne posait la question d'une dérogation plus large.

129. — La position de l'avocat général est compréhensible. La directive ne comprenait aucune dérogation et ni lui ni la Cour n'étaient en théorie compétents pour en créer une. L'émergence récente, mais réelle, des prestations interorganiques ne

¹⁶⁴ *Ibid.*, pt 65.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pt 68.

¹⁶⁶ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, préc.

pouvait néanmoins plus être ignorée de la sorte par la Cour, qui s'est résolue à les consacrer.

SECTION 2. UNE INSCRIPTION PRETORIENNE NUANCEE

« Il est des arrêts dont on sait avec conviction qu'ils provoquent les évolutions les plus notables, qu'ils induisent les bouleversements les plus considérables, sans que l'on puisse toujours évaluer, dans toutes ses dimensions, la contribution qu'ils ambitionnent d'apporter au régime juridique de l'attribution des contrats publics. Assurément, l'arrêt *Teckal* [...] et ses prolongements sont de ceux-là. »¹⁶⁷

130. — Ce constat semble être confirmé par l'observation des exposés sur les prestations intégrées : l'arrêt *Teckal*¹⁶⁸ y est systématiquement cité¹⁶⁹. Il existe cependant de nombreuses incertitudes sur la volonté réelle de la Cour quant au devenir de ladite dérogation. Il n'est toujours pas certain que cette dernière n'ait pas, sans vraiment le vouloir, ouvert la boîte de Pandore¹⁷⁰. Elle y a certes fait allusion à un mécanisme dérogeant aux règles de passation des marchés publics, tout en fournissant quelques réponses quant à son identification, mais il est impossible d'établir avec certitude qu'elle avait l'intention de donner aux prestations quasi internes l'ampleur qui est désormais la leur (§1).

131. — C'est d'autant plus le cas que l'importance de l'apport de l'arrêt *Teckal* a presque immédiatement été minorée par la jurisprudence de la Cour (§2).

¹⁶⁷ CHAVAROCHE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? », *loc. cit.*, p. 2147.

¹⁶⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁶⁹ V. notamment : AIT-EL-KADI Zéhina (dir.), *Code des marchés publics et autres contrats 2015*, *op. cit.*, p. 61, pt 129 ; BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 92 ; LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 384, pt 722 ; LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, *op. cit.*, p. 35 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 579, note 154 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 345, pt 750 ; YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷⁰ L'expression est empruntée au professeur Sestier (SESTIER Jean-François, « Nouvelles considérations sur l'arrêt *Stadt Halle* et les marchés publics « *in house* » : quand la Cour de justice ouvre la boîte de Pandore », *BJCP*, 2005, n° 41, pp. 258-262). Elle fait référence tant au devenir de la quasi-régie en tant que dérogation ancrée, qu'aux conséquences directes de la consécration des prestations interorganiques dans l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.). Il est en effet désormais notoire que de nombreux acteurs s'en sont immédiatement emparés de façon désordonnée, notamment dans le cadre de l'économie mixte (v. notamment : BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 237-238, pt 405).

§1. L'incertitude persistante concernant la volonté réelle de la Cour d'opérer une telle consécration

Comme il est impossible de conclure que la Cour avait réellement pour ambition de dégager une dérogation telle que la quasi-régie, il est important de se concentrer sur les éléments qui semblent certains. Si l'affaire *Teckal*¹⁷¹ a pu avoir le retentissement qui est aujourd'hui le sien, c'est parce qu'elle présente plusieurs caractéristiques particulièrement favorables à l'émergence de la quasi-régie **(A)**. Il n'en demeure pas moins que sa lecture ne révèle qu'une consécration expéditive de la dérogation interorganique **(B)**.

A. Des circonstances propices à l'apparition des prestations interorganiques

132. — La Cour savait-elle qu'elle établissait le point de départ d'une jurisprudence, certes éparse, mais extrêmement riche ? Toujours est-il que les faits de l'espèce *Teckal*¹⁷² ont constitué un tremplin indéniable au développement de la notion **(1)**. S'est ajoutée à ces circonstances une reformulation préjudicielle fortement conseillée par l'avocat général, permettant à la dérogation d'émerger non pas à partir d'une disposition particulière de l'une des directives, mais dans une formulation générale **(2)**.

1) Une situation factuelle favorable à la naissance de la dérogation

133. — L'arrêt *BFI Holding*¹⁷³ aurait pu permettre d'évoquer les prestations interorganiques grâce à la harangue de l'avocat général Antonio La Pergola, mais il a constitué une occasion manquée. Cette situation s'est réitérée dans le cadre de l'arrêt *RI.SAN.*¹⁷⁴, où la pertinence de la notion avait longuement été débattue dans les mémoires. À l'inverse, la quasi-régie a connu ses premières lettres de noblesse dans l'arrêt *Teckal*¹⁷⁵, alors que l'avocat général Cosmas avait clairement invité les juges à rejeter toute mention à une dérogation. Pourquoi un tel rebondissement alors que l'avenir de la quasi-régie semblait plus qu'incertain ? La réponse réside dans les

¹⁷¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁷⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁷⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.



particularités des espèces. Malgré leurs ressemblances apparentes, elles se distinguaient par divers éléments cardinaux.

134. — Avant de s’attarder sur ces distinctions, les faits de l’affaire *Teckal*¹⁷⁶ doivent être brièvement rappelés. La commune de Viano avait choisi de déléguer la gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux. Elle a pour ce faire directement confié ce service à un groupement préexistant, sans procédure préalable. De même que plusieurs autres personnes publiques, la commune était membre de ce groupement régi par l’article 25 de la loi n° 142/90¹⁷⁷ et doté de la personnalité juridique. Quant au marché, il fixait à l’avance le montant versé à l’AGAC en contrepartie de la fourniture pendant un an de combustibles, de la gestion, de l’entretien et des améliorations devant éventuellement être effectuées sur les bâtiments communaux. Une entreprise concurrente, *Teckal Srl*, a formé un recours contre le contrat, arguant de l’illégalité de la procédure suivie au regard des réglementations européennes concernant la passation des marchés publics. Le juge italien demandait quelle directive était applicable à l’espèce¹⁷⁸. Il croyait néanmoins que la directive 92/50/CE¹⁷⁹ était plus appropriée du fait de la « nature mixte » de la mission de l’AGAC, comprenant tant des fournitures que des services¹⁸⁰, mais il ne savait pas si une dérogation permettait d’en exclure l’applicabilité en l’absence de réponse de la Cour. Il s’est donc résolu à lui adresser une question préjudicielle. Ces circonstances, *a priori* fortement similaires aux cas étudiés ci-dessus, ont constitué une occasion inédite pour les prestations intégrées.

135. — Premièrement, et c’est un point déterminant pour la clarté du message *in fine* véhiculé par la Cour, l’affaire *Teckal*¹⁸¹ présentait moins de questionnements parasites que les affaires précédentes. La question préjudicielle posée ne faisait allusion à aucune autre grande problématique déjà consacrée ou encore en gestation à l’époque devant la

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Loi italienne n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales, préc.

¹⁷⁸ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., pt 27.

¹⁷⁹ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

¹⁸⁰ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*, pt 28.

¹⁸¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

Cour. Dans l'affaire *BFI Holding*¹⁸², c'est la question de l'organisme de droit public qui s'opposait à l'éventuelle consécration d'une dérogation. Dans l'arrêt *RI.SAN.*¹⁸³, les préoccupations de transparence constituaient un obstacle sous-jacent à l'émergence des prestations interorganiques. Au contraire, aucune problématique de ce type n'existait dans l'affaire qui a finalement consacré la quasi-régie. Il n'existait par conséquent aucun obstacle à ce que l'affaire née des prétentions de l'entreprise Teckal Srl donne lieu à l'arrêt qui est encore connu aujourd'hui comme étant la première référence en matière de prestations intégrées.

136. — Secondement, la structure concernée n'appartenait pas à la même catégorie que celles concernées dans les affaires précédentes. Le texte national de référence était encore la loi italienne n° 142/90, déjà concernée dans l'affaire *RI.SAN.*¹⁸⁴ et, déjà, dans l'arrêt de la Cour de cassation italienne, dit *Siena parcheggi*¹⁸⁵. Néanmoins, alors que les sociétés à participation publique majoritaire étaient régies par son article 22, c'est l'article 25 de cette loi qui portait sur la catégorie à laquelle appartenait le groupement de communes en cause dans l'arrêt *Teckal*¹⁸⁶. Ce dernier ne jouissait donc pas du statut de société, contrairement à la société ARA concernée dans l'arrêt *BFI Holding*¹⁸⁷, même s'il était doté comme cette dernière de la personnalité juridique. En outre, et contrairement aux sociétés à capital public majoritaire, ce sont uniquement des participations publiques qui le composaient¹⁸⁸. N'impliquant pas une forme sociétale, cette espèce se prêtait plus aisément à la reconnaissance d'une forme de « *relation entre pouvoirs publics* »¹⁸⁹. La composition de l'AGAC constituait par conséquent une aubaine pour le développement des prestations interorganiques.

¹⁸² CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁸³ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc.

¹⁸⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁸⁷ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, préc.

¹⁸⁸ En vertu de l'article 25.1 de la loi n° 142/90 (préc.), ces groupements ne peuvent être formés que par des collectivités locales (« *I comuni e le province, per la gestione associata di uno o piu' servizi, possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 23, in quanto compatibili.* »).

¹⁸⁹ L'expression est en effet employée par Monsieur Amilhat pour décrire les contrats publics qui échappent aux procédures de publicité et de mise en concurrence, mais qui « *restent soumis aux règles générales du droit de la concurrence* » (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 498, note 1524). Il synthétise par cette expression des situations notamment regroupées par le professeur Eckert (ECKERT Gabriel, « Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. Les contrats échappant aux règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA*, 2013, n° 15, pp. 848-852).



137. — Les faits qui étaient présentés devant la Cour étaient plus opportuns au développement d'une dérogation naissante que ceux qui lui avaient antérieurement été présentés. Ils ne furent cependant pas le seul facteur favorable. Plus que l'affaire en elle-même, c'est une reformulation de la question préjudicielle par l'avocat général Cosmas qui a fait de l'affaire *Teckal* un terrain favorable au développement de la dérogation interorganique.

2) Une reformulation de question préjudicielle capitale

138. — La reformulation de la question préjudicielle à laquelle ont successivement procédé l'avocat général et la Cour n'est pas une action inédite¹⁹⁰. Elle a cependant clairement permis aux juges de Luxembourg de se positionner différemment et nécessite donc d'être exposée.

139. — La question préjudicielle posée par le juge national portait sur l'interprétation de l'article 6 de la directive 92/50/CEE¹⁹¹. Elle faisait par conséquent référence à l'article concernant les droits exclusifs, dont le professeur Righi avait tiré une dérogation particulière : les prestations interorganiques¹⁹². Bien qu'ayant axé sa réponse sur ces prestations, la Cour n'a cependant fait quasiment aucune allusion à l'article précité. Cette disposition s'est en effet avérée inapplicable en l'espèce. Les suggestions de l'avocat général ont à ce sujet été capitales. Dès le début de ses conclusions, il a souligné la maladresse de la question préjudicielle et a proposé de la reformuler. Contrairement à ce qu'avancait le juge italien, il s'agissait selon lui de déterminer quelle directive était applicable et, partant, si cette directive s'opposait ou non à l'attribution directe du marché. Ce dernier comprenant des produits et des services, il fallait déterminer s'il entrait dans le champ d'application de la directive 92/50/CEE ou de la directive 93/36/CEE¹⁹³. Pour ce faire, l'avocat général, puis la Cour, ont suivi les dispositions de l'article 2 de la directive 92/50/CEE, qui vise à éviter que deux

¹⁹⁰ Sur la mise en œuvre des reformulations de questions préjudicielles, v. notamment : WATHELET Melchior, *Contentieux européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2014, vol. 1, pp. 434-438.

¹⁹¹ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

¹⁹² RIGHI Lucas, « *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi* », *loc. cit.*

réglementations différentes s'appliquent à un même marché lorsque celui-ci est mixte. Ils ont plus précisément fait application de l'interprétation de cet article telle qu'elle résulte de l'arrêt *Gestión hotelera internacional*¹⁹⁴ et ont recherché quel objet était accessoire¹⁹⁵. Constatant que la valeur des produits incorporés au marché était supérieure à celle des services, ces acteurs ont pu en inférer que le marché était régi par la directive 93/36/CEE et non par la directive 92/50/CEE. C'est ainsi que la Cour pût affirmer que « pour donner une interprétation du droit communautaire utile au juge national, il y a lieu d'interpréter les dispositions de la directive 93/36 et non l'article 6 de la directive 92/50 »¹⁹⁶.

140. — La directive 92/50/CEE¹⁹⁷ écartée, la Cour a pu, dans un premier temps, s'évader des réflexions qui avaient été développées sur son article 6 et faire table rase des considérations nationales développées par les auteurs italiens. Dans un second temps, cette reformulation a permis de situer le problème juridique dans un contexte différent de celui de l'affaire *RI.SAN*.¹⁹⁸ Dans cette dernière affaire comme dans l'affaire *Teckal*¹⁹⁹, la défense arguait de l'incompétence de la Cour. Pour l'AGAC, la question posée par le juge national concernait essentiellement « l'interprétation de dispositions du droit national »²⁰⁰. Certes, l'argument de la commune d'Ischia, en réponse à ceux de la société *RI.SAN*., reposait sur la présence d'une situation purement nationale²⁰¹, mais l'argument est du

¹⁹³ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, préc.

¹⁹⁴ CJCE, 6^{ème} Chambre, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA contre Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria et Gran Casino de Las Palmas SA*, aff. C-331/92, §26 (ECLI:EU:C:1994:155 ; *Rec.*, 1994, p. 1329, *RDI*, 1994, p. 441, note François LLORENS et Philippe TERNEYRE).

¹⁹⁵ Cette solution était encore appliquée sous l'empire des directives adoptées en 2004 (v. notamment : MALINVAUD Philippe (dir.), *Droit de la construction, Édition 2014-1015*, 6^{ème} éd., Dalloz, Coll. Dalloz-Action, 2013, p. 968, pt 410.400) et semble avoir été reprise par la directive portant sur les marchés adoptée en 2014 (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 3.2 ; v. aussi le pt 11 de l'exposé des motifs ; pour une analyse, v. : LINDITCH Florian, « Les marchés mixtes », *CMP*, 2014, n° 6, dossier n° 9, pp. 40-43). L'Ordonnance du 23 juillet 2015 est plus nuancée sur ce point (l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc., article 5.IV).

¹⁹⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §40.

¹⁹⁷ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

¹⁹⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁹⁹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁰⁰ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*, p. 21, pt 32.

²⁰¹ *V. supra*, Section 1, §2, A.1.



même type : il aurait dû aboutir à l'incompétence de la Cour. Dans l'affaire *Teckal*²⁰² cependant, la reformulation a permis d'évacuer cette incompétence potentielle. Si l'existence d'une situation purement nationale pouvait être soulevée dans le cadre de la question préjudicielle initialement posée par le juge italien, la reformulation à laquelle ont procédé l'avocat général puis la Cour mettait clairement en exergue la compétence de cette dernière. Il est d'ailleurs paradoxal, au vu de la position défavorable de l'avocat général Cosmas à l'égard de la quasi-régie, de souligner que c'est la reformulation qu'il a fortement conseillée qui en a permis la consécration.

141. — Il apparaît *a posteriori* que tous ces éléments rendaient impossibles le développement de la dérogation dans les deux premiers cas, tout en la favorisant dans le troisième. Cette dernière affaire se prêtait plus à la consécration d'une notion autonome, applicable à l'ensemble des États membres. L'arrêt *Teckal*²⁰³ suffit ainsi à distinguer les prestations intégrées des notions d'organe indirect ou encore de « *services non spécialisés de l'État* »²⁰⁴, grâce aux modalités que la Cour y a établies. Il semble cependant difficile d'affirmer sans nuances que la Cour a délibérément choisi cette affaire pour créer la dérogation interorganique telle qu'on la connaît aujourd'hui. Le caractère expéditif de cette consécration permet en effet de mettre en doute l'existence d'une telle volonté, de telle sorte qu'il est encore difficile de déterminer si la Cour a volontairement créé cette dérogation ou si elle souhaitait simplement souligner le caractère particulier de l'espèce qui lui était présentée.

B. Une consécration expéditive

142. — Il est désormais acquis que l'existence des prestations intégrées, tant au plan national qu'au plan européen, n'est pas le fait de la Cour. En l'absence de définition claire et précise, c'est toutefois aux juges de Luxembourg qu'est revenue la charge de donner corps à la notion. Ils s'y sont livrés très sommairement. Nul doute que, si l'arrêt *Teckal*²⁰⁵ livre bel et bien une première esquisse de la logique fondamentalement

²⁰² CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ CE, Section, 29 avril 1970, *Sté Unipain contre Ministre des armées*, n° 77935 ; *Rec.*, 1970, p. 280.

²⁰⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

contractuelle des prestations intégrées et leurs modalités d'identification (1), leur concision devait nécessairement entraîner des confusions et des critiques (2).

1) *La définition sommaire de la logique des prestations intégrées*

143. — Dans sa communication du 11 mars 1998²⁰⁶, la Commission avait brièvement décrit les prestations intégrées, insistant sur leur appartenance à la sphère publique et sur la détention par la personne publique de l'organisme « *in house* »²⁰⁷. Dans l'arrêt *Teckal*²⁰⁸, la Cour ne s'est pas démarquée de cette déclaration mais l'a complétée.

144. — De ses propos ressort tout d'abord la logique sous-jacente des prestations interorganiques. Il est en effet possible d'y trouver la raison principale pour laquelle les contrats connus à l'époque dans le paysage communautaire comme des contrats « *in house providing* » n'avaient pas à entrer dans le champ d'application des directives marchés. Fortement inspirée des conclusions de l'avocat général Cosmas, qui faisaient du contrat et de la volonté un critère souverain²⁰⁹, la Cour a fait du contrat un élément déterminant. Sa mise en valeur est remarquable dès lors qu'elle en a fait son point de départ, en commençant par énoncer que « [s]'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes »²¹⁰. En choisissant d'utiliser alternativement les termes contrat et convention, la Cour mettait en exergue le fait que le contrat n'est pas seulement un acte formel entre deux personnes juridiques formellement distinctes, il doit être un acte passé entre deux personnes matériellement distinctes et appartenir à ce qui est juridiquement reconnu comme étant une convention. Il lui fallait néanmoins préciser les frontières de ce champ d'application, raison pour laquelle l'arrêt poursuit en précisant qu'il

« suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière [... II] ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne

²⁰⁶ Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998, (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁰⁹ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., *loc. cit.*, p. I-8137, pt 64.

²¹⁰ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §49.



en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »²¹¹.

145. — Si la quasi-régie permet une exonération des règles de publicité et de concurrence, c'est uniquement parce que le contrat ne revêt un caractère contractuel qu'en apparence²¹². Dès 1999, il était donc possible de constater qu'il

« résulte très nettement de l'arrêt Teckal que, pour qu'il y ait marché, il faut qu'il y ait contrat et, pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il « existe un concours de volontés entre deux personnes différentes » [...]. S'établit donc ainsi une règle de principe : les relations internes à une collectivité publique (et plus largement à tout pouvoir adjudicateur) ne sont pas des marchés publics au sens du droit communautaire. En revanche, dès lors que deux personnes autonomes passent un contrat, celui-ci sera qualifié de marché public (pourvu naturellement que les autres conditions tenant au champ d'application de la notion soient réunies) »²¹³.

Dépourvu de son aspect synallagmatique, le contrat, bien qu'éventuellement conclu, n'appartiendrait pas réellement à la catégorie des conventions. L'absence de l'aspect synallagmatique tiendrait au fait que l'organisme intégré n'aurait pas *de facto* de volonté propre et ne serait une seconde personne juridique distincte qu'en apparence. Pour le démontrer, la Cour a établi une logique « circulaire », en ce sens qu'elle « *fuit* » du contrat vers les parties au contrat, pour revenir ensuite à la relation contractuelle²¹⁴. Il résulte de ce processus que dans le cadre des prestations interorganiques, il est impossible de dissocier l'absence de contrat de l'inexistence d'une seconde volonté, même s'il s'agit bel et bien de deux éléments différents. La Cour a en effet lié absence de contrat et absence de seconde volonté réelle, sans faire de l'absence de personnalité juridique un critère fondamental. C'est ce qui devait permettre aux prestations intégrées de remplir leur

²¹¹ *Ibid.*, §50.

²¹² Le professeur Dreyfus rappelle ainsi qu'en vertu de l'arrêt de 1999 : « *avant d'imposer l'application des directives marchés publics, le juge doit vérifier l'existence d'une convention entre deux personnes distinctes, convention qui fait défaut dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent (pt 50)* » (DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *loc. cit.*, pp. 179-180).

²¹³ ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *loc. cit.*, p. 900.

²¹⁴ PIAZZONI Davide, « *Teckal* contre *Correos* : émergence d'une nouvelle exception jurisprudentielle à la discipline communautaire des marchés publics ? », *RLCT*, 2008, n° 15, pp. 60-64, p. 60.

office. Cette dérogation a justement été créée pour révéler une certaine artificialité, une fiction qui doit pourtant être appréhendée par le droit. La personnalité morale ne doit pas faire défaut car elle distingue les deux personnes juridiques, leur permet de se lier contractuellement et différencie l'organisme intégré des organes internes traditionnels de l'administration. Néanmoins, elle ne constitue pas un indicateur pour la théorie des prestations interorganiques. Elle est inopérante, puisqu'elle ne révèle pas la réalité du lien existant entre ces deux personnes. Ainsi, alors que l'avocat général Cosmas avait assimilé présence d'une personnalité juridique et existence d'une seconde personne réelle²¹⁵, la Cour s'en est écartée en abandonnant la logique personnaliste qui avait jusque là guidé sa jurisprudence²¹⁶.

146. — Lui a été préféré un raisonnement fonctionnel étayé par deux critères. Le premier impose que le pouvoir adjudicateur²¹⁷ « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et le second prescrit que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »²¹⁸. Dans ces conditions s'inscrit la logique circulaire décrite *supra*. Ses deux aspects y sont en effet représentés, la dépendance de l'organisme quasi interne devant démontrer qu'il n'a pas réellement de volonté indépendante de celle du pouvoir adjudicateur. Quant à la réalité de la relation contractuelle les liant, elle est infirmée par le fait que l'organisme ne traite quasiment qu'avec son détenteur. L'exclusivité n'est pas imposée. Toutefois, le terme « essentiel » implique qu'une majeure partie de l'activité exercée par l'organisme le soit au profit de son détenteur. Dans une telle configuration, les décisions du détenteur influencent obligatoirement l'organisme intégré. La situation est telle que cet organisme se trouve lié à son détenteur comme le serait une entreprise face à un fournisseur en situation de monopole. Sachant que cette position s'ajoute à la dépendance organique imposée par le premier critère, elle permet à la Cour de s'assurer que l'organisme interorganique ne peut absolument pas être considéré comme un opérateur classique sur le marché. Il est fonctionnellement et structurellement un prolongement de son détenteur²¹⁹.

²¹⁵ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc), *loc. cit.*, pt 60.

²¹⁶ PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », *loc. cit.*, p. 708. Madame Pilone s'appuie sur les développements du professeur Rolin (ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *loc. cit.*).

²¹⁷ La Cour ne mentionne pas l'expression « pouvoir adjudicateur » mais simplement celle de « collectivité territoriale » (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50). Il ressort cependant des autres points de l'arrêt que ne sont pas concernées que ces collectivités. Tous les pouvoirs adjudicateurs le sont.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *RDUE*, 2002, n° 1, pp. 53-61, p. 56.



L'inapplicabilité des dispositions européennes aux relations qu'il entretient avec son détenteur n'en est que pleinement justifiée. En ce sens, les critères que la Cour a choisis correspondent parfaitement à la démarche fonctionnelle qu'elle souhaitait suivre, consciente du fait que :

« dès lors que le critère de la personnalité juridique ne suffit plus pour qualifier le contrat, puisqu'il existe des personnes morales à ce point sous contrôle qu'elles n'ont plus de volonté véritablement autonome, c'est naturellement le « taux de contrôle » et la fonction du cocontractant du pouvoir adjudicateur qui vont devoir être appréciés »²²⁰.

147. — Malgré l'adéquation de ces critères à l'office qu'ils remplissent, la concision de leur énonciation laissait sans réponse de multiples questions qui se posaient nécessairement au vu de la particularité et de la nouveauté des prestations interorganiques. Ce choix rédactionnel devait forcément s'avérer porteur de confusions.

2) Une concision annonciatrice de confusions

148. — Le choix de la Cour de n'énoncer que très sommairement les grandes lignes de la théorie des prestations interorganiques a été très critiqué car cet énoncé bref a été décrit comme étant préjudiciable à cette dérogation²²¹. Il apparaissait flagrant que la trop grande simplicité de l'arrêt ne pouvait pas rendre ses suites aisées. Cette décision énonçait selon certains auteurs des critères souffrant « d'une évidente imprécision » ne constituant « certainement pas une grille d'analyse automatiquement applicable », ce qui aurait « ouvert la porte à des interprétations multiples qui ont sensiblement compliqué sa mise en œuvre pratique »²²². Les critiques ne provenaient pas seulement de la doctrine. Celles des avocats généraux doivent y être ajoutées, notamment celles émises par l'avocat général Léger lorsqu'il eut affaire, deux ans après le séisme *Teckal*²²³, à une espèce nécessitant le développement de considérations sur les prestations intégrées. Dans ses conclusions sur

²²⁰ ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *AJDA*, 2005, n° 16, pp. 898-901.

²²¹ V. notamment : LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *AJDA*, 2005, n° 17, pp. 927-933 ; PEYRICAL Jean-Marc, « Que reste-t-il du *in house* ? », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 955-958.

²²² PEYRICAL Jean-Marc, *ibid.*, p. 956.

²²³ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

l'arrêt *ARGE*²²⁴, il déplorait « le manque de précision » de ces critères²²⁵. Ainsi expliquait-il que :

« [l']existence d'une entité distincte est aisée à concevoir et à identifier, puisqu'il suffit de constater que l'opérateur économique est constitué sous une forme juridique différente de celle du pouvoir adjudicateur. La mesure du degré d'autonomie dont l'entité dispose, en revanche, n'est pas simple à réaliser. La nature du contrôle exercé par une collectivité sur un organisme juridiquement distinct ou le niveau à partir duquel on est en droit de considérer que celui-ci réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité publique dont elle dépend, en particulier, peuvent susciter de sérieuses hésitations. »²²⁶

Au vu de l'arrêt, il est vrai que plusieurs éléments étaient susceptibles de porter à confusion. Chacun des deux critères nécessitait de multiples précisions, qui ne sont intervenues qu'ultérieurement. Sur quels éléments se fonder pour déterminer que le contrôle était effectif ? Fallait-il prendre en considération les membres des organes dirigeants de l'organisme prétendument interorganique ou simplement la composition de son capital ? À quoi correspondait exactement « l'essentiel » de son activité ? S'agissait-il de la majorité des prestations exercées et comment le mesurer ? Toutes ces questions n'ont obtenu des réponses que plusieurs années après que l'avocat général Léger a rendu ses conclusions.

149. — Malgré les efforts produits par la Cour pour définir en théorie ce qui constitue le cadre des prestations intégrées, l'arrêt rendu sur demande du juge italien et de l'entreprise Teckal Srl manquait cruellement d'indications quant à sa mise en œuvre. Ceci réduisit considérablement son aspect clarificateur car seuls deux éléments pouvaient être appréciés sans précision supplémentaire. Le premier est que l'organisme prétendument intégré doit être une personne juridique distincte. Le second est que les critères devant permettre de reconnaître des prestations interorganiques sont cumulatifs²²⁷. Malgré le statut capital de cette information, elle était insuffisante pour procurer à tous les praticiens une garantie suffisante de sécurité juridique. L'arrêt

²²⁴ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, préc.

²²⁵ Concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 (*ibid.*), présentées le 15 juin 2000, ECLI:EU:C:2000:330 (BJCP, 2001, n° 15, pp. 121-131), pt 55.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ « La Cour de justice insiste sur leur addition : en les annonçant, elle commence par dire qu'ils doivent se trouver à la fois dans l'hypothèse envisagée ; en les énonçant, elle prend soin de redire qu'il faut l'un et l'autre » (DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *loc. cit.*, p. 55).



*Teckal*²²⁸ permettait bien de déduire l'idée cardinale des prestations interorganiques, qui constituent une théorie permettant de nier l'autonomie d'une personne juridique apparemment distincte d'un pouvoir adjudicateur pour en tirer des conséquences en matière d'application du droit dérivé de la passation des contrats publics. Il devait à l'inverse être beaucoup plus ardu de déterminer dans quelle mesure telle société ou, plus largement, tel organisme, entrait dans son champ d'application. La consécration jurisprudentielle des prestations quasi internes, réelle en théorie, devait donc être nuancée en pratique. La critique se devant d'être objective, il faut reconnaître qu'en suivant une telle démarche, la Cour a sûrement souhaité laisser « *une part importante à la libre appréciation du juge* »²²⁹. Voilà pourquoi elle a refusé, contrairement à ce que proposait l'avocat général Cosmas, de se prononcer sur le cas qui lui était présenté et a laissé une marge de manœuvre au juge national. En ne répondant pas directement au juge italien sur l'applicabilité ou l'inapplicabilité de la directive en l'espèce, mais en se contentant d'un énoncé général²³⁰, la Cour a pleinement fait jouer le rôle interprétatif qui lui incombe. Malheureusement, la dérogation dite « *in house* » étant une notion européenne autonome, de plus amples informations auraient été nécessaires.

150. — Outre ses défauts sur le plan de la mise en œuvre, la concision de l'arrêt *Teckal*²³¹ a joué en défaveur de l'applicabilité des prestations interorganiques dans la jurisprudence communautaire. Souhaitant éviter la mise en œuvre trop fréquente de cette dérogation, la Cour a utilisé cette concision pour laisser persister des incertitudes allant à l'encontre de son développement. Il en a découlé, au début du XXI^e siècle, une jurisprudence apparemment réticente aux prestations interorganiques.

²²⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²²⁹ PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », *loc. cit.*, p. 703.

²³⁰ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §51.

²³¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

§2. La minimisation de la consécration de la quasi-régie par les juges

151. — Un an à peine après l'arrêt *Teckal*²³², la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Telaustria*²³³, qui a considérablement marqué les modalités de passation des contrats publics. L'arrêt *Telaustria* ne concernait que les concessions mais il devait à terme fonder la soumission de l'ensemble des contrats publics à des exigences minimales de transparence. Dans cette lignée toujours plus encline à favoriser la concurrence saine, la Cour a semblé freiner le développement de la quasi-régie.

152. — C'est cette attitude qu'il s'agira ici d'examiner, puisqu'elle semble pouvoir être identifiée comme une véritable politique jurisprudentielle restrictive qui peut désormais être temporellement délimitée **(A)**. Cette politique fut par ailleurs remarquée et dénoncée par la doctrine française, qui fut encline à surestimer ses conséquences sur la pérennité de la notion **(B)**.

A. La politique jurisprudentielle restrictive de la Cour de justice jusqu'en 2006

153. — Ce qui semble pouvoir être identifié comme une politique jurisprudentielle restrictive se divise en réalité en deux périodes distinctes. La première se caractérise par un mutisme presque total de la Cour au sujet de la notion, qui a entraîné des incertitudes quant à la mise en œuvre de la dérogation interorganique dans sa version extensive. L'arrêt *Teckal*²³⁴ était si concis qu'il ne permettait pas de déterminer avec certitude le sort des entités faisant l'objet d'un contrôle conjoint par plusieurs détenteurs. Ces incertitudes se sont maintenues jusqu'en 2006, alors que la dérogation interorganique semblait précisément avoir été créée pour s'appliquer à ce type de situation **(1)**.

154. — La seconde, qui peut désormais être considérée comme une charnière, a au contraire été marquée par plusieurs arrêts, parmi lesquels des positions restrictives ont été adoptées, accentuant le pessimisme des observateurs. Il convient de les identifier **(2)** afin de pouvoir ensuite les qualifier et expliquer dans quelle mesure elles correspondent, cumulativement avec le maintien des incertitudes concernant les organismes co-détenus, à ce qui peut être décrit comme une véritable politique jurisprudentielle **(3)**.

²³² *Ibid.*

²³³ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

²³⁴ *Ibid.*



1) *Le maintien des incertitudes quant au champ d'application de la dérogation*

155. — Les organismes détenus par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, que l'on pourrait également nommer organismes « à détenteurs multiples » ou « co-détenus », regroupent plusieurs modes d'intervention particuliers. Entreraient en effet dans cette catégorie une société dont le capital serait composé de plus d'un actionnaire, ainsi qu'un groupement d'achat qui aurait pour habitude de fournir plus d'un pouvoir adjudicateur. En outre, appartiennent également à ces organismes détenus par plusieurs pouvoirs adjudicateurs l'ensemble des formes intercommunales, c'est-à-dire toutes les structures issues d'une « *politique de regroupement tendant à organiser et à rationaliser, entre deux ou plusieurs communes voisines, sous des formes diverses, leur développement, leur aménagement, des services collectifs* » ainsi que le « *réseau de relations qui en résulte* »²³⁵. En résumé, serait intercommunal tout organisme « *commun à deux ou plusieurs communes, [qui] en dépend, les dessert, les regroupe* »²³⁶. Toutes ces structures à détenteurs multiples soulèvent plusieurs problématiques, notamment celle de la provenance publique ou privée des fonds. Seul le fait qu'elles soient détenues par plusieurs pouvoirs adjudicateurs sera néanmoins abordé dans les développements qui vont suivre car la question de leur compatibilité avec les prestations quasi internes est restée en suspens pendant plusieurs années.

156. — La position de ces organisations eu égard aux prestations interorganiques aurait pu être traitée et fixée dès l'arrêt *Teckal*²³⁷. Il semble toutefois que, comme pour les critères de la dérogation, la Cour ait préféré la concision aux précisions qui auraient été nécessaires pour que le champ d'application de la quasi-régie soit définitivement délimité. Les caractéristiques de l'AGAC, rappelées par l'avocat général Cosmas dans ses conclusions, l'auraient permis. Ce groupement avait pour mission de fournir des combustibles ainsi que diverses prestations de services aux quarante-cinq communes qui en étaient membres²³⁸. Il était doté de la personnalité juridique et possédait une certaine « *autonomie de gestion* »²³⁹ mais n'avait pas reçu la qualification de société. L'avocat général

²³⁵ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. PUF, Coll. Quadrige. Dicos Poche, 2013, définition de l'intercommunalité.

²³⁶ *Ibid.*, définition de l'adjectif intercommunal.

²³⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²³⁸ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., *loc. cit.*, pt 45.

²³⁹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §12.

Cosmas avait d'ailleurs interprété ces éléments comme une forme d'intercommunalité. Il a même émis une opinion quant à leur éventuelle compatibilité avec les prestations interorganiques. Il s'est plus précisément prononcé pour l'incompatibilité, en estimant

« improbable que, dans le cas de l'AGAC, qui est un groupement créé par 45 communes de Reggio Emilia et est une personne juridique distincte, on puisse soutenir que la commune de Viano exerce sur le groupement un contrôle analogue à celui qu'exerce une entité sur un organe interne »²⁴⁰.

Selon lui, la quasi-régie ne pouvait pas bénéficier à un organisme détenu par plus d'un pouvoir adjudicateur. Contrairement à ce que de telles conclusions promettaient, la Cour n'a pas donné à ces structures une place importante dans l'arrêt du 18 novembre 1999²⁴¹. Une lecture attentive permet cependant d'y entrevoir quelques indications donnant une réponse, furtive mais positive, quant à sa compatibilité avec la quasi-régie. Les juges de Luxembourg ont par deux fois concédé qu'était concerné un « *groupement constitué par plusieurs communes* »²⁴². S'il ne s'agissait là que d'un rappel de la forme de l'organisme en cause, l'élément suivant est incontestable. Alors qu'elle énonçait le second critère, la Cour a fait allusion à l'éventuelle détention de l'organisme quasi interne par plusieurs communes, affirmant que tout organisme prétendant à cette qualification devait réaliser « *l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »²⁴³. Cette formulation inclut sans aucun doute les formes de détention par de multiples pouvoirs adjudicateurs dans les situations pouvant éventuellement bénéficier de la dérogation.

157. — Plusieurs auteurs ont noté cette insertion furtive de l'intercommunalité en tant qu'éventuelle structure intégrée²⁴⁴ mais cela ne faisait pas l'objet d'une unanimité doctrinale. Ainsi, pour Monsieur Millett²⁴⁵, la décision de la Cour de rendre compatibles

²⁴⁰ Concl. Georges COSMAS sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*, §61.

²⁴¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁴² *Ibid.*, §11 et 12.

²⁴³ *Ibid.*, §50.

²⁴⁴ Ces remarques ont cependant été formulées après la reconnaissance effective de cette possibilité. Le professeur Caranta a ainsi décrit cet arrêt comme « *surgeant d'une forme de co-opération intercommunale* » (CARANTA Roberto, « *Jurisprudence Telaustria et contrats in house* », *Droit administratif*, 2009, n° 2, pp. 19-22, p. 19). V. aussi : FENOYL (De) Éric, « *Contrats « in house » : état des lieux après l'arrêt ASEMFO* », *loc. cit.*, p. 1762.

²⁴⁵ MILLETT Timothy, « *Le « in house » a-t-il les faveurs communautaires?* », *ACCP*, 2010, n° 95, pp. 70-73, p. 71.



intercommunalité et quasi-régie n'a été prise qu'en 2008 avec l'arrêt *Coditel Brabant SA*²⁴⁶. Une telle position semblait logique car les organismes co-détenus ne semblaient pas correspondre aux critères de l'arrêt *Teckal*²⁴⁷. Il semblait en effet compliqué de considérer que, lorsque l'organisme prétendument intégré est possédé par plusieurs détenteurs, chacun d'entre eux exerce sur lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Une telle interprétation est d'ailleurs longtemps restée improbable au vu de la jurisprudence de la Cour. Pendant plusieurs années, aucun arrêt n'évoqua ni les formes intercommunales ni, plus largement, les organismes détenus par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Aucun avocat général n'eut l'occasion de contredire ou de confirmer les propos de l'avocat général Cosmas quant à leur statut, qui resta donc incertain malgré leur importance croissante sur le terrain²⁴⁸. Il fallut attendre les arrêts *Carbotermo*²⁴⁹, puis *Coditel Brabant SA* et *Asemfo*²⁵⁰, pour éclairer les observateurs sur leur sort. Cette attente n'est qu'un témoignage de l'extrême rigueur avec laquelle la Cour a traité les prestations intégrées pendant six ans.

2) Une jurisprudence restrictive identifiable

158. — Dans un premier temps courant de 1999 à 2004, la Cour a été avare en précisions. Dans l'arrêt *ARGE*²⁵¹, elle a juste repris brièvement ce qu'elle avait énoncé, venant seulement « confirmer »²⁵² les critères fixés un an auparavant. L'avocat général Léger avait pourtant souligné la nécessité d'expliquer des termes qui apparaissaient

²⁴⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc. Cette présentation semble en outre être encore partagée par certains auteurs. Le bilan dressé par le professeur Hoepffner dans sa présentation des directives en atteste. Elle y présente l'évolution de la jurisprudence concernant la quasi-régie de la façon suivante : « Dans un premier temps, la Cour retenait une conception restrictive : l'existence du contrôle était appréciée au regard du seul pouvoir adjudicateur qui contractait avec l'organisme prestataire. Si l'organisme était détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs dont aucun ne possédait le pouvoir statutaire d'imposer ses décisions, le in house était exclu. Puis, dans un deuxième temps, la Cour a admis que le contrôle pouvait être exercé conjointement par l'ensemble des membres de l'organisme prestataire. » (HOEPFFNER Hélène, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation », *loc. cit.*, pt 23).

²⁴⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁴⁸ En France par exemple, la Cour des comptes relevait en 2005 que cette croissance fut telle qu'il « en résulte aujourd'hui l'existence d'un véritable deuxième niveau d'administration locale, de nature intercommunale » (Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés, La Documentation française, 2005, p. 6).

²⁴⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.

²⁵⁰ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

encore trop vagues pour que les juridictions des États membres puissent les appliquer sereinement²⁵³. Le refus de la Cour de profiter d'une telle opportunité de préciser les critères interorganiques s'est produit une seconde fois, dans l'affaire *Arkkitehtuuritoimisto*²⁵⁴. Cette fois-ci, ni l'avocat général, ni les parties n'ont poussé la Cour à examiner l'existence de prestations interorganiques. Pourtant, la première question préjudicielle qui lui était soumise aurait permis d'espérer que le sujet soit au moins mentionné²⁵⁵; ne serait-ce que pour rappeler au Tribunal national d'envisager cette option. Une telle précision aurait tranché une fois pour toutes en faveur de l'universalité de la quasi-régie. Bien au contraire, la Cour n'a émis aucune remarque concernant les prestations quasi internes, manifestation silencieuse de sa réticence à utiliser cette notion. Aucun autre arrêt n'a abordé ni mentionné la dérogation au cours de cette période, ce qui a empêché la survenance de précisions quant à son application.

159. — Les années 2005 et 2006 constituèrent une deuxième période, qui devait déboucher sur un dénouement favorable à la quasi-régie. Néanmoins, certains des arrêts qui furent rendus au cours de ces années ont provoqué de vrais bouleversements, en dessinant une vision de plus en plus radicale de la quasi-régie. C'est pourquoi cette période, même si elle apportait enfin son lot de renseignements, n'a pas été saluée par les observateurs. Le plus important de ces changements fut opéré par l'arrêt *Stadt Halle*²⁵⁶, qui sortit justement la Cour de son quasi mutisme, le 11 janvier 2005. Il était aisé, au vu

²⁵¹ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, préc.

²⁵² SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, op. cit., p. 20, note 40.

²⁵³ Concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 (préc.), loc. cit., pt 55.

²⁵⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtuuritoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy*, aff. C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 ; *Rec.*, 2003, p. I-5321 ; *AJDA*, 2004, n° 10, p. 526, note Michaël KARPENSCHIF ; *AJDA*, 2003, n° 29, p. 1558, note Thomas GLIOZZO ; *RJEP*, 2004, n° 611, p. 313, chron. Florence MALVASIO ; *Revue Lamy droit des aff.*, 2003, n° 63, p. 56, note Claire DEMUNCK ; *Revue Europe*, 2003, n° 7, p. 17, comm. n° 247, note Dominique RITLÉNG ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée* générale, 2003, n° 78, note André-Paul WEBER.

²⁵⁵ « Une société anonyme, qui est la propriété d'une municipalité et dans laquelle celle-ci détient le pouvoir de direction, peut-elle être considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50/CEE [...], dès lors que cette société acquiert des services de planification et de construction dans le but de construire des locaux destinés à être loués à des entreprises ? » (*ibid.*, §14).

²⁵⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.



de cet arrêt, d'affirmer qu'elle annonçait l'extinction prématurée de la dérogation²⁵⁷. La Cour y a déclarées incompatibles la qualification de prestataires quasi internes et un mode d'intervention particulier – l'économie mixte – en interprétant de façon restrictive le critère du contrôle analogue. Alors que n'avait toujours pas été précisé le statut de l'intercommunalité, l'exclusion d'un nouveau mode d'intervention fut interprétée comme laissant entrevoir une incompatibilité franche entre cette dernière et la quasi-régie²⁵⁸.

160. — Deux jours après ce séisme, la Cour a adouci la tendance en reconnaissant, à la suite d'un litige opposant la Commission au Royaume d'Espagne, que certains accords sont recouverts par la dérogation quasi interne et en rappelant que cette dernière constitue la seule échappatoire possible²⁵⁹. Est ensuite intervenu l'arrêt *Coname*²⁶⁰, par lequel elle a admis l'extension des prestations intégrées aux concessions. L'inverse aurait mis fin aux prétentions d'universalité de la notion. Ceci semble d'ailleurs aujourd'hui improbable mais lorsque l'arrêt a été rendu ce n'était pas exclu. La Cour avait jusque là semblé mener une interprétation tellement restrictive des critères interorganiques que les observateurs n'ont pu apercevoir les signes annonciateurs d'un inversement de tendance ; d'autant plus que la même année, la Cour a sanctionné une société à capital public transformée en société anonyme dans l'arrêt *Parking Brixen*²⁶¹. Enfin, à la suite d'un désaccord entre la Commission et l'Autriche²⁶², elle condamna toute pratique visant à profiter indûment des prestations quasi internes. Preuve supplémentaire du fait que les

²⁵⁷ V. notamment : KOTSCHY Bettina, « Les derniers arrêts sur l'exemption *in house* : coup de grâce ou limitation des excès ? », *RDUE*, 2005, n° 4, pp. 845-853 ; GRANJON Romain, « Collectivités locales : le contrat « *in house* » dans un corset étroit », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2006, n° 5332, pp. 102-103 ; CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *ACCP*, 2005, n° 42, pp. 45-48 ; CHARREL Nicolas, « Les sociétés d'économie mixte exclues du dispositif *in house* », *Le Moniteur*, 2005, n° 5283, pp. 76-78 ; ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *loc. cit.*

²⁵⁸ « *Comme si elle craignait d'avoir ouvert la boîte de Pandore, la Cour a tué cet espoir dans l'œuf en tirant des critères déjà très stricts du *in house* une conséquence qu'ils n'impliquaient pas d'évidence : à savoir, l'impossibilité de considérer comme des structures de gestion « interne » des entités détenues, fût-ce pour une part minime, par une entreprise privée [...], voire même des entités dont le capital pourrait simplement être ouvert à des actionnaires privés une fois le contrat conclu* » (LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Où en est-on du *in house* ? », *CMP*, 2005, n° 5, Repère n° 5, pp. 1-1).

²⁵⁹ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, préc.

²⁶⁰ CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, préc.

²⁶¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.

²⁶² CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, aff. C-29/04, préc.

impressions négatives avaient pris le dessus dans la doctrine, l'arrêt *ANAV*²⁶³ fut considéré comme la « première application positive de la jurisprudence *Teckal* »²⁶⁴. Cet arrêt a bien démenti l'incompatibilité entre les qualifications de société anonyme et celle de prestataire intégré mais il serait injuste de considérer qu'il était le premier à sourire à la notion de quasi-régie. Il constituait toutefois une solution rassurante quant à l'effectivité du champ d'application de la notion. L'arrêt *Carbotermo*²⁶⁵, rendu un mois après, assouplissait expressément l'interprétation et annonçait la compatibilité entre les formes intercommunales et les prestations interorganiques. Il a depuis été confirmé par les arrêts *Asemfo*²⁶⁶ et *Coditel Brabant SA*²⁶⁷.

161. — Depuis cette période brève, il ne semble pas que ce phénomène groupé de décisions de justice portant sur la restriction des prestations intégrées se soit reproduit. Les assouplissements et précisions tant attendus ont été apportés et, même si les critères énoncés peuvent être critiqués, il semble désormais difficile de considérer qu'émane de la jurisprudence de la Cour une réticence profonde à l'égard de la dérogation. Le « resserrement »²⁶⁸ opéré par l'arrêt *Econord*²⁶⁹ ne peut en effet pas réellement être appréhendé comme une politique jurisprudentielle restrictive. Il constitue plutôt un ajustement du contrôle conjoint. La présence d'un contrôle conjoint ne semble en effet envisageable que si les co-détenteurs disposent de pouvoirs au sein des opérateurs dédiés concernés, de telle sorte que ce verdict semblait naturellement découler de l'existence de la logique interorganique. De même, le refus de reconnaître des prestations intégrées lorsque sont en cause des associations caritatives impliquant des participations privées²⁷⁰ peut être rattaché à l'interdiction des participations privées au sein des prestataires interorganiques, décidée dès 2005 dans l'arrêt *Stadt Halle*²⁷¹. Enfin, le refus de la Cour de

²⁶³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc.

²⁶⁴ MARAIS (du) Bertrand, « « In house » : Première application positive de la jurisprudence *Teckal* (ANAV) », *Concurrences (Thomson)*, 2005, n° 3, pp. 163-164.

²⁶⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.

²⁶⁶ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

²⁶⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

²⁶⁸ DREYFUS « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *loc. cit.*

²⁶⁹ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

²⁷⁰ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« SUCH »), aff. C-574/12, préc.

²⁷¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.



reconnaître l'éventualité de ce qui est souvent nommé « *in house* ascendant »²⁷² ou « inversé »²⁷³, consistant à permettre aux entités interorganiques de confier des contrats à leurs détenteurs ou à d'autres prestataires intégrés de leurs détenteurs²⁷⁴, n'est pas un resserrement puisque les formulations de ses arrêts précédents ne semblaient pas véritablement le permettre²⁷⁵.

162. — Il ne semble donc pas que se soit enclenché un nouveau mouvement rigoureux, d'autant plus que les directives de 2014 semblent susceptibles de susciter un assouplissement de ces conditions. C'est pour cette raison qu'il est possible de délimiter temporellement l'existence d'une véritable politique jurisprudentielle, jusqu'en 2006.

3) Une démarche pouvant être qualifiée de politique jurisprudentielle

163. — Cette qualification ne constitue pas une accusation formulée à l'égard de la Cour : il ne s'agit pas de nier sa qualité d'institution juridictionnelle de contrôle et non politique au sein de l'Union européenne²⁷⁶ ou encore de dénoncer une jurisprudence politique. Seule une politique jurisprudentielle semble pouvoir être identifiée. Monsieur Ricou rappelle en effet que la jurisprudence politique correspond aux interactions entre les juges et la politique et peut être entendue comme étant « *l'emprise* » des premiers sur la seconde²⁷⁷. Une telle jurisprudence peut notamment être reconnue lorsque le juge « *interprète un texte dans une direction foncièrement différente de celle que semblait lui avoir donnée son*

²⁷² V. notamment : BRACONNIER Stéphane, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 832-840, p. 834 ; BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 850.

²⁷³ V. notamment : BRACONNIER Stéphane, *ibid.* p. 834.

²⁷⁴ CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informationssystem GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13, préc.

²⁷⁵ Les directives ont par ailleurs clairement pris le contre-pied de la Cour en la matière mais uniquement concernant les entités faisant l'objet d'un contrôle analogue (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1).

²⁷⁶ La qualification d'institution juridictionnelle de contrôle non politique est en effet la classification qui lui est traditionnellement réservée (v. notamment : CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne*, 10^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014, p. 179).

²⁷⁷ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, *op. cit.*, pp. 3-4.

auteur »²⁷⁸. Au contraire, la politique jurisprudentielle vise plutôt une ligne de conduite qui peut légitimement se dessiner dès lors que, dans le cadre normatif qui s'impose à lui, le juge doit nécessairement opérer des choix interprétatifs²⁷⁹. Si elle est forcément un « *un parti pris* » visant à « *imposer une voie* », elle ne l'est que dans un cadre défini²⁸⁰. Elle peut en conséquence être reconnue par deux caractéristiques : elle est un choix qui répond à un besoin²⁸¹. Or, il est précisément possible de distinguer des choix convergents opérés par la Cour pendant les premières années de la quasi-régie : celui de ne préciser que très tardivement le traitement à opérer en matière d'organismes codétenus et, surtout, celui de restreindre de façon drastique son champ d'application. Il en résulte que semble pouvoir être identifiée une politique jurisprudentielle particulière, qui par ailleurs a fait l'objet d'une véritable réception doctrinale²⁸².

164. — Les besoins qu'elle tendait à satisfaire, lesquels répondent en réalité aux intentions des juges, semblent cependant difficiles à exposer de manière tranchée. Il est en effet « *périlleux d'aspirer à l'esprit du juge, puisque l'intention de ce dernier n'est pas forcément celle qu'il révèle* »²⁸³. Certains motifs peuvent bien sûr être avancés. Il pourrait notamment être considéré que la Cour, face à une dérogation créée par elle de toutes pièces, a choisi la voie de la prudence, dans l'attente d'une éventuelle consécration par le Parlement européen et le Conseil. Voyant que de sa jurisprudence se dégagait en pratique une véritable dérogation – les acteurs juridiques, notamment ceux de l'économie mixte, s'étant saisis assez rapidement dans la mesure où l'arrêt *Teckal*²⁸⁴ n'interdisait pas sa combinaison avec les capitaux privés²⁸⁵ –, la Cour a pu décider de durcir sa position, surtout après avoir constaté que les directives de 2004 n'y avaient pas consacré un seul mot. Une fois cet encadrement posé, elle pouvait par conséquent se focaliser sur la précision et la définition de ce qui peut constituer un contrôle conjoint par plusieurs

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 4. Cet auteur rappelle ainsi que ce qui peut être étudié comme une jurisprudence politique a déjà fait l'objet des travaux de doctorat du professeur Loschak, plus précisément centrés autour des juridictions administratives françaises (*ibid.* ; v. aussi : LOSCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Coll. BDP, T. 107, 1972).

²⁷⁹ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, *op. cit.*, pp. 5-9.

²⁸⁰ CANIVET Guy et MOLFESSIS Nicolas, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, la création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, travaux, 2007, pp. 79-97, p. 80, pt 2.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² V. *infra*, C.

²⁸³ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁸⁵ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*



pouvoirs adjudicateurs et le respect du critère de l'activité essentielle dans cette hypothèse. L'arrêt *Mödling*²⁸⁶, qui concernait une utilisation frauduleuse de la quasi-régie et sera en ce sens étudiée *infra*²⁸⁷, semble également avoir participé à ce changement de position.

165. — La politique jurisprudentielle restrictive, probablement motivée par une certaine prudence, que la Cour a déroulée au cours des sept années qui précédèrent cet arrêt, a néanmoins eu un impact non négligeable sur la cohérence de l'application des prestations interorganiques : connaissant un développement désordonné sous l'impact de l'arrêt *Teckal*²⁸⁸, celles-ci ont ensuite été fortement freinées par l'arrêt *Stadt Halle*²⁸⁹. Cette politique jurisprudentielle apparut en conséquence comme unanimement défavorable à cette dernière, à un point tel que ses conséquences furent parfois surestimées.

B. La surestimation des conséquences de cette politique jurisprudentielle

166. — La création d'une dérogation supplémentaire aux règles du droit dérivé concernant la passation des contrats publics a créé un assouplissement de l'étau concurrentiel encadrant les pouvoirs adjudicateurs des États de l'Union européenne. Pourtant, un bilan pessimiste s'imposa rapidement parmi les observateurs au vu des incertitudes engendrées par la jurisprudence de la Cour au début des années 2000. Plusieurs auteurs français déplorèrent cette démarche. Ils accusèrent la Cour d'attenter à la pérennité de la dérogation, puis firent de même avec les juges administratifs français, lorsqu'ils crurent repérer dans leurs arrêts une démarche similaire **(1)**. La lecture de leurs arrêts démontre néanmoins que, si ces accusations pouvaient se justifier concernant la Cour, les reproduire à l'encontre des juges administratifs français était injuste. Les arrêts que ces derniers rendirent au sujet de la notion de quasi-régie entre 1999 et 2006 le démontrent **(2)**.

²⁸⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

²⁸⁷ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

²⁸⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

²⁸⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

1) *Les reproches doctrinaux formulés à l'encontre des juges européens et français*

167. — L'attitude de la Cour est apparue tellement négative à l'égard des prestations intégrées, que ses juges ont été suspectés de mener une croisade à l'encontre de la dérogation interorganique, au point d'en provoquer la « déconstruction »²⁹⁰ selon certains auteurs français. L'année 2005 fut marquée par le sceau de la suspicion des différents observateurs. Il fut notamment relevé que se succédèrent une « série de décisions restrictives » et « crispées »²⁹¹. Ainsi, au sujet de l'arrêt *Parking Brixen*²⁹², au sein duquel la Cour avait refusé le statut de prestataire intégré à une société qui avait selon elle acquis une vocation de marché, Madame Dreifuss se demanda « si l'exception « in house » réduite à une peau de chagrin n'en viendra pas à disparaître à court terme, sinon en théorie, du moins en pratique »²⁹³. Au sujet de la même affaire, le professeur Eckert releva ainsi que :

« [c]ette solution confirme bien que la notion de contrat « in house » se réduit comme une peau de chagrin. Ignorée par les directives communautaires, elle continue à agiter la jurisprudence – et plus encore la doctrine – pour un résultat toujours plus maigre. Cela reflète le puissant mouvement d'évolution du droit vers la généralisation de l'obligation de mise en concurrence dans les relations que les autorités publiques entretiennent »²⁹⁴.

168. — Même les avocats généraux relevèrent la propension de la Cour à choisir systématiquement, et de façon inédite, l'option la plus restrictive. L'avocat général Kokott releva ainsi qu'en imposant que la participation d'une personne privée au capital de l'entité à l'étude l'exclut d'office de la catégorie des prestataires intégrés, « la jurisprudence établit, avec le critère du contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, une condition plus stricte que, par exemple en droit de la concurrence »²⁹⁵. Toutes ces accusations connurent leur apogée en 2005, alors que le panorama des arrêts rendus par la Cour ne présentait aucune nuance : chacun allait apparemment dans un sens plus restrictif que le

²⁹⁰ La notion est citée par Maître Lecuyer Thieffry et Maître Thieffry (LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, pp. 930-933).

²⁹¹ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *JCP A*, 2006, n° 23, pp. 753-759, comm. n° 1125, respectivement p. 755 et p. 759.

²⁹² CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.

²⁹³ DREIFUSS Muriel, « Un nouveau pas vers une interprétation restrictive de la théorie du contrat « *in house* » », *JCP A*, 2005, n° 47, pp. 1712-1714.

²⁹⁴ ECKERT Gabriel, « La CJCE restreint le champ d'application des contrats « *in house* » », *CMP*, 2005, n° 12, pp. 28-30, comm. n° 306.

²⁹⁵ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 (préc.), *loc. cit.*, pt 52.



précédent. Maître Lecuyer-Thieffry et Maître Thieffry reprochèrent même à la Cour de mener une déconstruction des prestations intégrées²⁹⁶. Le terme n'est pas utilisé ici au sens philosophique, qui fait allusion à un « *processus par lequel un ensemble construit, structuré, et notamment un ensemble abstrait, est détaillé en ses composants à des fins critiques* »²⁹⁷. Il est au contraire utilisé au sens courant. L'article de ces auteurs tend ainsi à démontrer que la Cour, profitant du statut encore émergent de la notion, aurait utilisé cette situation pour revenir, arrêt après arrêt, sur les quelques étapes qui avaient été parcourues jusque là.

169. — Les auteurs n'ont pas seulement critiqué ce qui se produisait au niveau communautaire. Ils ont également alimenté leur raisonnement d'analyses nationales. Selon eux, la jurisprudence de la Cour aurait provoqué une vague de jurisprudence restrictive à l'encontre des prestations intégrées en France²⁹⁸. Certes, le Conseil d'État n'avait pas censuré l'alinéa premier du troisième article du Code des marchés publics de 2001, qui reproduisait quasiment à l'identique les conditions énoncées par la Cour²⁹⁹. Plus encore, il avait rejeté différents griefs à son encontre dans les arrêts *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*³⁰⁰ et *Ordre des avocats au barreau de Paris*³⁰¹. Pourtant, les premières décisions des juges administratifs rendues au sujet de la notion alimentèrent les soupçons de déconstruction car elles apparurent trop restrictives. Ce qui fut appréhendé comme une démarche globale des juridictions administratives fut déploré, tout comme sa parente communautaire. Elle le fut d'autant plus qu'elle

²⁹⁶ LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, pp. 927-933.

²⁹⁷ Définition de la déconstruction par *Le petit Larousse illustré* (JACQUES Florent et JEUGE-MAYNART Isabelle, *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010, p. 291).

²⁹⁸ LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, p. 929.

²⁹⁹ Cet article excluait en effet de son application les « *contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code* ».

³⁰⁰ CE, Ass., 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)*, n° 233372 ; *Rec.*, 2003, p. 107 ; *AJDA*, 2003, n° 14, p. 722, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS ; *BJCP*, 2003, n° 28, p. 209, concl. Denis PIVETEAU ; *JCP A*, 2003, n° 14, p. 424, comm. Florian LINDITCH, concl. Denis PIVETEAU ; *Rec. Dalloz*, 2003, p. 851, note Jean-David DREYFUS ; *RDI*, 2003, p. 269, note Michel DEGOFFE et Jean-David DREYFUS ; *Revue Lamy droit des aff.*, n° 59, p. 5, note Nil SYMCHOWICZ.

³⁰¹ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris contre Premier ministre*, n° 238039 ; *Juris-Data* n° 2003-064978 ; *Rec.*, 2003, p. 89 ; *BJCP*, 2003, n° 28, p. 209, concl. Denis PIVETEAU ; *CMP*, 2003, n° 4, p. 20, comm. n° 68, par Philippe DELELIS (avec les concl., p. 4, chron. 4) ; *JCP A*, 2003, n° 13, p. 890, comm. n° 1285, note Florian LINDITCH ; *JCP A*, 2003, n° 14, p. 427, comm. n° 1322, avec les concl. ; *RDI*, 2003, p. 269, note Michel DEGOFFE et Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, 2003, n° 4, p. 14, comm. n° 130 ; *Revue Lamy droit des aff.*, n° 59, p. 5, note Nil SYMCHOWICZ.

apparaissait comme appliquée avec encore plus de sévérité que celle de la Cour de justice³⁰². Les conséquences de ce qui était alors appréhendé comme une double démarche restrictive sur l'applicabilité réelle de la quasi-régie en France ont été décrites comme colossales. La dérogation semblait, « *sous le coup de la jurisprudence croisée du Conseil d'État et de la Cour de justice des Communautés européennes, réduite à sa plus simple expression.* »³⁰³

170. — Cette suspicion de déconstruction, élaborée en 2006, devait presque aussitôt devenir caduque au niveau européen, au vu du rééquilibrage de la jurisprudence de la Cour depuis 2006. Même si sa démarche a auparavant sérieusement limité la compréhension de la notion, il est désormais clair que la Cour n'en a pas souhaité la déconstruction, mais que cette tendance restrictive visait à lui fournir des bases solides. En s'accordant quelques années de réflexion, la Cour a pu observer divers cas, créer des précédents et déterminer des conditions capitales. Si ces mêmes conditions peuvent encore être critiquées, le recul pris par la Cour doit être salué. Il lui a permis « *au fil de plusieurs décisions pragmatiques, [de conférer] à la notion de prestations intégrées, une double densité, institutionnelle et partenariale, qui, aujourd'hui, consacre son homogénéité* »³⁰⁴.

171. — Concernant la jurisprudence française, les propos de Maître Thieffry et de Maître Lecuyer-Thieffry³⁰⁵ permettaient de s'attendre à une situation catastrophique. Pourtant, l'intégration de la notion au droit interne s'est produite très rapidement. Elle remonte en effet à l'année 2001, au cours de laquelle la quasi-régie fut inscrite au troisième alinéa de l'article 3 du Code des marchés publics. De plus, la lecture des décisions des juridictions administratives qui furent rendues à son sujet ne témoigne pas d'une rigueur telle que celle annoncée à l'appui de la théorie de la déconstruction. Elle permet même d'en douter. Il en résulte que les accusations proférées à l'encontre des juridictions administratives, qui auraient prétendument maintenu volontairement les prestations intégrées dans leur forme la plus étroite, semblent injustifiées.

³⁰² « *La jurisprudence interne ne s'autorise qu'une appréciation très stricte de la notion de prestations interorganiques, probablement en deçà de ce qu'autoriserait une interprétation conforme aux traditions du droit communautaire qui devrait prévaloir malgré la tendance, aussi particulièrement restrictive, qui se dessine dans les affaires dont est saisie la Cour de justice.* » (LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, p. 929).

³⁰³ PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », *loc. cit.*, p. 703.

³⁰⁴ BRACONNIER Stéphane, « L'effacement du contrat dans les « contrats » *in house* », *ACCP*, 2010, n° 100, pp. 43-45, p. 44.

³⁰⁵ LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, pp. 930-933.



2) *L'injustice de ces propos concernant les juges administratifs français*

172. — L'évolution de la quasi-régie a été suivie de près en France, ce qui explique peut-être que les auteurs se soient si unanimement indignés de la lenteur de son développement. Les quelques décisions rendues par les juges administratifs avant 2007³⁰⁶ au sujet de la notion n'auraient cependant pas dû engendrer de tels soupçons. Elles ne concernaient que des cas dans lesquels le prestataire prétendument intégré était lié à plusieurs personnes publiques. L'exclusion de ces schémas multiples fut enclenchée par un arrêt rendu quelques mois seulement après l'entrée en vigueur du Code des marchés publics de 2001. La société CAMIF contestait, pour la troisième fois devant le Conseil d'État, la légalité de l'article 25 du décret du 30 juillet 1985, qui accordait à l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), une centrale d'achats publics, des exonérations concernant la passation de ses marchés. La société requérante avait déjà obtenu des juridictions judiciaires qu'elles constatent l'abus de position dominante de l'UGAP³⁰⁷ mais la légalité de l'article précité ne relevait pas de leur compétence. C'est donc le Conseil d'État qui a constaté l'illégalité de cet avantage concurrentiel, dès lors que:

« L'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel l'État n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; qu'en outre, aucun des clients de l'UGAP, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP ; qu'ainsi, les dispositions susmentionnées de la directive sont applicables aux marchés que l'UGAP passe avec ses clients, dont elle est une entité distincte »³⁰⁸.

Ce constat est conforme à celui effectué par le Commissaire du gouvernement, qui avait également écarté l'existence de prestations intégrées après avoir constaté qu'aucune des

³⁰⁶ La date limite qui est ici utilisée est celle de la lecture d'un arrêt qui a annoncé une nouvelle période dans l'appréhension de la notion par les juridictions administratives : CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³⁰⁷ CAA Paris, 13 janvier 1998, *Union des groupements d'achats publics (UGAP) contre SA CAMIF*, JCP G, 1998, n° 52, pp. 2276-2280, chron. n° II 10217, note de Sophie GRANDVUILLEMIN.

³⁰⁸ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 ; JurisData n° 2001-062987 ; *Rec.*, 2001, p. 401 ; *BJCP*, 2001, n° 19, p. 497, concl. Catherine BERGEAL, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2001, n° 10, chron. 14, p. 4, chron. François LLORENS ; *RDI*, 2002, p. 61, note Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, n°2, p. 22, comm. n° 60, par Pierre CASSIA ; *RTD com.*, 2002, p. 53, obs. Gilbert ORSONI.

conditions n'était remplie³⁰⁹. La solution finalement rendue par le Conseil d'État était d'ailleurs adaptée à la situation particulière de l'UGAP et sans surprise³¹⁰. Le Commissaire Bergeal avait en effet relevé dans ses conclusions que son mauvais fonctionnement, ses prestations « jugées médiocres » et sa pratique de coûts plus élevés que ses concurrents faisaient de « la dispense de marchés [...] la raison principale de contracter avec »³¹¹ elle. La solution de l'arrêt reposait néanmoins sur une analyse trop restrictive de la quasi-régie. En considérant qu'un contrôle analogue ne peut être exercé simultanément par plusieurs personnes publiques, le Conseil d'État a privilégié l'interprétation la plus stricte de ce critère, ce qui augurait de mauvais auspices pour les formes intercommunales. Cette interprétation devait en effet exclure ces formes de la catégorie des prestations intégrées. Ce sort fut confirmé par la Cour administrative d'appel en 2002³¹². Confrontée à une convention passée entre la communauté d'agglomération de Bordeaux – un établissement public de coopération intercommunale – et une association à but non lucratif, cette juridiction a largement tiré parti de l'arrêt étudié *supra*. Après avoir constaté qu'était bien concerné un marché, la Cour a relevé l'applicabilité de l'article 1^{er} de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992³¹³. Son examen de la dérogation interorganique fut bref et radical. Le critère du contrôle analogue fut rapidement évincé, sans précision aucune, comme s'il était évident que ce critère ne pouvait être rempli dans une telle situation. Quant au second critère, la Cour administrative d'appel l'a écarté en optant pour l'interprétation la plus extrême des termes « l'essentiel de son activité ». Elle l'a assimilé à une exclusivité, se contentant de

³⁰⁹ Concl. Catherine BERGEAL sur CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 ; *Droit 21 – Revue générale du droit*, 15 octobre 2001, pp. 6-7. Elle ne militait cependant pas pour l'annulation de l'article 25 du décret, considérant que l'« avantage concurrentiel » de l'UGAP était « suffisamment justifié par sa mission de service public » (p. 11).

³¹⁰ Le Conseiller d'État Catherine Bergeal rappelle en effet que plusieurs auteurs avaient déjà annoncé que l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.) impliquait ce nécessaire revirement du Conseil d'État par rapport aux deux autres arrêts qu'il avait rendus dans ce même conflit opposant la CAMIF et l'UGAP au cours des années 1990 (Concl. Catherine BERGEAL sur CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 (préc.), *loc. cit.*, p. 7, note 9).

³¹¹ Concl. Catherine BERGEAL sur CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 (préc.), *loc. cit.*, pp. 10-12.

³¹² CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 19 mars 2002, *M. Denis Teisseire contre Communauté d'agglomération de Bordeaux*, n° 98BX02208 ; inédit au *Rec.* ; JurisData n° 2002-178613 ; mentionné in LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *AJDA*, 2005, n° 17, p. 927.

³¹³ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc., p. 6.



relever l'absence d'une telle exclusivité pour évincer le second critère³¹⁴. Aucun arrêt n'est venu contredire cet arrêt ni par le jeu de la cassation, ni dans d'autres espèces. Cette sentence scella donc pour plusieurs années le sort des établissements publics de coopération intercommunale et, plus largement, de l'intercommunalité en France : il semblait alors clair que ces formes ne permettaient pas de bénéficier de la quasi-régie.

173. — La ligne de conduite restrictive tracée par la Cour de justice des Communautés européennes a donc bien été « relayée »³¹⁵ par les juridictions françaises mais dans un cas bien précis. Il est par conséquent difficile d'interpréter leur réticence à l'encontre de la quasi-régie comme étant aussi forte que celle manifestée quelques années plus tôt par la Cour. Si ces arrêts ont alerté la doctrine, c'est parce que pour beaucoup, cette jurisprudence restrictive a également été mise en œuvre à l'encontre des sociétés d'économie mixte. Ces sociétés ont bien fait l'objet d'une démarche similaire de la part des juridictions administratives³¹⁶ mais celle-ci ne doit pas être interprétée comme une réticence à l'encontre des prestations intégrées. D'ailleurs, en 2003, alors qu'un recours pour excès de pouvoir lui a permis de valider la légalité de l'article 3 alinéa 1^{er} du Code des marchés publics³¹⁷, le Conseil d'État s'est bien gardé de mentionner les sociétés d'économie mixte en tant que prestataires intégrés éventuels. Il a certes rappelé qu'une « personne privée » peut être un prestataire intégré³¹⁸ mais cela ne peut pas être considéré comme une allusion directe à l'économie mixte. La qualité de personne privée n'implique pas nécessairement la possession de capitaux privés, comme c'est le cas pour les sociétés d'économie mixte. Dans cette optique, l'arrêt *Stadt Halle*³¹⁹ apparaît plus comme l'aboutissement de l'assainissement de l'activité des sociétés d'économie mixte que comme un rétrécissement du champ d'application des prestations interorganiques. Il n'aurait donc pas dû alimenter les soupçons de déconstruction. L'économie mixte était

³¹⁴ La Cour administrative d'appel de Bordeaux a relevé « que d'ailleurs l'agence peut, en vertu de l'article 4 de ses statuts procéder également à des études pour des collectivités publiques, des établissements publics, ou même des particuliers, tant en France qu'à l'étranger ; qu'elle constitue ainsi une entité distincte de la communauté urbaine » (CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 19 mars 2002, *M. Denis Teisseire contre Communauté d'agglomération de Bordeaux*, n° 98BX02208, préc.).

³¹⁵ DESGRANGES Mathilde, *Les contrats « in house »*, Université Pierre Mendès France, Grenoble, mémoire, dactyl., 2007.

³¹⁶ Sur ce resserrement de l'état de la concurrence autour des sociétés d'économie mixte, v. notamment : BOITEAU Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 946-952.

³¹⁷ CE, Ass., 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)*, n° 233372, préc. et CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris contre Premier ministre*, n° 238039, préc.

³¹⁸ *Ibid.*

très répandue à l'époque et n'avait que peu de concurrents. Son exclusion devait par conséquent constituer une entrave à l'action des collectivités territoriales. Elle n'a néanmoins provoqué qu'une gêne conjoncturelle qui ne devait pas, à terme, les empêcher d'utiliser la quasi-régie dès lors qu'elles disposaient, et disposent toujours, d'autres modes d'intervention pour en bénéficier. Cette exclusion a donc tout au plus créé que des obstacles psychologiques à l'intervention des collectivités et, surtout, à l'expansion des prestations intégrées.

174. — À l'inverse, les formes d'intercommunalité furent réhabilitées après 2006. Leur exclusion pouvait légitimement sembler plus préoccupante car elle mettait potentiellement en péril un pan entier de l'intérêt de la quasi-régie. Néanmoins, si les juridictions n'ont pas reconnu de cas de prestations intégrées, c'est parce qu'elles n'en ont pas eu l'occasion et non à cause d'une quelconque réticence à l'encontre de la notion. Il est en effet impossible de considérer que l'avis *Fondation Jean Moulin* a inversé cette tendance³²⁰. Si cet avis exclut de l'application du Code des marchés publics les prestations sociales à but non lucratif, ce n'est pas en raison de la dérogation interorganique mais du fait de la nature même de ces prestations. Celles-ci doivent être qualifiées d'activités non marchandes, ce qui ôte aux établissements publics qui les exercent la qualification d'opérateurs économiques sur le marché³²¹. La rencontre de cette dérogation particulière avec la quasi-régie n'est d'ailleurs pas proscrite. L'assouplissement de la jurisprudence interne depuis 2007, corollaire de celui qui se déroule au niveau européen, a confirmé que les réactions doctrinales étaient exagérées.

175. — Les craintes qu'ont pu initialement susciter les prestations intégrées peuvent donner l'impression qu'elles représentent un risque pour l'équilibre concurrentiel communautaire. Les maintes précisions opérées par la Cour, celles-ci mêmes qui ont fait causé de nombreuses inquiétudes, permettent cependant d'écarter ce sentiment. Dans leurs fondements et en la forme qu'elles revêtent actuellement, les prestations interorganiques sont par conséquent compatibles avec les principes et objectifs de la politique économique de l'Union.

³¹⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

³²⁰ CE, Avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315, in Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 55, 2004, pp. 209-218.

³²¹ V. sur ce point : Réponse ministérielle à la question écrite de Madame Pascale Got n° 100137, *JO Assemblée nationale* du 26 avril 2011, p. 4238.

Conclusion du Chapitre 1

176. — Dérouler la genèse de la quasi-régie a tout d'abord révélé ses pères véritables et les acteurs de son développement. L'action de l'avocat général Antonio La Pergola a ainsi pu être mise en valeur. Elle a été le vecteur de l'introduction des considérations italiennes sur la naissance d'une dérogation, notamment celles du professeur Righi. Sa trace peut en outre être retrouvée dans les écrits des avocats généraux qui lui ont succédé dans la rédaction de conclusions portant sur la quasi-régie, ce qui démontre que ses écrits représentent une véritable source d'inspiration en la matière.

177. — Les doutes qui se manifestent à la lecture de l'arrêt *Teckal*³²² du fait de sa concision ont ensuite été éclairés par les réticences des juges à l'égard de l'évocation d'une dérogation telle que la quasi-régie dans les arrêts précédents. Il semble en effet pouvoir être affirmé que rien ne certifie que les juges de Luxembourg avaient véritablement l'intention de créer une dérogation interorganique telle que celle qui existe désormais. L'identification d'une politique jurisprudentielle restrictive au cours des années qui ont suivi tendent par ailleurs à confirmer ces doutes. Parallèlement, elle permet de nuancer les accusations formulées à l'encontre des juges concernant leur réception du mécanisme quasi interne. Celles qui ont été formulées à l'égard de la Cour semblaient bien être justifiées. En revanche, les juges administratifs français semblent avoir inséré assez rapidement la quasi-régie dans leurs écrits. Ils ne peuvent donc pas réellement être accusés d'avoir freiné son développement, si ce n'est par prudence, alors que la dérogation n'était pas encore totalement précisée.

178. — Détailler le développement de la quasi-régie a enfin permis de mettre en exergue les dynamiques sous-jacentes qui sont encore aujourd'hui les siennes, notamment les inquiétudes que les institutions européennes pouvaient avoir à son égard. L'étude de la dérogation interorganique permet néanmoins de dégager sa légitimité réelle, raisons qui lui ont permis de s'inscrire dans la durée au sein du droit de l'Union.

³²² CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

Chapitre 2. Une échappatoire légitime à la concurrence

179. — Les implications économiques de l'Union européenne sont désormais fréquemment identifiées à sa compétence en matière de politique économique et monétaire. La visibilité médiatique de cette intervention le favorise naturellement mais elle tend à faire oublier que chaque construction élaborée en son sein repose sur une combinaison constante entre les logiques économique et juridique. L'Union européenne repose en effet sur une véritable « *Constitution économique* », ce qui permet une « *prévalence des objectifs économiques assignés par les Traités* »¹. Ceux-ci imprègnent l'élaboration des notions, leur mise en œuvre et aussi, parfois leur disparition, ce qui explique par exemple que la liberté contractuelle des personnes physiques ou morales puisse être bridée par des considérations liées au marché². Ce phénomène a également investi le droit public. La politique concurrentielle ayant débouché sur un encadrement important des pratiques contractuelles des pouvoirs adjudicateurs en constitue une illustration notoire. Elle a conduit à reconsidérer la marge de manœuvre des personnes publiques et, plus largement, des pouvoirs adjudicateurs. La quasi-régie s'inscrit dans ce cadre. Elle repose en effet sur une légitimité économique qui a justifié sa création et explique son maintien **(Section 1)**.

180. — Ces justifications expliquent notamment que les différentes institutions européennes aient accepté de reconnaître les prestations intégrées. Il était cependant nécessaire, pour ce faire, que cette dérogation corresponde également aux fondements juridiques du droit des contrats publics européens. La complexité tient au fait que ces fondements ont pour partie été développés parallèlement au développement de la quasi-régie, ce qui a parfois bloqué son évolution. Leur approfondissement parallèle a néanmoins permis leur adéquation, de telle sorte que la dérogation ci-étudiée peut désormais être considérée comme étant réellement légitime juridiquement, ce qui vient parachever sa construction **(Section 2)**.

¹ ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 290, 2015, p. 91, pt 118. L'Union européenne connaît ici un phénomène qui existe également en droit français (v. notamment : CHÉROT Jean-Yves, « Constitution et économie », in CHAGNOLLAUD Dominique et TROPER Michel (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, Coll. Traités, T. 3, 2012, pp. 529-561, spéc. pp. 532-534 et 546-549.

² V. notamment : RIAS Nicolas, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit économique de l'Union européenne », *RTD eur.*, n° 2, 2014, pp. 456-459.



SECTION 1. LA PERTINENCE ECONOMIQUE DE LA QUASI-REGIE

181. — La séparation entre les services d'intérêt général économiques et les services d'intérêt général non économiques repose sur une justification économique. Elle permet notamment de dépasser une vision normative du service public, pour la substituer à une définition économique dont l'évolution est parallèle à celle du marché³. Cette interdépendance se manifeste aussi entre la quasi-régie et les considérations économiques qu'elle implique : ces considérations la légitiment et, parallèlement, la dérogation interorganique traduit une certaine interprétation des avantages qui peuvent économiquement être octroyés aux pouvoirs adjudicateurs. Une analyse sous l'angle de la nouvelle économie institutionnelle le démontre. Cette expression, inventée par le professeur Williamson, est depuis 1990 « *la référence de divers courants théoriques actifs, unis par l'idée que les institutions comptent et qu'elles peuvent être analysées avec les instruments de la théorie économique standard, sous réserve d'ajustements apportés à cette dernière* »⁴. Elle concerne par conséquent un ensemble de théories qui peuvent être utilisées pour analyser l'intervention économique des personnes publiques et, plus largement, des pouvoirs adjudicateurs.

182. — Deux branches de la nouvelle économie institutionnelle permettent plus précisément de prouver sa pertinence : la théorie des coûts de transaction (§1) et l'un de ses corollaires : la théorie de l'agence (§2).

³ BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2007, p. 245.

⁴ CHAVANCE Bernard, *L'économie institutionnelle*, Nouvelle éd., La Découverte, Coll. Repères, 2012, p. 59.

§1. La justification de la quasi-régie par la théorie des coûts de transaction

183. — Dans les théories économiques classiques, la firme n'était qu'un facteur parmi d'autres, servant à déterminer l'élément essentiel pour les acteurs économiques : le prix. Le seul rôle des entreprises était de faire varier ce dernier en influant sur le degré de compétition qui règne sur le marché⁵. Cette vision a été remise en cause par Ronald Coase en 1937⁶. Alors qu'il se demandait pourquoi les entreprises se sont multipliées sur le marché, cet auteur a mis en exergue les lacunes de la microéconomie classique et l'importance de définir les firmes. C'est dans le cadre de cette théorie de la firme que le professeur Williamson a pu théoriser celle des coûts de transaction. Celle-ci permet d'analyser et d'évaluer la rentabilité de relations institutionnelles, ce qui concerne évidemment le droit public. Elle peut ainsi être utilisée pour proposer de nouveaux dispositifs ou analyser la rentabilité de ceux qui préexistent. Ainsi Madame Vlachou l'a-t-elle utilisée pour situer la gouvernance par les agences européennes au sein du fonctionnement européen⁷. Par l'utilisation de la théorie des coûts de transaction, elle a démontré que les agences européennes peuvent être considérées comme un mode de gouvernance hybride. Elles peuvent ainsi s'imbriquer entre les deux modes de gouvernance traditionnels et opposés, sur lesquels repose traditionnellement l'Union européenne : l'administration directe de la Commission et l'administration indirecte par les États⁸.

184. — Cette valeur explicative de la théorie des coûts de transaction permet d'étudier les modes d'intervention des pouvoirs adjudicateurs **(A)**, de sorte qu'elle rend compte de la pertinence économique de la quasi-régie **(B)**.

⁵ V. à ce sujet l'introduction de l'article suivant : DEMSETZ Harold, « *Why regulate utilities ?* », *Journal of law and economics*, 1968, vol. 11, n° 1, pp. 55-65. Quant à cette vision de la « firme point », autrement nommée « firme automate », v. : CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, LGF – Livre de poche, Coll. Livre de poche, 1995, pp. 14-16.

⁶ COASE Ronald, « *The nature of the firm* », *Economica*, New Series, 1937, vol. 4, n°16, pp. 386-405 (traduction française in : COASE Ronald, (trad. ALIOUAT Boualet), *L'entreprise, le marché et le droit*, Éditions d'Organisation, 2005, pp. 51-73. Au cours du XX^e siècle, Ronald Coase a écrit trois articles phares concernant la théorie des coûts de transaction. Le premier nous intéresse plus particulièrement car il y a développé les critiques à l'encontre de la microéconomie classique et a posé les bases de la nouvelle économie institutionnelle. Ronald Coase rappelle lui-même que ces trois articles sont ses fondamentaux dans un recueil de ses articles : COASE Ronald (trad. ALIOUAT Boualet), *L'entreprise, le marché et le droit*, *ibid.*, p. 17. Il cible plus précisément l'article de 1937, « La nature de la firme », que l'on peut trouver traduit dans ce même ouvrage pp. 51-73.

⁷ VLACHOU Charikleia, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, thèse, dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2014, pp. 32-34.

⁸ *Ibid.*, p. 35, pt 43.



A. La valeur explicative des coûts de transaction concernant l'intervention économique des pouvoirs adjudicateurs

185. — L'utilité de la théorie des coûts de transaction pour comprendre l'action des pouvoirs adjudicateurs et, éventuellement, la rentabiliser (2), découle naturellement de sa théorisation, qui doit par conséquent être rappelée (1).

1) La valeur explicative des coûts de transaction

186. — Selon Ronald Coase, les firmes constituent un mode de gouvernance à part entière, distinct de celui constitué par le marché. La différence entre chaque mode résiderait dans la contrepartie utilisée lors des transactions. Alors que le « mécanisme des prix »⁹ gouverne le marché, c'est l'entrepreneur qui régit les relations au sein des firmes. L'un se déroule nécessairement à court terme, tandis que l'efficacité et la légitimité du second reposent sur une relation de longue durée¹⁰. Choisir l'un ou l'autre reviendrait, pour les acteurs, à effectuer un choix « entre ces deux hypothèses que sont celle d'une répartition des ressources par le biais du mécanisme des prix, et l'hypothèse d'une allocation de ressources par l'entrepreneur coordinateur »¹¹. Si ce constat fonde l'intérêt à agir au sein des firmes, c'est que Ronald Coase a identifié des coûts liés à l'usage du mécanisme des prix : les « coûts de transaction ». Là repose la seconde contribution majeure de cet auteur à l'économie : le prix n'est pas le seul élément qui pousse les choix des acteurs économiques à s'engager¹². Chacune de ses actions entraîne en effet des coûts variables. Les éléments qui font varier ces derniers viennent concurrencer la valeur monétaire du produit au rang de concept phare de l'analyse microéconomique. En s'extirpant du mécanisme des prix, ces firmes réduiraient ces frais, voire les anéantiraient entièrement. Opérer en leur sein reviendrait dès lors à faire fi des désavantages de l'appartenance à une entreprise, pour se retirer du marché, « en considération des avantages éventuels de la relation qui viendrait se substituer à lui »¹³.

⁹ Expression utilisée par Ronald Coase, dans son article « La nature de la firme », *préc.*, p. 52.

¹⁰ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹ COASE Ronald, « La nature de la firme », *loc. cit.*, p. 55.

¹² *Ibid.*, pp. 51-73. Il explique plus précisément que dans maintes situations, le prix ne guide pas le choix. C'est notamment le cas d'un ouvrier à qui son patron aura ordonné d'exécuter une tâche. Du fait du rapport de hiérarchie, il l'effectuera (*ibid.*, p. 53).

¹³ *Ibid.*, p. 56. Parmi ces désavantages, le plus marquant étant que toute personne se situant dans une telle position n'est plus « son propre maître » (*ibid.*).

187. — Les réflexions de Ronald Coase ont fait de lui l'initiateur de la nouvelle économie institutionnelle. Cependant, ses développements concernant la substance réelle des coûts de transaction n'ont pas été exempts de critiques¹⁴. Les éléments qu'il a identifiés en tant que variables – la rationalité limitée des agents telle que développée par Herbert Simon¹⁵ et l'incertitude¹⁶ – même s'ils sont justes, sont effectivement très abstraits. Au contraire, le professeur Williamson a donné corps à cette théorie. Partant des écrits de son prédécesseur, il a défini clairement les firmes, puis il a détaillé pourquoi agir en leur sein est plus avantageux que de s'en remettre au marché, où règnerait un « *environnement incertain qui se caractérise par la fréquence des événements fortuits et imprévisibles auxquels les parties prenantes de la transaction doivent s'adapter* »¹⁷. Afin de prendre en compte la part d'incertitude dans le choix des agents économiques, il a centré ses propos

*« autour de deux concepts fondamentaux : les transactions et les contrats, les premières définissant une unité d'analyse alors que les seconds sont perçus par nombre d'économistes comme modalité centrale d'organisation de l'activité économique, transversale aux diverses formes (entreprises, marchés, hybrides) que cette organisation peut prendre »*¹⁸.

Les importants développements qu'il a consacrés à l'incomplétude des contrats et son impact sur les incertitudes des agents constituent d'ailleurs l'un de ses apports majeurs eu égard aux écrits de Ronald Coase. Tout comme ce dernier, le professeur Williamson a donc rappelé que le prix n'est pas le seul point fondamental. Seulement, il est plus aisé de mettre ses théories en œuvre, puisqu'il a clairement identifié les éléments qui peuvent concurrencer le prix au titre d'indice déterminant dans le choix des acteurs économiques.

188. — C'est d'ailleurs grâce à leurs qualités opérationnelles que l'on doit aux réflexions du professeur Williamson les premières confrontations entre droit public et

¹⁴ Certains ont plus précisément qualifié les propos de Ronald Coase de tautologiques (MASTEN Scott E., MEEHAN James W. et SNYDER Edward A., « *Costs of organization* », *Journal of law, Economics and Organization*, 1991, vol. 7, n° 1, pp. 1-27). Selon le professeur WILLIAMSON, ils sont trop peu opérationnels (WILLIAMSON Oliver E., « *Markets and hierarchies : analysis and antitrust implications. A study in the economics of internal organization* », Free Press, New York, 1975). Pour un résumé de ses critiques, v. : SAUSSIER Stéphane et YVRANDE-BILLON Anne, *Économie des coûts de transaction*, La Découverte, Coll. Repères, 2007, p. 9.

¹⁵ SIMON Herbert, *Administrative behaviour : a study of decision-making processes in administrative organization*, 2^{ème} éd., New York, Macmillan, 1965, p. XXIV. Sur la définition de cette rationalité limitée par Ronald Coase, v. aussi : COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 569, pt 979.

¹⁶ SAUSSIER Stéphane et YVRANDE-BILLON Anne, *Économie des coûts de transaction*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ MOUREAU Nathalie et RIVAUD-DANSET Dorothee, *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, Coll. Repères, 2004, p. 77.

¹⁸ MÉNARD Claude, « Oliver E. Williamson : des organisations aux institutions », *Revue d'économie politique*, 2012, vol. 120, n° 3, pp. 421-439, p. 422.



théorie des coûts de transaction, lesquelles peuvent être utilisées pour expliquer les choix des pouvoirs adjudicateurs.

2) *Une valeur explicative utile pour optimiser les choix des pouvoirs adjudicateurs*

189. — Le professeur Williamson n'a pas exclu l'analyse du droit public de ses réflexions. Il s'est cependant limité à rechercher s'il existait un mode de gestion public plus avantageux que les autres en matière de coûts de transaction. Cette étude, il l'a menée dans un cadre économique particulier : celui des marchés économiques publics. Ceux-ci se démarquent des marchés traditionnels car l'encadrement des intervenants que sont les personnes publiques n'est pas le même que celui des opérateurs économiques traditionnels. En conséquence, l'action de ces personnes publiques et, plus largement, des pouvoirs adjudicateurs, peut faire l'objet d'une analyse particulière sous l'angle des coûts de transaction. Il apparaît en effet que ces marchés diffèrent de ceux qui sont traditionnellement ciblés par l'analyse économique, et

« ne correspondent pas à des « marchés », tels que décrits par l'analyse économique standard, sur lesquels acheteurs et offreurs se rencontrent afin d'échanger, dans un contexte de concurrence auto organisée. Au contraire, ces marchés, comme beaucoup d'autres, sont organisés et régulés, encadrés par des règles, précisant notamment la manière de mettre en concurrence les acteurs, les appels d'offre et les modalités de sélections des entreprises candidates »¹⁹.

Toutes ces formalités ont été reprises au sein de l'Union européenne et ont bel et bien une explication économique. Outre le souhait de fluidifier les transactions, elles représentent la victoire d'une vision sur une autre : celle notamment développée par le professeur Goldberg en 1976²⁰. Répondant à un article du professeur Demsetz concernant les monopoles naturels, il a exposé qu'une alliance était nécessaire entre régulation et mise en concurrence. Plus exactement, le professeur Goldberg est parti du

¹⁹ SAUSSIÉ Stéphane, « L'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics : une analyse économique », in CHAPUT Yves (dir.), *Les Petites et moyennes entreprises et le droit de la concurrence : analyse critique, comparative et prospective*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 2009, pp. 341-360, p. 345, pt 508.

²⁰ GOLDBERG Victor P., « *Regulation and Administered Contracts* », *The Bell Journal of Economics*, 1976, vol. 7, n° 2, pp. 426-448.

postulat que l'« échec de la régulation [avait] été largement développé »²¹, sans pour autant la rendre inefficace. Il a ensuite souligné l'importance d'y ajouter une mise en compétition de toutes les entreprises candidates à un contrat, celle-ci permettant d'éviter la survenance de l'un des problèmes majeurs entraînés par les monopoles : les profits excessifs²². Sur le marché classique, il suffit par conséquent de maintenir la concurrence, par la régulation notamment, pour mettre les acteurs sur un pied d'égalité. Or, dans le cadre des contrats publics, sanctionner les infractions à la concurrence ne suffit pas : il faut instaurer des modalités particulières de souscription pour éradiquer définitivement les monopoles et leurs profits démesurés²³. Une telle mesure ne peut pas entraîner de « situation de coût de transaction zéro »²⁴, bien au contraire : l'hyper réglementation qui entoure cette mise en compétition artificielle va même entraîner un surcoût. C'est ce surplus qui explique que certaines entreprises, les plus petites d'entre elles notamment, ne peuvent pas prendre le risque d'assumer l'ensemble des coûts de transaction imposés par ce genre de procédure. *In fine*, les coûts de transaction à supporter entraîneront l'impossibilité de concourir pour certaines d'entre elles, voire même pour des catégories entières d'entreprises²⁵. La théorie des coûts de transaction permet de représenter et d'expliquer le fait que dans le cadre des marchés publics, et en l'absence de mesures ciblant les entreprises de petite taille, il n'y a pas réellement d'égalité entre ces entités et d'autres, plus importantes, qui auraient les moyens d'investir pour respecter les procédures imposées. Une telle conclusion crée d'ailleurs un décalage entre la vision juridique – l'ensemble de ces modalités doit permettre l'égalité – et le point de vue économique – qui explique que les coûts transactionnels engendrés par ces modalités favorisent les inégalités²⁶.

190. — Partant de ces constats, le professeur Williamson a expliqué que, sous cet angle, il n'existe *a priori* aucun mode de gestion des services publics qui soit plus efficace que les autres : cela dépendra toujours des modalités particulières de chaque

²¹ *Ibid.*, p. 426.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 431, §3.

²⁵ C'est notamment le cas des petites et moyennes entreprises, comme exposé *in* : SAUSSIER Stéphane, « L'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics : une analyse économique », *loc. cit.*

²⁶ Un tel constat favorise néanmoins les mesures avantageant les petites et moyennes entreprises. Les institutions européennes ont en effet conscience de ce décalage et ont adopté des mesures tendant à favoriser la résorption de ce déséquilibre. En atteste notamment la mention aux petites et moyennes entreprises dans les directives « concessions » et « marchés (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), pt 1 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), pts 2, 59, et 66 de l'exposé des motifs).



transaction²⁷. Dans son sillon, le professeur Ménard²⁸ a notamment utilisé cette théorie pour expliquer les partenariats public-privé et expliciter les coûts qu'ils engendrent²⁹. À l'appui de ces propos il a d'ailleurs cité plusieurs études qui démontrent dans quelle mesure les coûts de transaction liés aux partenariats public-privé sont plus ou moins élevés que ceux engendrés par d'autres modes de gestion. Il a même pu en déduire des conseils pour réduire les dépenses superflues lors de la mise en place de partenariats public-privé³⁰. De telles affirmations sont permises par les modalités légales et réglementaires très strictes qui entourent aujourd'hui chaque mode de gestion public au sein de l'Union européenne. Ces modalités ont considérablement fait diminuer les incertitudes et permettent d'établir des tableaux indicatifs quant aux coûts de transaction impliqués par tel ou tel mode de gouvernance. Le professeur Ménard n'est pas le seul à avoir recherché les avantages pouvant être tirés de chaque mode de gestion au vu de la théorie des coûts de transaction. Monsieur du Marais s'en est servi pour déterminer quel type d'appel d'offre est plus intéressant pour l'acheteur public³¹. Il a notamment exposé qu'en matière de marchés de recherche et de développement, le niveau des coûts de production n'étant connu qu'après un investissement initial élevé et irrécupérable, les acheteurs publics ont intérêt à restreindre l'appel d'offres aux candidats les plus performants³².

191. — La théorie des coûts de transaction a également été utilisée pour démontrer qu'en matière de gestion de certains services publics, comme celui de l'eau, le

²⁷ WILLIAMSON Oliver E., « *Franchise bidding for natural monopolies. In general and in respect to CATV* », *Bell journal of economics*, 1976, vol. 7, n° 1, pp. 73-104, pp. 101-103.

²⁸ Il faudrait également souligner l'importance de ses travaux concernant l'économie des organisations (MÉNARD Claude, « Oliver E. Williamson : des organisations aux institutions », *loc. cit.* ; du même auteur : *L'économie des organisations*, 3^{ème} éd., La Découverte, Coll. Repères, 2012).

²⁹ MÉNARD Claude, « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *Revue française d'administration publique*, 2009, n° 130, pp. 349-364. Il a notamment relevé que « *les très nombreuses études empiriques [...] permettent désormais une bonne identification des déterminants de ces coûts et fournissent des éléments en vue de leur prise en compte* » (*Ibid.*, p. 12). Selon lui, « *des outils existent désormais qui permettent d'identifier et de mesurer une partie non négligeable de ces coûts* » (*ibid.*, p. 13).

³⁰ *Ibid.*, pp. 13-14.

³¹ MARAIS (du) Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Dalloz-Amphi, 2004, pp. 243-244.

³² *Ibid.*

recours à la délégation n'est pas nécessairement le plus adéquate³³. La régie devrait en effet être préférée lorsque la tâche concernée nécessite des investissements importants susceptibles de devoir être renouvelés, à cause du coût que représente la nécessaire adaptation des structures aux évolutions techniques. Une telle adaptation peut en effet donner lieu, dans le cadre d'une délégation de service public, à des « *renégociations contractuelles toujours propices à des comportements opportunistes* »³⁴. Ici, l'évaluation des coûts engagés *ex ante* est donc mise en balance avec les coûts *ex post*, afin de démontrer que les premiers ne sont pas rentabilisés au cours de l'exécution du contrat : au contraire, ils sont susceptibles d'être annulés par ces renégociations. Ces travaux ont été utilisés par le professeur Cossalter pour en tirer des déductions plus globales sur l'opportunité à recourir, ou non, à la délégation en matière de gestion du service public³⁵. Enfin, le professeur Saussier et Monsieur Tirole ont établi, grâce à la théorie des coûts de transaction, que l'accroissement des phases de négociation par les directives « marchés » et « concessions » doit être considéré comme étant positif pour les contrats publics³⁶. Il en résulte certes une augmentation des coûts *ex ante* pour les pouvoirs adjudicateurs mais ces dépenses « *permettent d'établir des contrats plus complets, donc plus robustes à la renégociation* »³⁷. Les situations de renégociation « *opportuniste* »³⁸ sont donc réduites, diminuant en conséquence les coûts *ex post* et, corrélativement, accroissant la rentabilité des dépenses engagées *ex ante*.

192. — La théorie des coûts de transaction est indéniablement un révélateur des avantages économiques présentés par les modes d'intervention des pouvoirs adjudicateurs et le poids économique des procédures qui encadrent leurs contrats. Il est donc naturel qu'elle mette en évidence une partie de la pertinence économique de la quasi-régie. Dans la lignée de ces travaux, il est possible de démontrer dans quelle

³³ SAUSSIÉ Stéphane, MÉNARD Claud, HUET Freddy, STAROPOLI Carine, *Mode de gestion et efficacité de la distribution d'eau en France. Rapport pour le Ministère de l'écologie et du développement durable (Bureau de l'eau)*, ATOM, Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Groupe Réseaux, ADIS et Université Paris Sud, 2004, p. 35. Ces auteurs démontrent par ailleurs que les catégorisations des contrats engendrant des coûts *ex post* et *ex ante* importants ne doivent pas se limiter au type d'activité, mais étudier ses modalités de mise en œuvre dans le secteur déterminé, de telle sorte qu'une évaluation préalable est cardinale. Concernant le domaine de l'eau notamment, la qualité de l'eau a un impact sur le coût des investissements et, logiquement, sur le coût de leurs adaptations (*ibid.*, p. 34).

³⁴ *Ibid.*, p. 35.

³⁵ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 571-572, pt 985.

³⁶ SAUSSIÉ Stéphane et TIROLE Jean, « Renforcer l'efficacité de la commande publique. Rapport pour le Conseil d'analyse économique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, 2015, n° 22, p. 7.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ SAUSSIÉ Stéphane, MÉNARD Claude, HUET Freddy, et STAROPOLI Carine, *Mode de gestion et efficacité de la distribution d'eau en France. Rapport pour le Ministère de l'écologie et du développement durable (Bureau de l'eau)*, *loc. cit.*, p. 35.

mesure établir un mécanisme interorganique présente moins de coûts de transaction que des solutions alternatives.

B. L'interdépendance entre quasi-régie et théorie des coûts de transaction

193. — Mêler mécanisme interorganique et coûts de transaction implique deux études distinctes. Il faut avant tout détailler dans quelle mesure la souscription aux prestations intégrées résulte d'une démarche inhérente à l'économie des coûts de transaction (1), puis démontrer dans quelle mesure les détenteurs peuvent en économiser (2).

1) La quasi-régie : une application de la théorie des coûts de transaction

194. — La logique inhérente à la théorie des coûts de transaction n'est pas étrangère aux pouvoirs adjudicateurs qui décident de mettre en place un mécanisme interorganique pour l'exécution de missions dont ils sont responsables. L'intégration d'un prestataire constitue une mise en application de l'internalisation préconisée par ce raisonnement, tout en remédiant à ses limites grâce à la conservation d'une semi autonomie.

195. — Si la souscription au mécanisme quasi interne suit la logique des coûts de transaction, c'est en premier lieu parce que la structure est intégrée au pouvoir adjudicateur. La relation interorganique répond en effet aux caractéristiques de la firme telles que décrites par le professeur Williamson³⁹. Elle constitue une « *structure de gouvernance* » plutôt qu'une « *fonction de production* »⁴⁰. Ce sont les liens qui se créent entre l'entité et son détenteur qui permettent l'intégration de la première à l'organisation interne du second. En recourant à la quasi-régie, ce dernier constate simplement que « *recourir au marché est coûteux et [qu'] il peut être préférable, dans certains cas, de recourir à l'organisation* ». Agir par le biais d'un organisme quasi interne permet de réduire

³⁹ Ronald Coase avait fourni quelques caractéristiques de la firme et avait précisé qu'elle « *apparaît là où une relation à court terme est impossible* » (COASE Ronald, « La nature de la firme », *loc. cit.*, p. 58) et que les relations qui existent en son sein sont similaires à celles qu'entretiennent un maître et son domestique ou un employeur et son employé (COASE Ronald, « La nature de la firme », *loc. cit.*, p. 72).

⁴⁰ WILLIAMSON Oliver E. (trad. Régis Coeurderoy et Emmanuelle Maincen), *Les institutions de l'économie*, Interéditions, 1994, p. 31.

« *l'incertitude, en la domestiquant* »⁴¹, de telle sorte que le regroupement opéré forme un de ces « *îlots de pouvoir conscient dans un océan de coopération inconsciente, comme des grumeaux de beurre dans le babeurre* »⁴².

196. — Néanmoins, ce mécanisme est juste assimilable à l'institution. Il ne correspond pas à une internalisation pleine et entière. L'examen des relations hiérarchiques en atteste. Le professeur Williamson a insisté sur l'importance de ce critère, qui remplace le mécanisme des prix au sein des firmes. La définition qu'en a donnée cet auteur est que la hiérarchie repose sur la possibilité de donner des ordres, grâce à l'autorité détenue par les dirigeants. De telles notions sont facilement applicables aux personnes physiques. Elles le sont beaucoup moins pour les personnes morales, dès lors que l'on sort du cadre étatique et de son ordonnancement aux contours prédéterminés. La transposition semble d'autant plus ardue que les organes dirigeants des personnes morales, qui sont régis de façon collective, rendent difficile la distinction entre celui qui pourrait être considéré comme le donneur d'ordres (l'employeur dans les écrits du professeur Williamson) et celui qui les reçoit (l'employé). Déterminer si celle-ci est envisageable nécessite d'analyser les modalités de la quasi-régie. Entre les deux entités qui la constituent, un contrat est passé et la mission exécutée est sujette à contrepartie financière. En conséquence, la hiérarchie ne régule pas l'ensemble des relations entre les deux structures. Pourtant, le fait que ces dernières soient unies par une seule volonté implique nécessairement un rapport hiérarchique entre elles. La position du pouvoir adjudicateur au sein de son entité interorganique ne s'exerce qu'en sens unique. Si l'un peut influencer les décisions de la seconde, la réciprocité n'est pas vraie. Il y a par conséquent un donneur d'ordre et un receveur, mais cette relation est institutionnalisée par les mécanismes du droit des sociétés ou du droit public selon la nature de l'organisme intégré. En conclusion, la contrepartie financière empêche de considérer que l'intégration de cette entité à l'organisation de son détenteur constitue une réelle internalisation. Néanmoins, l'influence que possède ce dernier constitue une relation de hiérarchie institutionnalisée qui permet une assimilation entre mécanisme de quasi-régie et institution, telle que décrite par la théorie des coûts de transaction. En ce sens, les prestations interorganiques constituent un compromis « *entre la décision d'intégrer (faire) ou le recours au marché (faire faire)* »⁴³.

⁴¹ MOUREAU Nathalie et RIVAUD-DANSET Dorothée, *L'incertitude dans les théories économiques*, *op. cit.*, p. 76.

⁴² ROBERTSON Dennis Holme, *The control of industry*, University Press, 1936, tel que cité par Ronald Coase dans « La nature de la firme », *loc. cit.*, pp. 53-54.

⁴³ MÉNARD Claude, « Oliver E. Williamson : des organisations aux institutions ? », *loc. cit.*, p. 422.



197. — La mise en œuvre de l'économie des coûts de transaction ne se limite pas à cette assimilation. Elle tient aussi au fait que la semi autonomie de la structure intégrée, celle-là même qui la distingue d'un démembrement classique d'une personne publique, permet de remédier aux limites de la firme⁴⁴. Les coûts de transaction ont beau être réduits au sein de l'institution, leur accroissement est fonction de l'agrandissement de cette dernière. Passé un certain stade de développement, les différentes délégations que doivent mettre en place les dirigeants engendrent trop de coûts de transaction. Il devient plus intéressant de s'en remettre au marché, sous peine d'obtenir des rendements décroissants⁴⁵. Or, la plupart des pouvoirs adjudicateurs sont des personnes publiques. Ceci implique que l'organisation à laquelle ils appartiennent est l'État, une structure tentaculaire, ce qui explique qu'il existe un avantage à recourir à la quasi-régie plutôt qu'à une régie simple. Face à l'impossibilité d'étendre à l'infini leur institution d'appartenance⁴⁶, ces entités ont recours à une structure autonome, préexistante ou qu'elles se chargeront de créer, puis qu'elles intégreront à leur organisation par leur contrôle. Mi intégrée, mi autonome, cette structure résout dans l'absolu le problème des rendements décroissants qui auraient potentiellement été entraînés par une internalisation pure et simple.

198. — En recourant à une organisation assimilable à celle de la firme tout en remédiant aux limites de cette dernière, les pouvoirs adjudicateurs qui recourent aux prestations interorganiques appliquent les conseils donnés par les penseurs de la théorie des coûts de transaction. Il semble par ailleurs que la sphère interorganique permette plus d'économies de coûts de transaction pour les pouvoirs adjudicateurs qui détiennent des organismes intégrés, que pour les pouvoirs adjudicateurs qui revêtent cette qualification.

⁴⁴ Telles qu'identifiées par Ronald Coase (COASE Ronald, « La nature de la firme », *loc. cit.*, pp. 69-71), puis par le professeur Williamson (WILLIAMSON Oliver E., « *Hierarchical control and optimum firm size* », *The journal of political economy*, vol. 75, n° 2, pp. 123-138).

⁴⁵ Ronald Coase a expliqué comment calculer le risque de voir surgir des rendements décroissants, en développant notamment la notion de coût marginal (COASE Ronald, « La nature de la firme », *loc. cit.*, pp. 69-71). V. également : WILLIAMSON Oliver E., *Les institutions de l'économie*, *op. cit.*, p. 48, pp. 64-67 et pp. 165 et s.

⁴⁶ Pour trois raisons : économiquement, sous peine d'obtenir l'effet inverse d'une augmentation des coûts de transaction ; juridiquement, au vu des exigences communautaires ; politiquement, au vu de la vision étatique : quand bien même l'État est-il qualifié de « providence », il ne peut pas tout prendre en charge lui-même.

2) *La quasi-régie : une sphère d'économie de coûts de transaction pour les détenteurs interorganiques*

199. — Les coûts de transaction « ont trait à l'ensemble des « coûts de contractualisation », c'est-à-dire les coûts d'élaboration et d'exécution de la solution contractuelle retenue »⁴⁷. Cette subdivision correspond à celle effectuée par le professeur Williamson entre les coûts *ex ante* et les coûts *ex post*⁴⁸. Même si ce dernier a déclaré qu'ils sont interdépendants et doivent être « pris en compte simultanément plutôt que séquentiellement »⁴⁹, ils seront exposés successivement par souci de clarté.

200. — Les coûts *ex ante* peuvent être définis comme regroupant principalement ceux concernant « les coûts d'information, liés à la recherche de partenaires potentiels, l'identification du partenaire le mieux placé, la recherche des prix adéquats ; et les coûts de négociation et de rédaction du contrat, en particulier les clauses de sauvegarde »⁵⁰. Il est remarquable, au vu de la littérature juridique française de ces dernières années, que le recours aux prestations interorganiques a été présenté avant tout comme un moyen efficace de se débarrasser de ces coûts d'élaboration⁵¹. Cela tient uniquement à l'hypertrophie des règles européennes en matière de passation des contrats publics, qui impliquent des procédures d'appels d'offres qui engendrent des coûts toujours plus élevés. Pour les mettre en place, il faut recourir à du personnel informé, voire spécialisé, et, même dans ce cas, la survenance d'erreurs reste possible en raison de la minutie des formulaires⁵². Ces formalités impliquent parfois des phases de négociation plus coûteuses, qui allongent le processus au détriment du fonctionnement du service en cause. Au contraire, le recours à la quasi-

⁴⁷ MÉNARD Claude, « L'évaluation préalable dans les partenariats public-privé », *Revue française d'administration publique*, 2009, pp. 349-364.

⁴⁸ V. notamment : WILLIAMSON Oliver E., *Les institutions de l'économie*, p. 110.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁰ MÉNARD Claude, « L'évaluation préalable dans les partenariats public-privé », *loc. cit.*

⁵¹ Pour certains articles, cette tendance est flagrante à la simple lecture de leur titre : DELAUNAY Benoit, « L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », *loc. cit.* ; LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.* La course effrénée vers les sociétés publiques locales est d'ailleurs guidée par cette pensée (v. notamment : VANDEPOORTER Alexandre et ROUVEYRAN Thomas, « SPLA – Aménager sans mise en concurrence ? », *La Gazette des cnes*, 2010, n° 2026, pp. 50-53).

⁵² Même si les juges sont de plus en plus cléments au sujet des erreurs formelles négligeables, notamment en France depuis l'arrêt *SMIRGEOMES* (CE, Section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420 ; JurisData n° 2008-074234 ; *Rec.*, 2008, p. 324 ; *AJDA*, 2008, p. 1374, note Paul CASSIA ; *AJDA*, 2008, p. 2161, note Édouard GEFFRAY et Sophie-Justine LIÉBER ; *BJCP*, 2008, n° 61, p. 394, obs. Thierry DAL FARRA et p. 451, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2008, n°11, p. 31, note Jean-Paul PIETRI ; *Droit administratif*, 2008, n° 11, p. 47, note Baptiste BONNET et Alexis LALANNE ; *JCP A*, 2008, n° 47, p. 27, comm. n° 2262, par Florian LINDITCH ; *LPA*, 2008, n° 234, p. 15, note Sylvain HUL ; *RFD A*, 2008, p. 1128, concl. Bertrand DACOSTA, note Pierre DELVOLVÉ ; *RDI*, 2008, p. 499, obs. Stéphane BRACONNIER ; *RLCT*, 2009, n° 42, p. 37, note Nicolas LAFAY).



régie est économe, quel que soit le type d'entité qui constitue la structure intégrée. Certes, la procédure sera plus longue s'il faut créer cette structure, plutôt que si elle existe déjà. Cependant, les autres gains de coûts de transactions seront toujours présents : qu'ils soient financiers et temporels concernant l'appel d'offres ou qu'ils permettent des économies en matière d'informations et de diminution des risques d'échec ou d'erreurs. En outre, il existe systématiquement une phase de choix, plus ou moins informelle, au sein du pouvoir adjudicateur, au cours de laquelle ce pouvoir adjudicateur réunit les informations devant lui permettre d'effectuer son choix final entre tel ou tel mode de gestion, et ce avant les éventuelles phases d'évaluation préalable qui pourraient lui être imposées⁵³. Grâce aux prestations interorganiques, l'acheteur public s'exonère de la procédure de passation des marchés⁵⁴. Il n'a plus à financer la construction de l'appel d'offres, la parution des documents au bulletin officiel, à supporter l'attente d'une phase devant permettre la soumission des offres ou de délais de « *standstill* »⁵⁵ à respecter. Tant que les conditions strictes de la quasi-régie sont réunies, toutes ces formalités peuvent être évitées. Une réserve doit cependant être formulée : il importe que ces économies attendues ne fassent pas oublier que le pouvoir adjudicateur doit opter pour un mode de gestion qui corresponde au projet qu'il veut mener. Le choix d'un mode de gestion compatible avec la quasi-régie juste pour bénéficier des exonérations auxquelles elle ouvre droit pourrait en effet entraîner des coûts supplémentaires en cours d'exécution du fait de l'inadéquation entre le mode de gestion choisi et les nécessités du service mis en œuvre.

201. — Ces coûts apparaissant en cours d'exécution seront regroupés au sein des coûts *ex ante*, définis par le professeur Ménard comme recouvrant :

*« essentiellement les coûts de mise en œuvre du contrat, en particulier les coûts de suivi et de pilotage, les coûts résultant d'éléments inadaptés ou mal calibrés dans ce contrat, les coûts de renégociation qui en résultent, et enfin les coûts provenant d'une rupture éventuelle de la relation contractuelle »*⁵⁶.

⁵³ Comme le prescrit par exemple l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat, NOR : ECOX0400035R, *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994.

⁵⁴ Sur ce coût, v. notamment : MARAIS (du) Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁵ V. notamment : BERGEAL Catherine et LÉNICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, 2^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiel experts, 2010, pp. 89-90.

⁵⁶ MÉNARD Claude, « L'évaluation préalable dans les coûts de transaction », *loc. cit.*

Les exigences de contrôle analogue et celles liées à la quasi exclusivité de l'activité confèrent au détenteur interorganique une sécurité indéniable. Elles imposent sa participation financière et sa présence par le biais de représentants dans les organes dirigeants, ce qui aura un impact considérable sur sa capacité à suivre et piloter les actions de son organisme intégré. Dans le cadre d'une structure intercommunale intégrée par exemple, tout détenteur pourra, grâce à ses représentants, obtenir des rapports fréquents et influencer les actions de l'entité quasi interne, tout en bénéficiant du savoir faire fourni par celle-ci. Aucune dissimulation n'est envisageable : parce qu'elle serait difficile à effectuer et, qu'ensuite, elle constituerait dans tous les cas une infraction impliquant une réparation éventuelle devant les tribunaux : au droit d'information des actionnaires dans le cadre d'une société par exemple, ou d'information des associés lorsqu'il s'agit d'une association. Quant aux coûts de renégociation, ils disparaissent dès lors que la volonté du second organisme n'est pas distincte de celle du pouvoir adjudicateur. Des ajustements, s'ils sont nécessaires au bon fonctionnement de l'activité, sont bien envisageables, voire même attendus dans le cadre du lancement d'une nouvelle activité. Ils deviennent d'ailleurs rarissimes lorsque la structure intégrée est constituée à partir d'une entité autonome préexistante. En revanche, lorsque cette dernière devra passer des contrats avec des entités autres que son détenteur pour l'exécution de la tâche que celui-ci lui a confiée (ou autres que des prestataires intégrés de son détenteurs si l'organisme est détenu par un seul détenteur⁵⁷), l'incertitude et la rationalité limitée resurgiront. Hors du cercle interorganique, chaque acteur interorganique redevient un acteur économique indépendant. Le détenteur bénéficiera cependant d'un avantage : les coûts propres à la transaction ne seront pas assumés par lui mais par la structure intégrée, et ce même s'ils sont nécessaires à l'activité que la seconde exerce pour le premier⁵⁸. Sa présence à la direction de sa structure intégrée semble enfin rendre impossible la survenance d'une rupture contractuelle imprévue.

⁵⁷ Les directives ayant autorisé la quasi-régie horizontale pour les détentions uniques (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2.).

⁵⁸ Pour les sociétés publiques locales par exemple, ce type de transaction entre dans la catégorie des « *contrats passés par la société publique locale pour ses propres besoins* ». Ces sociétés devront par conséquent respecter l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (préc.) et ses décrets d'application. Comme son entrée en vigueur est différée, tous les contrats passés antérieurement doivent respecter : l'Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (NOR : ECOX0500022R, *JORF* n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014), le Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (NOR : ECOM0520019D, *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20782) et le Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (NOR : ECOM0520014D).



202. — *In fine*, leur position permet aux détenteurs interorganiques de bénéficier systématiquement d'une diminution des coûts de transaction qu'ils doivent supporter. Ceux-ci semblent pouvoir bénéficier d'une économie similaire en matière de coûts d'agence, faisant de celle-ci une deuxième théorie justifiant économiquement l'existence des prestations interorganiques.

§2. La justification de la quasi-régie par la théorie de l'agence

203. — La théorie des coûts de transaction permet de justifier le recours aux prestations interorganiques. Il n'en est pas exactement de même concernant la théorie de l'agence. L'interdépendance entre quasi-régie et théorie de l'agence est en effet seulement asymétrique car seule la seconde semble susceptible d'être utilisée pour analyser la première (A). Cette confrontation permettra par ailleurs de démontrer que les prestations interorganiques permettent de retirer des économies de coûts d'agence qui, plus encore qu'en matière de coûts de transaction, sont plus destinés à bénéficier aux détenteurs qu'à leurs opérateurs dédiés (B).

A. Une interdépendance asymétrique entre théorie de l'agence et quasi-régie

204. — Les auteurs s'accordent à faire d'un constat effectué en 1776 par Adam Smith le fondement de la théorie de l'agence⁵⁹. Selon lui, la première source d'inefficacité des sociétés par actions est qu'elles gèrent un capital qui ne leur appartient pas directement, ce qui les empêcherait de tirer un bénéfice optimal de ce capital⁶⁰. Elles sont donc dans l'incapacité de maximiser cette propriété, alors même que c'est cette dernière que les transactions sur le marché visent à transférer ou à faire prospérer. Le système des droits de propriété agit donc sur le comportement des agents, comme ont tenté de le démontrer les penseurs de la théorie des droits de propriété, deux siècles après Smith⁶¹. Ils l'ont

« construite notamment pour montrer la supériorité des systèmes de propriété privée sur toutes les formes de propriété collective, de même que pour répondre aux thèses de Berle et Means sur la séparation entre propriété et contrôle des entreprises et ses implications. Située au cœur des nouvelles approches néoclassiques des institutions, la théorie des droits de propriété se propose de montrer comment [...] dans une économie où les rapports contractuels entre agents sont libres, le type et la répartition des droits de propriété qui assurent l'efficacité la plus grande tendent à s'imposer »⁶².

⁵⁹ V. notamment : CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, op. cit., p. 93 ; JENSEN Michael et MECKLING William, « *Theory of the firm : managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *Journal of financial economics*, 1976, n° 3, pp. 305-360 p. 307.

⁶⁰ SMITH Adam (trad. Germain GARNIER), *La richesse des nations*, Guillaumin, 1843, T. 2, p. 401.

⁶¹ Sur la théorie des droits de propriété, v. CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, op. cit., pp. 77-93.

⁶² CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, op. cit., p. 79.

La théorie de l'agence s'est développée à la fois parallèlement et au sein de ces développements⁶³, de telle sorte que ses théoriciens ont utilisé ces informations pour étudier les relations qu'entretiennent les acteurs au sein de la firme et non leur choix de recourir ou non à celle-ci.

205. — Cette théorie est naturellement applicable au droit public mais, contrairement à la théorie étudiée *supra*, sa logique sous-jacente ne peut que partiellement justifier le recours aux prestations interorganiques **(2)**. Un exposé de cette théorie permettra néanmoins de démontrer pourquoi son utilisation est particulièrement appropriée à une analyse de la quasi-régie **(1)**.

1) Une théorie transposable à l'analyse de la quasi-régie

206. — La théorie des coûts de l'agence a vocation à être utilisée pour analyser la quasi-régie car elle étudie les coûts liés aux intermédiaires au sein des firmes. Le prestataire intégré étant juridiquement considéré comme n'étant pas réellement un intermédiaire, il faut déterminer s'il ne l'est pas non plus sur le plan économique. C'est la théorie des coûts de l'agence qui semble être la plus à même d'en témoigner.

207. — Pour étudier ces coûts, Michael Jensen, William Meckling⁶⁴ et Eugène Fama⁶⁵ ont commencé par postuler que tout contrat passé au sein de la firme met en relation deux types de personnes : le principal, celui qui détient la propriété, et l'agent, présenté comme une sorte d'intermédiaire. De leur collaboration naîtra une « *relation d'agence* », dont la définition est « *très générale : elle recouvre en fait toute relation entre deux individus telle que la situation de l'un dépende d'une action de l'autre* »⁶⁶. Ce lien va entraîner des frais, tant pour le principal que pour l'agent, que l'on nommera « coûts de l'agence ». Cette théorie répond à un objectif particulier : faire diminuer la perte d'optimisation inhérente à la présence d'un intermédiaire, ce qui est identifié comme étant les « coûts

⁶³ Ce qui a permis aux auteurs qui l'ont théorisée de la présenter comme « *un progrès [...] dans la théorie des droits de propriété* » (JENSEN Michael et MECKLING William, « *Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *loc. cit.*, p. 305).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ FAMA Eugène, « *Agency problems and the theory of the firm* », *Journal of political economy*, 1980, vol. 88, n° 2, pp. 288-307.

⁶⁶ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 93.

d'agence ». Elle tend par conséquent à évaluer les charges qui découlent de la dissociation entre le propriétaire et le gérant effectif. Quand ceux-ci sont une même personne, « *il n'y a pas a priori de conflit d'intérêts entre le dirigeant et l'actionnaire* » mais ce risque resurgit quand ce lien est rompu, ce qui est le cas « *dans toutes les entreprises où est instaurée une séparation du contrôle et de la propriété, apparaît un problème d'agence* »⁶⁷. L'affiliation de cette théorie à celle des coûts de transaction réside donc dans deux points communs : le fait que le contrat en constitue un élément capital⁶⁸ et que la firme y est également décrite comme un « *nœud de contrats* »⁶⁹. Pourtant, ces deux théories ne doivent pas être confondues. La théorie de l'agence ne se concentre pas sur les choix entre les différents modes de gouvernance, elle ne cherche qu'à résoudre les problématiques qui résultent de la relation nouée entre le principal et son agent⁷⁰. Elle ne fait pas la part belle au critère de la hiérarchie et la relation entre employeur et employé ne constitue plus son exemple topique, même si le principal dispose d'une certaine autorité sur l'agent. Elle ne présume donc pas qu'ils sont à égalité, d'autant plus que l'information imparfaite et l'incertitude qui en résulte constituent des facteurs d'inégalité. Les penseurs de la théorie de l'agence ont traduit ce fait par la notion d'information asymétrique⁷¹, visant ainsi à décrire le fait que le principal manque généralement d'informations sur les actions de son agent. C'est cette asymétrie qui entraînera des frais, monétaires ou non, pour les deux parties.

208. — Contrairement à la théorie des coûts de transaction, celle de l'agence ne différencie pas les coûts *ex ante* et *ex post*. Sans pour autant se désintéresser des coûts d'élaboration du contrat, elle ne les différencie pas de ceux liés à l'exécution, puisqu'elle répertorie les coûts en fonction de la personne qui les subit. Ainsi classifie-t-elle trois types de dépenses⁷² : les dépenses de surveillance et d'incitation, que doit subir le

⁶⁷ ALBOUY Michel et OBEID Hassan, « L'impact des privatisations sur la performance des entreprises françaises », *Finance Contrôle Stratégie*, 2007, vol. 10, n° 1, pp. 6-37, p. 12.

⁶⁸ D'ailleurs le professeur Williamson a également disserté sur la théorie de l'agence dans l'ouvrage *Les institutions de l'économie* (WILLIAMSON Oliver E., *Les institutions de l'économie*, *op. cit.*, pp. 46-47).

⁶⁹ LAVASTRE Olivier, « Les coûts de transaction et Oliver E. Williamson : Retour sur les fondements », X^e Conférence internationale de management stratégique, 13-15 juin 2001, Faculté des Sciences de l'administration, Université de Laval, Québec, 2001 (25 p.) (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/13-xeme-conference-de-l-aims/communications/2415-les-couts-de-transaction-et-olivier-e-williamson-retour-sur-les-fondements/download> . Dernière consultation le 11 octobre 2015), p. 5.

⁷⁰ WILLIAMSON Oliver E., *Les institutions de l'économie*, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹ Le professeur Akerlof a consacré un article à cette notion d'information asymétrique, afin d'en donner un exemple précis (AKERLOF George A., « *The market for « Lemons » : quality uncertainty and the market mechanism* », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, n° 3, pp. 488-500).

⁷² CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 95. V. aussi : JENSEN Michael et MECKLING William, « *Theory of the firm : managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *loc. cit.*



principal, les coûts d'obligation, que doit subir l'agent, et les pertes résiduelles qui représentent l'absence de maximisation optimale du fait de la gestion de l'agent. En les détaillant, les penseurs de la théorie de l'agence pensaient pouvoir les réduire. Ils avaient notamment pour objectif de trouver des procédés visant à assurer l'information du principal sans représenter un coût colossal dans les finances des deux parties – même si les dépenses supportées par le principal semblent constituer le cœur de leurs préoccupations.

209. — Juridiquement, la relation d'agence est couramment traduite par celle instaurée entre mandant et mandataire⁷³. Cette appellation n'est bien sûr justifiée que dans la mesure où elle est utilisée dans son sens le plus large. Il ne faut pas entendre ces termes dans leur définition classique mais en tant qu'ils désignent l'ensemble des relations contractuelles. Cette théorie a principalement été utilisée en droit des affaires, pour analyser les interactions qui se nouent entre les actionnaires d'une entreprise et ses gestionnaires. L'optimisation du contrôle des premiers sur les seconds représente une part majeure des recherches sur l'agence. Même si « *l'individualisme méthodologique qui caractérise cette théorie [...] laisse peu de place à la dimension organisationnelle ou collective des rapports sociaux* »⁷⁴, ces applications de la théorie de l'agence aux actionnaires démontrent que la transposition du niveau individuel vers le niveau collectif est possible. Plusieurs éléments semblent donc faire de la théorie de l'agence un moyen adéquat pour analyser la quasi-régie. Contrairement à ce qui pouvait être déduit en matière de coûts de transaction, cette dernière semble néanmoins peu encline à entraîner un renouvellement des problématiques des coûts d'agence.

2) *L'impossible novation des implications de la théorie de l'agence par la quasi-régie*

210. — La transposition de la théorie de l'agence en droit public implique deux raisonnements, chacun menant à des conclusions opposées quant à la pertinence des prestations interorganiques. L'un retourne aux sources du droit constitutionnel et

⁷³ V. notamment : ALBOUY Michel, « Finance des organisations publiques et des entreprises privées : convergence ou rupture ? », in CLIQUET Gérard Cliquet et ORANGE Gérald (dir.), *Organisations privées, organisations publiques : Mélanges Robert Le Duff*, Publication de l'Université de Rouen, 2002, pp. 13-32, p. 14.

⁷⁴ ROULEAU Linda, *Théories des organisations : approches classiques, contemporaines et de l'avant-garde*, Presses de l'Université du Québec, Hors Collection, 2007, p. 101. V. aussi ses rappels des différentes critiques qui ont été faites à l'encontre de la théorie de l'agence (*ibid.*, pp. 101-102).

souligne l'aspect négatif de la quasi-régie pour les citoyens. Le second adopte le point de vue du pouvoir adjudicateur détenant une entité intégrée et met en relief les intérêts qu'il peut tirer de cette relation.

211. — La première implication de la théorie de l'agence en droit public, qui impose une vision globale, rappelle que tout personnel de l'État, personne physique, est un agent au sens de la théorie de l'agence, au service des principaux que sont les citoyens. Les biens que cet agent doit administrer sont la propriété de la communauté et il aura pour objectif de les gérer au mieux. Le droit public est donc par nature coutumier du problème de l'optimisation de la gestion des biens du principal par l'État. Cette particularité est d'ailleurs la cause de certains de ses maux budgétaires. Le droit administratif des biens comprend de nombreux exemples démontrant que les agents ne gèrent pas toujours la propriété du principal dans l'intérêt de ce dernier. Plusieurs textes, regroupés dans le Code général de la propriété des personnes publiques, ont été adoptés afin d'y remédier. Le droit public français a d'ailleurs déjà été examiné à l'aune de la théorie de l'agence⁷⁵. Le professeur Albouy a notamment exposé qu'elle justifierait le recours aux privatisations et, à l'inverse, tendrait à la disparition, à terme, du mode d'organisation que constituent les entreprises publiques⁷⁶. Le raisonnement qu'il a développé repose sur la relation complexe qu'impliquent ces modes de gestion au sein de l'État. Il rappelle en effet que derrière « l'État propriétaire » se trouve le peuple, de telle sorte que les personnes physiques qui représentent l'État et sont amenées à gérer les biens publics, doivent être considérés comme les agents du peuple⁷⁷. Or, l'équation ne se résume pas à ces deux étages car :

*« les dirigeants de l'entreprise publique nommés par le gouvernement, sont à leur tour les agents de ce dernier. La partie se joue donc à trois et non à deux joueurs. Le jeu est plus compliqué et les modes de contrôle et de régulation deviennent plus complexes. »*⁷⁸

212. — Les multiples divergences entre les intérêts des citoyens, du gouvernement et des managers permettraient, toujours selon le professeur Albouy, de supposer qu'il existe une « *supériorité intrinsèque de la performance économique et financière de*

⁷⁵ ALBOUY Michel, « Finance des organisations publiques et des entreprises privées : convergence ou rupture ? », *loc. cit.* et ALBOUY Michel et OBEID Hassan, « L'impact des privatisations sur la performance des entreprises françaises », *loc. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 14 et p. 30.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁸ *Ibid.*



l'entreprise privée par rapport à celle de l'entreprise publique »⁷⁹. La quasi-régie, dans ce cadre, ne remédierait pas au problème fondamental de l'agence mais l'accroîtrait en apportant un quatrième niveau intermédiaire par la démultiplication des managers. La volonté exercée au sein du cercle interorganique a beau être juridiquement la même, les deux personnes morales qui le composent constitueront bien deux acteurs économiques distincts sur le marché. Une seule nuance peut être apportée à ce bilan négatif. Elle concerne les cas dans lesquels le détenteur est un organisme de droit public – ce qui semble désormais envisageable sans restrictions⁸⁰ – et, qu'en outre, il a été inclus dans cette catégorie par le biais de l'une des deux dernières sous options de la troisième condition de la définition des organismes de droit public⁸¹. Plus précisément, son inclusion s'est donc opérée malgré le fait que son financement ne provienne pas majoritairement de l'État, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public⁸². Il en résulte que son capital n'est pas réellement constitué de fonds publics. Il est par conséquent impossible de considérer qu'il est l'un des agents des citoyens. Cette nuance ne suffit pourtant pas à annuler le fait que ce premier aspect de la théorie de l'agence en droit public tendrait à réfuter l'efficacité économique des prestations quasi internes.

213. — La seconde implication de la théorie de l'agence en droit public semble au contraire augurer de meilleurs auspices pour ce mécanisme. Elle fournit une vision plus partielle, mais également plus proche des préoccupations des personnes publiques, car elle se concentre sur la relation entre les deux entités. Concrètement, le pouvoir adjudicateur fait exécuter une tâche dont il est responsable par une structure qu'il possède et maîtrise. Dans ce cadre, il n'y a plus réellement de séparation entre contrôle et propriété, toujours si l'on fait l'impasse sur le pouvoir des citoyens. De telles données font disparaître les deux éléments créant les problèmes d'agence : les intérêts divergents et l'information imparfaite⁸³. Dès lors que l'entité intégrée est juridiquement mue par la volonté de son détenteur, il est impossible de considérer que leurs intérêts ne se rejoignent pas, même s'ils ne convergeront pas systématiquement. L'affirmation est forcément vraie dans le cadre d'un contrôle conjoint, puisque les directives « marchés »

⁷⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁰ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

⁸¹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, préc., article 1^{er}, pt 9.c).

⁸² *Ibid.*

⁸³ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 94

et « concessions » interdisent à l'entité intégrée de poursuivre des intérêts contraires à ceux de ses co-détenteurs⁸⁴. Cette harmonie de principe constitue une situation exceptionnelle car il est très rare que les deux parties à la transaction aient des intérêts convergents⁸⁵. Elle permettra de réduire les écarts de comportement entre ce que fera l'organisme intégré et ce qu'aurait fait le pouvoir adjudicateur s'il s'était trouvé à sa place. En ce sens, les prestations interorganiques permettent de résoudre l'une des sources majeures de la survenance de coûts au sein de la relation d'agence.

214. — Sous l'angle de la théorie de l'agence, l'intérêt à recourir à ce mécanisme est partagé. D'un point de vue global, c'est un mauvais calcul qui ajouterait un troisième niveau intermédiaire entre le principal – que sont les citoyens – et sa propriété. À l'inverse, si l'on considère que le principal est le détenteur, il y a un réel intérêt à recourir à cette institution. Ce second niveau étant plus concret que le premier, son bilan positif devra prévaloir. Pourtant, ce serait suivre des raccourcis que d'affirmer qu'aucun coût d'agence ne peut survenir dans le cadre de leur relation.

B. Une réduction partielle des coûts d'agence attendue grâce à la quasi-régie

215. — La théorie de l'agence décrit trois types de coûts en fonction de celui qui les subit. Il en résulte que l'exonération de mise en concurrence issue de la quasi-régie, si elle a fréquemment été présentée comme une économie majeure de coûts de transaction par les auteurs français ces dernières années, présentera moins d'avantages sous l'angle de la théorie de l'agence. Il n'empêche que l'étude de deux des frais d'agence tels qu'ils doivent résulter d'une relation interorganique permet d'affirmer que le bilan sera plutôt positif pour le détenteur **(1)**, alors qu'il sera mitigé pour son organisme quasi interne **(2)**.

1) Un bilan positif pour les détenteurs interorganiques

216. — Le choix de recourir ou non à la quasi-régie dépend dans la plupart des cas, voire toujours, du pouvoir adjudicateur qui détiendra l'entité intégrée et non de cette dernière. À ce titre, deux types de frais d'agence l'intéresseront particulièrement : les

⁸⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.c.iii ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.c.iii.

⁸⁵ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, op. cit., 94.



dépenses de surveillance et d'incitation (*the monitoring expenditures by the principal*), ainsi que les pertes résiduelles (*residual loss*)⁸⁶.

217. — Les dépenses de surveillance et d'incitation regroupent celles que devra effectuer le principal pour s'assurer que l'agent mène à bien sa mission. En tant que mesure d'incitation, est généralement cité comme exemple l'intéressement pouvant être mis en place au profit de l'agent. Le budget du détenteur interorganique n'a pas vocation à être aggravé par de telles dépenses. Nul besoin d'inciter un organisme que l'on détient à agir dans tel ou tel sens, même s'il faut tout de même émettre des réserves quand aux situations de co-détention ou de détention unique qui admettraient des personnes ne représentant pas le détenteur interorganique au capital⁸⁷. Concernant les dépenses de surveillance, selon les professeurs Jensen et Meckling, l'exemple topique est le recours à un cabinet d'audit ou d'experts pour contrôler l'efficacité du manager⁸⁸. Peuvent également être considérés comme de telles dépenses l'examen des plans d'action de l'agent, l'ajout d'investisseurs institutionnels ou de membres indépendants ou encore la surveillance des résultats⁸⁹. Or, la position du détenteur interorganique au sein de son organisme intégré rend ce genre de frais inutiles. Tout au plus peut-on considérer que ses dépenses seront limitées à la rémunération du personnel qu'il met au service de ses organes dirigeants et encore, seulement s'il est obligé de les rémunérer pour cette mission. Cette mise à disposition constitue un coût d'agence pour le principal. Elle ne peut cependant pas être considérée comme une dépense lourde, dès lors qu'il s'agira rarement de personnel recruté pour ce poste en particulier et d'autant plus que les élus peuvent en faire partie. Ceci est confirmé par le fait que la quasi-régie n'impose aucun poste de contrôleur (au sens générique du terme) ou de conseil au sein de l'organisme intégré, comme ce fut le cas pour les entreprises publiques françaises⁹⁰. Néanmoins, il convient de souligner qu'au vu de l'inefficacité maintes fois constatée de ces contrôles, leur absence dans le cadre de la dérogation interorganique ne peut pas réellement être regrettée.

⁸⁶ JENSEN Michal et MECKLING William, « *Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *loc. cit.*, p. 308.

⁸⁷ Sur les possibles divergences d'intérêts entre structure intégrée et détenteur interorganique, v. *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre II ; Section 1, §2.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 323.

⁸⁹ ROULEAU Linda, *Théories des organisations : approches classiques, contemporaines et de l'avant-garde*, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁰ À ce sujet, v. notamment : CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Economica, coll. Corpus – Série, 2007, pp. 502-532.

218. — Si le pouvoir adjudicateur détenant un prestataire intégré n'aura pas à engager de dépenses superflues, c'est également parce que d'autres mécanismes seront mis en place. Ceux-ci sont rendus obligatoires par l'utilisation de fonds publics ou, plus largement, par la position nouvellement acquise par l'organisme intégré. Dans le cas français, le représentant de l'État peut exercer des contrôles, que ce dernier soit une société publique locale, une organisation intercommunale ou une association publique. Les chambres des comptes en auront également le pouvoir, tout comme certaines autorités administratives indépendantes. Pour le détenteur interorganique, il s'agira là d'une garantie supplémentaire de régularité dont il n'aura pas à assumer le coût. Pour conclure au sujet des dépenses d'incitation et de surveillance, on peut donc affirmer que les premières seront nulles pour les détenteurs, alors que les secondes seront réelles mais minces.

219. — Le second type de coût d'agence auquel il faut s'intéresser est celui des pertes résiduelles que peut entraîner la transaction. Celles-ci dépeignent le déficit subi par le principal à cause du fait que ce n'est pas lui mais un agent distinct qui a pris en charge la gestion de sa propriété. Il s'agit par conséquent de la représentation du constat effectué par Adam Smith en 1776, en vertu duquel l'agent gèrera nécessairement la propriété du principal moins bien que si ce dernier s'en était chargé personnellement. « *Comme la maximisation effective est difficilement envisageable pour le principal,* » il s'agit pour celui-ci de « *prévoir le coût des écarts entre ses objectifs et les réalisations de l'agent* »⁹¹. Ces dépenses ne sont pas réellement envisagées lors de la mise en œuvre pratique d'une relation interorganique car elles n'ont pas d'impact concret sur les intérêts des deux parties. Elles représentent pourtant une perte réelle qui serait susceptible d'influencer leurs comportements, même s'il est plus difficile de les mesurer sans étude précise visant à les apprécier *in concreto*. Les professeurs Jensen et Meckling semblent tirer ces pertes résiduelles des divergences d'intérêts qui existent entre le principal et l'agent. Parmi les exemples, ils citent notamment la mauvaise allocation des ressources ou le choix d'une stratégie non optimale. De telles actions, dans le cadre d'une relation interorganique, ne peuvent être exécutées par l'organisme intégré sans l'accord de son détenteur. Le choix d'une stratégie par exemple, résultera nécessairement d'une concertation avec les représentants du détenteur. On peut par conséquent en déduire que toute tactique non optimale adoptée par l'organisme intégré l'aurait été par le pouvoir adjudicateur s'il avait opéré seul, excepté dans les rares cas où leurs intérêts ne convergeront pas. Ces

⁹¹ ROULEAU Linda, *Théories des organisations : approches classiques, contemporaines et de l'avant-garde, op. cit.*, p. 100.



divergences sont possibles et doivent être envisagées. Toutefois, une incompatibilité totale entre les intérêts du détenteur et de sa structure intégrée reste peu probable, même en cas de co-détention puisque, précisément, les directives interdisent à toute structure co-détenue de poursuivre des intérêts contraires à ceux de leurs détenteurs⁹². Il ne devrait pas *de facto* y avoir d'écart trop important entre le comportement de la structure intégrée et celui qu'aurait eu le pouvoir adjudicateur. Les liens privilégiés qu'ils entretiennent du fait de l'union de leurs volontés tendent à diminuer les déficits de maximisation, c'est pourquoi ce mécanisme n'a en principe pas vocation à causer de pertes résiduelles importantes. Ces suppositions nécessitent néanmoins une application stricte des critères interorganiques, toute distorsion du contrôle opéré par les détenteurs pouvant faire réapparaître le risque que de telles pertes surviennent.

220. — Ce dernier constat confirme que le dispositif quasi interne constitue un réel avantage pour les détenteurs interorganiques, même si certains coûts d'agence resteront à leur charge. Le bilan sera plus mitigé concernant ceux que l'entité quasi interne devra assumer.

2) *Un bilan partagé pour l'organisme intégré*

221. — Le dernier type de dépense que la théorie de l'agence préconise d'étudier est celui des coûts d'obligation ou coûts d'engagement. Ce sont ceux que devra supporter l'agent pour garantir la bonne exécution de sa mission au principal. Il ne s'agit pas de tenter de combler l'information asymétrique mais seulement d'en tirer les conséquences en lui procurant des gages d'exécution ou, à défaut, de réparation. L'exemple topique qui a été choisi par les auteurs pour représenter cette dépense est l'assurance en responsabilité civile⁹³. Cette illustration recouvre toute mesure visant, pour l'agent, à assurer les éventuelles inexécutions du contrat, de son fait ou non, afin de ne pas supporter les éventuelles réparations dues au principal. La nécessité d'y souscrire réside dans la séparabilité entre les deux acteurs. On pourrait donc déduire hâtivement qu'elle diminue radicalement dans le cadre de prestations interorganiques.

⁹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.c.iii ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.c.iii.

⁹³ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, op. cit., p. 95.

222. — Il semble peu probable que la structure intégrée se voit imposer des garanties exceptionnelles de la part de son détenteur. Ce dernier ne devrait exiger de sa part qu'un quota minimal de garanties – le conditionnel devant nécessairement être utilisé ici, puisque chaque pouvoir adjudicateur reste libre des garanties qu'il souhaite réclamer. Or, l'intégration du prestataire multipliera très fortement les chances qu'il devienne un pouvoir adjudicateur⁹⁴, ce qui engendrera pour lui des dépenses supplémentaires. Celles-ci seront indubitablement issues des mesures européennes qu'il devra appliquer conformément à cette qualification, auxquelles peuvent éventuellement s'ajouter des mesures propres au droit interne, s'il est intégré à une personne publique⁹⁵. La rigidité des règles encadrant ces structures peut entraîner pour l'entité intégrée l'obligation de souscrire à des garanties auxquelles elle n'aurait pas eu à recourir si elle opérait uniquement grâce à des capitaux privés et pour des entreprises privées. Ainsi devra-t-elle souscrire des assurances obligatoires. La liste peut être longue, d'autant plus qu'elle résulte de dispositions contenues dans de nombreux documents législatifs et réglementaires. En France par exemple, il existe un grand nombre d'assurances obligatoires, dont les textes d'application sont éparpillés. Il peut s'agir d'assurances très générales, comme celle visant à assurer les véhicules terrestres à moteurs en vertu de l'article L. 211.1 du Code des assurances, ou d'assurances liées à des activités particulières, telles que l'assurance qui peut être imposée lors du prêt d'œuvres de la part de musées nationaux⁹⁶. Il est en conséquence quasiment impossible d'en dresser une liste exhaustive⁹⁷. La qualité de pouvoir adjudicateur peut en outre obliger l'organisme quasi interne à souscrire à ces assurances par le biais de marchés publics, ce qui engendrera nécessairement des coûts procéduraux supplémentaires. Ceci est d'ailleurs dû à la séparation des deux entités, qui empêche le prestataire intégré de bénéficier des assurances souscrites par son détenteur.

⁹⁴ Sur cette probabilité, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A.

⁹⁵ Ce qui n'est plus automatique depuis que les directives « marchés » et « concessions » ont mis fin à la scission entre les autorités publiques-pouvoirs adjudicateurs et les autres pouvoirs adjudicateurs (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12 ; v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2).

⁹⁶ V. notamment celle concernant les prêts d'œuvres du Fonds national d'art contemporain, en vertu de l'article D113-8 du Code du patrimoine.

⁹⁷ Pour une liste d'exemples non exhaustive, v. le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurances des collectivités locales*, pp. 13-14. Disponible sur le Portail de l'Économiste et des Finances : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/autres_documents/guide_passation_marches_publics_assurances_collectivites_locales/guide_passation_mp.pdf (dernière consultation le 3 octobre 2015).



223. — Décrire ces coûts d'assurance comme un surplus découlant de la relation de quasi-régie n'est cependant pas envisageable dans toutes les hypothèses. Ces obligations ne représentent pas un surcoût si l'entité pouvait auparavant être considérée comme un pouvoir adjudicateur. Ce serait notamment le cas d'une société qui était auparavant une société d'économie mixte. Le même constat s'impose lorsque ce même organisme intégré préexistant répondait déjà à la qualité de personne publique. À l'inverse, la souscription à des assurances obligatoires représentera bien une dépense supplémentaire si l'entité nouvellement intégrée était auparavant une structure de droit privé. Ce peut notamment être le cas d'une société anonyme classique que l'on aurait transformée en société publique locale. Il convient de plus de rappeler que la quasi-régie n'impose pas l'exclusivité de l'activité au service de son détenteur mais requiert simplement que ce soit le cas d'au moins 80% de son activité en vertu des directives. Par conséquent, si elle propose ses services à d'autres entités que ce dernier, la structure interorganique s'expose potentiellement à d'autres exigences.

224. — En conclusion, le bilan est plus partagé concernant l'organisme intégré. De telles constatations mettent en exergue une des critiques formulées à l'encontre de la théorie de l'agence : elle serait trop centrée sur les intérêts du principal, et non sur ceux de l'agent. L'ensemble des solutions que ses théoriciens auraient développées ne viseraient qu'à diminuer les coûts d'agence du principal. La quasi-régie prouve le bien-fondé de telles critiques. Il est vrai qu'elle permet de résoudre des problèmes de coût d'agence⁹⁸, mais elle sera beaucoup plus efficace pour faire décroître les surcoûts que devront supporter les détenteurs intégrés, que pour réduire ceux de leur prestataire. Même si de telles dépenses ne sont pas *stricto sensu* envisagées par la théorie de l'agence, il faut effectivement rappeler que c'est un alourdissement des démarches globales que l'entité subira du fait des qualifications nouvelles qui lui seront imposées. Certes, ce surplus n'est pas tel qu'il l'empêcherait de remplir sa mission. Il constitue néanmoins un surcoût que n'aurait pas à endurer une entreprise privée à laquelle aurait été simplement délégué un service, même public.

225. — La pertinence économique de la quasi-régie démontre que ce sont principalement les détenteurs interorganiques qui bénéficieront d'économies au sens

⁹⁸ V. *supra*, §2, A.1.

strict du terme grâce à la relation quasi interne. Étant donné que la quasi-régie est censée n'identifier qu'une seule volonté, celle du pouvoir adjudicateur qui aurait envahi celle d'un prestataire, un tel bilan économique se situe dans le prolongement naturel de la définition juridique des prestations intégrées. La pertinence économique de la quasi-régie est donc une réalité. Elle participe à concrétiser cette notion et à la légitimer. Elle ne suffit cependant pas à démontrer la légitimité complète de cette dérogation. Il faut en outre exposer pourquoi la quasi-régie est également compatible avec l'appareil juridique européen.

SECTION 2. LA PERTINENCE JURIDIQUE DE LA QUASI-REGIE

226. — En tant que dérogation, la quasi-régie est fréquemment présentée comme étant une possibilité d'exclure la mise en œuvre de certains principes clefs du droit de l'Union européenne, entendus ici comme ceux qui « *peuvent être déduits par la Cour à partir d'une règle des Traités* »⁹⁹. Par une assimilation entre l'exclusion du droit dérivé et celle du droit primaire, les prestations intégrées sont souvent décrites comme permettant d'exclure l'application des principes gouvernant la passation des contrats publics¹⁰⁰. Les extensions permises par les directives adoptées en 2014 ont par conséquent entraîné de nombreuses inquiétudes, le professeur Braconnier soulignant par exemple que ces extensions pourraient être contraires aux « *principes fondamentaux des Traités* »¹⁰¹.

227. — Pourtant, les rapports que la quasi-régie entretient avec ces principes ne sont pas ceux de l'exclusion car c'est seulement l'application des règles des directives que cette dérogation permet d'exclure. Par sa création, les institutions européennes n'ont pas octroyé aux pouvoirs adjudicateurs une échappatoire dans l'indifférence totale des principes cardinaux du droit européen des contrats publics. Elles ont pris soin de définir une dérogation compatible avec eux, une compatibilité participant d'ailleurs à justifier juridiquement la quasi-régie (§1).

228. — C'est un premier élément qui participe à la cohérence de l'introduction des prestations intégrées dans le dispositif européen. Il s'ajoute à la complémentarité de la construction interorganique avec les autres dispositions du droit de l'Union qui régissent l'action contractuelle des pouvoirs adjudicateurs, plus précisément celles qui peuvent être qualifiées d'échappatoires (§2).

⁹⁹ CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie et RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne, op. cit.*, p. 268, pt 320.1.

¹⁰⁰ À titre d'illustration, le professeur Richer les qualifie d'« *exception au principe de transparence* » (RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 31, pt 38).

¹⁰¹ « *Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé* », *loc. cit.*, pt 29.

§1. La justification de la quasi-régie par les principes européens de la commande publique

229. — La commande publique répond actuellement en France à un champ d'application imprécis mais existant, résultant notamment du Décret du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique¹⁰². Les dispositions de ce décret se superposent aux réglementations européennes sur ce point¹⁰³. La définition de la commande publique semble donc s'être subdivisée. Utilisée dans son acception française, elle ne concernerait que des principes communs applicables à certains contrats : les marchés publics, les contrats de partenariat et certains contrats publics immobiliers¹⁰⁴. Parallèlement, la commande publique est fréquemment employée en tant que synonyme de la réglementation européenne encadrant la passation des contrats publics¹⁰⁵. Cette acception large a été choisie dans les présents travaux, ce qui a permis de circonscrire les principes auxquels comparer la quasi-régie à ceux qui gouvernent actuellement le droit européen des contrats publics : le principe de neutralité, le principe de transparence et le principe de non-discrimination. La quasi-régie n'entretient pas des relations similaires avec chacun d'entre eux.

230. — Parfois présentée comme une traduction de la neutralité des institutions européennes, elle révèle en réalité son ambiguïté en ne transposant qu'une vision particulière de cette neutralité **(A)**. Ce phénomène n'est pas détectable dans ses rapports avec les principes de transparence **(B)** et de non-discrimination **(C)**, qu'elle ne vient pas transposer mais avec lesquels elle est compatible.

¹⁰² Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JORF* n° 0276 du 28 novembre 2009, p. 20566.

¹⁰³ V. notamment : AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 103-105 ; DREYFUS Jean-David et BASSET Bruno, « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », *AJDA*, 2004, n° 41, pp. 2256-2260 ; LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Le grand désordre de la commande publique », *CMP*, 2009, p. 1, repère n° 7 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, pp. 512-513, pt 913 ; PREUD'HOMME Laura, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014, spéc. pp. 21-25, pts 1-6.

¹⁰⁴ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 513, pt 913.

¹⁰⁵ « Les expressions « commande publique », « contrats dits de la commande publique » et « droit de la commande publique » seront, par la suite, employées de telle manière à viser indirectement les obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. » (PREUD'HOMME Laura, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, *op. cit.*, p. 24, note 22).



A. L'interdépendance singulière entre principe de neutralité et prestations quasi internes

231. — Désormais énoncé à l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰⁶, le principe de neutralité constitue la « *condition essentielle* » d'existence de l'Union¹⁰⁷. Il protège la liberté d'organisation administrative interne, en postulant que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Théoriquement, il semble pouvoir être présenté comme étant l'expression de deux facettes d'une même impartialité : l'une, positive, concernant l'objectivité de l'Union face au droit des États d'intervenir dans l'économie et l'autre, négative, impliquant une abstention de la part des institutions européennes eu égard à ces interventions¹⁰⁸. La quasi-régie pourrait par conséquent être présentée comme en étant une présentation parfaite, notamment depuis que la qualification de détenteur interorganique semble avoir été ouverte à tous les pouvoirs adjudicateurs par les directives¹⁰⁹. Son existence procède déjà d'une volonté de respecter la liberté d'organisation des personnes publiques¹¹⁰ et les extensions concédées par les directives semblent répondre à la volonté d'afficher un respect de cette liberté¹¹¹.

232. — Se contenter d'une telle présentation reviendrait néanmoins à passer sous silence plusieurs critiques dénonçant la « *particulière faiblesse* » du principe de neutralité, qui ne serait qu'une « *fiction* »¹¹², un « *leurre* » dont il ne faudrait pas oublier le « *prix auquel [il] se paie* »¹¹³. Ce coût, caractérisé par les nombreuses règles de mise en concurrence à

¹⁰⁶ Anciens articles 295 TCE et 222 TCE. Sur ses origines, v. notamment : ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 40-43, pts 55-59.

¹⁰⁷ COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, Coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2014, p. 55, pt 106.

¹⁰⁸ ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 43-45, pts 60-61.

¹⁰⁹ Sur cette ouverture du capital des prestataires intégrés, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B. Le professeur Clamour souligne en effet qu'en restreignant l'accès à la qualité d'autorité publique, créant ainsi une scission parmi les pouvoirs adjudicateurs, la Cour de justice aurait porté une atteinte à cette vision de la neutralité, puisqu'elle entravait la liberté d'organisation des pouvoirs adjudicateurs (CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.*, pt 18).

¹¹⁰ Ainsi que le rappelle notamment le professeur Brevet (BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 849).

¹¹¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., pt 5 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pt 5 de l'exposé des motifs.

¹¹² GUGLIELMI Gilles J., et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 241, pt 458.

¹¹³ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 448 et 519.

appliquer¹¹⁴, apparaîtrait d'autant plus injustifié qu'en contrepartie, le principe de neutralité ne serait pas appliqué de façon parfaite par les institutions européennes¹¹⁵. Les réglementations qu'elles édictent influenceraient les comportements des personnes publiques, transformant la neutralité en « *un principe a minima qui fait actuellement l'objet d'une interprétation large* »¹¹⁶. Plusieurs mesures européennes mises en place ont eu pour conséquence de pousser les pouvoirs adjudicateurs à se détourner des modes de gestion directs¹¹⁷. Au vu de l'absence de transparence qui règne en leur sein, ces derniers seraient systématiquement considérés comme nuisibles à la concurrence. Étant donné qu'interdire l'utilisation de ces formes d'action est impossible car ce serait expressément contraire au principe de neutralité, leur encadrement a été musclé, par une soumission plus prégnante aux règles de publicité et de mise en concurrence. L'encadrement des partenariats public-privé en atteste. Les personnes publiques ont conséquemment été enclines à se tourner progressivement vers de nouveaux modes de gestion. Parmi eux se trouvent les formes sociétales ou l'intercommunalité, qui se sont également révélées problématiques¹¹⁸. De par leur forme, elles entraînaient une assimilation avec les concessions, impliquant depuis l'arrêt *Telaustria*¹¹⁹ la mise en compétition de tous leurs contrats, même lorsque les participations sont entièrement publiques. Cela devait accroître considérablement les formalités administratives à respecter. Or, cet accroissement, dû à la prégnance du critère de la personnalité morale, n'avait en réalité pas lieu d'être, puisque ces situations ne pouvaient pas réellement être assimilées à des concessions¹²⁰. Il s'ensuivait, en France notamment, une sorte de privatisation forcée¹²¹.

¹¹⁴ « *En dépit du principe de neutralité du droit communautaire sur le régime de la propriété publique des entreprises, qui avait un temps justifié l'incompétence de la Communauté européenne pour imposer la privatisation d'entreprises publiques aux États membres, ces derniers découvrent d'autres contraintes redoutables dans le droit dérivé des marchés publics et dans d'autres obligations diffuses de mises en concurrence* » (DURVIAUX Ann Lawrence, LEWALL Paul et THIRION Nicolas, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles : Larcier, 2006, p. 219).

¹¹⁵ Monsieur Roux expose notamment qu'elle est détournée *a posteriori*, sous l'impact croisé de l'application des objectifs économiques de l'Union, du réajustement des compétences européennes à ces objectifs et de l'impossibilité pour les États de se prévaloir directement de l'article 345 du TFUE (ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 89-146).

¹¹⁶ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 445, pt 742. Il relève ensuite les atteintes à ce principe par le droit communautaire de la concurrence et son absence totale d'effectivité dans l'Europe des marchés.

¹¹⁷ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, T. 1, *op. cit.*, pp. 626-627 ; LOMBARD Martine, « L'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques », *loc. cit.*, pp. 1127-1149, pp. 1132-1134 ; RITLÉNG Dominique (actualisation par : IOANNIDOU Aimilia), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories organiques du droit administratif », *loc. cit.*, p. 1073.

¹¹⁸ La Commission européenne se serait livrée « *à une lutte sourde qui met[tait] principalement en péril la coopération intercommunale de forme sociétariaire* » (COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 475).

¹¹⁹ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

¹²⁰ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 478, pt 803.



233. — La quasi-régie, qui fait fi de ce critère pour mettre en exergue la relation interorganique, a été présentée comme le remède à cette anomalie. Il faut admettre que de ce point de vue, adopté par plusieurs avocats généraux, elle représente bien une volonté de neutralité. Ces derniers ont d'ailleurs approfondi ce raisonnement, en faisant de la dérogation interorganique le dernier « rempart »¹²² contre les privatisations forcées qu'imposerait une mise en compétition systématique¹²³. Dès lors que l'*intuitu personae* n'a pas sa place en droit européen, qu'il ne peut être fait aucune préférence aux cocontractants publics et que les mieux offrants sont presque systématiquement des tiers privés, les pouvoirs adjudicateurs auraient été dans l'obligation de privatiser la plupart de leurs services, quand bien même serviraient-ils l'intérêt général¹²⁴. L'absence d'assimilation entre le critère du contrôle « analogue » et un contrôle « identique » a, à ce titre, été qualifiée de cardinale¹²⁵. Le choix du second épithète aurait pu conduire à l'édiction d'exigences trop fortes, réduisant à néant la liberté d'administration interne des pouvoirs publics¹²⁶. Il semble que ce soit dans une optique conforme à ces

¹²¹ Le professeur Cossalter affirme ainsi que « les instances communautaires exercent tout de même une pression sur les autorités nationales, en créant » « un climat favorable aux privatisations » « notamment par le biais des aides d'État » (COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 444, pt 741). Cet auteur cite en réalité le rapport public du Conseil d'État de 1994 (Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Service Public, Services Publics : déclin ou renouveau ?*, op. cit. p. 46).

¹²² La dérogation interorganique serait « un rempart face au principe européen favorisant la libre concurrence dans la plupart des domaines. » (PIROU Xavier, « Transparence *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2010, n° 1, pp. 253-277, p. 269).

¹²³ Concl. Verica TRSTENKAJ sur CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 (préc.), présentées le 4 juin 2008, ECLI:EU:C:2008:317, *Rec.*, 2008, p. I-8457, pt 80.

¹²⁴ CAPITANT David, « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du « *in house* » ? » *RLCT*, 2009, n° 47, pp. 40-44, p. 42. Monsieur Millett a d'ailleurs relevé que dans plusieurs arrêts, l'obligation de mise en concurrence aurait abouti à une privatisation forcée du contrat en cause (MILLET Timothy, « Le « *in house* » a-t-il les faveurs communautaires ? », *ACCP*, 2010, n° 95, pp. 70-73, p. 71) Il cite les arrêts suivants : CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 (préc.), CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06 (préc.), CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossas*, aff. C-573/07 (préc.).

¹²⁵ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 (préc.), loc. cit., pt. 68.

¹²⁶ Doit donc être considérée comme intolérable « une atteinte aussi grave au pouvoir d'organisation des États membres, et en particulier à l'autonomie de nombreuses communes [...]. Le droit des marchés publics vise en effet à garantir un choix transparent et non-discriminatoire des cocontractants dans tous les domaines où la puissance publique a décidé d'accomplir ses missions avec l'aide de tiers ». Il « n'a en revanche pas pour but de privatiser « en catimini » même les missions d'ordre public que la puissance publique souhaite continuer à assumer avec ses moyens propres » (*ibid.*, pt 71).

avertissements que la Cour, bien que n'ayant jamais lié expressément quasi-régie et neutralité, n'a pas suivi l'avocat général Cosmas au sujet de l'intercommunalité¹²⁷.

234. — La quasi-régie doit toutefois être envisagée dans une perspective plus globale, visant à rappeler qu'elle ne semble pas annoncer un retour en grâce des modes de gestion directs. En faire l'une des rares dérogations devait nécessairement provoquer pour elle une attraction de la part des pouvoirs adjudicateurs, qui sont toujours à la recherche de nouvelles techniques plus avantageuses. L'élan massif vers les sociétés d'économie mixte depuis les années 1980 n'est qu'un exemple de cette tendance. Pourtant, il ne faut pas s'y tromper : les prestations quasi internes représentent l'aboutissement d'une réglementation favorisant les délégations d'activités¹²⁸. Leur statut de compromis – entre la gestion déléguée et le maintien d'une sphère de liberté en matière de concurrence – crée une incitation à les préférer à d'autres modes de gestion. La liberté de choix des pouvoirs adjudicateurs est par conséquent réduite, alors qu'elle constitue le corollaire naturel de la neutralité telle qu'énoncée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Si les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas à justifier leur choix de recourir aux prestations intégrées, l'incitation à les choisir exclut automatiquement l'acceptation la plus primaire de la notion de neutralité. L'existence de la quasi-régie atteste par conséquent de la redéfinition du principe de neutralité par les institutions européennes. Néanmoins, cette démarche comprend son lot de justifications. Si les institutions de l'Union européenne semblent bien faire primer le respect du principe de concurrence sur celui de neutralité, sans pour autant qu'une telle hiérarchie ait été préétablie par les traités¹²⁹, il importe de rappeler que la compatibilité entre ces principes ne peut être effective qu'au prix de telles concessions. Dès lors, la quasi-régie témoigne d'une certaine manipulation textuelle mais une telle action est inhérente au concept même de droit positif, dont la mouvance n'est qu'un signe de vitalité.

235. — Bien que justifiées par le principe de neutralité, les prestations quasi internes n'en constituent donc qu'une traduction partielle. Elles révèlent en conséquence

¹²⁷ Concl. Georges COSMAS. sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), *loc. cit.*

¹²⁸ Ce que le professeur Cossalter sous-entendait en dénonçant une dérogation interorganique « trop restreinte pour assurer l'application du principe de neutralité » (COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 475, n° 499).

¹²⁹ Par ailleurs une hiérarchie sur ce point entraînerait plus largement une hiérarchie entre les normes du droit primaire, laquelle pourrait être considérée comme « malaisée » (ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 42, pt 57).



la forte ambiguïté de ce principe. Ce bilan diffère largement de celui pouvant être établi à partir de la confrontation de la quasi-régie au principe de transparence.

B. L'absence de dérogation au principe de transparence

236. — La transparence représente, dans le vocabulaire juridique, l'un de ces « *mots flous* »¹³⁰, dont il est possible d'user et d'abuser sans jamais s'attarder sur ses composantes ; à tel point qu'il suffit désormais de mentionner l'arrêt *Telaustria*¹³¹ pour que les initiés comprennent la référence. Cependant, ce principe a une histoire propre, multidisciplinaire, qui conditionne sa forme actuelle. Il convient de la rappeler pour expliquer pourquoi il ne peut être considéré qu'en excluant l'application des directives aux relations quasi internes, sans toutefois soustraire ces relations aux principes du Traité, les rédacteurs des directives auraient légalisé des situations vouées à porter atteinte au principe de transparence.

237. — La transparence est avant tout l'un des corollaires des démocraties modernes, elle a donc vu le jour parallèlement à leur développement. Le pouvoir du citoyen passe par la connaissance des démarches et actions de ceux qui le représentent et le dirigent¹³². Ainsi faut-il que ces actions s'exercent en pleine lumière. C'est l'« *idée moderne de connaissance qui suppose la transparence* »¹³³, laquelle fait désormais partie des contraintes du pouvoir alors qu'elle a longtemps été l'un de ses instruments¹³⁴. L'ascension du principe de transparence a été enclenchée dans les années 1960, lorsqu'il a été entrepris de lever l'opacité qui caractérisait l'administration française afin de la

¹³⁰ RIVERO Jean, « Rapport de synthèse », in : DEBBASCH Charles (dir.), *La transparence administrative en Europe*, éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990, pp. 307-318, p. 307.

¹³¹ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

¹³² « « L'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire, c'est la publicité » écrivait au siècle dernier Benjamin Constant. Aujourd'hui, on dirait plutôt transparence » (LENOIR Noëlle, Propos conclusifs, in : RIDEAU Jean (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, Centre d'études du droit des organisations européennes (Nice), 1999, pp. 255-269, p. 255).

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ V. notamment : RIDEAU Joël, Propos introductifs, in : RIDEAU Joël (dir.), *La Transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, op. cit., pp. 1-9.

transformer en « *maison de verre* »¹³⁵. Auparavant nommée publicité, la transparence fut nommée ainsi dans les années 1980, lorsqu'il est devenu clair que les deux notions ne s'équivalaient pas¹³⁶. Une nouvelle étape fut franchie dans les années 1990, au cours desquelles la transparence est devenue l'un des piliers de la commande publique et une récurrence du « *jargon de l'Union européenne* »¹³⁷, ce qui s'est « *traduit dans le droit positif avec la multiplication de textes cherchant, de façon plus ou moins explicite, à introduire une plus grande visibilité dans ces contrats publics* »¹³⁸. Parmi les différents travaux doctrinaux qui ont été menés dans cette lignée, il existe d'ailleurs des affirmations pessimistes quant au devenir de la transparence. Madame Lenoir affirmait par exemple qu'en tant que « *notion floue* », celle-ci pouvait « *difficilement constituer un principe juridique en soi* »¹³⁹. Désormais, le constat inverse semble pouvoir être dressé, à tel point que l'agitation autour de la notion semble désormais avoir cessé¹⁴⁰. Aujourd'hui érigée au rang de principe¹⁴¹, la transparence est omniprésente dans l'« *Europe des marchés* »¹⁴², où elle encadre toute relation contractuelle. Par conséquent, son absence doit être justifiée et n'est envisageable que dans des cas

¹³⁵ Comme le rappelaient les professeurs Debbasch et Rivero dans leurs introduction et conclusion de l'ouvrage *La transparence administrative en Europe*, (RIVERO Jean, « Rapport de synthèse », in : DEBBASCH Charles (dir.), *La transparence administrative en Europe*, op. cit., respectivement pp. 11-14 et 307-318). Le professeur Debbasch présentait d'ailleurs cet avènement nouveau de la transparence comme un « *effet boomerang* » du développement toujours croissant de l'administration (*ibid.*, p. 11).

¹³⁶ MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in : BÉCHILLON (De) Denys, CAMBOT Pierre, CHARLES Hubert et CHÉROT Jean-Yves (dir.), *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, Travaux, 2004, pp. 609-626, p. 609. Plusieurs ouvrages portent les marques de ce changement. Ainsi le professeur Laveissière devait-il préciser, alors qu'il rappelait les travaux du professeur Auby : « Parmi les « quatre principes fondamentaux » qui lui semblaient devoir régir le déroulement de cette procédure, la « publicité » – nous dirions sans doute aujourd'hui la « transparence » – figurait en bonne place, comme la condition d'une meilleure protection des droits individuels » (LAVEISSIÈRE Jean, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », in : *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 181-205, p. 181).

¹³⁷ WALLACE Hélène, « Transparency and the legislative process in the EU », in : RIDEAU Joël, *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, op. cit., pp. 113-120, p. 113. Bien qu'elle ait déjà fait quelques apparitions, par exemple dans la célèbre Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JOCE L 195 du 29 juillet 1980, pp. 35-37.

¹³⁸ MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *loc. cit.*, p. 610. En France, certaines lois en portent les stigmates. La plus emblématique étant sûrement la loi dite « Sapin », relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (n° 93-122 du 29 janvier 1993, préc.). Sur ce développement de lois sur la transparence, v. : MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *loc. cit.*, pp. 612-615).

¹³⁹ LENOIR Noëlle, Propos conclusifs, in : RIDEAU Jean (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, op. cit., pp. 255-269, p. 269.

¹⁴⁰ Si plusieurs sujets de thèses en cours portent sur ce sujet, il fait l'objet de moins de colloques qu'il y a dix, voire vingt ans.

¹⁴¹ COMMUNIER Jean-Michel, « Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée », in : *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes : éd. Apogée, 2006, pp. 261-284. V. aussi : MARAIS (du) Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 378.

¹⁴² RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, op. cit.



bien précis. Il en va ainsi en matière de marchés passés dans le domaine de la défense, prévus par le droit dérivé et mentionnés par l'article 4 du Code des marchés publics, ainsi que par l'article 16 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015. Ces contrats justifient une atteinte à la transparence car ils bénéficient d'une autorisation d'être passés dans le secret. La quasi-régie est souvent présentée comme bénéficiant d'une telle exonération¹⁴³, ce que l'exposé des implications de la transparence permet de nuancer très fortement.

238. — La publicité et le secret sont les deux axes de la transparence, son effectivité reposant sur leur équilibre¹⁴⁴. Ces deux axes serviront notre démonstration car si prestation intégrée signifie bien absence de mise en œuvre des mesures de publicité prévues par le droit dérivé, elle ne doit jamais servir à entretenir le secret. Saisir la substance de la transparence dans le cadre de la commande publique, c'est en outre rappeler que ce principe a deux implications majeures¹⁴⁵. La première est la tendance au renforcement du contrôle de tout contrat dans lequel s'engagent les personnes publiques, et ce depuis l'enclenchement de sa passation jusqu'à son extinction. La seconde réside dans le développement de règles procédurales qui peuvent même influencer le contenu de l'acte. Ces deux aspects ne laissent aucune place au secret et font la part belle à la publicité, qui peut néanmoins revêtir différents aspects. Imposer la transparence, ce n'est donc pas uniformiser ces règles de publicité mais s'assurer qu'est appliqué à chaque situation un « *degré de publicité adéquat* »¹⁴⁶. Il convient alors de veiller à l'efficacité de la publicité des procédures et à l'information des entreprises concernant « *les règles de mise en concurrence qui leur sont applicables, de manière à permettre le contrôle du respect des règles de mise en concurrence et la sincérité du choix de l'administration.* »¹⁴⁷ En pratique, c'est le respect de toutes ces facettes qui permet de garantir la transparence.

¹⁴³ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 31, pt 38.

¹⁴⁴ V. notamment : Conseil d'État, Section du rapport et des études, *La transparence et le secret*, Rapport public 1995, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 47, 1996.

¹⁴⁵ Notamment développées par Madame Maugué (MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *loc. cit.*, pp. 612-613).

¹⁴⁶ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc., §62. V. aussi les prescriptions de la Commission concernant l'application du principe de transparence (Commission, 1^{er} août 2006, Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », 2006/C 179/02, JOUE C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2-7, pt 2).

¹⁴⁷ LANZARONE Éric et SALAMAND Walter, « Marchés publics : comment utiliser les sous-critères », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2007, n° 5386, pp. 98-99, p. 98.

239. — Si les prestations intégrées permettent bien d'exclure toute mise en compétition préalable, à commencer par les procédures prévues par les directives, il est difficile de considérer qu'elles justifient une absence totale de publicité. Ni la Cour, ni les directives n'exposent que les prestations intégrées seraient une dérogation aux principes dégagés dans l'arrêt *Telaustria*¹⁴⁸. Les prestations interorganiques sont bien une dérogation aux procédures prévues par les directives et peuvent être interprétées comme dérogeant au principe de transparence tel qu'il est modelé par le droit dérivé. Il importe cependant que les contrats passés entre les acteurs interorganiques fassent l'objet d'une publicité adéquate. La transparence devra être présente à toutes les étapes de la relation interorganique. Ceci qui implique principalement une accessibilité des soumissionnaires potentiels à l'information, afin que ceux-ci puissent vérifier que les structures bénéficiant de la dérogation interorganique respectent bien les critères interorganiques. Avant l'établissement d'une quasi-régie, il n'est pas exclu que les futurs détenteurs interorganiques consultent l'ensemble des opérateurs économiques qui, présents sur le territoire du futur prestataire intégré, seraient susceptibles d'intervenir dans son domaine d'activité. Il conviendrait donc ici de suivre les recommandations formulées par l'avocat général Fennelly dans ses conclusions sur l'arrêt *Telaustria*¹⁴⁹. Lorsque le prestataire intégré est créé, un avis d'intention de conclure ou un avis d'attribution du contrat peut être envisagé, tout comme une information dans des périodiques locaux ou régionaux. Sans pour autant imposer une mise en concurrence du contrat, ces mesures pourraient permettre aux opérateurs sur le marché pertinent d'être informés de la création du prestataire intégré et, éventuellement, de former un recours en justice s'ils constatent que des contrats lui sont attribués alors que l'une des conditions interorganiques lui fait défaut.

240. — La nécessaire transparence de la relation interorganique constitue l'une des principales raisons pour lesquelles l'absence de recours contre la loi du 28 mai 2010 créant les sociétés publiques locales¹⁵⁰ devant le Conseil constitutionnel peut être regrettée. Le Conseil aurait pu insister sur les précautions qui s'imposent dans la mise en œuvre de ces sociétés. Il aurait notamment pu rappeler que l'attribution de contrats à des sociétés publiques locales doit faire l'objet d'une publicité adéquate, d'autant plus qu'il

¹⁴⁸ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

¹⁴⁹ Concl. Nial FENNELLY sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, présentées le 18 mai 2000, ECLI:EU:C:2000:270 ; *Rec.*, 2000, p. I-10745, pt 43.

¹⁵⁰ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, NOR : IOCX0912932L, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697.



semble lui-même avoir admis un principe de transparence des procédures¹⁵¹. Le Conseil d'État reconnaissant lui aussi la transparence au titre des principes généraux de la commande publique¹⁵², il serait envisageable de soulever devant lui l'illégalité des contrats attribués à des structures interorganiques sans publicité adéquate. Un tel recours ne serait contraire ni au principe de neutralité étudié *supra*, ni au principe en vertu duquel il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur l'opportunité du choix d'un mode de gestion par une personne publique¹⁵³. Il s'agirait simplement de permettre une information transparente concernant la gestion de leurs activités par les pouvoirs adjudicateurs et leurs entités intégrées. En outre, la stabilité contractuelle n'en serait pas forcément altérée puisque dans le mouvement actuel de subjectivisation du contentieux contractuel, le Conseil d'État pourrait sélectionner les moyens de régularité les plus graves et filtrer les recours quérulents.

241. — Il semble par conséquent difficile de présenter la quasi-régie comme une dérogation pleine et entière au principe de transparence car cette dérogation ne justifie pas l'existence d'une opacité dans sa création ou son exécution par les acteurs interorganiques. Elle ne peut pas être décrite comme étant le cadre de la résurgence des marchés obscurs¹⁵⁴ car la transparence administrative doit y trouver sa place. Ses critères d'identification et ses effets permettent également de garantir qu'elle ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination.

¹⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* ; *Rec.*, 2003, p. 382, considérant n° 10 ; *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1391, note Jean-Éric SCHOETTL ; *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1404, note Étienne FATÔME ; *Droit administratif*, 2003, n° 10, p. 24, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, n° 4, p. 1163, note François LUCHAIRE.

¹⁵² V. notamment : CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921 ; *Rec.*, 2002, p. 297 ; *ACCP*, 2002, n° 15, p. 42, note Alexandre DOMANICO et Muriel ECHEGUT ; *AJDA*, 2002, n° 10, p. 755, note Jean-David Dreyfus ; *BJCP*, 2002, n° 25, p. 427, concl. Denis PIVETEAU, obs. Christine MAÛGUÉ ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 2003, p. 163, note Jean GOURDOU et Antoine BOURREL ; *CMP*, 2002, n° 207, note François LLORENS ; *RFDA*, 2002, p. 1010.

¹⁵³ CE, 3^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 18 mars 1988, *Monsieur Loupias contre Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893 ; *Rec.*, 1988, tables, p. 891.

¹⁵⁴ Sur ces marchés, v. notamment : PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Coll. BDP, T. 223, 2002, pp. 3-4.

C. L'absence de caractère discriminant de la logique interorganique

242. — Non-discrimination et égalité de traitement font référence dans la jurisprudence de la Cour de justice au même principe. Ils sont « *interchangeables* »¹⁵⁵. Pourtant, confronter la quasi-régie à la non-discrimination nécessite de dissocier les composantes de ce « *principe de base du traité* »¹⁵⁶.

243. — Il importe en effet de démontrer qu'en n'établissant aucune condition liée à la nationalité des acteurs interorganiques, la quasi-régie permet de respecter la liberté de circulation (1). En outre, les critères sur lesquels repose le mécanisme interorganique permettent d'éviter que cette dérogation ne porte atteinte à l'égalité de traitement entre les opérateurs des États membres (2).

1) *Des prestations respectueuses de la liberté de circulation*

244. — Respecter la liberté de circulation au service de la non-discrimination, consiste avant tout à ne pas établir de critères liés à la nationalité des biens, des produits, des marchandises ou des personnes morales et physiques qui les commercialisent¹⁵⁷. La quasi-régie remplit ces prescriptions car elle ne comporte aucune discrimination directe ou indirecte à raison de la nationalité des personnes morales en cause.

245. — Les critères interorganiques n'imposent ni que le siège de l'organisme intégré soit situé dans le même État que son détenteur, ni que la provenance des capitaux injectés dans le prestataire intégré soit restreinte à une zone territoriale particulière¹⁵⁸. L'extension territoriale du champ d'activité d'une structure a bien été prise

¹⁵⁵ CASSIA Paul, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTD eur.*, 2002, n° 3, pp. 413-449, p. 417. Selon Marc Bossuyt, non-discrimination et égalité « *sont les deux facettes d'une même réalité, mais qui est formulée tantôt de manière positive, tantôt de façon négative* » (BOSSUYT Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976, p. 37). Ainsi le professeur Hernu souligne-t-il que la non-discrimination pourrait être vue comme « *une formulation négative de l'égalité de traitement* » (HERNU Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Coll. BDP, T. 232, 2003, pp. 12 et s.). Sur ce principe, v. notamment : ILIOPOULOU-PENOT Anastasia, « Le principe d'égalité et de non discrimination », *in* : AUBY Jean-Bernard (dir.), *Traité de droit administratif européen, op. cit.*, pp. 595-623.

¹⁵⁶ HERNU Rémy, *ibid.*, p. 41.

¹⁵⁷ V. notamment : DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd. LGDJ-Lextenso, Coll. Domat, 2015, pp. 129-130, pt 147.

¹⁵⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.



en compte par la Cour dans l'arrêt *Parking Brixen*¹⁵⁹ pour nier la qualification interorganique de la *Stadtwerke Brixen AG*. Toutefois, il s'agissait là d'un indice parmi une longue liste d'éléments tendant à démontrer que cette entité n'était plus sous le contrôle effectif de ses détenteurs¹⁶⁰. En outre, aucune condition tenant au territoire n'est imposée expressément par les directives de 2014, ce qui permettra des co-détentions de prestataires interorganiques par des pouvoirs adjudicateurs frontaliers. L'utilisation de groupements d'intérêt public interorganiques contenant des personnes morales étrangères ou encore de groupements européens de coopération transfrontalière interorganiques est par exemple envisageable¹⁶¹. La situation des sociétés publiques locales est cependant plus complexe, puisque leur création n'est pour l'heure ouverte qu'à certaines collectivités et à leurs groupements par l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales. Ces instruments restent donc pour l'instant hors d'atteinte pour les personnes morales étrangères. Il existe par conséquent sur ce point une réserve quant à la mise en œuvre de la quasi-régie. Cette réserve tient cependant uniquement à la définition de la société publique locale, qui n'est qu'un moyen parmi d'autres de bénéficier de la dérogation interorganique. Par ailleurs, s'il est confirmé que les sociétés d'économie mixte peuvent devenir des prestataires intégrés¹⁶², des sociétés d'économie mixte interorganiques françaises pourraient être détenues par des personnes morales étrangères, dans les conditions prévues à l'article L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales.

246. — La dérogation interorganique n'implique pas non plus de condition liée à la nationalité de façon indirecte. Sur ce point, l'absence de concordance entre quasi-régie et situation purement interne fournit des clefs pour comprendre les raisons de la compatibilité entre le mécanisme interorganique et la liberté de circulation.

247. — La notion de situation purement interne ne peut être assimilée aux prestations interorganiques¹⁶³, même si plusieurs éléments pourraient le laisser penser.

¹⁵⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.

¹⁶⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.

¹⁶¹ V. notamment : *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2.

¹⁶² Sur les questions qui se posent à ce sujet, v. notamment : *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.2.

¹⁶³ CASSIA Paul, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *loc. cit.*, pp. 421-422.

Les deux notions ont en commun l'arrêt *RI.SAN.*¹⁶⁴. Après y avoir écarté la qualification de prestataire intégré, la Cour y a précisé ce à quoi correspond une situation purement interne quand des personnes morales sont en cause¹⁶⁵. Quasi-régie et situation purement interne se rejoignent également partiellement dans leurs effets : faire admettre leur présence devant la Cour permet en général d'écarter les éventuelles prétentions des candidats évincés. Cependant, alors que la situation purement interne n'est qu'un moyen devant conduire à l'incompétence de la Cour, la quasi-régie implique nécessairement un examen au fond. Cette distinction est mise en exergue par leurs éléments de définition et d'identification. Les critères d'identification d'une situation purement interne ne servent qu'à s'assurer que n'existe aucun élément d'extranéité dans le cas d'espèce, aucun « élément de rattachement » au droit européen¹⁶⁶. Ainsi suffit-il de prouver que « l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »¹⁶⁷. Puisqu'elles ne contiennent aucun élément lié à la nationalité, les prestations intégrées peuvent bien coïncider avec une situation purement interne. La plupart du temps, la reconnaissance de la seconde empêchera néanmoins la Cour de justice de l'Union européenne de vérifier que les conditions des premières sont remplies. La différenciation claire et nette entre les deux notions montre à nouveau que le mécanisme interorganique, bien que se positionnant partiellement hors du marché, ne l'est pas du fait de critères fondés sur la nationalité susceptibles d'entraver la libre circulation. Il ne s'agit pas du seul élément instructif pouvant être tiré de cette notion concernant l'influence de la quasi-régie sur le marché.

248. — Au fil des années, la Cour a progressivement augmenté le nombre d'éléments pertinents constituant des critères de rattachement au droit européen, restreignant ainsi les hypothèses de situations purement internes. Cette extension de l'idée de pertinence a expressément été effectuée au nom de la liberté de circulation (des marchandises) dans l'arrêt dit *Guimont* en 2000¹⁶⁸. Une telle évolution permettait, selon les observateurs, de douter du maintien de la notion de « situation purement interne », entendue comme correspondant aux « cas dans lesquels un litige, confiné dans tous ses aspects en

¹⁶⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

¹⁶⁵ SIMON Denys, « Situation purement interne », *Revue Europe*, 2011, n° 2, pp. 28-29, comm. n° 62.

¹⁶⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc., pt 22.

¹⁶⁷ SIMON Denys, « Situation purement interne », *loc. cit.*, p. 28. Il cite l'arrêt *RI.SAN.* (*ibid.*, §23). Cet arrêt étudié *supra*, est un des exemples dans lesquels ces conditions sont remplies (v. *supra*, Section 1, §2, A).

¹⁶⁸ CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98, ECLI:EU:C:2000:663 ; *Rec.*, 2000, p. I-10663 ; *JCP G*, 2001, n° 25, p. 1227, chron. n° II 10551, par David POUCHARD ; *Journal du droit international*, n° 2, p. 616, note Claude J. BERR ; *RTD com.*, 2002, n° 3, p. 578, note Gérard JAZOTTES.



un seul État membre, ne met en cause que des règles de droit national sans que le droit communautaire trouve à s'y appliquer. »¹⁶⁹ Ces inquiétudes ont été confirmées par la suite, la pertinence ayant été élargie aux hypothèses dans lesquelles sont concernées la liberté d'établissement et la libre prestation de services¹⁷⁰. Le perfectionnement des normes fondamentales de l'Union européenne tend progressivement à réduire l'étendue de la notion de situation purement interne. Parallèlement aux restrictions de cette notion, la quasi-régie a connu une extension progressive, à tel point qu'elle a pu être décrite comme étant l'une des rares victoires de la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs sur la liberté de circulation¹⁷¹. Ceci est remarquable au vu de la propension des institutions européennes à faire primer les libertés et principes inhérents au marché sur tous les autres, alors même qu'une telle hiérarchie ne semble pas avoir été établie par les traités. Cette tendance pourrait à terme anéantir les normes qui ne servent pas directement « l'Europe des marchés »¹⁷². En ce qui concerne la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs, ce risque n'est pas une abstraction. Aux restrictions naturelles du droit civil¹⁷³ s'ajoutent les nombreuses règles de la commande publique¹⁷⁴. Sous cet angle, la quasi-régie apparaît comme l'une des dernières résistances de cette liberté contractuelle. Pour mériter ce titre, il fallait néanmoins qu'elle respecte la liberté de circulation. Les critères interorganiques servent cet objectif : la définition prestations intégrées n'implique aucune référence à la nationalité.

249. — La quasi-régie n'entraîne aucune discrimination directe ou indirecte sur le fondement de la nationalité. En délimitant clairement l'étendue des relations interorganiques, elle empêche aussi l'atteinte à l'égalité de traitement entre les opérateurs au sein de l'Union.

¹⁶⁹ PUISSOCHET Jean-Pierre et LEGAL Hubert, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, pp. 149-159, p. 153.

¹⁷⁰ SIMON Denys, « Situation purement interne », *loc. cit.*, p. 29.

¹⁷¹ La quasi-régie a même déjà été décrite comme le « *viatique* » de cette liberté contractuelle (DESGRANGES Mathilde, *Les contrats « in house »*, *op. cit.*, p. 54).

¹⁷² RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*

¹⁷³ Sur les restrictions à la liberté contractuelle opérées en droit civil du fait de la non-discrimination, v. GARCIA Kiteri, *Le droit civil européen*, Larcier, Coll. Europe(s) (Bruxelles), 2008, p. 459.

¹⁷⁴ Sur leur accroissement, v. notamment : AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 252-291.

2) *Des prestations respectueuses de l'égalité de traitement*

250. — L'égalité de traitement « constitue la pierre angulaire du marché commun qui recouvre l'ensemble des activités économiques »¹⁷⁵. En conséquence, les institutions européennes ont pris soin d'encadrer les mécanismes interorganiques par des critères garantissant que toute structure intégrée est bien dans une situation particulière qui justifie qu'elle bénéficie des exonérations permises par la quasi-régie. Ce sont par conséquent deux éléments qui permettent de démontrer que la quasi-régie répond, dans sa définition européenne, aux exigences de l'égalité de traitement : ses critères de définition et la circonscription de ses effets.

251. — La situation des prestataires intégrés par rapport à leurs détenteurs n'est tout d'abord pas comparable à la situation des autres opérateurs sur le marché, grâce à l'existence de conditions objectives, comme prescrit par la jurisprudence européenne¹⁷⁶. L'alliance de la logique personnaliste à la logique fonctionnelle, désormais inscrite dans les directives, permet de vérifier avec précision que la composition, le capital et les modalités de fonctionnement du prestataire quasi interne le placent dans une situation de très forte dépendance à l'égard de ses détenteurs. La nécessaire influence décisive de ses détenteurs sur ses propres décisions ou interdiction pour les organismes co-détenus de poursuivre des intérêts contraires à ceux de leurs détenteurs participent à cette dépendance¹⁷⁷. Cette dépendance n'est pas seulement structurelle, ce que tend à garantir le fait que l'entité intégrée ne peut pas exercer plus de 20% de son activité pour des personnes morales autres que son détenteur¹⁷⁸. Cette entité ne peut donc pas être considérée comme un agent sur le marché agissant indépendamment de ses détenteurs. C'est sa position par rapport à eux qui importe. En conséquence, les relations que le prestataire intégré entretient avec ses détenteurs peuvent être isolées des procédures de mise en concurrence des contrats publics. Il est en conséquence cardinal de vérifier fréquemment que les conditions interorganiques sont maintenues. C'est en outre la

¹⁷⁵ HERNU Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op. cit., p. 3.

¹⁷⁶ Sur la différenciation entre critères objectif et subjectif, v. *ibid.*, pp. 317-319.

¹⁷⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 12.1 et 12.3 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 17.1 et 17.3.

¹⁷⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 12.1.b et 12.3.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 17.1.b et 17.3.b.



raison pour laquelle la circonscription des effets du mécanisme interorganique revêt une importance capitale.

252. — Il importe en effet que les effets interorganiques ne concernent que les relations entre acteurs interorganiques, ce qui explique qu'ils ne concernent finalement que des exonérations de mise en compétition préalable de contrats liant les prestataires intégrés à leurs détenteurs (ou à des prestataires intégrés du même détenteur en cas de détention unique grâce à la quasi-régie horizontale). Seules des formalités liées à la mise en concurrence de contrats peuvent être écartées : les règles du droit matériel de la concurrence ne sont pas exclues car l'autonomie économique du prestataire intégré n'est pas totalement annihilée. Les directives ont bien étendu ces effets mais avec une précision qui en garantit les limites. Dans ce cadre, l'extension des effets de la quasi-régie prévue par les directives, si elle devra être mise en œuvre avec la plus grande précaution par les prestataires intégrés et leurs détenteurs, est également guidée par la volonté de préserver la « maison interorganique ». Le fait que le contrôle analogue exercé par un détenteur ne soit pas altéré lorsque celui-ci partage le contrôle avec l'un de ses prestataires intégrés¹⁷⁹ est à ce sujet particulièrement probant : c'est parce que le prestataire intégré ne constitue pas réellement une personne tierce à son détenteur que sa présence au capital d'un prestataire intégré aux côtés de son détenteur n'est pas considérée comme une altération du contrôle analogue exercé par ce dernier. La limitation de cette extension aux détentions uniques participe encore à cette logique interorganique. Les rédacteurs des directives ont ainsi écarté les risques d'une distorsion trop importante de contrôle conjoint, ce type de contrôle constituant déjà une extension du contrôle analogue¹⁸⁰. Il en est de même avec la quasi-régie ascendante, qui permet de rétablir la symétrie des effets interorganiques dans les cas où le prestataire intégré serait lui aussi un pouvoir adjudicateur (et ce sera le cas dans la majorité des cas¹⁸¹) mais uniquement lorsque ce prestataire est détenu par un seul détenteur interorganique. Les extensions prévues par les directives préservent par conséquent la particularité d'une sphère interorganique. Le même constat peut être dressé concernant la quasi-régie

¹⁷⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1, dernier al. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1, dernier al.

¹⁸⁰ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §3.

¹⁸¹ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A, 2.

horizontale, les potentiels effets pervers que son extension aux co-détentions aurait pu entraîner ayant déjà été exposées¹⁸².

253. — Il convient néanmoins de formuler une réserve, les directives permettant les participations privées directes au capital des prestataires intégrés. Ces participations doivent être neutralisées, entendues comme ne donnant aux opérateurs économiques qui les détiennent aucune possibilité d'influencer le fonctionnement de la structure intégrée¹⁸³. La formulation des directives semble néanmoins rendre ces participations privées compatibles avec le contrôle analogue, puisqu'il y est expressément inscrit qu'un tel contrôle n'est pas altéré en leur présence¹⁸⁴. Un détenteur interorganique est donc susceptible d'être reconnu comme exerçant un contrôle analogue sur une entité, alors même que des participations privées directes « neutralisées » sont également présentes au capital de cette entité. Or, les directives n'imposent aucun taux maximal pour ces participations directes. La possibilité de conjuguer un contrôle analogue avec des participations directes d'opérateurs économiques, quand bien même celles-ci seraient neutralisées, permet par conséquent de s'interroger sur le maintien de l'absence de caractère discriminant du mécanisme interorganique. Cette compatibilité implique en effet que toutes les extensions prévues par les directives concernant les effets interorganiques seraient envisageables en présence d'un opérateur économique détenant éventuellement la majorité du capital du prestataire intégré. Dans quelle mesure sera-t-il possible de considérer que le prestataire intégré est bien dans une sphère isolée avec le pouvoir adjudicateur qui exerce sur lui un contrôle analogue si un opérateur économique détient effectivement une part importante de son capital ? Seule la mise en œuvre de cette disposition permettra de répondre, les limites expressément prévues par les directives concernant ces participations privées étant susceptibles de maintenir la cohérence interorganique.

¹⁸² V. *supra*, Introduction générale, §1, B.

¹⁸³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 12.1.c et 12.3.c. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 17.1.c et 17.3.c. V. aussi *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

¹⁸⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 12.1.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 17.1.c. V. aussi *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.



254. — La compatibilité des prestations interorganiques, si elle peut être déduite de la logique de la quasi-régie et de ses critères, reste donc subordonnée à de multiples précautions dans sa mise en œuvre. Cette compatibilité avec les principes européens ne doit en outre pas être interprétée comme entraînant une compatibilité de principe entre la quasi-régie et des libertés applicables en France, tels que la liberté du commerce et de l'industrie. Les prestataires intégrés ne sont pas automatiquement exclus de son champ d'application, dès lors qu'il faudra, dans chaque situation, vérifier que le prestataire intégré n'y porte pas atteinte¹⁸⁵. La compatibilité avec les principes qui gouvernent le marché commun est donc existante mais elle ne garantit pas une situation entièrement légale sur le sol français sans vérifications supplémentaires. Elle assure cependant à la quasi-régie une position cohérente au sein du droit de l'Union, laquelle est complétée par sa compatibilité avec les autres mécanismes du dispositif normatif européen.

¹⁸⁵ Par exemple, le professeur Lombard souligne qu'une société publique locale peut être considérée comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, pp. 555-561, p. 556). Sur ce point, v. aussi : NICINSKI Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1135-1139, pp. 1138-1139.

§2. L'amélioration du dispositif européen par la création de la dérogation interorganique

255. — Le dispositif européen compte plusieurs dispositions permettant d'aboutir à des aménagements de la procédure de mise en concurrence des contrats publics. C'est le cas des seuils, qui constituent un assouplissement lorsque le risque d'entrave au fonctionnement du marché est bas, c'est-à-dire lorsque le montant du marché est faible¹⁸⁶. C'est aussi le cas dans des domaines particuliers, comme en attestent les exclusions qui côtoient la quasi-régie à l'article 3 du Code des marchés publics (et dans le chapitre 2 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015). Désormais, il existe cependant de véritables mécanismes dérogatoires à vocation plus large. Ceux-ci ne reposent plus uniquement sur des données quantitatives liées, par exemple, au montant des prestations devant être fournies par le cocontractant, mais également sur ses modalités de mise en œuvre. Déclarer que l'existence de la quasi-régie est légitime passe forcément par le fait de démontrer qu'elle complète ces mécanismes, sans jamais les recouper entièrement.

256. — Ainsi sera-t-il exposé dans quelle mesure elle s'articule avec l'ensemble des dispositions tendant à protéger les missions d'intérêt général au sein de l'Union **(A)**, tout comme avec la dérogation plus structurelle qu'est celle concernant les entreprises liées **(B)**.

A. La complémentarité entre quasi-régie et les dérogations concernant les missions d'intérêt général

257. — L'évolution de la quasi-régie semble clairement se diriger vers un champ matériel particulier pour sa mise en œuvre : celui du service public¹⁸⁷, de telle sorte qu'il est désormais possible d'affirmer qu'elle traduit

« la mutation du service public. Plus précisément, [la quasi-régie] a été pensée comme étant de nature à concrétiser juridiquement la réalité de l'interpénétration inexorable de la sphère publique et de la sphère économique, laquelle se traduit par de nouveaux systèmes organisationnels des personnes publiques. »¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Ils sont désormais régis par la section 2 de la Directive « marchés » (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.).

¹⁸⁷ Sur cette évolution, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1.

¹⁸⁸ GLATT Jean-Mathieu, « La « relative » distinction entre prestation *in house* et coopération intercommunale », *LPA*, 2009, n° 151, pp. 10-21, p. 18.



258. — Ce constat était à l'origine de l'émergence de la notion en Italie¹⁸⁹, de telle sorte que le mécanisme interorganique constitue une forme d'approfondissement de la reconnaissance européenne du service public. Son champ d'application matériel reste cependant incertain. Le lien opéré entre cette dérogation et le service public, formulé dans certains arrêts de la Cour¹⁹⁰, dans le document de travail de la Commission¹⁹¹ et dans les directives européennes¹⁹², ne semble en effet pas faire référence à un élément précis. Il est bien sûr impossible de considérer que l'expression désigne la définition dite « française de service public » car l'Union européenne lui a préféré sa propre définition des missions d'intérêt général¹⁹³. Il lui fallait en effet trouver un équilibre entre la reconnaissance de ces missions et le fait d'empêcher que la reprise d'une définition sans nuances du service public n'entraîne une soustraction massive des pouvoirs adjudicateurs à la concurrence sous le simple prétexte qu'ils exercent de telles missions. L'Union européenne a redéfini les bornes du service public, pour faire émerger sa propre conception : le service d'intérêt général¹⁹⁴. Encore dénoncé comme étant imprécis¹⁹⁵, le service d'intérêt général est désormais consacré dans le Protocole 26 du Traité de Lisbonne. Il est traditionnellement défini comme regroupant les services dits non marchands et marchands qui remplissent un intérêt public¹⁹⁶ : les services d'intérêt économique général et leurs équivalents non économiques. Il semble que la quasi-régie

¹⁸⁹ Dans le premier article citant l'exception ci-étudiée : RIGHI Luca, « *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi* », *loc. cit.*

¹⁹⁰ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §3, B.

¹⁹¹ Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final.

¹⁹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), pts 44-45 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), pts 31-31 de l'exposé des motifs.

¹⁹³ Sur l'impossible assimilation entre les conceptions européennes et françaises du service public, v. notamment : SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 266-276, pts 286-288. Pour une rétrospective de l'influence du développement de l'Union européenne sur l'évolution de la notion de « service public à la française », rappelant les craintes quant à sa déconstruction et les influences concernant sa recomposition, v. notamment : GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, « Le service public à la française : une notion en extinction », *loc. cit.*, pp. 3-7.

¹⁹⁴ Pour un exposé sur le service d'intérêt général, v. notamment : DESINGLY Aurélien, « Les services d'intérêt général : une notion plurielle », *AJCT*, 2010, n° 2, pp. 56-58 ; ZIANI Salim, « Les services d'intérêt général : catégorie globale d'un droit économique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, n° 1, pp. 76-90.

¹⁹⁵ V. notamment : LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène, BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 111, pt 201.

¹⁹⁶ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 197, pt 381.

soit susceptible de recouper l'ensemble de ces services, aucun arrêt de la Cour ou disposition normative ne s'étant jusqu'à présent prononcé dans le sens contraire.

259. — Il en résulte que la quasi-régie est susceptible de s'appliquer pour la gestion de services qui sont eux-mêmes soumis à des réglementations spécifiques. Elle ne fait double emploi avec aucune d'entre elles, qu'il s'agisse des dispositions concernant l'octroi de droits exclusifs et spéciaux **(1)**, de celles qui concèdent certaines dérogations à certains services d'intérêt général économiques **(2)** et de la particularité des services d'intérêt général non économiques **(3)**.

1) L'absence de recoupement avec l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs

260. — L'octroi de droits exclusifs, opéré dans le cadre des prescriptions de l'article 106§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est défini par la Directive « secteurs » comme le fait, pour l'autorité compétente d'un État membre, d'accorder des droits

« au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité [en réseau soumise à la Directive] et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité »¹⁹⁷.

Il s'agit par conséquent d'un « *privilège légal* »¹⁹⁸, dont l'octroi peut permettre d'écarter l'application de la Directive « secteurs » à certains marchés de services¹⁹⁹. L'octroi de droits spéciaux et exclusifs ne constitue cependant pas un mode de gestion ordinaire à disposition des pouvoirs adjudicateurs pour la mise en œuvre des services d'intérêt général. Il ne peut être piloté que par des instances étatiques, pour la mise en œuvre d'activités particulières et fait en conséquence l'objet d'une surveillance spécifique, conformément aux prescriptions de l'article 106§3 du Traité sur le fonctionnement de

¹⁹⁷ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE* L 94 du 28 mars 2014, pp. 243-374, article 22.

¹⁹⁸ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 128, pt 221.

¹⁹⁹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc., article 3.1.



l'Union. Il présente par conséquent des particularités sectorielles et a de véritables conséquences en matière de vigilance institutionnelle, qui distinguent clairement cette dérogation des prestations interorganiques.

261. — Tout d'abord, les secteurs dans lesquels l'octroi de droits spéciaux et exclusifs est envisageable sont limitativement énoncés par le droit de l'Union : il s'agit des services en réseau concernant l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux²⁰⁰. L'exclusivité repose sur des infrastructures essentielles, aussi appelées installations essentielles, qui sont par nature circonscrites et doivent être régulées pour garantir l'accès des opérateurs au marché²⁰¹. Leur gestion doit par conséquent répondre à des impératifs concurrentiels – il faut vérifier que la gestion est opérée par une entité distincte des opérateurs sur le marché, ce que la France a eu du mal à accomplir totalement en matière de réseau ferroviaire²⁰² – tout en étant assez efficace pour que le service rendu aux utilisateurs soit optimal. Tel est l'objectif de l'octroi de droits spéciaux et exclusifs. Ce système vise à réserver tout ou partie de ces activités, par le biais d'une autorisation particulière, à des opérateurs spécifiques membres d'une catégorie particulière : les entités adjudicatrices. Cette réservation est l'élément primordial de l'octroi de droits spéciaux et exclusifs. Elle découle naturellement des limites imposées par les infrastructures, ce dont il résulte que c'est « à partir de considérations relatives à l'activité qu'est défini un critère qui touche aux personnes. »²⁰³ Alors que seule l'existence d'une tâche d'intérêt public est nécessaire pour l'établissement d'une relation interorganique, le titulaire de droits spéciaux ou exclusifs n'est dans une position spécifique que parce qu'une activité particulière lui a été spécialement réservée²⁰⁴.

²⁰⁰ *Ibid.*, v. notamment le premier point de l'exposé des motifs.

²⁰¹ V. notamment : DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et de droit communautaire, T. 124, 2009 ; GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2015, pp. 449-451, pt 726 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 499-505, pts 899-905.

²⁰² Elle a fait l'objet d'une condamnation en manquement en 2013 pour ne pas avoir suffisamment séparé les relations entre Réseau ferré de France, gérant des infrastructures, et la SNCF (CJUE, 1^{ère} Chambre, 18 avril 2013, *Commission européenne contre République Française soutenue par le Royaume d'Espagne*, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243 ; JurisData n° 2013-013989 ; *Droit administratif*, 2013, n° 8, p. 49, comm. n° 68, note Michel BAZEX).

²⁰³ RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 99.

²⁰⁴ V. notamment sur cette notion : *ibid.*, pp. 99-103.

262. — Cette réserve doit naturellement engendrer des conséquences sur la durabilité de la dérogation mise en place. L’octroi de droits spéciaux ou exclusifs est amené à perdurer car les infrastructures en cause seront toujours limitées. Il est vrai qu’établir une relation interorganique n’est pas destiné à ne durer que quelques mois ou années. La stabilité du fonctionnement du service serait assurée si elle perdurait. Pour autant, il est tout à fait envisageable de la modifier pour la transformer en un mode de gestion différent – que ce soit dû à un échec de l’intervention de la structure, à des impératifs de mutabilité, ou à de nouvelles ambitions techniques ou politiques. Ainsi, l’octroi de droits spéciaux ou exclusifs doit être appréhendé à un niveau différent. Il découle de l’ensemble de ces caractéristiques que, alors que la quasi-régie est un mode de gestion à envisager dans le cadre d’études préalables à la mise en place de nouveaux projets, l’existence de droits exclusifs ou spéciaux, plus rigide, n’est en aucun cas l’une de ces éventualités. Ceci vaut avant tout pour les pouvoirs adjudicateurs à envergure locale, toute entreprise ordinaire ne pouvant prétendre au statut de titulaire de droits spéciaux ou exclusifs. Seules des autorités administratives ou politiques très élevées peuvent être confrontées à de telles attributions, limite rendue nécessaire par le principe même de cette dérogation. Quant aux autorités locales, elles auront simplement à prendre en compte leur existence.

263. — Ce constat n’est pas étranger au fait que, comme toutes les entreprises publiques, les entités titulaires de droits spéciaux ou exclusifs font l’objet d’une vigilance accrue de la part des institutions de l’Union européenne. Elles sont sous la surveillance attentive de la Commission²⁰⁵, en vertu du troisième paragraphe de l’article 106 du Traité sur le fonctionnement de l’Union, que cette institution n’a d’ailleurs jamais hésité à utiliser²⁰⁶. Bien que pour la plupart rendus nécessaires par la particularité des activités en réseaux et, conséquemment, amenés à perdurer, l’octroi de droits exclusifs et spéciaux constitue en effet une entrave de principe à la liberté de concurrence. Agir dans le cadre

²⁰⁵ Sur cette surveillance particulière, v. notamment la fiche technique du Parlement européen n° 3.3.4 du 17 juillet 2002.

²⁰⁶ À tel point que la Cour a dû procéder très tôt à des rappels et encadrements concernant l’étendue de ce pouvoir. V. notamment : CJCE, 19 mars 1991, *République française contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-202/88 (ECLI:EU:C:1991:120 ; *Rec.*, 1991, p. 1223 ; *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2004, n° 2, p. 2 (supplément au *JCP E*, 2004, n° 19), note Stéphane RODRIGUES ; *Droit administratif*, 1991, p. 540, chron. Pierre LE MIRE ; *Gaz. Pal.*, 1991, III, doctrine, p. 271, note Michel BAZEX ; *Revue du marché unique européen Alfonso Mittera* ; *RFDA*, 1992, n° 2, note Didier NEDJAR) et CJCE, 17 novembre 1992, *Royaume d’Espagne, Royaume de Belgique et République italienne contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90 (ECLI:EU:C:1992:440 ; *Rec.*, 1992, p. I-5833 ; *Revue Europe*, 1993, n° 1, p. 19, note Laurence IDOT).



de tels droits revient à intervenir au sein d'un « *marché fermé* »²⁰⁷, alors que l'organisme interorganique s'intègre à la structure de son pouvoir adjudicateur tout en agissant tel un opérateur traditionnel face aux autres agents économiques. Sa position n'est pas aussi problématique au vu de la libre concurrence que ne l'est celle des titulaires de droits exclusifs ou spéciaux. Les précisions de la Cour concernant ce qui peut être entendu comme un droit spécial ou exclusif semblent le confirmer. Cette institution a en effet clarifié les dispositions très vagues du Traité au sujet de ce qui peut constituer un tel droit dans l'arrêt *MOTOE*²⁰⁸. Il en résulte qu'est en cause une telle mesure lorsqu'est édicté un texte qui « *crée un risque d'abus de position dominante* »²⁰⁹. La quasi-régie ne semble pas susceptible d'engendrer l'édition de telles mesures, parce qu'elle ne permet pas de réserver une activité en particulier à l'organisme intégré. Bien qu'au niveau local, l'attribution de certains services – tels que la gestion des déchets – à un organisme intégré puisse largement affaiblir la concurrence, dès lors que le client principal – la collectivité – est lié à un opérateur en particulier, les conditions de la quasi-régie ne sont pas destinées à réserver expressément l'exercice d'une activité à un opérateur en particulier sur un territoire donné. Rien n'empêche d'autres opérateurs d'entrer sur le marché et de mettre en œuvre des stratégies commerciales pour concurrencer l'organisme intégré. Il semble donc compréhensible que les prestataires intégrés ne fassent pas l'objet d'une surveillance hors du commun.

264. — La jurisprudence de la Cour comprend des arrêts dans lesquels les deux dérogations ont été étudiées alternativement, afin de savoir laquelle était en cause²¹⁰. Il pourrait d'ailleurs exister des cas dans lesquels un titulaire de droits exclusifs, en tant qu'entité adjudicatrice, serait tenté de mettre en place des mécanismes interorganiques. C'est par exemple l'une des solutions qui se présentent aux entités adjudicatrices

²⁰⁷ RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 99, n° 288.

²⁰⁸ CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contre Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 ; *Rec.* 2008, p. I-4863 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 81-83, p. 22, note Julien ZYLBERSTEIN ; *Revue Europe*, 2008, n° 8, p. 28, comm. n° 276, note Laurence IDOT ; *Revue Lamy Droit des aff.*, 2008, n° 31, p. 67, note Véronique SÉLINSKY et Sylcie CHOLET.

²⁰⁹ *Ibid.*, pt 50. V. sur ce point : SIBONY Anne-Lise, « L'actualité du droit des pratiques unilatérales. 2009 : l'année de la prédation », *LPA*, 2009, n° 251, pp. 20-36, pp. 35-36.

²¹⁰ V. notamment : CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

titulaires de droits exclusifs qui cherchent à externaliser leur activité²¹¹. Il semble cependant que celles-ci aient à leur disposition une notion plus large, celle d'entreprise liée, vouée à concurrencer la quasi-régie dans le domaine des secteurs, et ce malgré les extensions récentes dont a fait l'objet la définition du mécanisme interorganique²¹². Outre le fait que la dérogation interorganique et celle concernant l'octroi de droits exclusifs et spéciaux ne se recouvrent pas, il existe donc des cas dans lesquels elles cohabitent. Leur coexistence dans le dispositif normatif communautaire est alors justifiée. Il en est de même concernant les services d'intérêt économique général.

2) L'absence de recoupement avec les dérogations accordées aux entreprises chargées de services d'intérêt économique général ou de monopoles fiscaux

265. — Les services d'intérêt économique général sont désormais consacrés en tant que valeur commune de l'Union par l'article premier du neuvième Protocole au Traité de Lisbonne²¹³, ce qui revient à reconnaître leur spécificité et à permettre d'en retirer des droits pour les usagers, notamment concernant l'accès à ces services²¹⁴. Ils peuvent être définis comme les services publics européens à caractère marchand²¹⁵, ce qui implique que la liberté de les créer est limitée et strictement encadrée. Elle s'exerce sous la surveillance de la Commission, conformément à l'article 106§3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il faut en effet lui en notifier la création et obtenir l'autorisation des institutions européennes pour leur création et, cumulativement, respecter les règles qui s'imposent en matière de concurrence. Les enjeux de l'existence d'un régime dérogatoire sont par conséquent colossaux : ils peuvent potentiellement permettre de déroger partiellement ou totalement à ces contraintes. Or, l'article 106§2 du Traité contient un tempérament au sujet des services d'intérêt économique général. Il énonce que si toute entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique

²¹¹ V. notamment, au sujet de celles gérant des aéroports : CLAMOUR Guylain, « Aéroports décentralisés et mise en concurrence », *RFDA*, 2009, pp. 1183-1187, p. 1185. L'inverse semble cependant impossible : on ne trouve pas de titulaire de droits spéciaux ou exclusifs qui soit également un organisme intégré.

²¹² BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *RJEP*, 2014, n° 717, pp. 4-12, étude n° 4, p. 11, pt 113.

²¹³ Article 1^{er} du Protocole sur les services d'intérêt général, annoncé sur ce point par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux (2000/C 364/01, *JOCE* C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22).

²¹⁴ GUGLIELMI Gilles. J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, pp.187-192, pts 362-370.

²¹⁵ V. notamment : *ibid.*, pp. 142-146, pts 286-293 ; DUBOIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 721-724, pts 1086-1090 ; ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires*, 2^{ème} éd, LGDJ, Coll. Focus droit, 2013, pp. 169-173 ; GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît, *Droit des affaires de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 551-558, pts 934-946 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 106-107, pt 192 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires, op. cit.*, pp. 133-135, pts 237-241.



général ou constituant un monopole fiscal doit être soumise aux règles du Traité, ce qui comprend les règles de concurrence, c'est uniquement « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.* » Il fallut cependant attendre l'arrêt *Corbeau*²¹⁶ pour qu'en soit tiré un véritable régime dérogatoire pour les services d'intérêt économique général, la Cour exigeant auparavant un critère d'application trop strict pour qu'une concrétisation soit envisageable²¹⁷. Contrairement aux titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, le tempérament concernant les missions économiques d'intérêt général nécessitant des allègements en matière de concurrence ne vise pas une catégorie particulière d'entreprises. L'article 106§2 représente plutôt la possibilité de déroger aux règles de la commande publique lorsque la particularité de la mission rend cela nécessaire, ce qui le rend compatible et complémentaire avec la quasi-régie. Ses conditions de mise en œuvre le démontrent.

266. — Elles sont au nombre de trois : la mission doit être confiée à l'entreprise par le biais d'un acte de puissance publique²¹⁸, il faut démontrer que l'application des mesures de concurrence mettrait à mal son exercice²¹⁹ et que leur mise en œuvre n'aura pas d'impact négatif sur le marché²²⁰. La démonstration de la mise en échec par les règles européennes de la tâche exercée par l'entreprise ne se focalise pas sur une activité d'ensemble. Le service d'intérêt économique général repose sur une distinction par missions, ce qui est encore plus approfondi que l'activité. En conséquence, il est possible qu'une mission justifiant une dérogation proportionnée aux règles de concurrence côtoie l'exercice d'une activité, proche, qui elle ne le justifie pas. Ce peut notamment être le cas d'une structure qui devrait prendre en charge tant un service social qualifié de service

²¹⁶ CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 ; *Rec.*, 1993, p. I-2533 ; *AJDA*, 1993, n° 12, p. 865, note Francis HAMON ; *LPA*, 1993, n° 147, p. 22, note Louis CARTOU ; *RTD eur.*, 1994, n° 1, p. 39, note Anne WACHSMANN et Frédérique BERROD.

²¹⁷ CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen ir Silver Line Reisebüro GmbH prieš Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Silver Line)*, aff. C-66/86 ; *Rec.* 1989, p. 803.

²¹⁸ CJCE, 21 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonio*, aff. C-127/73 ; *Rec.* 1974, p. 313.

²¹⁹ CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, préc.

²²⁰ Sur ces conditions, v. notamment : DESINGLY Aurélien, « Les services d'intérêt général : une notion plurielle », *loc. cit.*, p. 57 ; ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 174.

non économique d'intérêt général, tel qu'une prestation d'assurance maladie²²¹, qu'un service économique d'intérêt général, tel que le transport de malades²²². En conséquence, les prestations interorganiques pourraient constituer un cadre de sécurisation de tous les contrats qui, passés entre un pouvoir adjudicateur et son prestataire intégré, porteraient sur l'ensemble de ces missions.

267. — Ces deux dérogations divergent en outre dans leurs effets, qui semblent asymétriques. L'exonération permise à l'article 106§2 du Traité n'est que concurrentielle, elle n'empêche pas le respect du principe de transparence et rejoint sur ce point la quasi-régie²²³. Le champ d'application des exonérations concurrentielles qu'elle permet ne concerne cependant pas tous les contrats passés par l'organisme²²⁴. Elle doit être strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission concernée, de telle sorte qu'une adaptation casuistique des mesures de mise en concurrence est à l'œuvre. Au contraire, au sein des prestations intégrées, l'exonération de mise en concurrence des contrats est totale lorsque les contrats sont attribués par un détenteur à l'un de ses prestataires interorganiques. Elle s'étend même aux contrats attribués par un prestataire à son détenteur ou à d'autres prestataires intégrés de son détenteur lorsqu'il n'est détenu que par un seul pouvoir adjudicateur. Il en résulte une véritable différence de champ d'application entre ces dérogations : celui de la quasi-régie est personnel et invariable dans ses conséquences ; celui de la dérogation accordée aux services d'intérêt économique général est matériel et variable dans sa mise en œuvre. Cette divergence s'explique par les objectifs qui ont gouverné leur création. La quasi-régie ne semble désormais être susceptible d'intervenir qu'en matière de services publics²²⁵ mais elle constitue, plus largement, une échappatoire qui a été créée pour soulager les pouvoirs adjudicateurs dans une position particulière concernant les modalités administratives de mise en concurrence et pourra, à ce titre, être utilisée pour la gestion des services d'intérêt économique général. Son objectif initial n'est cependant

²²¹ Une telle prestation reposant sur un objectif social, qui plus est de solidarité, et entrant en conséquence dans les exclusions prévues par l'arrêt *Poucet* (CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff. C-159/91 et *Daniel Pistre contre Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancana)* C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 ; *Rec.*, 1993, p. I-00637 ; *JCP G*, 1993, n° 38, p. 373, comm. n° I 3702, chron. Marie-Chantal BOUTARD ; *RMCUE*, 1993, n° 372, p. 812, chron. Louis VOGEL).

²²² CJCE, 5^{ème} Chambre, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanx Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 ; *Rec.*, 2001, p. I-08089 ; *JCP E*, 2002, n° 37, p. 1429, comm. n° 1251, note Christian GAVALDA et Gilbert PARLÉANI ; *LPA*, 2002, n° 21, p. 16, chron. Pierre ARHEL ; *RTD com.*, 2002, p. 396, note Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO.

²²³ *V. supra*, §1.

²²⁴ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, p. 194, pt 376.

²²⁵ *V. infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B.



pas de protéger ces services, alors que c'est celui de l'article 106§2 qui, par ailleurs, permet la concrétisation d'une certaine perpétuation des spécificités du service public.

268. — Cette complémentarité asymétrique se confirme en matière d'obligations financières. La dérogation de l'article 106§2 permet en effet de bénéficier éventuellement des dispositions de l'arrêt *Altmark*²²⁶ dans le domaine des aides d'État, notamment en matière de compensation de service public²²⁷. Il s'agit d'un atout eu égard aux prestataires interorganiques, lesquels ne semblent pas pouvoir bénéficier automatiquement d'un tel avantage²²⁸. Il existe par conséquent une complémentarité fonctionnelle et de principe avec les structures interorganiques, dès lors que ces dernières ne peuvent pas être considérées comme une prise en compte des considérations étatiques sur les services publics. Leur mise en œuvre conjointe peut par conséquent entraîner un véritable gain en termes de coûts de transaction, l'application de l'article 106§2 du Traité étant susceptible de compléter l'application de la quasi-régie.

269. — La rencontre entre quasi-régie et service d'intérêt économique général peut par conséquent être fréquente en pratique, cette cohabitation semblant tout à fait légitime car la quasi-régie et l'article 106, complémentaires, ne font en aucun cas double emploi. Tel est également le cas des dispositions concernant leurs équivalents non économiques d'intérêt général.

²²⁶ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 ; *Rec.*, 2003, p. I-07747 ; *Gaz. Pal.*, 2003, n° 99, p. 35, concl. Philippe LÉGER ; *Gaz. Pal.*, 2004, n° 163, p. 52, note Mario NICOLELLA ; *JCP A*, 2003, n°38, p. 1200, comm. n° 1822, note Frédéric BOUDIER ; *JCP E*, 2003, n° 47, p. 1849, comm. n° 1624, note Gilles De DAVID ; *Journal de droit européen*, 2004, n° 105, p. 6, note Vassilios KARAYANNIS et Julien De BEYS ; *Rec. Dalloz*, 2003, n° 41, p. 2814, p. 41, note Jean-Louis CLERGERIE ; *RTD eur.*, 2004, n° 1, p. 33, note Stéphane BRACQ ; *Revue Europe*, 2003, n° 10, p. 26, comm. n° 330, note Laurence IDOT.

²²⁷ V. notamment : ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, 174-177 ; GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît, *Droit des affaires de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 559, pt 946 ; GUGLIELMI Gilles. J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, pp. 198-203, pts 384-382 ; KARPENSCHIF Michaël, « Du paquet Monti/Kroes au paquet Alumnia : le financement des services d'intérêt économique général simplifié et sécurisé ? », *JCP A*, 2012, pp. 46-52 ; NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 236-244, pts 439-444.

²²⁸ V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

3) *L'absence de doublon avec les dérogations accordées aux services non économiques d'intérêt général*

270. — Les services non économiques d'intérêt général permettent une double exonération : en matière d'aides d'État et de mise en concurrence ; mais il s'agit, comme pour les services d'intérêt économique général, d'une exonération fondée sur la nature de la mission, qui ne semble pas exclure *a priori* une rencontre avec la quasi-régie. Cette catégorie de services est en outre plus restreinte que la précédente, car elle ne concerne que certaines prestations qui sont en général exercées en dehors du marché, parce qu'elles sont fréquemment considérées comme essentielles. Il semble néanmoins difficile de les lister de façon exhaustive car leur catégorisation reste soumise aux règles de propriété des États²²⁹. Elles regroupent deux catégories de services : ceux qui peuvent être considérés comme les services sociaux d'intérêt général²³⁰, apparus dans le paysage juridique européen en 2004, et les missions dites régaliennes ou « de souveraineté ». Chacune implique deux types de remarques dans leur confrontation à la quasi-régie.

271. — Les missions traditionnellement décrites comme régaliennes ou « de souveraineté » semblent destinées à entrer dans le champ d'application de la quasi-régie. En effet, même si cette affirmation est formulée sous réserve de la survenance d'une modification dans les modes de gestion traditionnels de ce type d'activité, « [e]n règle générale, [...] font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et [...] sont exercées par l'État »²³¹ les services suivants : la police, la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne, le contrôle et la sécurité du trafic maritime, la surveillance antipollution et l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement²³². Il faut par conséquent d'ores et déjà remarquer qu'en France, la rencontre entre quasi-régie et ce type de services semble être limitée par l'interdiction de déléguer des missions de souveraineté²³³. Certes, la dérogation interorganique crée une fiction sur le fondement de

²²⁹ Commission, Communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, C(2011) 9404 final, p. 5, 2.1.1, pt 12.

²³⁰ Sur ces services, v. notamment : BOISSARD Béatrice, « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP*, 2006, pp. 1301-1323 ; DREYFUS Jean-David, « Services sociaux d'intérêt général et marchés publics », *AJCT*, 2010, pp. 62-65 ; GUGLIELMI Gilles. J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 144-146, pts 291-293 ; LAUDIJOIS Marie, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'« Europe sociale » », *RDSJ*, 2007, pp. 1005-1015.

²³¹ Commission, Communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, C(2011) 9404 final, p. 6, 2.1.2, pt 16.

²³² *Ibid.*

²³³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, préc., §19.



laquelle le droit de l'Union peut considérer que le tiers n'en est pas réellement un²³⁴. Elle semble toutefois peu susceptible de permettre une dérogation à ce principe, qui repose sur une conception organique traditionnelle de l'État, déjà ancrée en matière de service public par l'arrêt *Ville de Castelnaudary*²³⁵. Même si son champ d'application a considérablement été réduit²³⁶, cette exclusion existe encore dans le paysage juridique et elle tend à coïncider avec les missions régaliennes énoncées *supra*. Il y a donc lieu de penser que le maintien de cette vision devrait rendre peu probable la gestion de ces services par des prestataires interorganiques.

272. — Dans tous les autres cas, la nécessité de créer un mécanisme interorganique ne doit pas sembler superfétatoire. Il s'agit en effet de certains services sociaux. De tels services pourraient utilement être gérés dans le cadre d'une relation interorganique, dès lors que le service non économique d'intérêt général est un système qui se conçoit par mission, alors que la réalité juridique est parfois plus prompte à le concevoir par type d'activité. Dans ce cadre, un mécanisme tendant à uniformiser le régime applicable aux contrats passés pour les différentes missions pourrait être un facteur de sécurité juridique et un allègement certain en matière de coûts de transaction. Cette hypothèse reste circonscrite car le nombre de services non économiques d'intérêt général est restreint. Elle reste toutefois envisageable. Pour exemple, peut être cité le cas d'une relation interorganique au sein de laquelle deux missions différentes (l'une non économique, l'autre, économique) seraient confiées à un prestataire intégré. Ce pourrait notamment être le cas d'un organisme qui, comme Eurocontrol, élaborerait des normes techniques pour le domaine de la navigation aérienne²³⁷ et, parallèlement, offrirait des formations en matière de navigation aérienne pour les personnels des aéroports, ce qui revêtirait un caractère économique mais constituerait un service d'intérêt général au vu

²³⁴ Sur ce point, v. notamment : *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

²³⁵ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary contre Préfet de l'Aude*, n° 12045 ; *Rec.*, 1932, p. 595 ; *Rec. Dalloz*, 1932, III, p. 26, concl. Pierre-Laurent JOSSE.

²³⁶ V. notamment : DELAUNAY Benoît, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité politique. Contrat, police et responsabilité. Note sous Conseil d'État, 10 octobre 2011, Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche contre Jonnet, n° 337062 », *RFDA*, 2012, n° 3, pp. 481-489, pp. 481-485 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 2, pp. 27-29 ; TRUCHET Didier, *Droit administratif*, PUF, Coll. Thémis Droit, 6^{ème} éd., 2015, pp. 306-308, pts 952-957.

²³⁷ Le Tribunal a en effet reconnu que cette mission n'était pas soumise au régime des services d'intérêt général économiques (TUE, 8^{ème} Chambre, 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt Contre Commission européenne* (aff. T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH contre Commission européenne* (T-455/08) ; *Rec.*, 2011, p. II-1311). V. aussi : NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 329-330, pt 590).

de la mission de service public des aéroports. Dans ce cadre, grâce à la relation interorganique, les missions seraient exemptes de mise en concurrence préalable, ce qui permet un lissage des obligations dans ce domaine. Il faudrait néanmoins être extrêmement rigoureux dans la mise en œuvre financière d'un tel système, chacune des missions devant être clairement identifiée dans la comptabilité du prestataire, soit par le biais de la méthode de la comptabilité analytique s'il est une personne privée, soit à travers la technique des budgets autonomes s'il est une personne publique. Il s'agit en effet de ne pas porter atteinte aux règles nationales et européennes concernant la péréquation financière²³⁸. En outre, il faudrait veiller à opérer la même distinction entre les services bénéficiant de dérogations au regard des aides d'État – les services d'intérêt général non économiques et certains services d'intérêt général économiques – et les autres, qui n'en bénéficient pas. Les avantages seraient donc existants mais ne supprimeraient pas totalement la complexité liée à la gestion de plusieurs missions parallèles sous l'empire du cloisonnement par type de mission prescrit par le droit de l'Union.

273. — Dans leurs logiques, les dérogations liées aux services d'intérêt général non économiques et la quasi-régie sont compatibles. Cette compatibilité pourrait ainsi être maximisée, même si la probabilité qu'ils se rencontrent est réduite par le cercle très fermé constitué par ces services. Il en est de même concernant la dérogation accordée aux entreprises liées.

B. La complémentarité entre la quasi-régie et la qualification d'entreprise liée

274. — La création du régime des entreprises liées résulte, comme celle des titulaires de droits exclusifs et spéciaux, du souhait de prendre en considération la particularité des activités en réseau. Si le rapprochement avec la quasi-régie est extrêmement tentant, c'est parce que s'ajoute à cette nécessité la volonté d'adapter à des situations particulières et strictement réduites certaines règles liées à la concurrence, en les assouplissant. L'assimilation est d'autant plus séduisante que les deux notions ont déjà été liées dans la jurisprudence. La deuxième question préjudicielle de l'affaire *Carbotermo SpA*²³⁹ tendait notamment à déterminer si le taux de 80% du chiffre d'affaires

²³⁸ V. notamment : ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires, op. cit.*, pp. 174-177.

²³⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizìo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.



prescrit par l'article 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil²⁴⁰ devait être utilisé pour apprécier le critère de l'activité permettant de détecter une relation interorganique²⁴¹. Ce rapprochement est une nouvelle preuve de l'embarras dans lequel les praticiens ont longtemps été plongés face aux modalités d'application de la dérogation interorganique. Le fait que la Cour ait refusé d'opérer ce rapprochement ne suffit pas à déclarer que la quasi-régie n'est pas un calque de la notion d'entreprise liée, d'autant plus depuis que ce taux de 80% a effectivement été consacré par le Parlement européen et le Conseil comme étant nécessaire pour reconnaître la présence du critère de l'activité essentielle²⁴². L'existence de la notion d'entreprise liée amène irrémédiablement la question suivante : pourquoi créer la quasi-régie alors qu'une telle dérogation existait déjà ? S'agit-il d'un élargissement de la dérogation préexistante ? La forte proximité entre les deux dérogations pourrait le laisser penser. Ainsi que le souligne en effet Monsieur Sagne,

« [s]i les principes fondamentaux de la passation des marchés publics demeurent invariables, les modalités de leur mise en œuvre, elles, tiennent compte de la complexité et de la haute technicité inhérentes aux activités de réseaux. Donc la souplesse constitue le maître mot dans ces secteurs et la notion d'entreprise liée qui n'en est qu'une manifestation peut être vue comme le pendant de l'exception in house de l'article 3-1 du code sous une forme lénifiée. »²⁴³

Contrairement aux titulaires de droits exclusifs et spéciaux, les entreprises liées semblent en conséquence se situer au même niveau que la quasi-régie. Une volonté de souplesse les réunit, même si leurs objectifs sous jacents diffèrent dans le détail. L'objectif avoué des entreprises liées est d'assouplir les règles de la commande publique pour s'adapter à la particularité des activités en question. Quant à celui de la quasi-régie, il vise à adapter les mêmes normes à des situations spécifiques dans lesquelles ne sont pas réellement en présence deux personnes distinctes. En outre, leurs conséquences sont similaires. La reconnaissance de chacune de ces dérogations aboutit à l'exonération de mise en compétition du contrat en cause, quel que soit son type : alors que la directive

²⁴⁰ Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE* L 199 du 9 août 1993, pp. 84-138.

²⁴¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.

²⁴² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

²⁴³ SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, *op. cit.*, pp. 43-44.

93/38/CE limitait les exonérations permises par la qualification d'entreprise liée à certains types de marchés, celles qui lui ont succédé la rendent compatible avec tous les types de contrats reconnus par l'Union européenne²⁴⁴. Tous ces éléments pourraient amener à conclure que l'entreprise liée est au mécanisme interorganique ce que l'entité adjudicatrice est au pouvoir adjudicateur. Une telle déduction semblerait naturellement découler de la distinction classique entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, qui avait conduit à distinguer deux parties dans le Code des marchés publics français²⁴⁵. Quasi-régie et entreprise liée pourraient donc être considérées comme une même dérogation répartie entre ces deux parties. Dans ce cas, pourquoi les institutions européennes n'ont-elles pas procédé à une simple expansion de la qualification d'entreprise liée ?

275. — Lorsque des considérations sur la notion d'entreprise liée sont apparues au cours des débats sur la quasi-régie, ce fut principalement pour aider à l'élaboration des critères interorganiques. Si le mécanisme intégré peut être considéré comme un pendant de principe de la dérogation d'entreprise liée, il ne peut pas être décrit comme son extension. L'entreprise liée semble plutôt être calquée sur les systèmes de filiales tels qu'ils existent en droit des sociétés. La taille importante que doivent revêtir les entités adjudicatrices pour gérer les activités de réseau justifie ce rapprochement. La thèse de l'universalisation de cette dérogation d'entreprise liée, par le biais de la création de la quasi-régie, semble donc erronée. La lecture des directives européenne est limpide : la notion d'entreprise liée est évoquée parallèlement aux dérogations existant au sein du secteur public dans les directives « concessions » et « secteurs » et elle est simplement

²⁴⁴ Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, préc., pt 32 de l'exposé des motifs ; Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, préc., article 23.2 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 13 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc., article 29.4.

²⁴⁵ « Une collectivité publique peut, en effet, se trouver soit en situation de pouvoir adjudicateur, soit d'entité adjudicatrice. Les règles de passation diffèrent : la seconde partie [du Code des marchés publics] comporte des seuils plus élevés [...], une autorisation plus large de recourir aux marchés négociés et, lorsqu'on connaît le formalisme auquel porte le contentieux des marchés, il importe de définir clairement les champs d'application des deux parties » (LINDITCH Florian, « Le code 2006, au Palais-Royal, quelques enseignements pratiques. – 2^e partie : le champ d'application des dispositions relatives aux entités adjudicatrices », *JCP A*, 2007, n° 51, pp. 26-30, p. 26).



mentionnée dans la directive « marchés »²⁴⁶. Cette situation traduit le fait que l'entreprise liée n'existe que dans ces secteurs spéciaux et que ses modalités sont adaptées à ce domaine. Au contraire, les conditions d'application de la quasi-régie devaient être définies avec plus de rigueur. Le nombre d'entités pouvant en bénéficier étant beaucoup plus grand et leurs formes étant diverses, il n'aurait pas été satisfaisant de simplement transposer les critères des entreprises liées. En conséquence, les options alternatives sur lesquelles repose la reconnaissance d'une entreprise liée sont clairement distinctes du faisceau d'indices qui doit permettre la reconnaissance d'un mécanisme interorganique²⁴⁷. De plus, la notion d'influence dominante fait la part belle à l'aspect organique et est par conséquent moins stricte que les conditions qui guident la reconnaissance de prestations intégrées, lesquelles mettent l'aspect fonctionnel à l'honneur²⁴⁸. Il ne faut donc pas s'y méprendre : bien que cousines, les deux dérogations sont bel et bien distinctes.

276. — Les modalités de définition des entreprises liées n'ont pour l'instant pas été utilisées afin d'améliorer le dispositif de la quasi-régie. Rien ne s'y oppose cependant²⁴⁹, même s'il faudra toujours se garder d'assimiler les deux notions.

²⁴⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 13 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pt 41 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc., article 29.

²⁴⁷ « Des entreprises devraient être considérées comme liées lorsqu'il existe un rapport d'influence dominante direct ou indirect entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise concernée, ou lorsqu'elles sont toutes deux soumises à l'influence dominante d'une tierce entreprise ; dans ce contexte, la participation privée ne devrait pas être pertinente en soi » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), pt 39 de l'exposé des motifs).

²⁴⁸ Monsieur Sagne a notamment souligné la « faiblesse de ce critère » (SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, op. cit., p. 43).

²⁴⁹ Il est légitime de se demander si sera appliquée la même solution concernant les motifs d'exclusion d'un appel d'offres (CJCE, 4^{ème} Chambre, 19 mai 2009, *Assitur Srl*, aff. C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 ; *Rec.* 2009, p. I-4219 ; *AJDA*, 2009, n° 28, p. 1535, note Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *CMP*, 2009, n° 7, p. 28, comm. n° 227, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2009, n° 7, comm. n° 272, p. 13, note Elsa BERNARD).

Conclusion du Chapitre 2

277. — La pertinence de la quasi-régie se manifeste tant en matière économique que sous l'angle juridique, les deux visions s'additionnant pour procurer une véritable légitimité à la dérogation ci-étudiée. Deux lignes directrices peuvent être déduites de l'étude de cette cohérence d'ensemble.

278. — La première est que le principal intéressé par l'établissement d'une structure interorganique est le pouvoir adjudicateur détenteur (ou les co-détenteurs). L'étude des coûts de l'agence et des coûts de transaction en atteste : c'est principalement cet acteur qui peut tirer avantage de la présence de la quasi-régie. L'analyse économique reflète donc leur construction juridique : dès lors qu'une seule volonté est censée être à l'œuvre – celle du détenteur interorganique – celle de son prestataire intégré est niée et, corrélativement, seul le premier a véritablement un intérêt à retirer de l'existence d'une telle construction. L'entité quasi interne n'est pas réellement vouée à profiter de cette position. Les avantages qui sont les siens ont néanmoins été accrus avec l'extension horizontale et ascendante des effets interorganiques par les directives en matière de détention unique²⁵⁰ : dès lors que les contrats attribués par une entité intégrée à son détenteur ou à l'une des autres structures quasi internes détenue par son détenteur bénéficient également d'exonérations en matière de mise en concurrence, la quasi-régie peut être considérée comme lui étant profitable. Il ne s'agit cependant là que d'un maigre rééquilibrage. Les détenteurs restent les principaux destinataires des gains résultant de cette exclusion aux procédures prescrites par le droit dérivé.

279. — Néanmoins, et c'est la seconde idée qui ressort de l'étude de la légitimité de la quasi-régie, c'est conjointement, par la sphère fermée qu'ils forment ensemble, que les acteurs interorganiques agissent en conformité avec le droit de l'Union. Sans mettre à mal le principe de transparence et celui de non-discrimination, ils sont la concrétisation de la vision particulière que les institutions européennes ont développée concernant la neutralité de l'Union à l'égard de la liberté d'organisation des États membres. Ils

²⁵⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1 et 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1, al. 1 et 12.2.

démontrent en effet que l'action des pouvoirs adjudicateurs ne bénéficie d'une certaine liberté que dans le cadre des préceptes du droit de l'Union. La possible soumission des prestataires intégrés au régime des services d'intérêt économique général en atteste. L'invocation des différentes dérogations offertes par le droit de l'Union aux pouvoirs adjudicateurs mettant en œuvre ces services a toutefois permis de mettre en avant la complémentarité des logiques les encadrant avec celle de la quasi-régie ; prouvant encore la cohérence de l'intégration de la dérogation interorganique au sein du droit régissant les contrats publics.

CONCLUSION DU TITRE 1

280. — La création de la quasi-régie répondait à de réelles attentes. Permettre aux pouvoirs adjudicateurs de ne pas appliquer les règles de la commande publique européenne lorsqu'ils contractent avec des tiers, qui ne peuvent pas être considérés comme ayant une volonté distincte, devait en effet leur permettre d'économiser de nombreux coûts alors dénoncés comme injustifiés. La transcription de l'idée à la réalité nécessitait cependant de faire de la quasi-régie une notion à part entière, qui soit identifiable et délimitée. Il fallait aussi s'assurer que les entités bénéficiant de la qualification de prestataire intégré sont réellement sous le contrôle étroit de leurs détenteurs.

281. — Les développements du professeur Righi, formulés dans un contexte de renouvellement du droit italien des contrats publics, ont impulsé la systématisation de l'idée mais c'est l'avocat général La Pergola qui a réellement enclenché le développement européen. Il ne s'agissait cependant là que d'une apparition qui nécessitait d'être reprise et étayée par les institutions de l'Union. La Commission y procéda par une mention aux relations « *in house* », opérée quelques jours après la lecture ses conclusions de l'avocat général La Pergola. Cette mention était cependant trop brève pour rendre la quasi-régie effective. Dans sa lignée, plusieurs avocats généraux ont proposé une conceptualisation, à laquelle l'arrêt *Teckal*²⁵¹ n'a finalement procédé que de façon très laconique. La simple lecture de cet arrêt ne permet d'ailleurs pas de savoir clairement si la Cour a réellement fait référence à la notion de relation « *in house* », qui avait déjà été rapidement évoquée par la Commission quelques mois plus tôt²⁵², ou si elle avait simplement l'intention d'énoncer une réserve exceptionnelle. La concision dont la Cour y a fait preuve et le refus manifeste de celle-ci d'utiliser la notion jusqu'à la fin des années 2005, aboutissant à une véritable politique jurisprudentielle restrictive, qui n'a cessé qu'en 2006, permettent en effet de douter de sa volonté de créer la dérogation interorganique. Depuis lors, les juges européens en font cependant une utilisation plus fréquente, apportant les précisions qui manquaient pour que la dérogation devienne un instrument véritablement

²⁵¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

effectif, qui a d'ailleurs été reçu en conséquence par le droit et les juridictions administratives français.

282. — La pérennisation de la dérogation interorganique a été permise par sa compatibilité et sa conformité à plusieurs principes juridiques et économiques, qui sont venus la légitimer. Ainsi, les coûts de transaction et d'agence économisés par des détenteurs de prestataires intégrés ne sont désormais autorisés que parce qu'ils s'inscrivent dans le cadre entièrement légal, mais aussi juridiquement et économiquement légitime, du maintien des conditions interorganiques. La Cour, institution qui a très largement contribué à modeler les contours du mécanisme interorganique, a veillé à cette légitimité. Il faut en effet reconnaître que les différents arrêts qu'elle a rendus à ce sujet depuis 2006 témoignent du soin que cette institution a porté à confirmer la compatibilité de la dérogation interorganique avec les principes de libre circulation de non-discrimination et de transparence. Cette empreinte des institutions européennes et plus précisément de la Cour est très frappante concernant le rapport entre quasi-régie et principe de neutralité. La première ne permet en effet une meilleure application du second, en favorisant la liberté d'organisation administrative interne, que parce qu'elle intervient dans un cadre d'incitation plus général à la soumission des contrats de la commande publique à la concurrence. Le mécanisme interorganique est par conséquent fortement imprégné de la conception particulière de la neutralité développée sous la plume de la Cour.

283. — Cette implication des institutions de l'Union européenne pour rendre la quasi-régie euro-compatible lui a conféré une véritable légitimité intrinsèque. Cette légitimité est aussi extrinsèque, les prestations intégrées ne recoupant totalement aucune des autres dérogations ou mécanismes exonérateurs du droit de l'Union européenne. Atteindre un tel résultat a cependant fortement influencé son évolution, ce dont témoigne son développement non linéaire. Il atteste d'une réelle difficulté à trouver le bon équilibre entre la sévérité et la souplesse et explique que maintes précautions devront entourer la mise en œuvre des extensions prévues par les directives, afin de ne pas perturber cet équilibre. Ce développement non linéaire est aussi ce qui a permis aux institutions européennes d'aboutir à un encadrement complet, qui soit véritablement adapté à la protection du statut dérogatoire caractérisant la quasi-régie.

²⁵² Commission, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne*, 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final), p. 10, note 10.

TITRE 2. UNE DEROGATION CONDITIONNEE PAR CET ASPECT DEROGATOIRE

284. — Au terme des années 1990, les moyens d'intervention des personnes publiques françaises étaient déjà extrêmement diversifiés. Ils comprenaient tant des formes institutionnelles, telles que les établissements publics ou encore les groupements d'intérêt public, que des formes sociétales spécialement adaptées à l'intervention de personnes morales de droit public, telles que les sociétés d'économie mixte. D'autres modes de gestion n'ayant pas initialement été créés pour l'expression de la puissance publique, comme les associations, étaient également à disposition des personnes publiques. Ces dernières formant le vivier le plus important de pouvoirs adjudicateurs et devant automatiquement se soumettre aux règles de la commande publique lorsqu'elles contractent avec des tiers, l'apparition des contrats *in house* dans le paysage communautaire au cours de l'année 1998 a instantanément suscité l'intérêt. La nécessité de définir les conditions de mise en œuvre de la dérogation interorganique avec minutie s'est accrue corrélativement à ce développement : il fallait établir des modalités suffisamment strictes pour éviter que tous les contrats de la commande publique n'échappent injustement aux règles de passation qui doivent les gouverner, sans pour autant empêcher totalement la mise en œuvre de la dérogation. Les critères permettant de mettre en œuvre la quasi-régie, tant par leur développement que leur définition, témoignent de cette volonté. Leur complémentarité semble en effet être le meilleur moyen de garantir que les situations correspondant aux critères d'identification de la quasi-régie correspondent réellement à une situation particulière justifiant une dérogation aux règles de publicité et de concurrence (**Chapitre 1**).

285. — Cet encadrement interne garantit, par une démarche inclusive, que seules les situations devant légitimement bénéficier d'une exonération de publicité et de mise en concurrence entrent dans le champ d'application de la dérogation interorganique. Il n'a cependant réellement été abouti qu'après le tournant opéré dans la jurisprudence de la Cour. Il n'a en effet pu intervenir que lorsque la politique jurisprudentielle restrictive de la Cour prit fin, au cours de l'année 2006. Si la Cour a enfin pu cesser de se focaliser sur la restriction du champ d'action de la quasi-régie, c'est notamment parce qu'au cours

de l'année 2005, elle a rendu son verdict concernant l'affaire *Mödling*¹. Les faits en cause concernaient une tentative manifeste de contourner le mécanisme interorganique, ce qui lui a permis d'exclure du champ d'application de la quasi-régie des manœuvres frauduleuses, attentatoires aux règles de la commande publique. Les craintes de voir la quasi-régie assimilée à des abus ou à des fraudes, ou qu'elle soit utilisée à de telles fins, se sont largement amoindries depuis cet arrêt. Il est en effet plus aisé désormais, de distinguer les situations pouvant légitimement bénéficier de la qualification interorganique, tant sur le fond que sur la forme (**Chapitre 2**).

¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

Chapitre 1. Un aspect dérogatoire encadré par des critères complémentaires

286. — Grâce à sa conceptualisation par la Cour, la quasi-régie peut désormais être considérée comme une dérogation légale et justifiée sur les plans juridique et économique. Elle n'a cependant pas suivi un développement linéaire pour aboutir à ce résultat. Conscient de ce que certains contrats ne répondaient pas exactement à la définition des marchés publics, tout en étant dans

« [l']impossibilité de trouver dans le droit secondaire des arguments utiles pour décrire les marchés en question, le juge communautaire semble être tombé dans une impasse intellectuelle, en adoptant une attitude tellement prudente qu'on pourrait la définir comme le « syndrome du cheval à bascule ». Tout le monde sait en effet ce qu'est un cheval à bascule, et, en particulier, quelle est sa particularité. Il accomplit une action alternative consistant en un balancement de part et d'autre de son centre d'équilibre ; toutefois, bien que donnant l'impression d'un mouvement, son activité n'entraîne ni changement de position ni déplacement. Or, force est de constater que la Cour de justice semble avoir décidé d'adopter le même comportement lorsqu'elle s'est vue confrontée à la nécessité de remplir le vide législatif évoqué ci-avant »².

287. — Conditionnant la démarche de la Cour, cet équilibre instable a corrélativement conditionné le développement et la définition du mécanisme intégré. Il l'a incitée à la prudence, laquelle s'est tout d'abord manifestée par une tendance à restreindre tous les critères de mise en œuvre de la quasi-régie. C'est apparemment le moyen trouvé par la Cour pour aboutir à ce qui a été démontré dans le premier titre : une dérogation légale et justifiée sur les plans juridique et économique. Ce n'est qu'une fois les limites posées qu'ont pu être concédés plusieurs assouplissements qui ont permis à la quasi-régie de devenir une dérogation à la fois circonscrite et utilisable par les acteurs juridiques.

² MARCHEGIANI Giannangelo, « Les relations *in house* et le syndrome du cheval à bascule. Quelques considérations à propos de l'arrêt *Stadt Halle* », *RMCUE*, 2006, n° 494, pp. 47-57, p. 48.

288. — La méthode établie par la Cour pour reconnaître une situation quasi interne est teintée de cette pondération sous-jacente, entre souplesse et sévérité. Les deux critères qu'elle avait créés (avant qu'ils ne soient transformés en trois critères par les directives) se compensent en effet dans ces deux sens opposés. Le premier consistait à démontrer que le pouvoir adjudicateur exerce sur lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Le second tendait à prouver que le prestataire prétendument intégré exerce l'essentiel de son activité pour ledit pouvoir adjudicateur. La Cour n'avait fixé ni seuil, ni modalités pour l'application de ce second critère, de sorte que ses précisions sur le moyen de déterminer sa présence étaient très attendues par les praticiens. Cependant, ses précisions ont surtout concerné le premier critère, celui du contrôle analogue. S'il a « *eu la primeur* »³ de son examen, c'est notamment parce que déterminer dans quelles conditions un organisme peut être considéré comme étant contrôlé par un pouvoir adjudicateur de la même façon que celui-ci contrôle ses propres services reposait sur la mobilisation de données complexes à doser avec précaution. Cet équilibre, la Cour n'a réussi à le trouver de façon complète qu'au terme de plusieurs arrêts. La résolution des incertitudes concernant le second critère ne s'est donc produite qu'en 2006. À cette scission temporelle dans l'élaboration des deux critères se superpose une différence de démarche. Alors que la sévérité avait jusque là caractérisé la définition des modalités du contrôle analogue, les situations correspondant au critère de l'activité essentielle ont d'office été définies avec plus de malléabilité par la Cour. Ces deux approches se justifient par des objectifs distincts et complémentaires. Leur balance constitue le tremplin qui a permis à la quasi-régie a pu devenir une dérogation à la fois suffisamment encadrée et réellement praticable. Les directives, tout en affirmant que trois critères doivent désormais être remplis par les prestataires intégrés, ont conservé cet équilibre.

289. — L'ensemble des conditions organiques garantissent en effet que l'opérateur dédié et son détenteur forment une boucle fermée qui singularise réellement leur relation (**Section 1**), alors qu'en complément le critère matériel⁴, de par la flexibilité qui le caractérise, permet de prouver que la structure ainsi créée ne met pas en danger le marché intérieur (**Section 2**).

³ SAGNE Nicolas, *Le contrat in house, op. cit.*, p. 20.

⁴ Tel que qualifié par Monsieur Leplat (LEPLAT Bernard, « La création de sociétés publiques locales, condition nécessaire et suffisante au bénéfice de l'exception « *in house* » ? », *LPA*, 2005, n° 213, pp. 5-8, p. 7).

SECTION 1. L'INSTITUTIONNALISATION D'UNE BOUCLE FERMÉE PAR LES CRITÈRES ORGANIQUES

290. — Le mécanisme interorganique repose sur une « *exigence d'aller au-delà de l'analyse formelle et de vérifier la substance de la relation entre les autorités et leurs entités liées* »⁵. La complémentarité de ses deux critères d'origine – l'un, celui du contrôle, reposant plutôt sur des éléments organiques et le second, celui de l'activité essentielle, reposant plutôt sur des éléments matériels – participe forcément à cette démarche. Il serait cependant réducteur de réduire les exigences à ces seuls critères. S'il convient de compter le contrôle analogue et le critère des participations admises au capital des prestataires intégrés parmi les contraintes organiques, il importe de ne pas considérer que les exigences organiques imposées par la quasi-régie se réduisent à ce contrôle analogue.

291. — Détenteurs et prestataires intégrés devront en effet revêtir certaines particularités organiques, et ce avant même la mise en place des critères identifiables (§1). Ce n'est qu'une fois ces vérifications effectuées que peuvent être étudiées les modalités propres de deux des critères expressément imposés par le droit positif pour la reconnaissance d'une structure interorganique : celui portant sur la qualité des prises de participation (§2) et celui du contrôle analogue (§3).

⁵ GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 23-50, p. 31.

§1. Les exigences organiques préalables à l'examen des critères

« Que désignent au juste, dans le langage courant, les vocables « universalité » ou encore « universel » ? À s'en tenir aux dictionnaires, le substantif « universalité » désigne « le caractère de ce qui concerne la totalité des hommes » ; quant au qualificatif « universel », il désigne cela même « qui s'étend, s'applique à la totalité des objets (personnes ou choses) que l'on considère » »⁶.

292. — Dans cette lignée, l'universalisme d'une notion repose sur sa tendance à s'appliquer au plus grand nombre de domaines et d'acteurs juridiques. Une telle tendance témoigne généralement d'une propension de l'auteur de la norme ou de celui qui détermine son champ d'application à un certain universalisme. Or, cette situation ne se retrouve pas exactement dans la quasi-régie.

293. — Les caractéristiques organiques de la quasi-régie témoignent d'une universalité à deux vitesses. D'un côté, décider que l'organisme à partir duquel peut être formée la structure intégrée – celui qui devra effectuer le contrôle – devra être un pouvoir adjudicateur, semble aller dans ce sens. Il s'agit cependant d'un choix qui ne reflète une volonté d'universalisme qu'en apparence **(A)**. Concernant, de l'autre côté, les critères organiques concernant les personnes morales pouvant obtenir la qualification de prestataire intégré, seul un faible nombre d'exigences formelles ont été exposées. Il serait cependant erroné d'en déduire que ces critères sont emprunts de peu de sévérité. Ils ne témoignent eux aussi d'une volonté d'universalisme qu'en apparence **(B)**.

A. La référence au pouvoir adjudicateur : une volonté faussée d'universalisme

294. — L'expression « pouvoir adjudicateur » est désormais devenue un incontournable de la commande publique, car elle permet de déterminer son champ d'application. Sa définition connaît de ce fait de nombreuses ramifications afin de lui permettre d'englober tous les opérateurs. C'est notamment ce point qui pourrait permettre de considérer qu'en faisant du pouvoir adjudicateur le pilier de la quasi-régie, les institutions européennes manifestaient leur volonté de donner à cette dérogation le périmètre le plus large possible.

⁶ BORGETTTO Michel, « Universalité et droit de la protection sociale », in KOUBI Geneviève et JOUANJAN Olivier (dir.), *Sujets et objets universels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 13-31, p. 14.



295. — Elles n'ont cependant effectué ici qu'un choix de raison (1), qui ne pouvait venir contrebalancer l'intransigeance dont la Cour faisait preuve alors, ce qui fausse le souhait d'universalisme que ce choix aurait pu exprimer (2).

1) Une référence incontournable

296. — La notion de pouvoir adjudicateur n'a pas été utilisée comme référence dès la première apparition de la dérogation interorganique⁷. Ce n'est le cas que depuis l'affaire *ARGE*⁸. Cette mention s'inscrit cependant parfaitement dans le cadre communautaire préexistant, puisque ce critère semblait être le plus propice pour constituer le pilier des structures intégrées. Tout en représentant le meilleur moyen de confirmer l'autonomie du droit de l'Union européenne, la mention au pouvoir adjudicateur garantit une certaine simplicité d'application.

297. — Se référer à la notion de pouvoir adjudicateur était important pour l'autonomie du droit communautaire. Celle-ci repose sur l'idée qu'il règne un ordre juridique européen propre et distinct de celui des États membres⁹. La régulation de la concurrence étant l'une des compétences traditionnelles de l'Union, ses institutions ont édicté maintes normes dans ce domaine. Pour les mettre en œuvre, il a fallu redéfinir les sujets devant les respecter en établissant des notions recevant une « *interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté* »¹⁰. Le « pouvoir adjudicateur » en est un exemple topique car il remplit une fonction utilitaire et trouve son application particulière en droit de la commande publique. Sa définition a été fixée par des dispositions du droit de l'Union et est fréquemment précisée, pour ne pas dire élargie, par la Cour. L'utiliser en

⁷ Ni Antonio La Pergola (*loc. cit.*), ni la Commission dans sa communication du 11 mars 1998 (COM (1998) 143 final, p. 10, note 10), ni la Cour dans l'arrêt *Teckal* ne lient directement le terme pouvoir adjudicateur à cet énoncé, chacun préférant des formules larges telles que « *administration publique* » ou celles issues du cas d'espèce – collectivité territoriale pour l'affaire concernant la commune de Viano (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50).

⁸ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, préc., §40.

⁹ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend et Loos*, 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1 ; *Rec.*, 1963, p. 3 ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 623, note Jean BRÉBAN) et CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre ENEL*, 6/64 (ECLI:EU:C:1964:66 ; *Rec.*, 1964, p. 1141 ; *Journal du droit international*, 1965, p. 697, note Robert KOVAR ; *RTD eur.*, 1965, p. 369, note Bruno De WITTE).

¹⁰ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, préc. (telle que reproduite in : RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 82, pt 238).

tant que pilier des prestations quasi internes revenait par conséquent à affirmer une nouvelle fois l'autonomie du droit communautaire, condition *sine qua non* au sein de ce domaine controversé, et surtout très largement redéfini par les institutions européennes, que constituent les règles de la commande publique. L'exigence d'uniformisation n'en est que mieux respectée.

298. — Choisir la notion de pouvoir adjudicateur comme pilier de la quasi-régie constituait de plus un aboutissement de sa propre construction. En consacrant telle quelle la quasi-régie, les institutions européennes ont enfin tiré les conséquences de cette notion clef du droit de la commande publique. Certes, comme le remarquait déjà Antonio La Pergola en 1998, « le législateur communautaire a voulu donner à la notion de pouvoir adjudicateur un sens très large, incluant toutes les formes possibles sous lesquelles des pouvoirs publics sont exercés »¹¹. Outre la reconnaissance des personnes morales qui répondent clairement à cette appellation, il était nonobstant nécessaire de prendre en compte leur capacité à établir des « relations contractuelles avec des entités juridiques qu'elles ont créées ; qui en constituent le simple prolongement et dont elles maîtrisent l'organisation comme le fonctionnement »¹². La notion de pouvoir adjudicateur aurait été incomplète si cette propension n'avait pas été prise en considération. Cet assouplissement a cependant son revers : l'entité intégrée sera très fréquemment qualifiée à son tour de pouvoir adjudicateur par dépendance¹³. Les directives ne prévoient pas directement cette obligation, ce qui est regrettable car c'est une condition essentielle à la cohérence de la sphère interorganique. Néanmoins, les conditions interorganiques favorisent cette qualification. Les conditions dans lesquelles s'exercent le contrôle analogue et le contrôle conjoint tendront en effet à faire entrer l'organisme interorganique dans la définition de l'organisme de droit public. À défaut, ces conditions pourront participer à qualifier les prestataires intégrés d'« associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public », qui sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs par les articles 2 et 5 des directives « marchés » et « concessions »¹⁴. En France, la soumission du prestataire intégré aux obligations

¹¹ Concl. Antonio LA PERGOLA sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, aff. C-360/96 (préc.), *loc. cit.*, pt 41.

¹² LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Où en est-on du *in house* ? », *CMP*, 2006, n° 5, Repère n° 5, pp. 1-1, p. 1.

¹³ Conformément à la distinction établie par le professeur Richer pour qui existent des pouvoirs adjudicateurs par appartenance (les États ou leurs collectivités territoriales) ou par dépendance (les organismes de droit public (RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, pp. 74 et s.).

¹⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.) ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.).



s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs était expressément actée par l'article 3 du Code des marchés publics, lequel imposait que toute entité intégrée se soumette à l'Ordonnance du 6 juin 2005 pour répondre à ses besoins propres. Cette distinction entre Code des marchés publics et Ordonnance pouvait néanmoins avoir pour conséquence de faire échapper certains contrats à des règles établies par le Code des marchés publics, puisque l'Ordonnance ne prévoyait pas exactement la même réglementation que le Code. L'arrêt *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée*¹⁵ en atteste. Sous l'empire de l'Ordonnance du 23 juillet 2015, qui reproduit à l'identique les définitions du pouvoir adjudicateur et de l'organisme de droit public prévues par les directives, cette distinction devrait être révolue puisque la distinction entre les deux textes va disparaître¹⁶.

299. — En conséquence, si tous les contrats qu'elle passe avec ses détenteurs sont exclus du droit dérivé de la commande publique, il est très probable que l'entité intégrée devra respecter les dispositions s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elle attribuera des contrats à des opérateurs économiques. L'utilisation de la notion de pouvoir adjudicateur en tant que pilier de la quasi-régie répond par conséquent aux efforts constants des institutions européennes pour étendre la libre concurrence. L'exonération des modalités concurrentielles n'est en effet valable qu'au sein de la sphère interorganique. Pour le reste, elle est repoussée depuis les détenteurs, jusqu'à leur entité intégrée. En somme, créer la quasi-régie ne revenait pas seulement à tirer toutes les conséquences de la notion de pouvoir adjudicateur dans son principe. Cela constitue également un prolongement de ses effets.

300. — Le fait de se référer à ce concept phare constitue enfin un choix de raison. Il était le seul à pouvoir postuler à ce titre, principalement parce que les institutions européennes en ont fait la notion centrale de la commande publique. Cela peut certes dérouter le juriste français, « *attaché à la théorie générale du contrat administratif dans la mesure où le critère organique perd son autonomie, dépourvu tout à coup de sa portée théorique et de son*

¹⁵ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections, 23 décembre 2011, *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée contre Entreprise Générale d'Électricité Noël Béanger*, n° 351505, ECLI:FR:CESSR:2011: 351505.20111223 ; *Rec.*, 2011, p. 672 ; *CMP*. 2012, comm. n° 41, obs. Willy ZIMMER.

¹⁶ Sur ce point, v. notamment : BRENET François, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, n° 32, pp. 1783-1788 ; NOGUELLOU Rozen, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, n° 32, pp. 1789-1794 ; TERNEYRE Philippe, « Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : deux ou trois choses que je sais d'elle », *BJCP*, 2015, n°102, pp. 331-333.

efficacité »¹⁷. Or, en choisissant l'expression « pouvoir adjudicateur » comme référence, les institutions européennes se sont épargné les nombreux écueils liés à la notion de personne publique¹⁸. Ne serait-ce qu'en France, celle-ci pose problème. Privée de toute référence fonctionnelle, elle donne trop la part belle à l'aspect organique, ce qui la rend imprécise¹⁹. Cet élément aurait fait obstacle à sa capacité à cibler correctement les personnes concernées. Auraient en effet été exclues toutes les entités dont la forme est privée, alors que les pouvoirs adjudicateurs peuvent justement revêtir une telle forme. Il n'est de plus pas exclu qu'elle soit définie différemment dans d'autres États de l'Union européenne, ce qui aurait causé d'innombrables querelles d'interprétation. Grâce à la notion de pouvoir adjudicateur, celles-ci sont écartées. Les doutes quant à l'éligibilité d'un organisme à cette qualification ont en effet été considérablement réduits ces vingt dernières années par l'évolution du droit dérivé sur ce point.

301. — Néanmoins, il est important d'énoncer une nuance sur ce point : la Cour a clairement, par l'arrêt *Stadt Halle*²⁰, refusé d'exploiter cet élément, puisqu'elle a restreint le champ d'application de la quasi-régie aux autorités publiques. Il en résulte que, si les multiples qualités de la notion de pouvoir adjudicateur ont poussé les institutions européennes à la choisir comme élément fondateur de la quasi-régie, ce n'est que depuis que les directives semblent avoir mis fin à cette restriction que toutes ses potentialités peuvent se révéler. Il en résulte que l'affichage du pouvoir adjudicateur en tant que pilier de la quasi-régie et la volonté d'universalisme qu'elle peut sembler indiquer, a longtemps tranché avec le comportement de la Cour à l'égard de la quasi-régie naissante et de ses aspirations à l'universalité.

2) *Une volonté d'universalisme usurpée*

302. — Opter pour la notion de pouvoir adjudicateur comme référence implique une volonté d'universalité de la dérogation au sein de « *l'Europe des marchés* »²¹ : puisque

¹⁷ GUIBAL Michel, « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in RIBOT Catherine et AUTIN Jean-Louis (compilation), *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Presses universitaires de Grenoble, Hors collection, 2004, pp. 229-233, p. 232.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc. Sur ce point, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

²¹ L'expression est issue des travaux du professeur Richer (RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*).



cette notion est le premier véhicule des règles de la commande publique, alors tout organisme entrant dans leur champ d'application pourra bénéficier de la dérogation interorganique. Pourtant, ce choix contraste manifestement avec les longues hésitations dont a fait preuve la Cour concernant les types de contrats recouverts par cette dérogation.

303. — La volonté d'universalité issue du choix du pouvoir adjudicateur comme pilier de la quasi-régie s'explique par l'extensibilité de cette notion. Liée « *au droit de la concurrence plus qu'à la tradition du droit public* »²², la référence au pouvoir adjudicateur englobe tant les maintes personnes publiques dites classiques qu'elle recouvre, qu'un grand nombre d'entités, qualifiées ainsi car elles correspondent à la définition de l'organisme de droit public. Cette notion d'organisme de droit public est étirable et fait considérablement augmenter le nombre de pouvoirs adjudicateurs, « *avec tous les artifices et incertitudes que cette progression entraîne inévitablement* »²³. Par précaution, les institutions de l'Union européenne ont tendance à préférer étendre la soumission aux règles de la commande publique plutôt que de mettre l'accent sur ces doutes, bien que l'extension à outrance de cette catégorie ait déjà été relevée.

*« Certains de ces organismes, intégrés aux forceps dans le champ d'application des directives, sont certainement des « organismes », mais on a parfois du mal à comprendre ce qu'ils ont de « public ». Ce sont parfois, tout simplement, des personnes morales de droit privé assimilées autoritairement à des personnes publiques. Leur liaison avec le service public peut relever de l'énigme ou du mystère »*²⁴.

Certes, des verrous empêchent que cette propension ne devienne une dérive²⁵ mais cette extension accentue quand même le phénomène de contagion. Autrement nommé « *théorie de la contamination* »²⁶, il décrit le processus tendant à soumettre aux directives l'ensemble des marchés d'une entité dès lors qu'elle peut être qualifiée d'organisme de droit public

²² ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, n° 10, étude n° 9, pp. 7-15, pp. 10-11, pt 18.

²³ GUIBAL Michel, « La notion de personne publique contractante », *loc. cit.*

²⁴ *Ibid.*, p. 232.

²⁵ Il provient du troisième sous-critère de définition de l'organisme de droit public, « *qui sauve le contrat et empêche la notion de personne publique contractante de sombrer* » (GUIBAL Michel, « La notion de personne publique contractante », *loc. cit.*, p. 233).

²⁶ RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, *op. cit.*, pp. 95-96.

du fait d'une infime partie de ses transactions. La Cour a refusé de poser des limites à ce phénomène, repoussant la possibilité « *d'y faire exception même dans l'hypothèse où existerait une séparation comptable entre les diverses activités de l'organisme* »²⁷. Tout organisme qualifié d'organisme de droit public, même sur le fondement d'éléments qui pourraient être considérés comme artificiels, voit toutes ses transactions automatiquement soumises au champ d'application des règles de la commande publique.

304. — L'extensibilité importante de la notion de pouvoir adjudicateur a créé un paradoxe, puisqu'elle s'oppose au fait que la Cour a longtemps refusé de livrer une application universelle de la quasi-régie. Si elle a accepté, dès la création de la dérogation interorganique, que tout pouvoir adjudicateur puisse fonder un mécanisme interorganique, elle a tardé à reconnaître qu'il entraîne une dérogation aux règles de passation de tous les types de contrats pouvant être passés par les pouvoirs adjudicateurs. Au sujet des marchés publics, elle n'a pas affirmé d'emblée que tous étaient potentiellement concernés. Elle a procédé progressivement, élargissant petit à petit les règles que les prestations quasi internes permettent d'écarter. Au début, la Cour faisait reposer son raisonnement sur la directive concernée par le cas d'espèce, puis elle s'est servie de l'énoncé de la dérogation sans la relier à une directive précise. Cette démarche est néanmoins passée inaperçue puisque la dérogation ci-étudiée a rapidement été perçue comme susceptible de mettre en échec les directives « marchés » dans leur ensemble²⁸. En revanche, il a fallu patienter plus de six ans après son apparition pour que son application aux concessions soit enfin certaine²⁹. Il est vrai que jamais cette éventualité n'avait été expressément niée dans les arrêts de la Cour et au cours des

²⁷ CATTIER Rachel et PROOT Philippe, « Directives marchés publics et théorie de la contagion », *Lamy droit public des affaires*, 2008, n° 125, pp. 1-3.

²⁸ Deux arrêts rendus par la Cour administrative d'appel de Bordeaux semblent l'illustrer : CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 19 mars 2002, *M. Denis Teisseire contre Communauté d'agglomération de Bordeaux*, n° 98BX02208, préc. ; CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 9 novembre 2004, *SODEGIS contre Cne de Cilaos*, n° 01BX00381 ; JurisData n° 2004-267736 ; *AJDA*, 2005, p. 272, note Jean-David DREYFUS ; *CMP*, 2005, n° 2, p. 23, comm. n° 31, note Jean-Paul PIETRI ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 125, p. 14, note René-Pierre CLAUZADE et Vitale KAMENI ; *JCPA* 2005, n° 6, p. 362, comm. n° 1070, note Jean-Claude DEVÈS ; *JCP A*, 2005, n° 17, p. 722, comm. n° 1197, note Alexandre GAUTHIER et Emmanuel VITAL-DURAND ; *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1164, note Frédéric ROLIN ; *RLCT*, 2005, n° 2, p. 23. Dans les deux cas, les prestations intégrées sont la seule dérogation à vocation large envisagée pour écarter l'application des directives (dans le second arrêt, la Cour l'examine après avoir écarté l'application de la dérogation spécifique aux marchés de de recherche).

²⁹ L'application de la dérogation intégrée aux concessions a été affirmée par la Cour dans l'arrêt *Coname* (CJCE, 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, préc.), alors que la Commission annonçait en 2000 que des « affaires actuellement pendantes devant la Cour pourraient apporter des éléments complémentaires à cet égard » (Commission, Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02), *JOCE* C 121 du 29 avril 2000, pp. 2-13, pt 2.4). Elle faisait ici allusion aux arrêts *ARGE* (CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, préc.) et *Telaustria* (CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.) qui n'ont finalement apporté aucune réponse à ce sujet (*ibid.*, note 28).



années qui ont suivi. L'absence d'affirmation nette laissait toutefois planer le doute. *A posteriori*, il est aisé d'affirmer que cette extension aux concessions était évidente « *puisque, ces dernières ne relevant d'aucune directive imposant des règles détaillées de passation des marchés publics, une dérogation existant en faveur de tels marchés doit a fortiori bénéficier aux concessions qui ne sont pas soumises à de telles exigences* »³⁰ ; ou encore qu'il s'agit du pendant naturel de l'absence de formalisme du droit de l'Union européenne, dont l'« *application ne peut être écartée en changeant l'intitulé d'un contrat* »³¹. Toujours est-il que l'absence de mention explicite rendait cette extension incertaine dès lors que la notion n'avait jusque là été développée et mentionnée qu'au sujet de la passation de marchés publics. Le contraste entre l'attitude de la Cour et celle de ses avocats généraux n'est d'ailleurs qu'une preuve supplémentaire de son absence de militantisme en faveur de l'universalisme de la quasi-régie. Une grande partie d'entre eux ont en effet défendu cette dérogation avec vigueur, même si les conclusions rendues sur l'affaire *Coname*³² sont loin de représenter cet engouement. Après avoir refusé de déterminer si le contrat en cause était un marché public ou une concession de services, l'avocat général Stix Hackl a fini par y déduire que si la seconde hypothèse était en cause, alors l'absence d'applicabilité des directives entraînait une application du droit primaire, ce qui rendait la dérogation interorganique « *caduque* »³³. Le fait, pour la Cour, de déclarer qu'elle concerne également les concessions constituait donc, comme dans l'arrêt *Teckal*³⁴, un arrêt rendu sur avis contraire.

305. — C'est l'avocat général Kokott qui, deux ans après cet arrêt, a clairement exposé les raisons pour lesquelles ce choix était justifié. Elle a commencé par répondre positivement à la première question concernant la présence d'une concession de services dans l'affaire *Parking Brixen*³⁵. Puis elle a estimé que ce « *ne sont pas seulement des aspects purement formels qui déterminent l'application du droit des marchés publics, mais aussi une*

³⁰ LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *loc. cit.*, p. 929.

³¹ ARNOULD Joël, « Les contrats de concession, de privatisation et de service « *in house* » au regard des règles communautaires », *RFD-A*, 2000, n° 1, pp. 2-23, p. 10.

³² Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03 (préc.), présentées le 12 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:212 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 446.

³³ *Ibid.*, pts 103 pour la citation et 103 à 104 pour le raisonnement.

³⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

³⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.

appréciation d'ordre qualitatif»³⁶, ce qui a d'ailleurs permis à la Cour d'étendre la dérogation interorganique à différentes directives³⁷. Dès lors, ces dispositions étaient « *tout aussi transposables aux cas tels que la présente affaire* »³⁸. Même s'il est clair que c'est l'arrêt *Coname*³⁹ qui a mis un terme aux doutes, ce sont ces conclusions qui ont déroulé son raisonnement.

306. — La Cour n'avait par conséquent pas de marge de manœuvre quant au choix du pouvoir adjudicateur en tant que pilier de la quasi-régie. Cela crée un antagonisme entre, d'une part, ce critère personnel qui symbolise un souhait d'universalité et, d'autre part, les multiples restrictions qui entourent les conditions matérielles. Cette contradiction entre assouplissement et sévérité semble également avoir marqué le développement des critères formels imposés au prestataire qui prétend être intégré à un pouvoir adjudicateur.

B. Le faux universalisme des exigences formelles imposées à l'entité intégrée

307. — L'organisme intégré doit répondre à des critères organiques particuliers, qui entretiennent un équilibre fragile entre neutralité et utilité. Il doit posséder une personnalité juridique, qui sera présente mais pas déterminante dans la reconnaissance du mécanisme interorganique **(1)**. Quant à sa forme déclarée, les institutions communautaires y sont indifférentes puisqu'elle s'efface devant les modalités particulières du contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur. Ce principe n'est cependant pas illimité **(2)**.

1) La présence obligatoire d'une personnalité juridique : un critère neutralisé

« Depuis quelques années, il semble que l'on assiste à une forme de retour à la réalité au détriment de la fiction et surtout à la recherche d'une volonté autonome que l'on croyait

³⁶ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, préc., *loc. cit.*, pt 44.

³⁷ *Ibid.*, pt 45.

³⁸ *Ibid.*, pt 46.

³⁹ CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, préc.



pourtant désormais exclue du cadre de réflexion autour de la notion de personnalité morale »⁴⁰.

308. — Le mouvement doctrinal tendant à démontrer cette inefficacité a débuté il y a plusieurs dizaines d'années, sous la plume de Monsieur Delcros⁴¹. Désormais, les failles de la personnalité juridique comme critère sont reconnues et maîtrisées. Le fait que sa présence ne soit pas déterminante pour reconnaître une structure interorganique n'est que la conséquence de ces démonstrations. Pourtant, la dérogation ci-étudiée ne constitue pas un exemple sans nuance de ce phénomène. La personnalité juridique, si elle y est bien considérée comme l'apanage de la forme, n'est pas sans importance. Au contraire, elle est requise même si elle ne compte pas dans les indices que devra étudier le juge lors de son analyse des trois critères exprès. Bien que nécessaire, elle est réduite au rang de postulat. Cet élément hérité témoigne de la situation intermédiaire de la quasi-régie. L'utilité de la personnalité juridique du prestataire intégré repose cependant sur un raisonnement réversible qu'il conviendra de rappeler.

309. — Les organismes intégrés sont des entités hybrides, auxquelles a été attribuée « *la personnalité juridique sans leur accorder, malgré tout, une indépendance absolue* »⁴². C'est pourquoi ne sera exercé sur eux qu'un contrôle analogue et non identique à celui qui est exercé sur les services internes des pouvoirs adjudicateurs. De la personnalité juridique naît notamment la capacité de contracter et de posséder un patrimoine. Ce sont ces éléments qui en font deux entités formellement distinctes, bien qu'unies par une seule volonté. La Cour ne s'est jamais longuement arrêtée sur la définition de la personnalité juridique. Elle relève simplement qu'en vertu de la législation nationale et de ses statuts, l'entité à l'étude en est dotée⁴³. Dès l'arrêt *Beentjes*⁴⁴, elle s'est contentée de

⁴⁰ PIROU Xavier, « Transparence *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, p. 255.

⁴¹ À ce sujet, les travaux de Monsieur Delcros font office de référence. Il critiquait « *cette jurisprudence ancienne reposant sur une logique héritée des conceptions civilistes du XIX^e siècle n'admettant l'existence d'un contrat que s'il était passé par deux personnes juridiquement distinctes car seule une personne juridique autonome était susceptible de vouloir contracter* » (DELGROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État*, LGDJ, Coll. BDP, T. 122, 1976, p. 112, tel que rappelé par : ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *loc. cit.*, p. 899).

⁴² GLATT Jean-Mathieu, « La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le « *in house* » à la française », *loc. cit.*, p. 5.

⁴³ V. notamment : CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §12.

⁴⁴ CJCE, 4^{ème} Chambre, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes B.V. contre Pays-Bas*, aff. C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 ; *Rec.*, 1988, p. I-4635.

relever que l'organisme concerné était « *dépourvu de personnalité juridique propre dont la mission et la composition [étaient] réglées par la loi et que ses membres sont désignés par la députation provinciale de la province concernée* »⁴⁵. Cette concision contraste avec les maintes études doctrinales focalisées sur la notion⁴⁶. Elle est pourtant justifiée, puisque c'est la création de l'entité qui fait naître la personnalité ou, plus précisément, la parution officielle de ses statuts. Leurs naissances sont simultanées et parallèles. Il faut donc se référer aux dispositions régissant la forme de l'entité concernée pour vérifier qu'elle appartient bien à celles qui possèdent une personnalité juridique. Il convient en outre de vérifier sa mention effective dans son acte de création. Bien qu'en résultent des capacités non négligeables, ceci témoigne du caractère purement artificiel de la personnalité juridique, ce qui soulève des problématiques en matière de sécurité juridique.

310. — Le raisonnement sur lequel est fondée sa nécessité est hautement réversible. Il suffit pour le démontrer de comparer deux analyses d'auteurs qui ont des visions différentes du mécanisme interorganique : le professeur Capitant⁴⁷ et Monsieur Pirou⁴⁸. Selon le premier, la quasi-régie serait issue d'une interprétation substantielle du principe révélé dès 1930, en vertu de laquelle la liberté de commerce et d'industrie ne s'oppose pas à la satisfaction des besoins de l'État⁴⁹. Elle serait la preuve que cette liberté vaut tant pour les relations entre services internes des pouvoirs adjudicateurs qu'avec leurs services externalisés, c'est-à-dire ceux disposant d'une personnalité morale. Elle ne le serait cependant que « *[s]ous réserve de l'établissement de ce double rapport de dépendance, organique et économique* »⁵⁰ établi dans l'arrêt *Teckal*⁵¹. Sous cet angle, la prise en compte de la personnalité juridique par les juges est cohérente, dès lors que dans le cas contraire l'option interorganique ne devrait même pas être examinée. Ce raisonnement

⁴⁵ *Ibid.*, §8.

⁴⁶ Qu'il s'agisse des recherches traditionnelles (telles que celles d'Aubry et Rau, coutumièrement citées, portant sur la personnalité morale et ses attributs), ou des recherches spécifiques au droit administratif (DELGROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État*, *op. cit.* ; ou, plus récemment : LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 176, 1997).

⁴⁷ CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *loc. cit.*

⁴⁸ PIROU Xavier, « Transparence *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*

⁴⁹ CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *loc. cit.*, p. 45. Le Conseiller d'État Ménéménis avance également cette justification, en expliquant que la dérogation interorganique « *est la conséquence logique du principe fondamental, non remis en cause par le droit communautaire, selon lequel deux services relevant d'un même pouvoir adjudicateur peuvent se passer librement des commandes* » développé dans l'arrêt *Unipain* (CE, Section, 29 avril 1970, *Sté Unipain contre Ministre des armées*, n° 77935, préc.) (MÉNÉMÉNIS Alain, « La notion de contrat *in house* », *Droit administratif*, 2007, n° 7, p. 22-24, p. 23).

⁵⁰ CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *loc. cit.*, p. 45.

⁵¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.



est cependant réversible, du fait de sa soumission à l'éventuelle volatilité de la Cour. Il s'agit d'une analyse « *audacieuse* » et, surtout,

« grosse d'incertitude car rien ne dit que la Cour de justice ne viendra pas un jour considérer qu'à l'inverse, un service dépourvu de personnalité juridique doit [...], en raison de son indépendance de fait, être considéré comme extérieur et par conséquent être mis en concurrence avec les autres opérateurs économiques »⁵².

Les développements de Monsieur Pirou confirment ces soupçons. Alors que le professeur Capitant considère que la quasi-régie repose sur la séparation formelle de deux organismes faisant partie d'une même entité, cet auteur la décrit comme la réunion de deux tiers distincts regroupés par une régie artificielle. Il en déduit que la « *question de la préexistence et celle de l'indépendance seront donc importantes pour déterminer si l'on se trouve ou non dans une situation justifiant l'application du in house* »⁵³. La rhétorique permettrait donc à la Cour d'utiliser différemment l'élément que constitue la personnalité juridique. Qui sait si, un jour, elle ne redonnera pas toute son importance à ce critère ?

311. — Pour l'instant la personnalité juridique constitue le seul élément formel indispensable, bien que neutralisé, à la mise en œuvre d'un mécanisme intégré. À l'inverse, la Cour est par principe indifférente à la forme sociale revêtue par l'entité, bien qu'elle puisse parfois constituer un indice.

2) L'indifférence seulement partielle de la forme déclarée du prestataire

312. — La nécessité pour l'organisme intégré de posséder une personnalité juridique a rapidement été acquise. Tel ne fut pas le cas de l'importance qui doit être accordée à sa forme déclarée. Cet élément est longtemps resté imprécis, la Cour n'acceptant que tardivement de déclarer qu'aucune catégorie de forme sociale n'est exclue d'office de la qualification de prestataire intégré. Néanmoins, cette indifférence a ses limites.

⁵² CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *loc. cit.*, pp. 45-46.

⁵³ PIROU Xavier, « Transparence *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, p. 267.

313. — Chaque forme sociale soulevait des problématiques particulières quant à sa compatibilité avec la qualité d'organisme intégré. Les groupements posaient par exemple la question du contrôle analogue multiple, qui a finalement été développé sous la forme du contrôle conjoint. Quant à la nécessité d'admettre l'indifférence des formes sociales, elle concernait principalement les entités revêtant des statuts sociétaux. Il fallait qu'elle soit acceptée pour qu'*in fine* puissent être créés des organismes tels que les sociétés publiques locales ou que puissent être maintenues sous l'empire de la quasi-régie des structures similaires dans d'autres États membres. La question à laquelle la Cour se devait de répondre était de savoir si la forme sociétale impliquait ou non par essence une atmosphère privée incompatible avec la sphère publique que constitue la structure interorganique. Certaines juridictions s'étaient déjà prononcées en ce sens⁵⁴. En France, la question était encore plus complexe pour les praticiens, parce que la forme sociétale était difficilement différenciable des sociétés d'économie mixte, ce moyen d'action très utilisé depuis les années 1980 qui comprend nécessairement des capitaux privés. La réponse se fit attendre. Dans un premier temps, la Cour ne mentionna pas les entités sociétales. Elle aurait pu le faire, ne serait-ce qu'à titre informatif, ses avocats généraux s'étant déjà prononcés à ce sujet. L'avocat général Siegbert, dans ses conclusions sur l'arrêt *RI.SAN.*⁵⁵, militait en effet pour que les formes sociétales ne soient pas exclues d'office du mécanisme interorganique⁵⁶.

314. — La Cour commença à examiner cette question en 2005, lorsqu'elle exclut les sociétés d'économie mixte des rangs des organismes intégrés, sans se prononcer réellement sur l'ensemble des formes sociétales⁵⁷. Elle n'envoya pas des signaux positifs pour la doctrine, dont la propension à pointer du doigt certains de ses silences et choix comme étant manifestement dirigés contre l'épanouissement de cette dérogation a déjà été soulignée⁵⁸. Cet affolement fut de courte durée. Quatorze mois après avoir prononcé cette sentence à l'encontre des entités mixtes, la Cour réhabilita expressément les formes

⁵⁴ C'est notamment le cas de la Cour de cassation italienne, qui excluait d'emblée cette forme dans l'arrêt *Siena Paribeggi* (Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Paribeggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989, préc.).

⁵⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, préc.

⁵⁶ Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, (préc.), *loc. cit.*, pt 52.

⁵⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁵⁸ V. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2.



sociétales dans l'arrêt *ANAV*⁵⁹, créant une nouvelle fois la surprise. Le dispositif de cet arrêt ne fait à ce sujet aucun doute. Selon la Cour, les

*« articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination en raison de la nationalité et de transparence, ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui permet à une collectivité publique d'attribuer un service public directement à une société dont elle détient entièrement le capital, à condition que la collectivité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient »*⁶⁰.

L'emploi du terme « société » est générique et implique une permission d'ordre général accordée aux formes sociétales de postuler au statut d'organisme intégré. Aucune catégorie sociale n'est donc *a priori* exclue, ce qui est conforme au principe de neutralité, car l'exclusion d'office d'une forme reviendrait à diriger indirectement les pouvoirs adjudicateurs vers une forme particulière. Pourtant, cette indifférence connaît des limites, qui proviennent de la potentielle utilisation de la forme sociale par le juge dans son analyse. Celle-ci n'est pas décisive en tant que telle. Elle constitue une indication susceptible de corroborer ou d'infirmer des soupçons et de fournir différents types de renseignements, aux conséquences graduellement distinctes. Certaines informent les observateurs sur les objectifs poursuivis par l'entité. Ce fut le cas dans l'affaire *Coditel Brabant SA*, la Cour ayant souligné dans son arrêt le fait que l'entité concernée était « constituée non pas sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires, mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale »⁶¹. Il résulte de cette formulation que certaines formes sociétales impliquent automatiquement la poursuite de buts manifestement incompatibles avec ceux d'un organisme intégré. Pourtant, de tels indices n'auront de poids que dans le cadre de l'étude du contrôle analogue. Ils ne peuvent à eux seuls permettre d'éliminer *a priori* la qualification interorganique. À ce titre, ils restent des indices et ne sont pas des critères préalables comme l'est notamment la personnalité juridique. D'autres éléments fournis par la forme déclarée peuvent néanmoins être déterminants dans le verdict. Les

⁵⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc.

⁶⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc., dispositif.

entités pour lesquelles la législation imposerait la mixité publique et privée des capitaux en sont le cas topique. Sous l'empire de la jurisprudence *Stadt Halle*⁶², ces entités constituaient la preuve flagrante des limites de l'indifférence du juge à l'égard de la forme revêtue par les prestataires intégrés lors de son examen de la quasi-régie. La mixité du capital suffisait à la Cour pour écarter la qualification interorganique. Depuis l'adoption des directives de 2014, cet élément reste pertinent, puisque ces textes ne permettent les « *participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage* » que dans la mesure où elles sont « *requises par les dispositions législatives nationales* »⁶³. La forme déclarée de l'entité et sa réglementation par les autorités nationales a donc vocation à être utile au cours de l'examen mené pour reconnaître un prestataire intégré.

315. — La forme sociale des prestataires intégrés est affaire de nuances, lesquelles sont nécessairement impliquées par la diversité des entités qui pourront recourir à ce mécanisme. Il en est de même pour les modalités d'examen du critère des prises de participations au capital de la structure interorganique.

⁶¹ *Ibid.*, §37.

⁶² CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁶³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), article 12.1.c et 12.3.c.

§2. La rigueur atténuée du critère des prises de participations

316. — En l'absence de précisions par le Conseil de l'Europe, le Parlement européen ou la Commission européenne, c'est à la Cour qu'est revenue la tâche de préciser les modalités de mise en œuvre des critères de la quasi-régie. Elle a par conséquent approfondi les critères qu'elle avait énoncés dans l'arrêt *Teckal*⁶⁴. Ceux-ci étaient alors au nombre de deux – celui du contrôle analogue et de l'activité essentielle –, mais les conditions de mise en œuvre du premier, celui dit du contrôle analogue, ont longtemps préoccupé la Cour. C'est au sein de ce critère qu'elle a initialement intégré les exigences liées aux prises de participation au sein des prestataires intégrés. Elle a en effet affirmé que les prises de participation privées étaient impossibles, posant ainsi ce qui était dénommé « critère négatif » du contrôle analogue, et qui apparaît encore aujourd'hui comme étant la condition la plus sévère qu'elle ait édictée dans le cadre de la quasi-régie **(A)**.

317. — Cette sévérité, le Parlement européen et le Conseil ont décidé d'y remédier partiellement en 2014 en permettant, tout en maintenant le principe des participations publiques, l'existence de participations privées sous conditions. Il s'avère néanmoins que cette évolution, partiellement imprécise, se révèle être extrêmement étroite **(B)**.

A. La sévérité jurisprudentielle à l'égard des participations au sein des structures interorganiques

318. — Dans son *Livre vert sur les partenariats public-privé*, la Commission européenne avait mentionné très brièvement la quasi-régie, reproduisant le procédé de l'allusion concise dans une note de bas de page. La note 51 dudit texte dispose ainsi que :

« [L]e caractère mixte d'une entité participant à une procédure de mise en concurrence n'implique en effet aucune dérogation aux règles applicables dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'une concession. Seul le cas où l'entité en cause répond aux

⁶⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

caractéristiques d'une entité « in house », au sens de la jurisprudence Teckal de la Cour de justice, permettra au pouvoir adjudicateur de ne pas appliquer les règles habituelles. »⁶⁵

La lecture de ces lignes révèle que la Commission n'excluait pas nécessairement la conjugaison entre exonération concurrentielle grâce à la dérogation interorganique et économie mixte. Il en résulte que l'impossibilité, pour les structures mixtes, d'accéder au statut de prestataires intégrés sous l'impact de l'arrêt *Stadt Halle*⁶⁶, constitue un véritable choix de la part de la Cour de justice des Communautés européennes.

319. — En érigeant au rang de condition préalable à l'existence d'un contrôle analogue celle de l'absence de prises de participations privées (le critère des participations n'étant devenu autonome qu'en 2014⁶⁷), la Cour a par ailleurs fait preuve d'une véritable sévérité à l'égard du champ d'application la quasi-régie **(1)**. L'adoption de l'arrêt *Acoset SpA*⁶⁸, tout en assouplissant les modalités de passation de contrats passés avec des structures comprenant des participations privées, ne peut cependant pas être considérée comme un allègement de ce critère. Cet arrêt concerne en effet une dérogation trop particulière et délimitée pour être considérée comme constituant une extension des prestations interorganiques **(2)**.

1) Le critère négatif ou la sévérité jurisprudentielle à son climax

320. — L'exclusion, par l'arrêt *Stadt Halle*⁶⁹, des organismes dont le capital compte des fonds à provenance privée est indubitablement le choix le plus rigoureux opéré par la Cour dans sa définition du mécanisme interorganique. L'établissement d'un tel critère négatif devait nécessairement aboutir à l'exclusion de catégories entières de formes sociales et, surtout, de beaucoup d'organismes de droit public. En outre, sa rigueur n'est contrebalancée par aucune mesure positive, la Cour ayant toujours refusé de créer une

⁶⁵ Commission, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final, note 51.

⁶⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁶⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), article 12.1.c et 12.3.c.

⁶⁸ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

⁶⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.



présomption bénéficiant aux structures dont le capital est entièrement composé de fonds publics.

321. — L'exclusion de la présence de capitaux privés au sein de la catégorie interorganique est justifiée par une crainte. Selon la Cour, leur présence aurait pu créer un conflit d'intérêts et constituer une

« atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents »⁷⁰.

La provenance privative des actifs représenterait la limite à ne pas franchir pour ne pas transformer la dérogation interorganique en obstacle à la concurrence entre les opérateurs économiques. Cette logique a motivé le rejet de la solution de l'avocat général Stix Hackl, qui proposait de ne pas prêter attention à *« l'importance de la participation du pouvoir adjudicateur »⁷¹*. En ce sens, la définition de ce qu'entend la Cour par capitaux privés revêt une importance primordiale. Il fallait déterminer si seule comptait la provenance des fonds de l'actionnaire compte ou si sa forme déclarée est également déterminante. Faire primer la seconde hypothèse reviendrait à déroger à la volonté affichée par les institutions européennes de ne pas s'arrêter à des critères formalistes.

322. — Pourtant, c'est bel et bien pour cette seconde hypothèse que la Cour a opté. Elle a commencé par affirmer la liberté d'organisation des autorités publiques dans des termes dont *« la parenté d'inspiration avec [la] décision Unipain est frappante »⁷²*, pour aboutir à une distinction au sein des pouvoirs adjudicateurs. Ses propos sont limpides : ils mettent en opposition les *« entreprises privées »⁷³* et les *« autorités publiques »⁷⁴*, ramenant

⁷⁰ *Ibid.*, §51.

⁷¹ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, (préc.), *loc. cit.*, pt 68.

⁷² Concl. Julien BOUCHER sur CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827 (ECLI:FR:CEASS:2011:317827.20111026 ; JurisData n°2011-023099 ; *Rec.*, 2011, p. 505, avec les concl. ; *AJDA*, 2012, p. 35, note Mattias GUYOMAR et Xavier DOMINO ; *Droit administratif*, 2012, n° 1, p. 29, note Vincent TCHEN), présentées le 30 septembre 2011, *Rec.*, 2011, p. 505, p. 526, pt 7.2.1.

⁷³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §52.

l'application de la quasi-régie à des critères internistes. Elle a ainsi abouti à une conclusion allant à rebours de la dynamique du droit de l'Union, qui tente habituellement par tout moyen de se démarquer de ses équivalents étatiques. Le soin pris par les institutions européennes pour s'échapper des distinctions classiques ne pouvait en effet pas laisser présager un tel arrêt. Inattendue parce qu'elle n'avait pas été unanimement demandée par les avocats généraux, cette sentence pouvait laisser l'observateur « *quelque peu perplexe* » quant au « *principe de neutralité du traité au regard de la propriété publique ou privée des outils de production* »⁷⁵. Elle a par ailleurs été qualifiée de « *paradoxe* » par Monsieur Brameret, afin de souligner que la Cour s'était ici attachée à des conceptions organiques alors même que la jurisprudence interorganique repose sur une observation fonctionnelle des interventions des pouvoirs adjudicateurs⁷⁶. C'est d'ailleurs ce qui explique l'importance des publications au sujet de cet arrêt. Il n'empêche que la démarche négative qu'il a enclenchée constituait un bon moyen de s'assurer que l'entité concernée n'était pas un opérateur économique classique.

323. — Toujours sur le fil, la Cour n'a pas poussé la logique jusqu'à en inférer que l'intégration de l'entité devait être présumée lorsqu'il est établi que son capital est entièrement purgé de capitaux privés. Une telle proposition avait été émise par certains avocats généraux⁷⁷ et aucun d'entre eux ne s'était expressément élevé contre sa mise en place. Voilà pourquoi la Cour créa la surprise lorsqu'elle décida de ne pas s'encombrer de telles nuances en proclamant, dans l'arrêt *Carbotermo SpA*⁷⁸, que la provenance publique de tous les capitaux ne permet en rien d'émettre des présomptions déterminantes sur le verdict final. Tout au plus admet-elle que cette « *circonstance ... tend à indiquer, sans être décisive* »⁷⁹, qu'il y a effectivement contrôle analogue. Ce refus, bien que critiqué parce qu'il ne se serait agi que d'une présomption simple et donc réfragable, se

⁷⁴ *Ibid.*, §50.

⁷⁵ SESTIER Jean-François, « Nouvelles considérations sur l'arrêt *Stadt Halle* et les marchés publics « *in house* » : quand la Cour de justice ouvre la boîte de Pandore », *loc. cit.*, p. 258.

⁷⁶ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 235, pt 402.

⁷⁷ Notamment l'avocat général Siegbert dans ses conclusions sur l'affaire *RI.SAN*. (Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, (préc.), *loc. cit.*, pt 53). Ses propos ont par ailleurs été repris tels quels par l'avocat général Léger dans ses conclusions sur l'arrêt *ARGE* (Concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 (préc.), *loc. cit.*).

⁷⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzijs Alisei contre Comune di Busto Arsizjio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §37.

⁷⁹ *Ibid.*, §37.



fonde sur le fait que la quasi-régie n'est pas seulement affaire de capitaux publics. Cette dérogation constitue une sphère au sein de laquelle s'expriment les pouvoirs publics, ce qui ne peut être assuré uniquement par la provenance des fonds. Son but est de lever le voile sur la fiction des deux personnalités formellement distinctes. En créant une présomption, la Cour n'aurait fait que remplacer un artifice par un autre. Cela aurait été contraire à la logique même de cette dérogation, qui est de rétablir la réalité des relations entre les deux entités concernées. L'arrêt *Acoset SpA*⁸⁰ ne déroge pas à ce principe.

2) *L'absence d'assouplissement de ce principe par la « procédure Acoset »*

324. — Accueillie comme une évolution majeure dans la reconnaissance européenne du partenariat public institutionnalisé, cette dérogation constitue indubitablement un assouplissement à l'égard de ces structures⁸¹. Véritable « *étape d'apaisement et de clarification* »⁸² dans le traitement européen de ces structures, elle ne les réceptionne pourtant que dans une forme très particulière, qui doit être rappelée **(a)**.

325. — Il en résulte que, si elle est souvent présentée à la suite de considérations sur la jurisprudence restrictive de la Cour concernant les participations privées dans les prestataires interorganiques⁸³, cette dérogation semble en réalité constituer une

⁸⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

⁸¹ « *La jurisprudence Acoset est novatrice et témoigne du souci de la Cour de favoriser les procédures de PPP institutionnalisés en évitant tout formalisme inutile. [...] La solution résolument pragmatique adoptée par la Cour ne peut à cet égard qu'être saluée* » (BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 2009, n° 41, pp. 2276-2287, p. 2286). « *Cette décision vient donner « une force certaine » à la position adoptée par la Commission européenne dans sa communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés. En cela, elle constitue une indéniable avancée car, auparavant, cette position pouvait sembler d'un fondement juridique bien fragile* » (MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, p. 11, pt 27).

⁸² PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 40.

⁸³ V. par exemple : BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 851. Il mentionne en effet l'arrêt *Acoset SpA* (CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.) après avoir présenté l'étau de la quasi-régie, semblant ainsi créer ainsi un lien entre ces deux dérogations, sans pour autant sembler établir un lien exprès entre elles. De même, le professeur Lombard présente clairement la quasi-régie comme étant le « *point d'entrée de cette logique institutionnelle* » (LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, p. 555). La confusion est donc possible.

dérogation parallèle à la quasi-régie, et non soluble dans cette dernière⁸⁴. Elle donne en effet trop d'importance à l'objet du contrat et trop peu à l'existence d'une relation institutionnelle pour être qualifiée d'extension de la quasi-régie. Elle n'a d'ailleurs pas été codifiée au sein de l'article 12 de la directive « marchés », non plus que dans l'article 17 de la Directive « concessions »⁸⁵. Il semble par conséquent impossible de considérer que son adoption a constitué un allègement jurisprudentiel à l'égard des conditions interorganiques **(b)**.

a) Une réception particulière des partenariats public-privé

326. — L'arrêt *Acoset SpA*⁸⁶ constitue une réception du partenariat public-privé institutionnalisé dans une forme très particulière. Celui-ci est en effet combiné au partenariat public-privé contractuel, puisque cet arrêt ne l'envisage que par « *la constitution d'une société commerciale d'économie mixte (c'est le PPPI) qui se voit attribuer une concession exclusive de gestion du service (c'est le PPP conventionnel)* »⁸⁷. La Cour a en réalité suivi ici une ligne déjà tracée par la Commission. *Le Livre vert sur les partenariats public-privé*⁸⁸, puis la Communication interprétative sur les partenariats public-privé en 2008⁸⁹, avaient en effet opté pour un « *compromis* »⁹⁰, proposant la passation d'une procédure de mise en concurrence groupée pour l'attribution du contrat et le choix de l'associé privé d'une

⁸⁴ « *La Cour, en reprenant le raisonnement de son avocat général dans sa décision Acoset, a créé une nouvelle exception aux obligations de mise en concurrence des contrats de la commande publique, en marge de la théorie des prestations intégrées* » (BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche d'une institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 271, pt 461).

⁸⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.) ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.).

⁸⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrivo Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

⁸⁷ DREYFUS Jean-David, et PELTIER Marc, « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », *AJDA*, 2010, n° 2, pp. 104-110, p. 107.

⁸⁸ Commission, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final.

⁸⁹ Commission, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (C(2007)6661), p. 5, pt 2.2.

⁹⁰ « *Clairement, la voie tracée par la Commission dans cette communication vise à trouver un compromis entre la rigueur de la jurisprudence communautaire (illustrée par les jurisprudences Stadt Halle, Commission CE contre Autriche [...] et ANAV [...]) à l'endroit des mécanismes juridiques permettant à un pouvoir adjudicateur d'associer des opérateurs économiques à la réalisation de travaux, de fournitures ou de services sans procédure de mise en concurrence préalable et le désir légitime du pouvoir adjudicateur de s'appuyer sur des partenaires privés compétents, capables de l'épauler pour réaliser les missions confiées. La Commission tentant également par ce biais de généraliser les mécanismes de la commande publique à toutes les techniques contractuelles utilisées par les États membres* » (KARPENSCHIF Michaël, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *JCP A*, 2009, n° 40, pp. 17-22, p. 19, pt 9). Ce même auteur propose d'ailleurs une vision critique de cet avis (v. *ibid.*, p. 20, pts 13 et 14).



société d'économie mixte, dès sa création⁹¹. C'est donc la Commission qui a rendu probable la survenance d'un assouplissement⁹². Celui-ci n'allait cependant pas de soi. Qu'il s'agisse de partenariats public-privé institutionnels ou contractuels, chacun impliquait la présence de capitaux privés qui s'avérait incompatible avec les prescriptions de l'arrêt *Stadt Halle*⁹³ sur la prohibition des capitaux privés. C'est à nouveau une situation particulière, sise en Italie, qui a fourni à la Cour un tremplin pour reconnaître le partenariat public-privé institutionnalisé.

327. — L'affaire prit sa source dans la décision des autorités locales de la province de Raguse d'attribuer directement le service des eaux à une société d'économie mixte à capital public majoritaire. Un seul et même acte fut adopté pour créer la société, lui attribuer la gestion intégrée du service public et associer le partenaire privé à son capital⁹⁴. La particularité de ce dernier est qu'il s'agissait d'un groupement d'entreprises, Acoset SpA, qui avait été choisi antérieurement, au cours d'un appel d'offres lancé en vue de choisir un associé privé pour la société intégrée à créer. Soudainement « *prise de remords* »⁹⁵ et « *inquiète de l'incertitude juridique résultant des décisions de censure communautaire* »⁹⁶, l'autorité administrative a finalement décidé d'annuler l'ensemble de la procédure. Saisies d'un recours formé à l'encontre de cette décision par Acoset SpA, les juridictions italiennes ont posé à la Cour de justice la question préjudicielle suivante :

⁹¹ « *Consciente des difficultés rencontrées par les sociétés d'économie mixte locales, elle propose ainsi que « la sélection du partenaire privé (des collectivités territoriales) s'accompagne par la création du partenariat public-privé institutionnalisé et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité mixte »* (BRAMERET Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé à la française ? », *loc. cit.*, pt 5).

⁹² Pour Maître Passerieux et Maître Thin, l'arrêt *Acoset SpA* (CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.) est dans le « *droit fil* » de cette communication (PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 40). « *Revenant sur ses réserves initiales, la Commission estime ainsi possible d'organiser une procédure de mise en concurrence unique, ayant pour objet à la fois le contrat « qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité »* » (MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, p. 11, pt 25).

⁹³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energierverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁹⁴ Concl. Dámaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), présentées le 2 juin 2009, ECLI:EU:C:2009:332 (BJCP, 2010, n° 68, p. 39), pt 5.

⁹⁵ ZIMMER Willy, « Conditions de recours au partenariat public-privé institutionnalisé », *CMP*, 2010, n° 1, pp. 37-39, p. 38, comm. n° 35.

⁹⁶ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 38.

« Un modèle de société d'économie mixte constituée spécialement pour la fourniture d'un service public déterminé à caractère industriel et avec un objet social unique, qui est directement attributaire du service en question, dans laquelle l'associé privé de nature « industrielle » et « opérationnelle » est sélectionné au moyen d'une procédure concurrentielle, après vérification tant des conditions financières et techniques que des conditions véritablement opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et aux prestations spécifiques à fournir, est-il conforme au droit communautaire [...] ? »⁹⁷.

328. — La Cour aurait pu se contenter de constater que, le partenariat public-privé en cause étant une concession, il ne pouvait échapper aux impératifs de transparence et de concurrence que grâce à la dérogation interorganique ; que celle-ci n'étant pas compatible avec l'économie mixte depuis l'arrêt *Stadt Halle*⁹⁸, la seule échappatoire potentielle n'était en l'espèce pas applicable. Sur les conseils de son avocat général, elle a néanmoins pris en considération les objectifs liés aux partenariats public-privé et, notamment, « l'économie procédurale »⁹⁹ qu'ils doivent permettre de réaliser, pour ouvrir une brèche adaptée à l'espèce qui lui était présentée. Ainsi a-t-elle énoncé que l'attribution d'un service public peut être effectuée directement à une société d'économie mixte si les actionnaires privés présents à son capital ont été sélectionnés au cours d'un appel d'offres aux critères précis. Il faut de plus que la société d'économie mixte ait été créée spécialement pour cette tâche et avoir un objet social unique. Pour parvenir à ce verdict, la Cour a à nouveau donné une importance cardinale à la temporalité. Outre le fait qu'elle permettait clairement de distinguer l'hypothèse en cause de celles qui peuvent être considérées comme frauduleuses¹⁰⁰, la simultanéité des événements est en effet l'un des facteurs qui ont permis à la Cour d'aboutir à la création de la « procédure *Acoset* ». C'est ce qui lui a permis de procéder à une assimilation entre les entreprises privées potentiellement candidates au titre d'actionnaire privé de la société d'économie mixte et celles potentiellement candidates à l'obtention du contrat. La législation italienne lui a

⁹⁷ Concl. Dàmaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), *loc. cit.*, pt 27.

⁹⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁹⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §58.

¹⁰⁰ « À la différence de l'arrêt *Commission/Autriche*, où la Cour a constaté une construction artificielle comprenant « plusieurs phases distinctes » et a déclaré illégale l'adjudication à une société d'économie mixte d'un marché travesti en opération « in house », la mise en concurrence joue un rôle en l'espèce, sous une forme inédite et dans une procédure qui n'est pas dépourvue d'une certaine austérité puisque un seul acte suffit à créer la société, à lui assigner une tâche et à fixer les critères pour associer le partenaire industriel privé » (Concl. Dàmaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), *loc. cit.*, pt 5).



permis d'envisager l'égalité concurrentielle entre l'ensemble de ces entreprises, puisqu'il n'y avait pas de distinction temporelle entre les deux actions que sont la création de la société d'économie mixte et l'attribution du contrat. Cette absence de différenciation existe également lorsque la société d'économie mixte est créée spécialement pour l'attribution du contrat. Le fait que le droit italien prévoit une telle hypothèse lui a à nouveau conféré un véritable rôle dans l'extension des dérogations européennes de la commande publique.

329. — Il apparaît que « *les règles procédurales posées par la Cour sont d'une simplicité absolue* »¹⁰¹. Elles restent cependant « *laconiques* »¹⁰², la Cour n'ayant notamment « *donné aucune précision sur la part de l'associé privé dans le capital de l'entité mixte* »¹⁰³. Est par conséquent envisageable l'application de la jurisprudence *Acoset SpA*¹⁰⁴ à une société d'économie mixte dans laquelle une entreprise privée serait actionnaire majoritaire¹⁰⁵. Il semble logique que la Cour soit restée évasive sur ce point, puisque les États de l'Union européenne fixent librement le taux d'actionariat privé nécessaire à l'établissement d'une structure d'économie mixte¹⁰⁶. Elle a néanmoins fait preuve d'imprécision concernant d'autres éléments importants pour l'exécution de cette dérogation, à commencer par son champ d'application matériel, au sujet duquel la doctrine n'est pas unanime. Selon le professeur Noguellou, il « *convient de bien identifier la nature juridique du contrat que l'on entend passer* » puisque la procédure différerait selon que serait en cause un marché ou une concession¹⁰⁷. Alors que le professeur Zimmer la rejoint en considérant que la procédure aurait été toute autre si une concession n'avait pas été en cause¹⁰⁸,

¹⁰¹ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 40.

¹⁰² *Ibid.*, p. 41. Il en résulte que le verdict ne pouvait avoir qu'une « portée incertaine » (MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, pp. 11-12).

¹⁰³ ZIMMER Willy, « Conditions de recours au partenariat public », *CMP*, 2010, n° 1, pp. 37-39, comm. n° 35, p. 38. En l'espèce, l'associé devait *in fine* posséder 49% des parts (CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §53).

¹⁰⁴ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

¹⁰⁵ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 42.

¹⁰⁶ DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, n° 3137, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2001, p. 24.

¹⁰⁷ NOGUELLOU Rozen, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *RDI*, 2010, n° 3, pp. 153-154, p. 153.

¹⁰⁸ « *Tant la rédaction de l'arrêt que le raisonnement de la Cour, laisse à penser que si le contrat à conclure entre l'entité à capital mixte et le pouvoir adjudicateur devait être qualifié de marché public, celui-ci devrait alors respecter les dispositions pertinentes applicables aux marchés publics* » (ZIMMER Willy, « Conditions de recours au partenariat public », *loc. cit.*, p. 38).

Maître Passerieux, Maître Thin et Monsieur Muller adoptent une position contraire¹⁰⁹, rien dans l'arrêt n'entendant circonscrire ses développements aux concessions. La Cour cherche certes à connaître le type de contrat en cause mais il semble plutôt que ce soit pour déterminer avec précision le régime et les dérogations applicables. Elle n'a fait que suivre le schéma habituellement déroulé. De plus, le considérant de principe (le soixante-troisième) et le dispositif de l'arrêt sont exempts de précisions concernant le type de contrat concerné, conformément à ce qui avait conseillé à la Cour par son avocat général¹¹⁰. En pratique, les pouvoirs adjudicateurs souhaitant mettre en œuvre cette procédure pour la passation d'un marché public n'auront qu'à appliquer les directives afférentes pour l'appel d'offres visant à sélectionner le partenaire privé. La sécurité juridique voudrait simplement que la Cour ou que d'autres institutions de l'Union européenne viennent acter ce champ d'application. C'est également le cas concernant l'évolution du capital social des organismes bénéficiant de la dérogation. Il est vrai que la Cour a énoncé qu'il découle de l'arrêt *Pressetext*¹¹¹ que toute modification substantielle devra être opérée par le biais d'une mise en concurrence¹¹² mais de multiples problématiques persistent quant à la cession des actions¹¹³.

330. — Les réponses à ces questions ne peuvent pas être les mêmes que celles qui seront exposées *infra* concernant les prestations interorganiques¹¹⁴ car, outre le fait qu'il

¹⁰⁹ « La Cour applique dans le cas d'espèce cette démarche nouvelle au cas de la concession, mais, ainsi que le souligne clairement les conclusions de l'avocat général, pourra aussi être demain applicable à d'autres formes contractuelles de PPP. Rien ne semble s'opposer ainsi à ce qu'elle soit transposable à des PPP conduits sous forme de marché communautaire : régie intéressée, et, pourquoi pas, contrat de partenariat » (PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 40)). « Toutefois, les considérations qui ont présidé à l'adoption de cette solution ne varient pas selon que le contrat est qualifiable de concession ou de marché public ; il est dès lors permis de penser que sa portée dépasse l'hypothèse d'espèce pour concerner également les marchés publics inclus dans le champ d'application de la directive » (MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, p. 12, pt 30).

¹¹⁰ Concl. Dâmaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferența Sindaci e Presidența Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), *loc. cit.*, pts 70 à 74 et 121.

¹¹¹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, *Rec.*, 2008, p. I-04401 ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 336, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2008, n° 8, p. 22, comm. n° 186, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2008, n° 10, p. 38, comm. n° 132, note Rozen NOGUELLOU ; *RDI*, 2008, n° 10, p. 501, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2011, n° 1, p. 98, note Hélène HOEPFFNER.

¹¹² CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferența Sindaci e Presidența Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §62.

¹¹³ « Il reste que la question de l'évolution ultérieure du capital de la société attributaire est posée : ce capital peut-il être recomposé entre ses actionnaires, si l'attributaire est un groupement d'entreprises ? Les actions du partenaire privé peuvent-elles être cédées, sans que cette cession ne s'analyse en une cession du contrat lui-même ? N'a-t-on pas pris le risque d'interdire toute déconsolidation financière ? » (RAPP Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *loc. cit.*, p. 592).

¹¹⁴ *V. infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2.



ne s'agisse pas véritablement d'une cession de contrat¹¹⁵, l'encadrement matériel de la « procédure *Acoset* » la distingue clairement de ces derniers.

b) Une dérogation n'impliquant pas automatiquement une relation interorganique

331. — Pour conformer sa jurisprudence aux vues de la Commission, la Cour a utilisé une mécanique qui était « *loin d'être évidente : organiser une mise en concurrence pour le choix d'un actionnaire n'a ni le même objet, ni les mêmes effets, qu'une mise en concurrence relative à l'attribution d'un contrat* »¹¹⁶. En des circonstances plus classiques, elle aurait pu conclure à l'incompatibilité de la procédure dès lors que puisqu'elles se fondaient sur des éléments différents, les deux mises en concurrence ne pouvaient pas être assimilées. Si elle ne l'a pas fait, c'est parce que les hypothèses recouvertes par l'affaire *Acoset SpA*¹¹⁷ impliquent un raisonnement plus nuancé, qui fait notamment la part belle à l'objet du contrat et recoupe pas celui fondant la dérogation interorganique.

332. — Il semble en effet que la « procédure *Acoset* » ne permette pas de trouver un simple associé supplémentaire mais bien d'intégrer à la société d'économie mixte l'organisme qui sera réellement amené à exécuter les prestations qui font l'objet du contrat. Pour ce faire, elle a donné de l'importance à un critère qui n'en revêt aucune dans le cadre des prestations interorganiques : les modalités matérielles de l'activité concernée. Il faut effectivement que l'objet social de l'entité bénéficiant de la « procédure *Acoset* » soit « *unique* », calibré sur l'objet du contrat pour lequel il a été créé

¹¹⁵ Le professeur Noguellou explique en effet que, comme ce sont les actionnaires qui évolueront et pas l'entité intermédiaire, les problématiques qui se posent ne correspondent pas réellement à celles liées à la cession de contrat (NOGUELLOU Rozen, « La « société d'économie à opération unique » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI*, 2014, n° 11, pp. 561-563, p. 562).

¹¹⁶ NOGUELLOU Rozen, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *loc. cit.*, p. 153.

¹¹⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

et, *ergo*, qu'il soit strictement « *dédié* » à son exécution¹¹⁸. Le professeur Dreyfus et Monsieur en ont déduit que ce qualificatif implique que cet objet devra être précis au point qu'il pourrait être limité au contrat concerné, faisant de la société d'économie mixte créée dans ce cadre « *une société de projet, qui n'aurait pas d'autre destin que celui de disparaître une fois la concession terminée* »¹¹⁹. La « *procédure Acoset* » ne vient pas identifier un opérateur dédié à ses détenteurs mais une société dédiée à une opération particulière. Elle ne permet donc pas d'identifier une structure particulière, qui n'est pas véritablement distincte de ses détenteurs. Elle crée juste une société qui sera un cadre de collaboration entre des partenaires qui sont des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateurs. Une telle focalisation sur l'objet vient nécessairement prendre le pas sur les modalités institutionnelles, lesquelles sont au contraire essentielles pour créer la relation interorganique. Celle-ci établit en effet une relation particulière (qui sera identifiée *infra* comme étant un contrat spécial¹²⁰), au sein de laquelle plusieurs contrats peuvent être passés. S'ils se polarisent bien autour d'un contrat dans la plupart des cas, la quasi-régie ne se focalise pas sur son objet précis. En son sein, le type d'activité exercé est largement substituable. Seuls importent les relations institutionnelles particulières entre le détenteur et son prestataire intégré et le fait que 80% de l'activité du prestataire soit exercée pour ses détenteurs.

333. — Au contraire, la « *procédure Acoset* » cible des situations dans lesquelles un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ont besoin d'un opérateur économique pour la mise en œuvre d'une opération bien particulière et décident, pour ce faire, de se réunir au sein d'une société d'économie mixte créée sur mesure pour la mettre en œuvre. Il en résulte que « *c'est l'associé lui-même qui sera chargé de l'exécution matérielle de la concession, pas la société constituée avec le pouvoir adjudicateur.* »¹²¹ La société ne sera que le cadre dans lequel le véritable exécutant intervient. Pourtant, tout en étant titulaire du contrat, la société n'est

¹¹⁸ L'expression est désormais devenue courante dans la qualification des sociétés d'économie mixte à opération unique (v. notamment : NOGUELLOU Rozen, « La SEM contrat », *Droit administratif*, 2014, n° 6, pp. 3-3, alerte n° 45, p. 3). Sur ce point, l'article 1541-1 du Code général des collectivités territoriales reproduit à l'identique les prescriptions de la Cour. Ainsi Monsieur Muller, tout comme Maître Passerieux et Maître Thin l'utilisaient-ils déjà pour qualifier les structures créées sous l'empire de la « *procédure Acoset* » (MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, pp. 8-9, pt 12 ; PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les partenariats public-privé institutionnels », *loc. cit.*, p. 42).

¹¹⁹ DREYFUS Jean-David et PELTIER Marc, « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », *loc. cit.*, p. 110.

¹²⁰ V. *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

¹²¹ DREYFUS Jean-David et PELTIER Marc, « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », *loc. cit.*, p. 109.



pas assimilable à l'opérateur économique qui participe à son capital¹²². La société d'économie mixte finalement créée devient en conséquence un intermédiaire entre les pouvoirs adjudicateurs pour lesquels la mission sera exécutée et l'opérateur économique participant à son capital. Or, celui qui s'entremet étant traditionnellement voué à devenir un obstacle, une telle construction peut être une véritable « *source de difficultés supplémentaires* »¹²³. Ces difficultés n'auraient au contraire pas vocation à se manifester si la structure mise en place était un prestataire intégré. Dans une telle hypothèse, le prestataire ne serait pas perçu comme un intermédiaire entre ses détenteurs mais bien comme le produit de leur œuvre commune. En outre, il ne serait pas considéré comme ayant une volonté propre, conformément aux prescriptions désormais traditionnelles de l'arrêt *Teckal*¹²⁴.

334. — Cette situation explique enfin que les conséquences en matière de mise en concurrence liées à ces deux dérogations diffèrent. La création d'une société d'économie mixte par le biais de la « procédure *Acoset* » nécessite en effet la mise en œuvre d'une procédure d'ensemble pour les choix des actionnaires privés et l'attribution du contrat – comme en attestent les sociétés d'économie mixte à opération unique qui, sur ce point, transcrivent fidèlement les prescriptions de la Cour. Les modalités de mise en concurrence sont simplement regroupées. Elles ne sont supprimées, comme c'est le cas dans le cadre de la dérogation interorganique, et ce à chaque étape du contrat, que ce soit sa création ou son exécution. Concernant premièrement la passation du contrat initial, la procédure est juste regroupée, pas évacuée. Certes, « *la mise en concurrence s'impose pour la création du prestataire et non pour la conclusion du contrat support de la prestation* » ; toutefois, le « *poids des exigences de la commande publique se déplace, il ne disparaît pas.* »¹²⁵ Ensuite, rien ne semble indiquer que, comme c'est le cas dans le cadre de la dérogation interorganique, les contrats passés ensuite entre l'entité et ses détenteurs seront exonérés de mise en concurrence¹²⁶. L'importance donnée à la temporalité de la procédure semble même s'y opposer. C'est en effet uniquement parce que le choix de l'associé privé et la

¹²² MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, pp. 8-9, pt 12.

¹²³ DREYFUS Jean-David et PELTIER Marc, « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », *loc. cit.*, p. 110.

¹²⁴ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50.

¹²⁵ LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, pp. 555-556 et p. 558.

¹²⁶ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 270-271, pts 460-461.

passation du contrat sont simultanés, que la Cour a considéré que la situation ne portait pas atteinte à l'interdiction formulée dans l'arrêt *Sea Srl*¹²⁷ et que, conséquemment, une seule procédure de mise en concurrence peut être mise en œuvre. Dès lors qu'un contrat doit être attribué ultérieurement à l'entité, cette temporalité cesse et la nécessité de respecter les modalités de mise en concurrence resurgit. Il s'agit par conséquent d'une simple adaptation des modalités de mise en concurrence. Ces effets ont été conçus à la mesure des sociétés d'économie mixte afin, notamment, de résoudre la contrariété soulevée par les auteurs concernant les difficultés posées par l'arrêt *Stadt Halle*¹²⁸ concernant celles qui seraient en cours de construction¹²⁹. La Cour l'a clairement énoncé¹³⁰, de telle sorte que la dérogation créée dans le cadre de l'affaire portant sur la société *Acoset SpA*, est venue mettre fin à cette

*« lourde hypocrisie consistant à constituer une société d'économie mixte, et à la mettre en concurrence avec d'autres entreprises privées, avant de la choisir comme lauréate au nom notamment de ses compétences, bâties par la collectivité, et de l'intuitu personae ! »*¹³¹.

La résolution de cette incohérence est par ailleurs seulement partielle, dès lors que les autres contrats passés ultérieurement semblent voué à être soumis à la procédure classique, entraînant ainsi « le retour [...] d'une double peine que la création du partenariat cherchait à faire disparaître. »¹³².

335. — Ces conséquences en matière de concurrence viennent à nouveau affirmer la distinction entre quasi-régie et « procédure *Acoset* ». Si elle isole bien une situation particulière, la « procédure *Acoset* » ne permet pas d'identifier une sphère interorganique. Elle ne constitue pas une extension de la quasi-régie et sa prise en compte des participations privées ne peut pas être considérée comme un assouplissement, par la

¹²⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, aff. C-573/07, préc.

¹²⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

¹²⁹ BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2002, n° 21, pp. 1318-1326, p. 1320 ; LEMÉE Guy, « La société publique locale : un nouveau couteau suisse », *La lettre du cadre territorial*, 2010, n° 404, pp. 29-29, p. 29 (v. aussi *supra*, même Section, §1, A).

¹³⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrivo Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §58.

¹³¹ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 41.

¹³² BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche d'une institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 271, pt 461.



Cour, des modalités de mise en œuvre de celle-ci. Les directives ont néanmoins choisi d'innover sur ce point.

B. L'assouplissement imprécis concédé par les directives en matière de participations privées

336. — Les directives « concessions »¹³³ et « marchés »¹³⁴ ont toutes deux innové concernant les participations au sein des prestataires intégrés. Elles n'ont pas modifié le principe des participations entièrement publiques mais, contrairement à ce qui avait été établi par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*¹³⁵, toutes deux prévoient qu'il peut désormais exister par exception des prestataires intégrés comprenant des participations privées.

337. — Assouplissement certain, cette extension se subdivise : il y a d'abord la problématique des participations directes et ensuite celle des participations indirectes. Cette présentation découle des dispositions des directives. Toutefois, elle met trop peu en avant ce qui semble véritablement avoir été apporté par ces textes et l'évolution qu'ils entraînent au sujet de la quasi-régie. Il apparaît plus adéquat de diviser leur présentation sur le fondement des personnes juridiques réellement visées par l'ouverture de capitaux. Les directives semblent en effet avoir procédé à une redéfinition profonde des capitaux tolérés, brisant enfin la scission opérée au sein des pouvoirs adjudicateurs par la Cour de justice et permettant enfin à tous les pouvoirs adjudicateurs, qu'ils soient des autorités publiques ou non, de pouvoir bénéficier de la qualification de détenteur interorganique **(1)**. Les opérateurs économiques classiques le peuvent aussi mais leur participation semble être cadenassée **(2)**.

¹³³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.1.c et article 17.3.c.

¹³⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et article 12.1.c.

¹³⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

1) *Une ouverture attendue aux organismes de droit public*

338. — Cette ouverture semble en réalité être opérée par le biais de deux interprétations croisées : la redéfinition des participations privées et la permission silencieuse octroyée aux participations indirectes.

339. — Avant tout, l'exposé des motifs des directives permet d'en inférer une redéfinition des participations privées¹³⁶. Ils précisent en effet que par participation de capitaux privés, il faut entendre participations directes d'opérateurs économiques. En conservant le principe des participations publiques, les directives n'excluent donc pas les capitaux privés, « dans un sens presque interniste, mais seulement les participations d'opérateurs qui ne constituent pas des pouvoirs adjudicateurs »¹³⁷. Elles ont procédé à une redéfinition de la scission entre les participations directes permises et interdites, en extirpant les organismes de droit public des participations directes permises sous conditions. Les directives semblent par conséquent avoir rétabli l'égalité entre les pouvoirs adjudicateurs, en supprimant la scission entre les autorités publiques et les autres pouvoirs adjudicateurs.

340. — Cette conséquence apparaît comme étant confirmée par le traitement des participations indirectes par les directives. Leurs articles sont en réalité parlants par leur silence : c'est parce qu'ils n'interdisent que les participations directes de capitaux privés qu'il peut en être déduit que les participations indirectes sont permises¹³⁸. Cependant, les exposés des motifs de chacune des directives sont extrêmement clairs sur ce point : les participations indirectes de capitaux privés sont envisageables et elles ne sont pas soumises aux conditions encadrant les participations directes. Ces deux textes spécifient en effet que :

¹³⁶ CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.*, pt 14 ; OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.*, p. 9, pt 10.

¹³⁷ CLAMOUR Guylain, *ibid.*, pts 13-14.

¹³⁸ « Le tempérament se trouve dans la formule selon laquelle « la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés ». Ainsi, a contrario et comme le précise le considérant, une participation indirecte de capitaux privés est parfaitement acceptable. » (BROUX Guillaume, COMMUNAL Lise et FISCHER Cécile et FLOCH (Le) Tanguy et MONDI Solène, « La coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A*, 2014, n° 40, pp. 32-39, n° 2275, pt 39). V. aussi : BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 851 ; CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.*, pt 13 ; OLIVIER Frédérique et LESQUINS, Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.*, pt 10.



« le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés »¹³⁹.

À nouveau, les entités qui bénéficieront de cette extension sont celles qui en avaient été privées par la Cour de justice des Communautés européennes : les organismes de droit public qui comprennent des capitaux privés. Désormais, toute entité qui serait qualifiée de pouvoir adjudicateur, alors même qu'elle contiendrait des capitaux privés, ne semble plus pouvoir être exclue de ceux pouvant prétendre au titre de détenteurs interorganiques. Une telle interprétation groupée des dispositions des directives permet d'éradiquer la mention à l'autorité publique faite par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*¹⁴⁰. Elle a été largement demandée par des organismes qui, tout en intervenant dans des secteurs d'intérêt général, comprennent presque automatiquement des capitaux privés, notamment en matière d'habitat. En conséquence, les sociétés d'économie mixte peuvent désormais être des détenteurs interorganiques. Cependant, cette interprétation n'est pas expressément ancrée dans les directives : elle ne semble lisible que par déduction. S'il est par conséquent envisageable de considérer que, désormais, tous les pouvoirs adjudicateurs sont susceptibles d'être des détenteurs – c'est par ailleurs l'hypothèse qui a été retenue ici –, il est donc envisageable que la Cour maintienne sa position antérieure, en continuant à se focaliser sur la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs qui sont des personnes publiques et les autres. Elle agirait cependant en contradiction avec la volonté des directives d'étendre le champ d'application de la notion.

341. — Cette consécration entre les lignes a permis d'extirper les participations des organismes de droit public de l'encadrement des participations privées. Libérée de tout verrou, l'extension aux participations indirectes ne devrait par conséquent pas créer de scission entre les détenteurs interorganiques. L'ouverture, même timide, aux participations directes d'opérateurs économiques privés pourrait sur ce point s'avérer plus problématique.

¹³⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), pt 36 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), pt 32 de l'exposé des motifs.

¹⁴⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

2) *L'ouverture timide aux participations directes d'opérateurs économiques*

342. — Outre la modification du champ d'application des participations publiques impliquée par les directives, le Parlement européen et le Conseil ont décidé de permettre les « participations de capitaux privés » d'opérateurs économiques au sein du capital des prestataires intégrés. Plusieurs imprécisions entourent néanmoins cette consécration, à commencer par les entités interorganiques pouvant bénéficier de telles participations. Les directives mentionnent des participations de « capitaux privés ». Or, les formes pouvant être revêtues par les prestataires intégrés peuvent faire l'objet de plusieurs catégories : en premier lieu les formes institutionnelles et sociétales, en second lieu les formes disposant d'un capital et celles n'en disposant pas. Faut-il en déduire que sont uniquement concernées les entités qui bénéficient d'un capital social ? La lecture des directives semble démentir cette probabilité, car elles emploient ce terme de façon indéterminée. Elles le mentionnent déjà pour énoncer le principe des participations publiques¹⁴¹, ce qui implique que toutes les formes pouvant être revêtues par les prestataires intégrés sont visées. Il peut notamment s'agir d'associations, lesquelles sont insusceptibles de comporter un capital social de façon automatique. Dès lors, la mention du terme « capital » pour l'ouverture aux participations privées ne semble pas devoir être lue comme entraînant une limitation aux entités dotées d'un capital social. Envisageables pour tous les prestataires intégrés, ces participations privées sont cependant encadrées par plusieurs conditions restrictives, mentionnées dans les articles et dans les exposés des motifs des directives. Conjuguées, ces conditions doivent permettre de préserver la cohérence de la sphère interorganique.

343. — Tout d'abord, cette situation semble concerner des participations directes très particulières, celles des « *organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics* »¹⁴². Ces entités sont aussi désignées comme détenant des « capitaux privés réglementés ». L'assouplissement à leur égard a en réalité très fortement été réclamé par les organismes intervenant en matière de

¹⁴¹ Les directives « concessions » et « marchés disposent ainsi que : « *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés* » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c).

¹⁴² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., pt 36 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pt 32 de l'exposé des motifs.



logement social¹⁴³, de telle sorte que ce sont eux qui semblent principalement être visés par cette évolution¹⁴⁴. Hormis cette précision, les implications des participations directes restent assez floues. Il est cependant certain qu'à ce champ d'application, le Parlement européen et le Conseil ont ajouté une condition qui permette de respecter la cohérence interorganique. Ils semblent l'avoir trouvée dans une logique développée par la Cour dans l'arrêt *Econord* et ses précisions sur la participation effective dans le cadre du contrôle conjoint. Dans cet arrêt, les juges ont énoncé qu'une participation d'un détenteur interorganique peut être minoritaire mais qu'elle doit toujours s'accompagner de certaines prérogatives essentielles, notamment une participation aux organes de direction de l'entité qui peut être prévue par un pacte d'actionnaire¹⁴⁵. Les détenteurs doivent exercer une véritable influence déterminante sur les décisions de la structure co-détenue. L'ouverture aux participations privées par les directives est conditionnée au respect d'une logique absolument inverse : ces participations ne doivent s'accompagner d'aucune « *capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* »¹⁴⁶. Le droit dérivé semble donc avoir neutralisé l'effectivité des participations des opérateurs économiques privés, tout en permettant le retour des fonds privés au sein du mécanisme interorganique. Le pouvoir décisionnaire des détenteurs privés est par conséquent voué à être largement atrophié. Les directives sont néanmoins assez imprécises. Elles ne précisent pas si, lorsqu'ils participent au capital d'une structure intégrée, les opérateurs économiques doivent voir leur pouvoir décisionnaire atrophié ou si ce pouvoir doit être inexistant. Ce qui peut d'ores et déjà être exposé en revanche, c'est la probabilité que cette extension permette de voir apparaître des sociétés d'économie mixte intégrées, ainsi que les conséquences potentielles de cette extension sur la cohérence d'ensemble de la quasi-régie.

¹⁴³ V. notamment : L'Union sociale pour l'habitat, « La coopération public-public en 15 questions », p. 2 (disponible à l'adresse suivante :

http://union-habitat.eu/IMG/pdf/La_cooperation_HLM_public-public_en_15_questions_art-12_directive_2014_24_UE.pdf ; dernière consultation le 13 décembre 2015).

¹⁴⁴ « En pratique, il s'agit ici d'ouvrir l'exception de coopération institutionnelle aux entreprises sociales de l'habitat, à commencer par les sociétés anonymes françaises d'habitations à loyers modérés (SA HLM) qui, ayant pour objet de réaliser différentes opérations d'intérêt général (CCH, art. L. 411-1 et L. 411-2), doivent obligatoirement comporter dans leur capital des personnes privées et des représentants de locataires (CCH, art. L. 422-2-1). » (CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *loc. cit.*, pt 14).

¹⁴⁵ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc., §33.

¹⁴⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession préc., article 17.1 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.

344. — Aucun seuil de participation privée n'étant fixé, les sociétés d'économie mixte françaises ne semblent pas pouvoir se voir refuser le bénéfice de la dérogation interorganique sur ce fondement. La concordance entre société d'économie mixte et la qualification interorganique ne semble néanmoins envisageable que dans de rares cas, puisque la condition *sine qua non* concernant le pouvoir décisionnaire des participants privés permettant une telle participation privée semble peu compatible avec la pratique de la prise de participation. Plusieurs auteurs ont en effet déjà souligné la faible probabilité que des actionnaires privés acceptent de prendre des participations dans des entités sans pouvoir, en contrepartie, exercer la moindre prérogative afférente à de telles actions¹⁴⁷. De plus, s'il est à terme démontré que c'est un pouvoir décisionnaire inexistant qui est exigé, les dispositions des directives seront en contradiction avec la volonté croissante de réduire l'existence de « *sleeping partners* », ces participants qui se sont multipliés aux côtés des personnes publiques dans le cadre de l'économie mixte française¹⁴⁸. Le fait que l'avocat général Colomer ait proposé que, dans le cadre de la « procédure *Acoset* », le partenaire privé exécute les travaux, devait en outre permettre de ne pas faire de cette dérogation le terrain d'élection de cette pratique¹⁴⁹. Or, une incitation à la participation capitalistique sans aucune influence déterminante ne revient-elle pas à favoriser ce type de participation ? Telle qu'elle est écrite, la disposition laisse cependant planer le doute de la participation privée directe majoritaire, qui serait envisageable, puisque les personnes publiques sont traditionnellement dotées de prérogatives financières disproportionnées : elles pourraient donc être minoritaires et avoir une influence déterminante. C'est cependant difficile à envisager sur le plan de l'intérêt pour les personnes privées. Cette diminution de l'attractivité pourrait néanmoins disparaître dans le cadre d'opérateurs privés qui ont pour vocation de coopérer avec des personnes publiques.

345. — Bien que très encadrée, l'extension de la dérogation par le Parlement européen et le Conseil reste l'expression d'une certaine « *tendance à « étirer »* »¹⁵⁰ cette notion. Il devrait en découler des conséquences sur son unité. Deux éléments permettent

¹⁴⁷ V. notamment : ECKERT Gabriel, « La société d'économie mixte à opération unique, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1941-1948, p. 1942.

¹⁴⁸ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 270, pt 459.

¹⁴⁹ Concl. Dàmaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), *loc. cit.*, pt 123, telles qu'interprétées in : BRAMERET Sébastien, *ibid.*

¹⁵⁰ BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *loc. cit.*, pp. 11-12, pt 120.



en effet de se demander si cette évolution ne risque pas de déconstruire les soubassements de la quasi-régie.

346. — Premièrement, elle devrait créer une scission entre les détenteurs interorganiques parmi les détenteurs des prestataires intégrés contenant des participations privées. En leur sein, il sera toujours obligatoire de différencier les détenteurs qui sont des opérateurs économiques et les détenteurs qui sont pouvoirs adjudicateurs : il est impossible de les envisager comme des détenteurs aux pouvoirs similaires car les premiers ne doivent pas avoir de pouvoir de blocage. Surviendra donc une sorte de hiérarchie entre les détenteurs, en vertu de laquelle il y aurait des demandeurs et des offrants qui collaboreraient au sein de la même structure. L'extension du capital des prestataires intégrés à des participations privées directes par les directives pourrait donc entraîner la fin de la création d'un prestataire interorganique à part, qui est la résultante de l'expression commune de volontés mises sur un pied d'égalité. Dans toutes les hypothèses où les entités comprennent des capitaux privés, la distinction entre les détenteurs rapprocherait la quasi-régie d'un aspect particulier du partenariat public-privé institutionnalisé : la création d'un intermédiaire entre des volontés différentes et non d'un prestataire qui serait l'expression de leur volonté commune. Ce sera encore plus flagrant dans le cadre d'un contrôle analogue, qui est celui exercé par un pouvoir adjudicateur, alors que le contrôle conjoint est celui exercé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs conjointement.

347. — Secondement, cette ouverture aux capitaux privés directs pourrait également créer une scission parmi les prestataires au stade de l'exécution du contrat interorganique. Il convient en effet de retenir que les documents les liant à leurs détenteurs seront contractuels et qu'ils seront susceptibles, en conséquence, de se voir appliquer un régime contractuel. L'extension concédée par les directives fera finalement resurgir les particularités de chacune des formes dont peuvent bénéficier les prestataires intégrés. Le faible nombre de points communs que les prestataires ont entre eux pourrait encore se réduire. Ce sera notamment le cas concernant l'application des règles en matière d'indemnisation¹⁵¹.

¹⁵¹ V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §4.

348. — Les conséquences attendues sur la cohésion de la notion seront en réalité tributaires de deux éléments. Le premier réside dans la fréquence d'utilisation de cette extension. La dérogation interorganique reste en effet toujours plus stricte que d'autres dérogations existantes. C'est notamment le cas de l'entreprise liée, dont la mise en œuvre n'impose pas un capital entièrement public et exige des conditions « *beaucoup plus souples* » que la quasi-régie, tout en permettant d'aboutir au même résultat en matière de passation des contrats¹⁵². La concurrence entre les dérogations pourrait donc être susceptible de jouer en défaveur de la quasi-régie. Le second facteur susceptible de faire varier la cohérence de la notion est celui de la façon dont les dispositions concernant les capitaux privés seront appliquées par les autorités juridictionnelles. Seule une application stricte des dispositions des directives concernant les participations privées directes semblerait pouvoir garantir le maintien de sa cohérence d'ensemble. Si seuls les organismes de droit public qui se sont injustement vu fermer la porte du contrat interorganique en 2005 sont concernés, alors la logique interorganique ne devrait pas être altérée. Au contraire, si cette extension est utilisée pour déconstruire totalement le principe des participations publiques, l'unité de la notion pourrait en pâtir. Il s'agirait en effet d'une évolution qui nuirait à la cohésion de la logique d'ensemble. Certes, la quasi-régie n'est pas exempte de nuances dans son application. C'est notamment le cas de la distinction entre contrôle analogue et contrôle conjoint. Celle-ci s'est cependant développée dans la continuité de l'arrêt *Teckal*¹⁵³ et ne porte donc pas réellement atteinte à la construction juridique qui est censée être repérée dans le cadre de prestations interorganiques. Elle est même devenue caractéristique de la mise en œuvre à deux vitesses de la quasi-régie.

¹⁵² BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *loc. cit.*, p. 11, pt 113.

¹⁵³ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

§3. Les conditions d'exercice à deux vitesses du contrôle opéré sur le prestataire

349. — Avant l'entrée en vigueur des directives « marchés » et « concessions »¹⁵⁴, pour reconnaître la présence d'un contrôle analogue, il fallait décliner le raisonnement en deux sous-conditions. Il était avant tout nécessaire de vérifier que l'organisme intégré ne contenait pas de participations privées, ce qui était communément nommé « critère négatif ». C'est la première précision que la Cour a donnée concernant le contrôle analogue et la rigueur dont elle témoignait a longtemps été critiquée. Elle n'était cependant que l'une des sous-conditions nécessaires pour que le contrôle analogue puisse être qualifié d'existant. Après avoir mis en œuvre le critère dit négatif de la recherche de contrôle analogue, la Cour procédait à un second sous-examen, celui d'une condition communément dénommée « critère positif » ou critère de l'influence déterminante. Cette seconde sous-condition tendait à vérifier que le détenteur exerçait bien une influence décisive sur les décisions de l'organisme prétendument intégré.

350. — Depuis que les exigences tenant au caractère public ou privé des participations au sein du prestataire intégré ont été érigées au rang de troisième critère autonome de reconnaissance d'un mécanisme interorganique, seule la deuxième sous-condition du contrôle analogue persiste : celle dite de l'influence déterminante. Cette influence déterminante n'a cependant pas à remplir les mêmes conditions selon que le prestataire est détenu par un ou plusieurs détenteurs.

351. — Concernant les prestataires détenus par un seul pouvoir adjudicateur, l'expression contrôle analogue est appropriée puisque dans ce cadre la Cour a posé des conditions rigoureuses qui ont été reprises par les directives **(A)**. Sa transposition au sein des co-détentions interorganiques a cependant entraîné quelques assouplissements qui ont fait naître la notion de contrôle conjoint, laquelle constitue une version assouplie du contrôle analogue **(B)**.

¹⁵⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

A. La rigueur de l'examen de l'influence déterminante dans le cadre du contrôle analogue classique

352. — Afin d'établir la présence d'un contrôle analogue, il est nécessaire d'établir qu'existe au profit du détenteur interorganique « *une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* » de la structure intégrée¹⁵⁵. Pour cela, plusieurs indices devront être analysés, à partir de deux éléments principaux : les statuts de l'entité ou, plus largement, son acte fondateur, et son comportement. Les premiers fournissent maintes informations quant à la composition et au fonctionnement de l'entité à l'étude. Ils fixent son régime et sa condition juridiques et sont toujours fiables dès lors qu'ils doivent être modifiés en cas de transformations. L'alliance de leur examen à celui du comportement réel de l'entité sur le marché garantit la véracité de l'analyse : la conjugaison de ces éléments d'analyse ôte tout caractère immuable à la qualification interorganique. Les indices issus du fonctionnement quotidien de l'organisme permettront d'évaluer s'il s'est comporté de telle sorte qu'il ne remplisse plus les critères escomptés. Il appartiendra donc à son ou ses détenteurs, s'ils souhaitent continuer à bénéficier de la dérogation, de s'assurer par le biais de leur contrôle que le comportement de l'entité intégrée n'est pas incompatible avec cette qualification. Certains éléments requerront une attention particulière.

353. — La forme déclarée de l'entité doit être choisie avec prudence. La nature de la tâche qui sera effectuée pousse souvent à opter pour telle ou telle forme mais cela n'empêche pas l'existence d'une marge de choix. Malgré son absence de caractère déterminant sur le verdict, il faudra donc veiller à ce que la forme finalement choisie n'implique pas d'office la présence de capitaux privés qui seraient incompatibles avec les conditions énoncées par les directives¹⁵⁶. Doivent également exister des freins à la survenance de transformations substantielles, telles que la potentielle cession d'actions à des entreprises privées qui ne rempliraient pas non plus ces conditions¹⁵⁷. Une telle opération doit entraîner la fin de la dérogation interorganique¹⁵⁸, mais la simple mention de cette possibilité dans les statuts de l'entité ne peut empêcher à elle seule la

¹⁵⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §65.

¹⁵⁶ Sur cette indifférence de principe et ses limites, v. *supra*, A.2.

¹⁵⁷ Par une application conjuguée des directives et de l'arrêt *Mödling* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.).

¹⁵⁸ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossia*, aff. C-573/07, préc.



qualification de structure intégrée¹⁵⁹. Son mode de fonctionnement ne doit pas impliquer la poursuite d'objectifs manifestement incompatibles avec la sphère publique que tend à protéger le pouvoir adjudicateur et ce, en dehors de l'objet social de l'entité. Cet objet social, tout aussi pertinent, devra être étudié distinctement. Son choix est parallèle à celui de la forme revêtue par l'organisme. Il doit résulter d'une attention particulière, puisqu'il aidera à déterminer le domaine et le type de l'activité exercée par l'entité ainsi que, plus tard, leur éventuel élargissement¹⁶⁰. Dans le cadre de l'analyse du critère du contrôle analogue, seule la nature et la diversité de ces activités seront prises en compte, le but étant double. L'objet social permettra tout d'abord de déterminer s'il y a corrélation entre le type d'activité exercé par le prestataire et les besoins du pouvoir adjudicateur. Il servira ensuite à mesurer si l'organisme prétendument intégré a développé une « *vocation de marché* »¹⁶¹ qui le priverait de cette qualification. La Cour semble ici avoir développé le pendant privatif de l'exorbitance du droit public. En observant les prérogatives du pouvoir adjudicateur sur l'entité intégrée telles que décrites dans les statuts, le juge pourra déterminer si les capacités de celui-ci « *se limite[nt] pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés* »¹⁶² ou si, au contraire, il exerce sur elle des prérogatives manifestement issues des pouvoirs publics qu'il possède. Bien que la quasi-régie repose sur la réunion d'éléments qui placent la structure intégrée en dehors du marché et qui peuvent parfois relever de l'exorbitance, il serait inadapté de considérer que l'exorbitance est un critère de reconnaissance des situations interorganiques.

354. — Le second élément auquel il faut être attentif est la composition du capital de l'entité et de tous ses organes dirigeants. Leurs membres doivent être majoritairement

¹⁵⁹ Cela « *peut également être pertinent* » mais ne provoquera pas l'exclusion de la dérogation intégrée sauf s'il existe « *une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture* » (CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossas*, aff. C-573/07, préc., §47 et §50). À ce sujet, le professeur Linditch relève que l'avocat général Stix-Hackl a établi une « *grille d'analyse* » dans ses conclusions sur l'arrêt *Carbotermo SpA* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.) lorsque l'entité à l'étude contient une telle possibilité dans ses statuts (LINDITCH Florian, « *Le « in house » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ?* », *loc. cit.*, p. 756).

¹⁶⁰ Indice que cite notamment la Cour dans l'arrêt *Parking Brixen* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.b). Peut également être citée la mention de l'activité au sein de l'examen du contrôle dans l'arrêt *Sea Srl* (CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossas*, aff. C-573/07, préc., §90).

¹⁶¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.

¹⁶² *Ibid.*, §69.

issus du personnel du détenteur interorganique¹⁶³. Aucun pourcentage particulier n'a été établi, parce que cette donnée doit être couplée avec les prérogatives détenues. Les membres des organes dirigeants qui représentent d'autres entités que les détenteurs interorganiques ne doivent pas posséder les privilèges décisifs les plus importants¹⁶⁴. Si tel était le cas, il ne pourrait être considéré comme le pilier d'une structure interorganique car sa fonction serait celle d'un associé ordinaire dépourvu d'influence déterminante sur les décisions de l'entité. En revanche, il est « *sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies* »¹⁶⁵. Cette prescription est conforme avec le fait que, par souci d'égalité de traitement, la nationalité de l'entité ne doit pas être prise en considération¹⁶⁶. Pourtant, la taille du territoire sur lequel l'organisme intervient constituera un indice. L'« *expansion de son domaine territorial* »¹⁶⁷ peut notamment corroborer l'absence de mécanisme interorganique, car elle est susceptible de diminuer le contrôle de ses détenteurs¹⁶⁸.

355. — L'ensemble de ces conditions, qui conjugue habilement analyse structurelle et téléologique¹⁶⁹, s'apprécie *in concreto*. Il ne s'agit pas là d'une liste

¹⁶³ Concernant les entités faisant l'objet d'un contrôle conjoint, les directives imposent que ces organes dirigeants soient composés uniquement de ces représentants (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.c.iii ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.c.iii).

¹⁶⁴ Pour un exemple de refus par la Cour de reconnaître la présence d'une structure intégrée fondée, entre autres, sur ces fondements, v. : CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizìo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §38.

¹⁶⁵ *Ibid.*, §67.

¹⁶⁶ V. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

¹⁶⁷ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, n° 60, pp. 19-21, p. 20.

¹⁶⁸ Dans l'arrêt *Parking Brixen* par exemple, l'expansion du niveau local vers les niveaux national, puis international, a notamment été prise en compte (CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §20). Il est cependant impossible de considérer que le territoire auquel se référer est celui de son détenteur interorganique car, même si ce seront majoritairement des collectivités, elles ne sont pas les seules à pouvoir postuler à ce titre.

¹⁶⁹ Sur cette distinction, v. notamment : GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *loc. cit.*, pp. 40-42. Selon lui, l'« *analyse téléologique examine les objectifs poursuivis par l'entité contrôlée dans le but de vérifier s'ils coïncident avec les finalités publiques propres de l'autorité qui la détient. [...] L'analyse structurelle, en revanche, consiste dans l'examen détaillé des mécanismes de fonctionnement de l'entité contrôlée, et en particulier de ses organes, dans le but de vérifier si, et dans quelle mesure, leurs décisions sont influencées par le pouvoir adjudicateur* » (*ibid.*, p. 40). Il rappelle également qu'il suffit parfois de mettre en œuvre l'une des deux pour exclure le contrôle analogue (*ibid.*, p. 41). « *L'analyse téléologique vise donc à identifier les objectifs de l'entité contrôlée et à s'assurer qu'ils sont conformes à ceux de l'autorité publique* » (GLATT Jean-Mathieu, « La « relative » distinction entre prestation *in house* et coopération intercommunale », *loc. cit.*, pp. 18-19).



exhaustive¹⁷⁰, aucune hiérarchie ne s'imposant entre les divers éléments. Chacun pèse d'un côté ou de l'autre de la balance de caractérisation du contrôle analogue. Seuls certains éléments permettront à la Cour d'exclure définitivement l'existence d'une structure intégrée, notamment « *l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux* » incompatibles avec la qualification interorganique¹⁷¹. À l'inverse, aucun élément ne permettra à lui seul de déduire que le pouvoir adjudicateur exerce bien sur l'entité intégrée une influence déterminante. Cela confirme que ce critère ne doit surtout pas être confondu avec l'influence dominante requise pour la reconnaissance d'une entreprise liée¹⁷². La différence concernant les exigences est flagrante. Bien que liée à la souplesse imposée par les activités de réseaux, elle met à nouveau en exergue la rigueur de la Cour en matière de prestations interorganiques. Pourtant, celle-ci a manifestement changé de position lorsqu'elle a décidé d'intégrer les organismes à détenteurs multiples à la liste des candidats éventuels au titre de prestataire intégré.

B. L'assouplissement du critère pour les organismes co-détenus : le contrôle conjoint

356. — Les conclusions de l'avocat général Cosmas invitaient au pessimisme¹⁷³. Leur lecture laissait penser que « *perspective d'un contrôle conjoint, par plusieurs collectivités, dans des conditions analogues à celui que chacune d'entre elles exercerait sur ses propres services, apparaissait en effet « douteuse » ou pour le moins « audacieuse »* »¹⁷⁴. Les arrêts *Asemfo*¹⁷⁵ et *Coditel Brabant*

¹⁷⁰ Dans certaines situations apparaîtront des clauses d'exclusivité, qui iront dans le sens de la quasi-régie mais qu'il est impossible d'imposer (pour une étude de ce type de clause, v. : CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc., §4 ; les conditions étant détaillées au point 13 de cette même décision).

¹⁷¹ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *loc. cit.*, p. 20.

¹⁷² Dont les modalités de reconnaissance, anciennement énoncées par la directive « marchés » et « secteurs spéciaux » (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, article 2.1 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, préc., article 63.2), sont désormais contenues dans les directives « concessions » et « secteurs spéciaux » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 7.4 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc., article 4.2).

¹⁷³ V. notamment : TERNEYRE Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *Rec. Dalloz*, 2002, n° 8, pp. 669-670.

¹⁷⁴ FENOYL (De) Éric, « Services publics : vers une gestion « *in common house* » », *La Gazette des cnes*, 2007, n° 1889, pp. 54-57, p. 56.

SA¹⁷⁶ ont démenti ces prédictions, en inscrivant une nouvelle étape dans le développement de la dérogation interorganique : la scission du critère du contrôle. Parallèlement à sa version initiale, stricte, dénommée contrôle analogue, la Cour a en effet admis qu'il puisse être conjoint pour les autorités publiques¹⁷⁷. Bien que celles-ci ne représentent qu'une partie – considérable – des pouvoirs adjudicateurs, cette admission a entraîné des adaptations (1), elles-mêmes impliquant des problématiques théoriques (2).

1) Une extension reposant sur une distorsion du contrôle analogue

357. — La possibilité du contrôle conjoint sur une seule entité intégrée a été admise et développée en 2007, puis précisée en 2008 par la Cour¹⁷⁸. Il lui a pour cela fallu adapter le critère du contrôle, afin de rendre « la possibilité d'un pluri-contrôle public compatible avec la condition de contrôle »¹⁷⁹.

« Ce qui importe ce n'est pas que la collectivité qui conclut le contrat avec l'entité exerce sur cette dernière un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, mais que cette entité soit soumise à un contrôle de l'ensemble des collectivités publiques qui en fasse un instrument de ces dernières »¹⁸⁰.

¹⁷⁵ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

¹⁷⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

¹⁷⁷ Vocabulaire utilisé depuis l'arrêt *Stadt Halle*, alternativement avec celui de « collectivité » par la Cour ; le terme « collectivité » étant celui qu'elle a utilisé dans l'arrêt *Teckal* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §48-50 ; CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50). Au contraire, elle n'utilise jamais l'expression « personne publique ». Il résulte de l'observation de sa jurisprudence que correspondent à la notion d'autorité publique l'État, ses émanations et leurs entités intégrées.

¹⁷⁸ Dans les arrêts CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc. et CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc. Cette consécration était légitimement attendue depuis 2006 dès lors que par l'arrêt *Carbotermo* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGE SP SpA*, aff. C-340/04, préc.) la Cour avait annoncé l'ouverture de la quasi-régie aux organismes à détenteurs multiples.

¹⁷⁹ FENOYL (De) Éric, « Contrats « in house » : état des lieux après l'arrêt ASEMFO », *AJDA*, 2007, n° 32, pp. 1759-1764, p. 1762.

¹⁸⁰ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *loc. cit.*, p. 20.



La méthode permettant de le vérifier a été dégagée dans l'arrêt *Asemfo*¹⁸¹. La Cour a décidé d'y reprendre les conditions du contrôle analogue en les adaptant à la recherche de son équivalent collectif par des autorités publiques. Un an plus tard, elle a confirmé et précisé cette méthodologie dans sa réponse à la requête de la société Coditel Brabant SA.

358. — L'arrêt *Asemfo*¹⁸² a permis d'entrevoir les nuances qui doivent être apportées aux modalités d'examen du contrôle exercé lorsque celui-ci devient pluriel. Il s'agira toujours, conformément à la « *méthode didactique* »¹⁸³ développée antérieurement, de relever les éléments concrets de la situation pour exclure la présence de capitaux privés, puis d'établir que plusieurs indices convergent vers la présence d'une influence déterminante sur les objectifs et les décisions de l'entité. Seulement, celle-ci ne doit pas être analysée individuellement pour chaque pouvoir adjudicateur détenant l'organisme¹⁸⁴. C'est l'influence collective des détenteurs sur les décisions de l'entité que la réunion d'indices devra prouver. Conformément à leur méthode initiale, les juges de Luxembourg n'ont pas appliqué de hiérarchie entre les éléments. Ils ont cependant dû décider de l'inefficacité des données tendant à démontrer l'influence individuelle des détenteurs. Sont notamment concernées les données chiffrées, telles que les pourcentages de participation au capital des associés. Plus qu'une simple complémentarité des indices, la Cour a donc consacré au sein du contrôle collectif la primauté des éléments qualitatifs sur les informations quantitatives. C'est ainsi qu'elle a pu évincer l'importance du faible taux de participation au capital des collectivités espagnoles face à celle, écrasante, de l'État, au capital de Tragsa¹⁸⁵. Les prérogatives des premières ont été déclarées similaires à celles du second. Les obligations d'exécution pesant sur l'entité intégrée, conjuguées à son absence d'autonomie à l'égard des communes, suffisaient à établir que ces dernières la contrôlaient conjointement¹⁸⁶. Dans ce cadre, la dénomination « associé minoritaire » devient inopérante. Bien que conforme

¹⁸¹ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ ROUYERAN Thomas et FOUCAULT Ghislain, « *In house* » : une jurisprudence assouplie », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2009, n° 5509, pp. 100-101, p. 100.

¹⁸⁴ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc., §46. Une telle exigence constituerait une obligation indirecte de mise en concurrence (*ibid.*, §47).

¹⁸⁵ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc., §58-61. Même un pourcentage de 25% n'était alors pas pertinent.

¹⁸⁶ *Ibid.*, §60.

au refus de la Cour de faire primer les données chiffrées, les conséquences de cet arrêt constituent indéniablement un assouplissement des conditions pour les organismes intégrés à détenteurs multiples.

359. — L'arrêt *Coditel Brabant SA*¹⁸⁷ a confirmé et complété cette démarche. Y était en cause une société intercommunale, alors que le cas précédent concernait une association intercommunale¹⁸⁸. Après avoir exclu la présence de capitaux privés¹⁸⁹, la Cour a reconnu l'existence d'un contrôle conjoint sur l'entité concernée : Brutélé. Elle a commencé par dégager de la composition de ses organes dirigeants, dont les membres étaient tous des « *délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées* »¹⁹⁰, l'existence d'une influence déterminante sur ses décisions. Pour le déterminer, la Cour n'a pas eu à détailler d'où provenait précisément chaque représentant. Là encore, toute donnée chiffrée tendant à différencier l'autorité de chaque pouvoir adjudicateur a été évacuée. Il s'agit manifestement d'une volonté d'assouplissement, qui pourrait éventuellement être considérée comme une volonté de la Cour de préserver la neutralité européenne à l'égard des formes de propriété des personnes publiques des États membres.

360. — Poursuivant son examen, la Cour a ensuite utilisé la forme déclarée de Brutélé pour en déduire ses objectifs stratégiques. Cette entité était « *constituée non pas sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires, mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale* »¹⁹¹. Quant à son objet social, il se limitait à « *la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle elle a été créée* »¹⁹². Ces deux éléments démontraient qu'elle n'avait pas acquis une vocation de marché susceptible de l'exclure de la qualification d'entité interorganique. L'arrêt *Coditel Brabant*¹⁹³ illustre donc la possibilité, pour un juge confronté à un organisme intercommunal, d'utiliser la méthode traditionnellement prescrite pour vérifier s'il y a bien contrôle analogue tout en cherchant un contrôle

¹⁸⁷ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

¹⁸⁸ V. respectivement : CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc., §3 et CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc., §10.

¹⁸⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc., §31.

¹⁹⁰ *Ibid.*, §34.

¹⁹¹ *Ibid.*, §37.

¹⁹² *Ibid.*, §38.

¹⁹³ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.



conjoint, tant que sont écartées les données liées à l'influence individuelle des détenteurs.

361. — L'admission de la coopération institutionnelle dans le premier critère jurisprudentiel « *présente indéniablement un caractère artificiel* »¹⁹⁴ et n'a pu être opérée qu'au prix de quelques modifications. Fondée sur l'appréciation concrète des faits, elle tend à démontrer la présence d'un contrôle collectif, dont les modalités de reconnaissance se veulent moins strictes que lorsque le contrôle est exercé par un seul pouvoir adjudicateur. Si par la suite des inquiétudes sont apparues quant à la persistance de cet assouplissement par une requête de la Commission appuyée par les conclusions de l'avocat général Mazák, ce ne fut que pour le confirmer à nouveau¹⁹⁵. Il reste que cet aménagement n'est pas sans soulever quelques problématiques.

2) *Une extension problématique*

362. — En termes de catégories, les situations interorganiques multiples, qu'il semblerait plus juste de désigner par l'expression « détentions pluri-publiques » ou « co-détentions interorganiques », correspondent à l'acception dite large de la dérogation, également appelée « *in house pluriel* » ou « *in common house* »¹⁹⁶. L'adaptation qu'elles ont entraînée ne s'est pas opérée sans travestissement des principes guidant initialement l'examen du contrôle opéré par le détenteur. L'absence de vérification de l'influence individuelle met en effet en doute la véracité du contrôle collectif. Peut-on réellement estimer qu'un véritable contrôle existe si aucune des autorités publiques parties au capital n'a d'influence effective ? Pour atténuer cette contradiction, la Cour de justice a opté pour une solution *a minima* en fixant une limite : elle a concédé que le « *contrôle exercé [...] ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de*

¹⁹⁴ CAPITANT David, « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du « *in house* » ? », *RLCT*, 2009, n° 47, pp. 40-44, p. 42.

¹⁹⁵ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc., §35. Pour un rappel des questionnements que l'affaire pendante a causés, v. notamment : DREYFUS Jean-David et RODRIGUES Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *AJDA*, 2009, n° 31, pp. 1715-1721, p. 1717.

¹⁹⁶ FENOYL (De) Éric, « Services publics : vers une gestion « *in common house* » », *loc. cit.*, pp. 54-57.

contrôle conjoint »¹⁹⁷. En se bornant à préciser qu'il revient aux juges nationaux de vérifier si une participation est ou non « *purement formelle* », sans pour autant définir de critères particuliers, la Cour a à nouveau fait preuve d'imprécision. La lecture de son arrêt laissait légitimement penser que les magistrats se focaliseraient sur les prérogatives essentielles de chaque détenteur, telles que la possession d'une minorité de blocage¹⁹⁸. C'est par ailleurs ce que semble avoir mis en œuvre le Conseil d'État dans l'arrêt *Commune de Marsannay-la-côte*¹⁹⁹. Outre le caractère lacunaire de ce léger resserrement²⁰⁰, l'arrêt *Econord*²⁰¹ ne résout pas les problématiques soulevées initialement pas l'extension.

363. — Selon Monsieur Piazzoni, le raisonnement en vertu duquel la Cour a exclu les capitaux privés du contrôle analogue serait une démonstration criante de sa préférence pour une « *lecture plus privatiste* » de ce contrôle²⁰². « *En effet, les intérêts entrepreneuriaux du privé seraient inconciliables avec l'intérêt public, parce qu'ils poursuivent des objectifs différents, voire antagonistes, de celui-ci* »²⁰³. Cette approche est complétée par un point de vue publiciste, Monsieur Piazzoni expliquant que chacune de ces approches est à elle seule insuffisante car elles sont complémentaires²⁰⁴. Dans le cadre du contrôle conjoint, l'équilibre s'inverse. L'indifférence des notions d'associés minoritaires ou majoritaires, et, plus globalement, de toute donnée tendant à estimer l'influence individuelle d'un pouvoir adjudicateur détenant l'entité, a clairement contribué à réhabiliter des modalités plus traditionnelles du droit public. A de même été évincée la mise en œuvre d'une notion phare du droit des sociétés : celle d'*affectio societatis*²⁰⁵, qu'une adaptation telle

¹⁹⁷ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc., §30.

¹⁹⁸ « *Une société publique locale dans laquelle une collectivité ne disposerait pas d'une minorité de blocage (généralement le tiers des droits de vote, mais ce peut être différent), pourrait-elle être considérée comme in house, tout au moins vis-à-vis de cette collectivité ? Si l'on reprend la jurisprudence communautaire, la réponse serait plutôt négative* » (AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *RFD-A*, 2012, n°1, pp. 99-108, p. 103).

¹⁹⁹ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, préc.

²⁰⁰ Nous souscrivons en effet au point de vue en vertu duquel il s'agirait d'un resserrement, même léger (DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *loc. cit.*, pp. 178-181). *A contrario*, v. : SIMON Denys, « Contrats « *in house* » », *Revue Europe*, 2013, n°1, pp. 33-34, comm. n° 26. Cet auteur développe la thèse en vertu de laquelle il s'agirait d'un assouplissement.

²⁰¹ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

²⁰² PIAZZONI Davide, « Précisions jurisprudentielles sur les contrats « *in house* » », *Revue Lamy concurrence*, 2007, n° 12, pp. 56-59, p. 57.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 56.

²⁰⁵ Dont Monsieur Terrien a fait le lien avec le contrôle analogue au sujet des sociétés publiques locales (TERRIEN Gérard, « Le développement des sociétés publiques locales », *Droit administratif*, 2010, n° 10, étude 18, pp. 7-12, p. 10). Sur l'importance de cette notion, v. notamment : REBOUL Nadège, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Revue des sociétés*, 2000, n° 3, pp. 425-452.



quelle du contrôle analogue à son équivalent collectif aurait nécessairement impliquée. Il n'est donc pas nécessaire de vérifier la présence de ses composantes, que sont « *l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales (en y participant activement ou en contrôlant la gestion), et l'acceptation d'aléas communs* »²⁰⁶. Ce sont principalement les deux premières qui sont concernées ici, car auraient pu en découler des critères rigides permettant de reconnaître les co-détentions interorganiques. Par son refus de chercher l'influence de chacun des détenteurs sur l'entité, la Cour s'est dispensée de vérifier qu'il n'existe aucune subordination entre eux. Elle s'est ainsi déchargée de l'obligation d'examiner leur capacité à se faire entendre individuellement en cas de conflit ou, plus largement, en dehors de ces situations exceptionnelles²⁰⁷. Dans l'arrêt *Econord*²⁰⁸, elle a effectué un pas vers cette solution. Les modalités de mise en œuvre du contrôle conjoint restent cependant encore loin des conditions d'examen du contrôle analogue, pour lequel de tels éléments sont encore considérés comme cardinaux par les directives. Il y a donc évaporation de l'*affectio societatis* dans le cadre du contrôle conjoint, phénomène qui révèle l'artificialité de ce contrôle²⁰⁹.

364. — Concernant la seconde implication de l'*affectio societatis*, elle est affaiblie par l'absence d'un nombre maximal de détenteurs. Monsieur Piazzoni l'a relevé dans ses observations sur les sociétés publiques locales, afin de rappeler que maintenir un nombre raisonnable constituerait une caution de « *la volonté des actionnaires de réaliser un projet en commun et de gérer ensemble la société* »²¹⁰. Quand les co-détenteurs ne sont que des autorités publiques, ceux-ci ne peuvent être mus que par la nécessaire recherche de l'intérêt général. Leur volonté de s'associer n'est pas, comme c'est le cas pour des personnes physiques qui s'allieraient pour créer une personne morale classique, issue de leur volonté personnelle. La recherche d'un quelconque *affectio societatis* serait par conséquent été superflue²¹¹. Le même constat s'imposera lorsqu'ils contrôleront collectivement une

²⁰⁶ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 36, définition de l'*affectio societatis*.

²⁰⁷ Ce qui ne veut pas dire pour autant que la Cour n'utilisera pas de telles données. V. notamment : CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossia*, aff. C-573/07, préc., §82.

²⁰⁸ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

²⁰⁹ D'autant plus que ces pouvoirs adjudicateurs peuvent compter d'autres entités intégrées et, pourquoi pas, leur détenteur interorganique. L'artificialité est donc adaptée aux ramifications typiques du droit public.

²¹⁰ TERRIEN Gérard, « Le développement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 10.

²¹¹ Cela peut également être interprété dans le sens contraire : la multiplication des pouvoirs adjudicateurs détenteurs diminuerait la volonté d'agir communément, influençant ainsi l'organisation de l'entité intégrée et, surtout, son activité. Néanmoins la Cour a choisi de ne pas adopter ce point de vue restrictif.

entité revêtant la forme d'une société. Tel n'est cependant pas le cas lorsque des pouvoirs adjudicateurs n'étant pas des autorités publiques participent au contrôle. En outre, l'absence de condition stricte posée par la Cour et le droit dérivé concernant *l'affectio societatis* posera au moins une question théorique. Sera-t-il encore légitime de classer cet organisme parmi les sociétés ? Au contraire, le passage au contrôle multiple, lorsqu'il est exercé par un grand nombre d'actionnaires, sera-t-il susceptible de modifier l'essence même de la société intégrée ? Sous cet angle, ce n'est plus la question du travestissement de la dérogation ci-étudiée qui se pose dans le cadre de son extension à la coopération. Après tout, la notion a aussi été créée pour pouvoir intégrer des types d'entités. Survient au contraire la problématique du dévoiement des moyens utilisés par les autorités publiques. Celles-ci peuvent en effet potentiellement les utiliser conformément à ce qui est prescrit par la quasi-régie en oubliant leurs caractéristiques inhérentes. Une question reste par conséquent en suspens : leur possible détention multiple est-elle susceptible de modifier fondamentalement leur mode de gouvernance²¹² ? L'extension aux détenteurs multiples posait plusieurs problématiques que l'arrêt *Econord*²¹³ et les directives n'ont résolues qu'à la marge²¹⁴.

365. — Le contrôle conjoint témoigne d'un véritable assouplissement du premier critère d'identification d'un mécanisme interorganique, assouplissement qui est amené à être mis en œuvre plus souvent que la version la plus pure du critère du contrôle analogue. Les situations dans lesquelles les prestataires intégrés appartiennent à des co-détenteurs sont en effet plus fréquentes que celles dans lesquelles ils n'ont qu'un détenteur unique. C'est un assouplissement qui a eu d'autant plus d'impact que le troisième critère, celui dit de l'activité essentielle, qui se concentre sur la part d'activité exercée par le prestataire intégré pour son ou ses détenteurs, n'a jamais été défini de façon extrêmement rigoureuse.

²¹² Cette question n'est d'ailleurs pas circonscrite au droit public. Elle peut par exemple également être posée au sujet des sociétés anonymes classiques, qui peuvent contenir plusieurs milliers d'actionnaires (VIDAL Dominique, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuels, 2010, p. 509, pt 933).

²¹³ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

²¹⁴ Des solutions plus adaptées auraient pu être étudiées. Monsieur Terrien mentionne notamment *l'affectio societatis* (TERRIEN Gérard, « Le développement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 10).

SECTION 2. LA PREUVE DE L'ABSENCE D'ENTRAVE AU MARCHÉ PAR LE CRITÈRE MATÉRIEL

366. — Le critère matériel permet de compléter la méthode d'identification des prestations interorganiques, en rappelant notamment que l'encadrement institutionnel de l'entité intégrée ne suffit pas à lui octroyer cette qualité. Si un pouvoir adjudicateur prétend agir comme s'il recourrait à ses propres ressources et moyens au travers d'une telle structure, appliquant ainsi la logique de la quasi « *auto-prestation* »²¹⁵, il faut qu'il démontre qu'il encadre l'activité qu'elle exerce et, surtout, que celle-ci œuvre principalement pour répondre à ses besoins. Sa prégnance doit par conséquent se manifester également au travers de l'activité de ses prestataires interorganiques. Présentée ainsi, la valeur du critère matériel est évidente : ce critère revêt autant d'importance que ceux de l'influence déterminante et du type de participation au capital du prestataire intégré pour établir la présence d'un mécanisme quasi interne. C'est pourquoi ils sont cumulatifs. Pour autant, le niveau de rigueur exigé quant à leur contenu n'a pas à être similaire, puisqu'ils restent indépendants les uns des autres dans leur mise en œuvre. Les choix de la Cour en attestent.

367. — Contrairement à la démarche qu'elle a suivie concernant la condition du contrôle analogue, ses juges ont choisi d'emblée d'appréhender le critère matériel de façon souple, ce qui a été maintenu par les directives (§1). Ceci a participé à une bienveillance plus générale à l'égard de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs (§2).

²¹⁵ La quasi-régie repose en effet sur une logique reproduisant celle de l'auto-prestation dégagée dans la jurisprudence *Unipain* (CE, Section, 29 avril 1970, *Sté Unipain contre Ministre des armées*, n° 77935, préc.) (v. notamment : LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, p. 556).

§1. Le choix d'une approche souple du critère matériel

368. — Les directives de 2014 ont innové en la matière, en apportant une « *précision de quantum* »²¹⁶ concernant ce qui correspond à la part d'activité qui doit être exercée par un prestataire pour ses détenteurs. Désormais, un taux de 80% d'activité permet de distinguer les situations éligibles à la qualification interorganique de celles qui ne le sont pas²¹⁷. Malgré la fixation de ce pourcentage, la philosophie guidant le critère de l'activité matérielle est resté souple, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour.

369. — Lorsque les juges de Luxembourg ont finalement étudié le critère de l'activité en tant que tel, ils ont en effet directement opté pour une démarche souple, définissant le plus largement possible ce qui correspond « l'essentiel » de l'activité du prestataire **(A)**. Ils ont pour cela procédé à un élément qui semble avoir été conservé par le Parlement européen et le Conseil : la mise à l'écart du principe de spécialité, qui semble perdurer avec les directives **(C)**, malgré des évolutions latentes concernant la prise en compte du type d'activité exercé dans le cadre des prestations interorganiques **(B)**.

A. La définition souple du critère de l'« activité essentielle »

370. — L'arrêt *Carbotermo SpA*²¹⁸ est celui qui a donné le ton concernant l'approche souple de ce critère. Pourtant, il a été rendu alors que le comportement de la Cour laissait présager une interprétation stricte de la quasi-régie²¹⁹ **(1)**. De l'approche souple qu'elle a choisie résulte une grille d'analyse à la fois lisible et adaptable à la diversité des situations que peut recouvrir la quasi-régie **(2)**.

²¹⁶ OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.*, p. 9, pt 9.

²¹⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b et 17.3.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b et 17.3.b.

²¹⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.

²¹⁹ Tel que résumé par le professeur Eckert (ECKERT Gabriel, « Contrat *in house* : des précisions mais peu d'espoir », *CMP*, 2006, n° 7, pp. 14-16, comm. n° 123).

1) *Les craintes légitimes d'une approche rigide du critère*

371. — La mécanique du cumul a longtemps empêché la Cour d'examiner ce qui constituait alors le second critère jurisprudentiel. L'analyse de ce critère était pourtant fortement espérée²²⁰. Aux incertitudes concernant la mise en œuvre de cette condition, se sont ajoutés des doutes quant à sa réalité lorsque l'activité est devenue « *un élément de caractérisation du contrôle analogue* »²²¹. Devant la quantité de questions en suspens, les observateurs ont détaillé les différentes options qui s'ouvraient aux juges de Luxembourg quant aux modalités d'examen de la seconde condition. Tous craignaient une approche restrictive, que la Cour écarta dès qu'elle en eut l'occasion.

372. — Le « *silence du juge communautaire* »²²² s'étira sur sept années, pendant lesquelles les observateurs exprimèrent diverses inquiétudes. Toutes tenaient à la peur de voir la quasi-régie anéantie par une définition stricte des modalités de reconnaissance de la condition de l'activité essentielle. Aucun des auteurs n'envisageait une asymétrie dans l'application des critères. Si la caractérisation du contrôle analogue devait être effectuée sévèrement, l'analyse de l'activité ne pouvait s'effectuer en vertu d'une démarche souple²²³. Chaque étape de la reconnaissance apportait son lot de questionnements. Déterminer la part d'activité exercée par l'entité au profit de son pouvoir adjudicateur nécessitait avant tout de décider s'il s'agissait

« d'un critère concret, qui comporte l'examen des relations commerciales de l'opérateur pendant une certaine période de référence (par exemple, les trois dernières années), ou bien

²²⁰ « La position de la cour était attendue sur ce point, car sa jurisprudence passée avait régulièrement conduit à écarter le bénéfice de la qualification, sur le fondement de la première condition ; du coup elle avait rarement eu l'occasion de traiter en profondeur la question de l'activité essentiellement réalisée pour l'administration » (LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 757).

²²¹ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, n° 60, pp. 19-21, p. 20. Dans l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour a effectivement mentionné, au rang des éléments niant la présence d'un contrôle analogue, « *l'expansion du domaine territorial des activités de la société à toute l'Italie et à l'étranger* » (CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.e). Selon le professeur Dubos, il s'agit là d'une confusion des critères. Il affirme que dans cet arrêt, la Cour, « *confondant le premier critère avec le second avait estimé que l'extension de l'objet social de la société et de sa sphère d'action territoriale rendait le contrôle de la commune sur la société éminemment « précaire »* » (DUBOS Olivier, « La Cour de justice et l'exception *in house* : du rigorisme au pragmatisme », *Revue Lexbase Hebdo – éd. publique*, 2006, n° 8 (www.lexbase.fr)). Cette confusion a du moins débouché sur la prise en compte d'un indice qui reste d'actualité pour caractériser le premier critère, même dans sa forme collective (v. notamment CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, aff. C-573/07, préc., §73).

²²² SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, *op. cit.*, p. 29.

²²³ *Ibid.*, p. 29 et GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *loc. cit.*, p. 38.

d'un critère plus abstrait, fondé sur le champ d'activité potentiel de l'opérateur, prévu dans ses statuts »²²⁴.

La fixation par la Cour d'un faisceau d'indices pour caractériser le contrôle analogue laissait présager la mise en œuvre de l'appréciation *in concreto* du critère de l'activité essentielle. Dans ce cadre, tout élément aurait été susceptible de devenir pertinent et d'ajouter à la sévérité des juges. Ceux-ci pouvaient notamment décider de restreindre la marge d'action de l'entité intégrée au territoire sur lequel exerce son détenteur, afin d'exclure de la qualification interorganique tout organisme dont les missions s'en évadaient. Outre cette éventuelle rigidité territoriale, il fallait déterminer sur quel fondement une mission pouvait être considérée comme étant exercée au profit de son détenteur. Était-ce en fonction du type d'activité exercé, de ses destinataires ou encore de ses rémunérateurs effectifs ? Au vu du nombre de précisions qui étaient attendues, les déclarations de l'avocat général Stix Hackl, en vertu desquelles « *les critères de l'arrêt Teckal consistent en un certain nombre de notions floues qui ont fait naître un grand nombre de problèmes juridiques et eu pour conséquence des difficultés de délimitation* »²²⁵, sont extrêmement représentatives des incertitudes qui perduraient alors.

373. — Ces incertitudes étaient accentuées par le fait que la Cour n'avait pas non plus précisé la signification du terme « essentiel ». À ce titre, trois acceptions potentielles ont été développées. L'adjectif « essentiel » pouvait tout d'abord revêtir le sens de ce qui est substantiel, c'est-à-dire considérable, sans pour autant impliquer de notions telles que la majorité, dans une mesure similaire à ce qui est prescrit par l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales en matière de rémunération des délégations de service public en France²²⁶. Cette définition a naturellement été développée par les auteurs français car elle faisait référence à une jurisprudence nationale : celle tendant à la

²²⁴ KOTSCHY Bettina, « Les derniers arrêts sur l'exemption *in house* : coup de grâce ou limitation des excès ? », *RDUE*, 2005, n° 4, pp. 845-853, p. 852.

²²⁵ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04 (préc.), présentées le 12 janvier 2006, ECLI:EU:C:2006:24, pt 17.

²²⁶ V. notamment : BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 493-500 ; DREYFUS Jean-David, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, n° 1, pp. 38-41 ; GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 417-422, pts 816-822 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 368-370, pts 689-690 ; SEVINO Aldo et GAUTHIER Alexandre, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation : le cas de la régie intéressée », *AJDA*, 2003, n° 16, pp. 828-832.



reconnaissance des délégations de service public²²⁷. Il existe une deuxième possibilité quant à son interprétation, celle de la « quasi » exclusivité, qui aurait impliqué la fixation de seuils très élevés²²⁸. La Cour a d'ailleurs maintes fois été « invitée à procéder » ainsi²²⁹, un taux de 80% ayant déjà été fixé par le droit dérivé pour les entreprises liées²³⁰. La dernière éventualité, qui est également la plus restrictive, était l'assimilation avec l'exclusivité complète, imposant que « dès l'instant où le cocontractant a d'autres « clients » que [le pouvoir adjudicateur] qui le contrôle, son activité ne peut plus être qualifiée de in house »²³¹. Puisque la présence, même minime, de capitaux privés, pouvait permettre d'exclure automatiquement une qualification de quasi-régie²³², une transposition de ce raisonnement au critère de l'activité était envisageable.

²²⁷ Il n'est pas fait ici allusion à la notion de risque mais uniquement à la définition de l'adverbe « substantiellement », telle que dégagée par le Conseil d'État dans les décisions *Préfet des Bouches-du-Rhône* et *SMITOM*, puis officialisée par la loi dite « MURCEF » (CE, 7^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Lambesc*, n° 168325 ; *Rec.*, 1996, p. 137 ; *JurisData* n° 1996-050185 ; *AJDA*, 1996, n° 10, p. 729, note Didier CHAUVAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1996, n° 523, p. 267, avec les concl, note Rémi SAVIGNAT ; *Droit administratif*, 1996, comm. n° 355, note Jean-Bernard AUBY ; *JCP E*, 1997, n° 13, p. 59, note Yves DELAIRE ; *Marchés Publics - La revue de l'achat public*, 1996, n° 292, p. 39, concl. Christophe CHANTEPY ; *RFDA*, 1996, n° 4 p. 715, concl. Christophe CHANTEPY, note Philippe TERNEYRE ; *RTD com.*, 1997, n° 1, p. 91, note Gilbert ORSONI (CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-Ouest et Seine-Marais (SMITOM)*, n° 198147 ; *JurisData* n° 1999-117154 ; *Rec.*, 1999, p. 229 ; *AJDA*, 1999, n° 9, p. 714, concl. Catherine BERGEAL, note Jean-Marc PEYRICAL ; *BJCP*, 1999, n° 7, p. 607, concl. Catherine BERGEAL ; *Droit de l'environnement*, 1999, n° 73, p. 3, note David BLONDEL ; *RDI*, 1999, n° 4, p. 647, note François LLORENS ; *RFDA*, 1999, n° 6, p. 1134, note Jean-Claude DOUENCE ; *RTD com.*, 2000, n° 1, p. 74, obs. Gilbert ORSONI) (Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), NOR : ECOX0100063L, *JORF* du 12 septembre 2001, p. 19704). Cette option a notamment été exposée par le professeur Linditch (LINDITCH Florian, « Le « in house » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 757).

²²⁸ Concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 (préc.), *loc. cit.*, pts 74-75.

²²⁹ LINDITCH Florian, « Le « in house » finalement sauvé par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) ? », *loc. cit.*, p. 757. Les parties à l'affaire *Stadt Halle* ont notamment proposé à la Cour d'appliquer ce pourcentage de 80 % (Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, (préc.), *loc. cit.*, pt 92).

²³⁰ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, préc., article 23.3 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, préc., article 63.2. Le Conseil d'État semble d'ailleurs avoir opté pour cette interprétation en 2001 (CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067, préc.).

²³¹ TERNEYRE Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics in house », *loc. cit.*, p. 670. Cet auteur allait même jusqu'à en tirer une nouvelle condition : « pour bien exprimer le caractère « fermé » et « personnel » du rapport interorganique existant entre les deux parties contractantes, on peut imaginer qu'une clause du marché interdise toute cession de celui-ci à un tiers » (*ibid.*, p. 670).

²³² CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

374. — L'arrêt *Carbotermo SpA*²³³ a permis de démentir fermement ces suppositions restrictives. Répondant au souhait exprès de son avocat général²³⁴, la Cour a mis un terme dans cet arrêt à l'ensemble des problématiques venant d'être exposées. Bien que cet arrêt soit considéré comme un tournant pour avoir admis la co-détention interorganique²³⁵, il convient de rappeler que la grille d'analyse souple qui en résulte lui confère le statut de référence concernant le second critère jurisprudentiel car c'est encore ce cadre général qui est prescrit par les directives.

2) L'établissement attendu d'une grille d'analyse souple

375. — Après avoir rappelé que l'objectif du critère de l'activité essentielle était de « limiter au maximum les distorsions de concurrence »²³⁶ en veillant à ce que l'entité à l'étude ne soit pas « active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises »²³⁷, la Cour a établi une grille d'analyse à la fois souple et lisible. Pour évaluer si une entité exerce bien l'essentiel de son activité avec son détenteur interorganique, il faut avant tout fixer un « chiffre d'affaires déterminant »²³⁸. Seront pertinentes pour l'établir « toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives »²³⁹. Ce sont des termes très proches qui ont été codifiés dans les directives²⁴⁰. Ces textes ont en effet repris la méthode dégagée par la Cour, laquelle change radicalement de celle prescrite pour caractériser le contrôle analogue. Il ne s'agit plus de faire corroborer un faisceau d'indices mais de se

²³³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESE SpA*, aff. C-340/04, préc.

²³⁴ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESE SpA*, aff. C-340/04, (préc.), *loc. cit.*, pt 17. L'apport de l'avocat général Stix-Hackl quant à ces précisions a notamment été souligné par le professeur Eckert (ECKERT Gabriel, « Contrat *in house* : des précisions mais peu d'espoir », *loc. cit.*, p. 15)

²³⁵ « Elle signifie que le droit communautaire privilégie une vision plus globale de l'Administration et qu'elle renonce à une approche trop mercantile des relations que celle-ci entretient avec ses satellites » (LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 757). Cet auteur explique d'ailleurs qu'il serait erroné de croire que cette approche souple des modalités d'application du critère a été retenue par la Cour dès l'affaire *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.) (*ibid.*, pp. 10-11).

²³⁶ KOTSCHY Bettani, « Les derniers arrêts sur l'exemption *in house* : coup de grâce ou limitation des excès ? », *RDUE*, 2005, n° 4, pp. 845-853, p. 852.

²³⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESE SpA*, aff. C-340/04, préc., §60.

²³⁸ *Ibid.*, §65.

²³⁹ *Ibid.*, §64.

²⁴⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.5 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.5.



concentrer sur certains faits pertinents en écartant ceux qui ne le sont pas. Les seconds découlent naturellement du choix des premiers.

376. — Pour déterminer quelles missions l'entité en cause exerce pour ses détenteurs, la Cour a choisi de ne se fonder que sur un élément : le fait que ces missions aient été commandées par ces derniers. Les actes d'attribution de la mission seront déterminants, peu importe la nature des missions en cause²⁴¹. Cet angle d'approche a permis d'écarter l'importance de « *savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence* »²⁴². Fidèles au principe d'égalité de traitement, les institutions européennes ont pu détacher leur raisonnement du rayon géographique d'exercice de l'entité. Ils ont ainsi pu décider que l'élément territorial²⁴³ serait un élément inefficace, sans que cela ne porte atteinte à la lisibilité des conditions de caractérisation du second critère. Grâce à cela, « *le simple fait qu'une entreprise publique communale opère ou puisse opérer au-delà des limites d'une commune n'exclut pas pour autant nécessairement qu'elle réalise l'essentiel de son activité pour cette commune* »²⁴⁴. Dans cette lignée, l'inefficacité de l'identité des destinataires prend tout son sens. Ceux-ci se situent en position finale du processus, alors que le critère de l'activité essentielle se concentre sur les actes générateurs de la mission : peu importe que les destinataires finaux de l'activité soient des personnes juridiques autres que ses détenteurs. Ce qui compte, c'est qu'il effectue cette mission sur demande de ses détenteurs et à la place de ces derniers, parce que cette mission leur revient. Le même constat s'impose quant à l'absence de pertinence des rémunérateurs effectifs. Faire de cet élément une condition aurait été d'autant plus incohérent que lorsque les pouvoirs adjudicateurs sont également des personnes publiques, il ne faut pas oublier que certaines missions « *peuvent s'exercer au profit de l'administration publique elle-même, ou bien, être fournies en faveur des citoyens qui entrent dans la sphère de responsabilité de l'administration, pour le*

²⁴¹ La Cour a ainsi perfectionné la complémentarité des deux critères jurisprudentiels d'alors, puisqu'elle avait refusé de prôner une analyse par actes pour caractériser le contrôle analogue (LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? » *loc. cit.*, p. 756).

²⁴² CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., dispositif, pt 3.

²⁴³ Dès le §65 de l'arrêt (*ibid.*). Il en résulte qu'il est « *sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies* » (*ibid.*, §67).

²⁴⁴ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 (préc.), *loc. cit.*, pt 84.

compte et en substitution de celle-ci»²⁴⁵. De plus, connaître les rémunérateurs pourrait impliquer une prise en considération du risque assumé, notion qui est et doit rester étrangère à la qualification de quasi-régie²⁴⁶. Tout comme pour le contrôle analogue, ce sont les statuts et les actes régissant la vie quotidienne de l'entité qui permettront de déterminer les missions à prendre en compte pour établir le chiffre d'affaires pertinent. La multiplicité des sources ne doit cependant pas provoquer un éparpillement de l'examen, celui-ci devant se focaliser sur les actes d'attribution des tâches pour établir celles qui sont effectuées par l'entité pour son détenteur interorganique.

377. — Une fois cette part de chiffre d'affaires déterminée, encore faut-il estimer si elle correspond bien à l'essentiel des activités exercées par l'organisme. Contrairement au Parlement européen et au Conseil, la Cour a nié la primauté des données quantitatives. Elle s'est ainsi gardée de fixer des seuils. Les raisons de ce choix ne sont pas connues mais il est possible de supposer que la Cour a simplement souhaité mettre l'accent sur la souplesse du raisonnement, que la primauté des données quantitatives, désormais consacrée par les directives, n'aurait pas permise. Toujours dans cette volonté de maintenir une appréciation concrète des situations, elle a opté pour la définition la moins restrictive du terme « essentiel »²⁴⁷. Le vocabulaire qu'elle employait témoignait de l'assimilation entre le terme « essentiel » et l'adverbe substantiellement, l'entité pouvant « *exercer une partie importante de son activité auprès d'autres opérateurs* »²⁴⁸. Elle a donc opté pour une démarche similaire à celle employée par les juristes français face aux délégations de service public, même si elle n'a jamais cité leurs travaux. Les juges avaient par ailleurs pris soin de ne pas utiliser de notions connotées telles que celle de majorité. La qualification de quasi-régie pouvait donc être acceptée dans des situations où la part de chiffre d'affaires consacrée au détenteur était relativement basse. Ce choix ne rendait pas aisée la distinction entre la part principale et la part marginale d'activité. Sur ce point, la fixation d'un taux de 80% par les directives constitue une évolution. Elle pourrait néanmoins entraîner des rigidités pratiques pour des entités qui verraient la part d'activité qu'ils exercent pour leur détenteur passer au dessous de ce seuil, sans pour

²⁴⁵ GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *loc. cit.*, p. 28.

²⁴⁶ Cette notion de risque sert à différencier les marchés publics et les concessions (tels que dégagés dans : CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.). Or, la quasi-régie est extérieure à ces considérations.

²⁴⁷ Pour ce faire, elles doivent être « *substantiellement destinées à cette seule collectivité* » (CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGE SP SpA*, aff. C-340/04, préc., §62) ou encore que « *l'activité de cette entreprise [soit] consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* » (*ibid.*, §63).

²⁴⁸ *Ibid.*, §61.



autant que la diminution de cette part soit importante. Lorsque les prestataires intégrés contractent avec d'autres entités que leurs détenteurs, il est par conséquent cardinal qu'ils vérifient constamment le maintien du seuil d'activité nécessaire.

378. — Par les précisions qu'il apportées, l'arrêt *Carbotermo SpA*²⁴⁹ a mis fin à la « portée presque fantomatique »²⁵⁰ de la notion de quasi-régie. C'est pourquoi les dispositions des directives s'inscrivent dans sa lignée. Il n'a cependant pas apporté de précisions sur le type d'activité pouvant être exercé par les prestataires intégrés, la Cour semblant s'en désintéresser totalement. Une évolution à ce sujet semble toutefois notable.

B. Les évolutions latentes concernant le type d'activité exercé

379. — L'activité de l'entité est au cœur de l'examen du second critère jurisprudentiel. Pourtant, seules ses modalités d'exercice sont pertinentes pour déterminer si l'entité à l'étude exerce bien son activité essentiellement avec ses détenteurs. Il en résulte que, dans un premier temps, la Cour a écarté toute référence au type d'activité exercé. Cette position semble néanmoins avoir fait l'objet d'un infléchissement, ce dont témoigne l'évolution des décisions et des dispositions portant sur la quasi-régie.

380. — L'arrêt *Teckal* ne contient aucune allusion à la présence d'un service public ou d'un service d'intérêt général, voire même à la présence d'une activité d'intérêt général. Il mentionne seulement l'hypothèse dans laquelle

*« un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non. »*²⁵¹

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », *loc. cit.*, p. 712.

²⁵¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

381. — La nature de l'activité, qu'il s'agisse d'une tâche d'intérêt public ou d'une mission de service public, n'apparaît donc pas. Le choix d'évincer cet élément participait à la cohérence générale de la quasi-régie et à sa complémentarité avec d'autres notions phares du dispositif communautaire. Au terme de l'arrêt *Teckal*²⁵², les modalités de reconnaissance des prestations intégrées semblaient pouvoir être énoncées comme suit : le mécanisme interorganique repose sur une conjugaison de critères organiques, fonctionnels et matériels, dont le but est de mettre en évidence une mécanique particulière et pas de sauvegarder une activité spécifique. En vertu de cette définition, la quasi-régie impliquait de vérifier que deux personnes formellement distinctes sont guidées par une même volonté, comme tendent à le certifier les modalités d'examen du contrôle analogue. Elle nécessitait, en second lieu, une corrélation entre l'activité exercée par l'organisme intégré et celle commandée par son détenteur interorganique. Dans ce cadre, la nature de l'activité était inutile à la démonstration. La dérogation interorganique semblait alors pouvoir être décrite comme étant « *une question générale en droit des marchés publics, qui se [posait] indépendamment de l'objet de l'activité économique qui est en cause dans chaque cas concret* »²⁵³. C'est donc l'autonomie de la volonté des autorités publiques – la référence aux pouvoirs adjudicateurs n'étant apparue que plus récemment²⁵⁴ – qui semblait devoir être respectée ici²⁵⁵ et, plus largement, celle de leur marge de manœuvre. Une telle solution pouvait paraître saine pour le maintien de la santé financière des opérateurs dédiés. Le caractère d'intérêt général qui guide la plupart des constructions interorganiques peut nécessiter la mise en place d'une mission parallèle, les recettes de celle-ci visant à compenser l'absence de bénéficiaires de la première. La Cour, en refusant de restreindre les mécanismes interorganiques à ces activités, laissait donc la porte ouverte à une souplesse plus importante.

382. — Le perfectionnement des critères au cours des arrêts suivants mais aussi dans les écrits de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil, semble néanmoins avoir infléchi cette position. La reconnaissance des conditions interorganiques – désormais au nombre de trois – semble désormais n'être envisageable qu'au sein d'un champ d'ensemble, celui du « secteur public » selon la terminologie des

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *loc. cit.*, p. 26.

²⁵⁴ V. *supra*, Section 1, §1.

²⁵⁵ Le lien entre les deux ayant par exemple été démontré par le professeur Douence, qui soulevait en 1972 que « *l'autonomie de la volonté est et reste le principe fondamental qui régit l'activité juridique des personnes physiques, sous réserve évidemment de l'ordre public et des bonnes mœurs* » (DOUENCE Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, n° 4, pp. 753-810, p. 759).



directives. Or, ce champ d'application n'est pas uniquement délimité par la présence de pouvoirs adjudicateurs. Il semble aussi s'appuyer sur la présence d'un service public au sens européen du terme. Cette évolution se situe dans le contexte plus large d'une meilleure prise en compte des services publics depuis l'adoption du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁵⁶, de telle sorte que la quasi-régie constitue un véritable révélateur des avancées sur ce point. À ce sujet, quatre étapes peuvent plus précisément être établies.

383. — La première semble pouvoir être trouvée dans des allusions formulées dans les différents arrêts rendus à partir de 2005. Les références à la nature de l'activité s'y sont en effet multipliées. L'arrêt *Stadt Halle*²⁵⁷ en fournit un exemple puisque, parallèlement à la mention des « autorités publiques », la Cour y a restreint les activités concernées à celles remplissant une tâche d'intérêt public²⁵⁸. L'ancrage devait encore être timide, puisque la décision *Asemfo*²⁵⁹ ne fait mention ni du service public, ni de l'intérêt public. L'infléchissement jurisprudentiel était cependant là, comme en attestent la décision *Coditel Brabant* et ses nombreuses allusions au service public²⁶⁰. De même, dans son arrêt *Commission contre Allemagne*²⁶¹, rendu en 2009 au sujet de la coopération mutualisée, la Cour a exposé l'avancée de l'arrêt *Coditel Brabant*²⁶² en mettant clairement

²⁵⁶ Sur cette évolution, v. notamment : JARRAUD-VERGNOLLE Annie, LARDEUX André et BLANC Paul, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur l'influence du droit communautaire des aides d'État sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales*, n° 673, enregistré à la présidence du Sénat le 28 juin 2011, pp. 7-9.

²⁵⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

²⁵⁸ « Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. » (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §48). V. aussi : CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc., §32 ; CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Conorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, §28.

²⁵⁹ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

²⁶⁰ Les motifs de l'arrêt contiennent six mentions au service public (CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc., §43, 47, 49, 50, 52 et 54).

²⁶¹ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.

²⁶² CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

en avant la délégation de service public²⁶³. Cette évolution semble encore plus perceptible dans l'arrêt *Econord*, où l'expression « service public » est mentionnée plusieurs fois²⁶⁴, même si une nuance peut être apportée car ces mentions répondent au fait que la question préjudicielle faisait expressément référence à ce type d'activité. En outre, ce qui est recouvert par ces évocations du service public reste imprécis. À aucun moment la Cour n'a eu affaire à une question préjudicielle ou à un recours en manquement concernant une affaire dans laquelle le type d'activité ne permettait pas de mettre en œuvre la quasi-régie, elle n'a donc jamais eu à préciser cette condition. Le législateur français a pris le parti de limiter l'intervention des sociétés publiques locales à la gestion des services publics²⁶⁵. Il peut néanmoins être supposé que dans le cadre de la quasi-régie au sens large, sont en cause les services d'intérêt général, qui ont été précisés parallèlement à l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur la quasi-régie²⁶⁶. Ceci expliquerait que le vocabulaire que la Cour y emploie ne se soit pas véritablement stabilisé.

384. — La deuxième étape semble être constituée par un document de travail élaboré par la Direction générale « Marché intérieur et services » de la Commission, publié le 4 octobre 2011²⁶⁷. Les concepts dégagés par la Cour concernant la gestion des « *missions de service public accomplies par des ressources propres* »²⁶⁸ y sont synthétisés. La quasi-régie est clairement présentée comme étant l'une d'entre elles²⁶⁹. Le document ne précise cependant pas réellement ce qui doit être entendu par mission de service public. L'expression « mission d'intérêt général » semble toutefois être utilisée alternativement à cette locution, ce qui tendrait à accréditer l'hypothèse d'une assimilation au service d'intérêt général.

²⁶³ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, §35.

²⁶⁴ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc., §29-31 et 34. L'avocat général avait par ailleurs incité la Cour à une telle utilisation de l'expression « service public », en l'intégrant à la définition de la quasi-régie (Concl. Pedro CRUZ VILLALÓN sur CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), (préc.), présentées le 19 juillet 2012, ECLI:EU:C:2012:494, (BJCP, 2013, n° 87, p. 109), §29

²⁶⁵ Article L. 1531-1 du Code général des collectivités locales.

²⁶⁶ Au sujet de ces services, v. notamment : *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, A.

²⁶⁷ Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 5, pt 3.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 6, pt 3.2.



385. — La troisième étape pouvant actuellement être recensée est celle de l'inscription dans les directives qui, en créant un champ d'ensemble pour les dérogations du secteur public, semblent avoir fait du service public un critère commun. Les articles sur ce point ne sont pas véritablement probants car ils ne mentionnent le service public que dans la coopération public-public²⁷⁰. Les exposés des motifs, au contraire, semblent énoncer dans un mouvement d'ensemble les dérogations du secteur public. Le Parlement européen et le Conseil y affirment en effet qu'il faut remédier aux insécurités juridiques concernant les « *contrats conclus entre entités du secteur public* ». Pour ce faire, ils commencent par affirmer qu'il serait inopportun que l'application des règles concernant les concessions et les marchés publics vienne « *interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exécuter les missions de service public qui leur sont confiées en mobilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics* ». Les directives énoncent ensuite, sans rupture, que :

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exemptée ne fausse la concurrence à l'égard d'opérateurs économiques privés, dans la mesure où elle placerait un prestataire de services privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

(46) Les concessions attribuées à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumises à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur ou ladite entité adjudicatrice, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du contrat. »²⁷¹

La séparation entre la collaboration simplement mutualisée et celle opérée par le biais de prestataires intégrés semble pouvoir être interprétée comme une simplification de présentation, conformément aux vœux du Parlement européen et du Conseil en la

²⁷⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.4.a ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.4.a.

²⁷¹ *Ibid.*

matière. Elle semble difficilement pouvoir être interprétée comme une véritable rupture concernant la nature des missions gérées, dès lors que l'énoncé des deux dérogations semble naturellement découler du postulat liminaire en vertu duquel les règles des directives ne doivent pas brider les pouvoirs publics dans le choix des modes de gestion des « missions de service public ». Il ne s'agit que d'une interprétation mais elle semble conforme à ce qui était annoncé par l'infléchissement jurisprudentiel et le Document de travail de la Commission qui l'ont précédé dans ce sens. Plusieurs commentateurs semblent par ailleurs avoir pris acte de cette concordance entre activité de service public et quasi-régie²⁷².

386. — La thèse de l'assimilation au service d'intérêt général semble par conséquent pouvoir être accréditée, ce qui expliquerait par ailleurs que le vocabulaire de la Cour ait évolué car, en 1999, les travaux sur ce sujet n'étaient pas encore parachevés. Un dernier argument doit être écarté, celui concernant la référence à la vocation de marché. Lorsqu'elle constate que l'organisme est susceptible de développer une vocation de marché, la Cour écarte la possibilité d'une détention interorganique, de telle sorte que l'absence de vocation de marché doit désormais être considérée comme une condition à part entière, qui sera démontrée par les critères²⁷³. Or, les services d'intérêt général comprennent de nombreux services d'intérêt économique général, qui doivent par nature être exercés sur un marché ouvert. Il pourrait donc en résulter une incompatibilité entre les prestations interorganiques et l'exécution d'une telle mission. Cependant, le fait d'exercer une activité économique ne doit pas être assimilé au critère de la vocation de marché. Ce dernier ne vise pas réellement le type d'activité, mais la façon dont l'entité l'exerce. Il s'agit ainsi de déterminer si cette structure exerce son activité dans un but lucratif. Ce n'est qu'en l'absence d'un tel but qu'elle peut être considérée comme appartenant au secteur public et comme pouvant bénéficier de la dérogation interorganique, quel que soit le type d'activité qu'elle exerce, tant qu'il revêt un intérêt général. La condition de l'absence de vocation de marché ne semble donc pas pouvoir s'opposer à ce que le champ matériel de la quasi-régie soit désormais assimilé aux

²⁷² V. par exemple : HOEPFFNER Hélène, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *loc. cit.*, pt 22. À l'inverse, le professeur Braconnier mentionne le service public comme étant une caractéristique de la coopération mutualisée et non de la quasi-régie (BRACONNIER Stéphane, « L'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics. Simplification et ambitions contrariées », *JCP G*, 2015, n° 40, pp. 1747-1756, doctr. n° 1043, pt 18). Il semble toutefois s'en tenir à une lecture conforme aux dispositions de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (préc.), objet de son commentaire. Celle-ci mentionne le service public dans son article 18 portant sur la coopération mutualisée, mais pas dans son article 17 portant sur la quasi-régie.

²⁷³ V. notamment : CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.

services d'intérêt général. Les données sont plus nuancées concernant l'existence d'une spécialité de l'entité.

C. L'exclusion nuancée d'une référence à la spécialité de l'entité

387. — La question du principe de spécialité se serait naturellement posée si les juges de Luxembourg avaient décidé de prendre en compte dans leur examen le type d'activité exercé par l'entité. Même une fois qu'ils l'ont exclue, rien ne les empêchait d'en faire un élément de caractérisation. Ils auraient effectivement pu établir une condition accessoire au second critère, imposant aux organismes de s'en tenir à certains buts ou domaines préétablis dans les actes procédant à sa création, afin de prévenir une éventuelle intrusion sur le marché. La Cour, le Parlement et le Conseil n'en ont toutefois pas fait un élément pertinent du critère de l'activité essentielle : une entité interorganique n'est pas astreinte à agir uniquement dans un seul domaine pour qu'il puisse être considéré qu'elle remplit les critères de l'activité essentielle, ce qui permet de ne pas transposer à la quasi-régie certaines rigidités d'un tel principe. Un rappel de la consistance du principe de spécialité en droit interne permet de le souligner. Néanmoins, celui-ci ne doit pas être totalement considéré comme étant éludé car la Cour l'a déjà pris en compte dans son étude de l'influence déterminante exercée sur l'entité.

388. — La spécialité est, en droit administratif français, un concept finaliste dual. En tant qu'elle concerne les buts des entités ayant une influence sur l'ensemble de leurs compétences, elle est avant tout une notion générale qui a eu son instant de gloire doctrinale. Les débats concernant son champ d'application ont longtemps passionné les auteurs, les auteurs ne s'accordant pas sur le fait qu'elle s'applique à toutes les personnes

morales²⁷⁴. Ces débats semblent s'être apaisés. L'épuisement de la spécialité en tant que source de réflexions n'est d'ailleurs pas étranger à son absence dans les discussions concernant la dérogation ci-étudiée. À ce sujet, le professeur Douence avait annoncé l'évolution du principe de spécialité :

« Lorsqu'on tient un problème pour résolu et sa solution pour acquise, on cesse de les envisager en eux-mêmes. L'énoncé exact du problème, les motifs de la solution, le raisonnement suivi sont progressivement sinon oubliés du moins mis de côté. Si la solution continue à être appliquée dans les cas précis où le problème se pose, ses implications n'apparaissent plus assez nettement pour être utilisées en dehors de ces hypothèses. Notamment elles ne sont plus intégrées dans les constructions doctrinales et jurisprudentielles qui en sont appauvries d'autant »²⁷⁵.

389. — Outre ce phénomène, ce sont néanmoins ses objectifs qui devaient l'écartier définitivement de l'examen des prestations intégrées. Son but fondamental, qui consiste à préserver les droits des particuliers face aux personnes publiques²⁷⁶, bien que louable, rendait sa transposition inutile. Dans la pratique, seraient en outre survenus des effets néfastes pour la souplesse de gestion, contrant ainsi les effets naturellement attendus dans le cadre de l'externalisation. Imposer une spécialité aurait pu être aussi nuisible à l'équilibre financier de l'entité que limiter l'action des organismes intégrés à

²⁷⁴ Plusieurs auteurs y sont favorables (v. notamment : TIMSIT Gérard, « Les relations entre l'État et les entreprises publiques », in : AMSELEK Paul, BUFFELAN-LANORE Jean-Paul et CATHELINÉAU Jean (dir.), *Études de droit public*, Éd. Cujas, 1964, pp. 477-500 ; BALDOUS André, *Le principe de spécialité en droit administratif français*, Université Aix-Marseille III, thèse, dactyl., 1974). Au contraire plusieurs auteurs s'y sont opposés, tels que le professeur Ferstenbert (FERSTENBERT Jacques, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 1976). Le professeur Douence avait développé une opinion plus nuancée. Il y était favorable, même si, tout comme Monsieur Durmarque, il mettait en exergue le fait que le principe de spécialité n'émanerait pas directement de la notion de personnalité. C'est indirectement qu'il en émerge, puisqu'il naît de la capacité, elle-même issue de l'existence d'une personnalité (DOUENCE Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *loc. cit.*, p. 756 et p. 760, note 11 ; DURMARQUE Yann, « Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux », in : VANDENDRIESSCHE Xavier (dir.), *Études en l'honneur de Pierre Sandevour : service public, services publics*, L'Harmattan, 2000, pp. 112-131, spéc. pp. 117-120). Par conséquent, même si ces « deux notions de personnalité et de capacité juridique sont à ce point liées qu'elles sont parfois données comme synonymes » (LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 179), il ne faut pas oublier que le principe de spécialité trouve sa source dans la seconde.

²⁷⁵ DOUENCE Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *loc. cit.*, p. 755 ; v. aussi : FERSTENBERT Jacques, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 987-1071. Les rôles qu'exposait cet auteur sont d'ailleurs purement internes, ce qui explique l'inefficacité du principe au niveau européen. Il ne fertilise plus les nouvelles notions aujourd'hui et est même réduit à la mise en œuvre.

²⁷⁶ BALDOUS André, *Le principe de spécialité en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 1 ; FERSTENBERT Jacques, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 2 et pp. 953-961. Il devait notamment les protéger face à des acquisitions forcées abusives, même si désormais les procédures sont très encadrées.



certain types d'activités. Cela pourrait également être problématique au sujet de la gestion des ressources. Agissant sur les affectations de biens et de personnels, la spécialité aurait pu entraver des évolutions parfois nécessaires puisque les buts ou activités assignés à une entité sont difficilement adaptables. Le professeur Timsit détaillait notamment un des obstacles du principe de spécialité dans les entreprises publiques : il peut s'opposer à la conservation du même personnel lors de la mutation d'activités, parce que celui-ci est affecté à une mission spéciale²⁷⁷. Tous ces inconvénients ne seraient même pas contrebalancés par les effets positifs d'une telle mesure qui ne serait, au même titre que l'idée de spécialité, d'aucune utilité pour servir les objectifs interorganiques. La circonstance en vertu de laquelle un principe de spécialité pourrait être interprété de manière assouplie, comme le fait le Conseil d'État²⁷⁸, ne fait que confirmer cette inutilité. À quoi bon énoncer un principe supplémentaire en admettant son assouplissement alors qu'il suffisait de décréter qu'une trop forte diversification des activités tend à démontrer, sans pour autant être décisive, que l'organisme est trop autonome pour être intégré ?

390. — Il semble cependant qu'il serait erroné de considérer qu'en l'absence d'une inscription d'un principe de spécialité dans le critère de l'activité essentielle, les prestataires intégrés ne sont pas astreints à certaines limites concernant les domaines dans lesquels ils interviennent. Ceux-ci semblent désormais devoir être circonscrits aux activités d'intérêt général²⁷⁹ mais, surtout, la Cour a déjà pris en compte une diversification trop importante des activités d'une entité comme constituant un indice du fait qu'elle avait développé une vocation de marché. Dans l'arrêt *Parking Brixen*²⁸⁰, elle a relevé que plusieurs éléments cumulés témoignaient de la vocation de marché de la *Stadtwerke* en cause : sa transformation en société anonyme ; l'élargissement de son objet social et le fait qu'elle ait « *commencé à travailler dans de nouveaux domaines importants, notamment ceux du transport de personnes et de marchandises, ainsi que des télécommunications* », lesquels étaient cumulés à ses activités préexistantes en matière de chauffage, d'énergie, d'élimination des déchets et de gestion de l'eau ; son ouverture prévue, à court terme, à d'autres capitaux, l'expansion de son domaine territorial au reste de l'État et à l'étranger

²⁷⁷ TIMSIT Gérard, « Les relations entre l'État et les entreprises publiques », *loc. cit.*, p. 479.

²⁷⁸ V. notamment : FERSTENBERT Jacques, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 820-823.

²⁷⁹ V. *supra*, même §, B.

²⁸⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §67.

et une diminution du contrôle de la commune sur son conseil d'administration. Il en résulte que l'examen de la diversification des activités fait partie des indices permettant de déterminer si est en cause un contrôle analogue ou conjoint.

391. — Cette insertion du nombre d'activités exercées parmi les indices permettant de nier ou de détecter la présence d'une influence déterminante représentait la solution la plus cohérente au vu des modalités de développement de chacun des critères. Elle constitue par ailleurs un choix plutôt souple, puisque la Cour aurait pu considérer que, au même titre que la présence, même minime, de capitaux privés, l'exercice d'activités autres que celles initialement fixées, ou une simple diversification d'activités, aurait constitué un motif d'exclusion d'office de la qualification interorganique. Une voie médiane a au contraire été choisie et semble avoir été maintenue par le Parlement européen et le Conseil. Il en résulte cependant une certaine part d'incertitude. La lecture de l'arrêt *Parking Brixen*²⁸¹ permet en effet de constater que de nombreux indices tendaient à nier la présence d'une influence déterminante en l'espèce. Par ailleurs, la diversification des activités était très importante puisque l'entité devait opérer dans au moins huit domaines différents, dans des conditions qui laissaient peu de place à la commune qui le détenait pour exercer sur son conseil d'administration une influence déterminante. Il peut par conséquent être supposé que dans des situations moins extrêmes, la diversification d'activités reste possible ce qui, tout en étant facteur de souplesse, constitue également une part d'inconnu laissant planer le risque de requalification des relations interorganiques. Ce doute est en outre accru par le fait que, dès lors que cette diversification n'est qu'un indice parmi d'autres, l'appréciation de la relation interorganique variera en fonction de l'existence d'autres éléments permettant de garantir une influence déterminante véritablement effective de la part des détenteurs.

392. — Cette situation a des conséquences sur la réalité d'un principe de spécialité au sein de la quasi-régie. D'une part, dans le cadre du critère de l'activité essentielle, il semble avoir été écarté. D'autre part, il semble nécessaire de veiller à ne pas procéder à une diversification trop importante des activités de la structure intégrée, sans pour autant savoir à quel point, afin de ne pas mettre en péril le maintien du contrôle analogue. Les directives ne s'étant pas réellement positionnées sur ce point, elles laissent planer une part de doute, qui pourrait être résolue par des précisions claires, ce qui, néanmoins, priverait la mise en œuvre de la dérogation d'une certaine souplesse. Le refus

²⁸¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc.



de procéder à un véritable cloisonnement exprès des activités exercées par le prestataire intégré semble néanmoins témoigner du fait que tout élément tendant à restreindre encore le champ d'application de celui-ci semble désormais devoir être évincé, ce qui est très largement confirmé par le sort de la coopération institutionnalisée ou non institutionnalisée entre pouvoirs adjudicateurs.

§2. Une bienveillance inespérée à l'égard de la coopération

393. — En comparaison avec la démarche restrictive qui a caractérisé la jurisprudence de la Cour lors des six années suivant la création de la quasi-régie, les arrêts rendus depuis 2006 peuvent dans l'ensemble être qualifiés de bienveillants. Il semble en effet que cette année ait constitué une charnière dans le développement des dérogations concernant le « secteur public », désormais inscrites dans le droit dérivé.

394. — L'arrêt *Carbotermo SpA*²⁸² a sonné l'heure de l'assouplissement. Alors qu'elle précisait enfin le critère de l'activité essentielle, la Cour y a immédiatement adapté ce critère aux co-détentions interorganiques **(A)** et les juridictions françaises l'ont suivie dans cette démarche **(B)**.

A. La souplesse jurisprudentielle à l'égard de la coopération entre entités du secteur public

395. — La Cour a conféré une certaine élasticité aux grandes lignes du second critère jurisprudentiel, ce qui lui a permis de l'adapter directement aux organismes intégrés co-détenus **(1)**. Elle n'a pourtant pas pu l'étendre aux situations dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ne font que mutualiser leurs moyens, auxquelles fut en conséquence consacrée une nouvelle dérogation **(2)**.

²⁸² CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizìo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc.



1) *L'adaptation immédiate du critère de l'activité essentielle aux entités interorganiques co-détenues*

396. — Le contexte précédant la lecture de l'arrêt *Carbotermo SpA*²⁸³ semblait peu favorable à la co-détention interorganique. Le vide juridique qui entourait le critère de l'activité essentielle, conjugué à l'interprétation stricte de la notion de contrôle analogue, rendait peu probable la reconnaissance des structures quasi internes à détenteurs multiples. Dans l'arrêt *Stadt Halle* la Cour les avait mentionnés²⁸⁴, brièvement mais plus lisiblement que dans l'arrêt *Teckal*²⁸⁵. Peu d'auteurs ont cependant remarqué cette allusion car ils étaient focalisés sur l'apparente sévérité de cette jurisprudence²⁸⁶. Il apparaissait par conséquent envisageable que l'accès aux prestations quasi internes soit fermé aux entités intercommunales sur le simple fondement d'une interprétation restrictive du second critère.

*« Il y avait, sur ce point, une certaine incertitude depuis l'arrêt Teckal : certains commentateurs craignaient que, dans l'hypothèse d'un contrat passé entre un opérateur regroupant d'une façon ou d'une autre plusieurs pouvoirs adjudicateurs et l'un de ces pouvoirs adjudicateurs, il ne soit jamais possible de retenir l'exception in house, le futur cocontractant ayant toutes chances de ne pas consacrer la quasi-exclusivité de ses activités à l'un des pouvoirs adjudicateurs pris isolément »*²⁸⁷.

Le premier critère représentait néanmoins le « point le plus délicat »²⁸⁸, la notion de contrôle analogue étant difficilement transposable telle quelle aux détentions pluri-publiques. L'arrêt *Carbotermo SpA* et sa conception souple de l'activité sont d'ailleurs intervenus avant les arrêts *Asemfo*²⁸⁹ et *Coditel Brabant SA*²⁹⁰, démontrant que même pour

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Elle a en effet inclus dans l'intitulé de la dérogation l'éventualité que « cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent » (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TRE A Leuna*, aff. C-26/03, préc., §49).

²⁸⁵ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., §50.

²⁸⁶ LINDITCH Florian, « Le « in house » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 755.

²⁸⁷ MÉNÉMÉNIS Alain, « Droit communautaire : la notion de contrat in house », *Droit administratif*, 2006, n° 10, comm. n° 148, pp. 21-24, p. 24.

²⁸⁸ FENOYL (De) Éric, « Services publics : vers une gestion « in common house » », *loc. cit.*, p. 55.

²⁸⁹ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

la Cour, cette problématique était moins difficile à résoudre. Le vide juridique qu'elle avait laissé planer pendant sept ans lui a d'ailleurs rendu la tâche plus aisée : il lui a suffi de développer une définition souple directement adaptable. Cette fois-ci, les conclusions de l'avocat général Stix Hackl ne pouvaient être accusées d'avoir combattu cette ouverture²⁹¹. Au contraire, elles ont influencé la Cour, l'avocat général ayant suggéré que :

*« dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble »*²⁹².

397. — La Cour n'a pas énoncé de méthodologie distincte de celle déjà appliquée aux organismes n'ayant qu'un détenteur interorganique. Il conviendra par conséquent de dénombrer les missions effectuées par l'entité sur la base d'un acte d'attribution édicté par ses détenteurs prétendument interorganiques, puis d'évaluer si la part de chiffre d'affaires qu'elles représentent est bien la plus importante. Comme en témoigne l'arrêt *Asemfo*²⁹³, il est possible de distinguer la portion effectuée sur demande de chaque pouvoir adjudicateur individuellement mais c'est uniquement pour les additionner et déterminer si l'ensemble final est suffisant²⁹⁴. Nulle autre information n'a été apportée par les arrêts suivant l'arrêt *Asemfo*. Celui-ci est considéré comme une référence suffisante, ce qui explique par exemple que dans ses conclusions sur l'affaire *Coditel Brabant SA*²⁹⁵, l'avocat général se soit contenté de renvoyer le juge national à cet exposé, jugeant qu'il pourrait « manifestement trouver tous les éléments nécessaires dans l'arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* »²⁹⁶. Il serait d'ailleurs incohérent de trop détailler les

²⁹⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

²⁹¹ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 755.

²⁹² *Ibid.*, §70.

²⁹³ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc.

²⁹⁴ *Ibid.*, §63. V. également : Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 (préc.), présentées le 21 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:247, pts 21 à 24.

²⁹⁵ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

²⁹⁶ Concl. Verica TRSTENJAK sur CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 (préc.), présentées le 4 juin 2008, ECLI:EU:C:2008:317, pt 81.



conditions fixées par la Cour, étant donné que c'est de leur absence de rigidité que provient leur adaptabilité.

398. — Il existe plus de nuances dans l'adaptation immédiate du critère de l'activité essentielle aux organismes co-détenus, que dans les « *pétitions de principe* »²⁹⁷ que la Cour s'était initialement bornée à définir. Ceci confirme le souhait des juges de :

*« reconnaître aux collectivités territoriales des États membres un véritable pouvoir d'organiser, soit en régie directe, soit par l'intermédiaire de structures externalisées qu'elles contrôlent, les services publics dont elles ont la charge, grâce à une interprétation de plus en plus affinée de la notion [de quasi-régie] »*²⁹⁸.

La grille d'analyse souple que la Cour a établie sécurisait la plupart des formes d'intervention communes des autorités publiques. Répondant à des « *fondements politiques* »²⁹⁹, elle était la manifestation d'une souplesse plus générale à l'égard de la coopération, maintes fois réclamée³⁰⁰. Cette conception conservait néanmoins (et c'est encore le cas) hors du champ d'application de la dérogation interorganique les situations dans lesquelles les autorités publiques mutualisent des moyens sans intermédiaire, même si la quasi-régie n'est pas étrangère au développement de la dérogation dont celles-ci disposent désormais.

2) L'extension des dérogations européennes à la coopération mutualisée entre pouvoirs adjudicateurs

399. — Le principe même du mécanisme interorganique est de passer outre l'existence d'une distinction formelle. Son champ d'application ne pouvait pas couvrir les situations dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ne se livrent plus « *à l'empilement*

²⁹⁷ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 759.

²⁹⁸ SIMON Denys, « Contrats « *in house* » comm. 413 », *Revue Europe* 2009, n° 11, pp. 24-26, comm. n° 413, p. 25.

²⁹⁹ RICHER Laurent, « Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public », *AJDA*, 2012, n° 10, pp. 555-559, p. 557.

³⁰⁰ Ces réclamations ont d'ailleurs abouti à des démarches contradictoires de la part des institutions communautaires (v. notamment : SAGNE Nicolas, *Le contrat in house, op. cit.*, pp. 77-78).

des structures mais bien à l'exercice concerté de compétences»³⁰¹. Étant donné qu'aucune dérogation n'était prévue pour celles-ci dans les directives communautaires, la Cour s'est chargée d'y remédier, livrant les grandes lignes de ce qui a été consacré par les directives « marchés » et « concessions » comme la deuxième dérogation applicable aux personnes du secteur public³⁰². Démontrant une nouvelle fois sa bienveillance novatrice en faveur de la coopération entre autorités publiques, elle créa une dérogation spécifique³⁰³, qui ne doit en aucun cas être décrite comme une sous-catégorie des prestations quasi internes.

400. — Leur création survint au cours d'une affaire concernant, comme la plupart de celles déférées à la Cour pour préciser la notion de quasi-régie, un contrat portant sur le traitement des déchets³⁰⁴. Passé sans mise en compétition préalable entre les circonscriptions et les services de voirie de la ville de Hambourg, il constituait pour la Commission une atteinte à la directive 92/50/CE³⁰⁵. L'argumentation de la République fédérale d'Allemagne présentait l'originalité, plus que de défendre la qualification interorganique, d'aspirer à l'extension d'une donnée déjà acquise. Cet État demandait, au vu de ce qu'il décrivait comme l'exécution en commun d'une mission de service public, que cette « coopération entre deux entités étatiques différentes [soit interprétée] comme l'utilisation des moyens propres du pouvoir adjudicateur »³⁰⁶. L'avocat général prit clairement parti pour la Commission. Était selon lui en cause un marché public qui ne pouvait pas bénéficier de la dérogation ci-étudiée³⁰⁷. À l'inverse, le raisonnement allemand reposait sur deux postulats. Ceux-ci établissaient, dans un premier temps, que sans ce contrat les circonscriptions n'auraient pu assumer leur mission et, dans un second temps, qu'il

³⁰¹ DEFFIGIER Clotilde, « Intercommunalité et territorialisation de l'action publique en Europe », *Revue française d'administration publique*, 2007, n° 121-122, pp. 79-98, p. 79. Cet auteur décrit également les raisons du développement de la coopération en Europe (en invoquant notamment les impératifs de souplesse et de recomposition du territoire).

³⁰² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), article 12.4.

³⁰³ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.

³⁰⁴ « Il est certainement réducteur de dire que la CJCE construit sa jurisprudence dans les déchets. Il peut cependant être constaté que c'est encore une fois dans le cadre du contrôle de l'attribution de contrats de collecte et de traitement des déchets qu'elle précise sa conception de la notion de prestations « in house » » (PELTIER Marc, « Les prestations « in house » entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? », *LPA*, 2006, n° 14, pp. 6-15, p. 9).

³⁰⁵ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, préc.

³⁰⁶ Concl. Ján MAZÁK sur CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06 (préc.), présentées le 19 février 2009, ECLI:EU:C:2009:102, pt 34.

³⁰⁷ Il a écarté l'éventualité de prestations intégrées sur le fondement du premier critère jurisprudentiel (*ibid.*, pts 41 à 46), concluant à la présence, tout au plus, d'un « contrôle indirect » des circonscriptions sur les services de voirie (*ibid.*, pt 46).



n'aurait jamais pu être passé dans le cadre d'un appel d'offres car celui-ci aurait nécessairement mené au choix d'une entreprise privée³⁰⁸. Face à cet argument désormais bien connu de la privatisation forcée³⁰⁹, l'avocat général s'est contenté de rappeler les concessions déjà faites par la Cour concernant la sélection des offres, celles-ci étant selon lui suffisantes pour éviter ce phénomène³¹⁰. Appliquant à la lettre le précepte en vertu duquel seules des dérogations préexistantes permettent d'écarter les règles de la commande publique, l'avocat général Mazák a finalement conseillé aux juges d'accueillir la requête de la Commission³¹¹. La Cour a au contraire choisi de suivre les arguments de l'Allemagne³¹². Après avoir définitivement exclu l'éventualité d'une quasi-régie³¹³, elle a relevé que le traitement des déchets constituait pour les circonscriptions une obligation de service public directement issue des normes européennes³¹⁴. En outre, l'accord n'impliquait pas de capitaux privés³¹⁵. Il représentait donc « *l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale* »³¹⁶. Accueillant le raisonnement allemand, la Cour a assimilé cette situation à l'utilisation, par les autorités publiques concernées, de leurs propres moyens pour répondre à leurs besoins³¹⁷. De l'ensemble de ces éléments, elle a pu déduire que la « *mise en œuvre de cette coopération [était] uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public* »³¹⁸. C'est sur ce fondement que fut validée l'attribution directe du contrat, entraînant le rejet de la requête de la Commission.

³⁰⁸ *Ibid.*, pt 59.

³⁰⁹ V. notamment : Concl. Verica TRSTENJAK sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, (préc.), *loc. cit.*, pts 83 et 84.

³¹⁰ *Ibid.*, pt 63.

³¹¹ *Ibid.*, pt 64.

³¹² « *En tout état de cause, la Cour se montre infiniment plus sensible, par contraste avec l'orthodoxie libérale de son avocat général, aux exigences d'intérêt général liées à la protection de l'environnement et au développement de l'intercommunalité* » (SIMON Denys, « Contrats « *in house* » », *Revue Europe*, 2009, n° 8, pp. 23-24, comm. n° 307, p. 23).

³¹³ La Cour de justice a rappelé les conditions de la dérogation au §34 et a exclu son applicabilité au §36 de l'affaire *Commission contre République fédérale d'Allemagne* (CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.).

³¹⁴ *Ibid.*, §37.

³¹⁵ *Ibid.*, §44.

³¹⁶ *Ibid.*, §38.

³¹⁷ *Ibid.*, §45.

³¹⁸ *Ibid.*, §47.

401. — La « philosophie sous-jacente à l'exception « in house » est clairement perceptible dans la motivation soutenant la décision de la Cour »³¹⁹. Ces deux dérogations présentent d'ailleurs des similarités, à commencer par l'exclusion de principe des participations privées. Tout en constituant des manifestations d'une bienveillance générale pour la coopération, elles sont néanmoins distinctes. L'une, pouvant être qualifiée de coopération « institutionnalisée » ou « verticale »³²⁰, repose sur la négation du caractère contractuel des relations entre un pouvoir adjudicateur et son organisme intégré. La seconde dérogation, qui peut être appelée coopération « horizontale » ou « non institutionnalisée »³²¹, ne nie pas l'existence de relations contractuelles mais tend à en dégager la particularité. Cette « forme d'assistance administrative, ou d'entraide » est aujourd'hui particulièrement prisée³²². L'arrêt de 2009, en définissant des conditions de reconnaissance³²³, lui a conféré une consistance européenne. Par la conjugaison de ces deux dérogations, la Cour a franchi « une nouvelle étape dans la conciliation entre la liberté d'organisation des personnes publiques et les contraintes imposées par la mise en concurrence des marchés publics »³²⁴ afin de garantir l'effectivité réelle du principe d'autonomie locale³²⁵. Le caractère paradoxal de cette évolution a bien été souligné³²⁶ mais il ne semble pas vraiment avoir fait l'objet de vives critiques. Il a même été accueilli par le Parlement européen et le Conseil.

402. — *In fine*, toutes les formes de coopération pluri-publiques ont été sécurisées sous l'impulsion de la Cour. Lorsqu'elle a étendu les prestations intégrées, elle leur a

³¹⁹ MILLETT Timothy, « Le « in house » a-t-il les faveurs communautaires ? », *loc. cit.*, p. 72.

³²⁰ Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final, p. 6.

³²¹ *Ibid.*

³²² DREYFUS Jean-David et RODRIGUES Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *loc. cit.*, p. 1715.

³²³ Ces conditions, la Commission les résume ainsi : « l'arrangement ne concerne que des [pouvoirs adjudicateurs], sans participation de capitaux privés ; l'accord porte sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission commune, par opposition à un marché public normal ; la coopération n'est guidée que par des considérations relatives à l'intérêt public » (Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »), préc., p. 18).

³²⁴ HOEPFFNER Hélène, « Mise en concurrence et intercommunalité », *CMP*, 2009, n° 7, pp. 25-28, comm. n° 226, p. 26.

³²⁵ Dans le sillon de la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée par le Conseil de l'Europe le 15 octobre 1985, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1988. V. notamment : DREYFUS Jean-David et RODRIGUES Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *loc. cit.*, pp. 1719-1721. Il est d'ailleurs possible de se demander si, en procédant ainsi, la Cour ne lui donne pas plus d'importance que ne le font les États.

³²⁶ « La Cour se résout à un exercice périlleux d'équilibriste : ne pas brider la collaboration entre personnes publiques lorsqu'elle s'organise pour l'accomplissement d'un service public, sans pour autant remettre en cause les principes du marché intérieur que les directives sur les marchés publics ne font que décliner » (DREYFUS Jean-David et RODRIGUES Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *loc. cit.*, p. 1719).



assuré le spectre d'application le plus large possible. Quand leurs frontières furent atteintes, elle créa une « *une nouvelle catégorie de raisonnement dérogatoire* »³²⁷, afin de ne pas laisser en reste des situations qui méritaient d'être exclues de l'application des règles de la commande publique. Une telle démarche était fortement attendue, dès lors que « *l'impératif de la concurrence trouve une limite dans l'autonomie des collectivités locales d'organiser leurs moyens pour assurer les services d'intérêt général* »³²⁸. Il en résulte que les deux dérogations sont liées dans leur développement et parfois dans leurs critères, celui imposé par les directives en vertu duquel moins de 20% des activités mutualisées doivent être exercées sur le marché concurrentiel³²⁹ répondant au critère en vertu duquel les prestataires interorganiques doivent exercer au moins 80% de leur activité pour leurs détenteurs. Toutefois, ces dérogations divergent dans leurs champs d'application, afin de couvrir le plus grand nombre de situations dérogatoires. Cette sollicitude à l'égard de la coopération constituait néanmoins un revirement de jurisprudence, participant d'une volonté de souplesse nouvelle, à laquelle les juridictions françaises ont dû s'adapter.

B. Une souplesse accueillie par les juridictions françaises

403. — L'arrêt *Commune de Marsannay-la-Côte*³³⁰ témoigne de la rapidité avec laquelle le Conseil d'État accueille les évolutions de la Cour concernant la dérogation interorganique. Il y a en effet réceptionné les précisions formulées par cette dernière, moins d'un an auparavant, concernant le contrôle conjoint³³¹. Il en est en réalité ainsi depuis que la Cour concède plus d'informations que la quasi-régie.

404. — Ainsi a-t-il mis en œuvre l'assouplissement opéré par la Cour en 2006 dès qu'il en a eu l'occasion, dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*³³², qui constitue en effet une approbation sans réserve **(1)**, confirmée dans l'arrêt dite *SNIIS*³³³ **(2)**.

³²⁷ *Ibid.*, p. 1718.

³²⁸ MILLETT Timothy, « Le « *in house* » a-t-il les faveurs communautaires ? » *loc. cit.*, p. 71.

³²⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.4.c

³³⁰ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, préc.

³³¹ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

³³² CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

1) *La réception de cette conception par l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence*

405. — La réception de la nouvelle conception des prestations intégrées a été opérée par le juge administratif suprême dans un arrêt de 2007³³⁴, connu pour sa haute teneur didactique et explicative³³⁵. Le Conseil d'État y a accordé ses vœux avec la quasi-totalité de la vision des instances communautaires et plus précisément de la Cour, suivant les encouragements de son Commissaire du gouvernement. L'exploit est d'autant plus important que les conclusions de ce dernier témoignent de la difficulté qui entourait, à l'époque, l'interprétation de la jurisprudence communautaire récente. Le Commissaire du gouvernement Séniers avait clairement pris le parti d'utiliser la quasi-régie pour affirmer la légalité des subventions communales versées à l'association gérant le Festival d'Art Lyrique d'Aix-en-Provence. C'est néanmoins sur le fondement d'éléments nationaux qu'il a débuté son raisonnement, afin de redonner un contexte connu à une notion encore nouvelle³³⁶. Malgré la nécessité pragmatique pour le Conseil d'État de désavouer l'arrêt de la Cour administrative d'appel, dont la « *position de principe – pas de gestion du service public par une personne privée sans contrat de délégation de service public préalable – fragilisait l'octroi de subventions par une collectivité publique à tout organisme gérant un service public* »³³⁷, les encouragements du Commissaire Séniers l'ont sûrement influencé à démontrer que la quasi-régie « *n'est pas seulement un cas d'école mais peut trouver à s'appliquer* »³³⁸.

³³³ CE, 1^{ère} et 6^e Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481 ; préc.

³³⁴ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³³⁵ Le professeur Touzeil-Divina remarque « *l'extrême pédagogie avec laquelle le Conseil d'État a voulu rédiger sa décision [...] qui se matérialise par l'existence de trois grands considérants dits de principe qui constituent – quantitativement – la moitié de la décision* » (TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La « rencontre imprévue » du droit et de l'opéra au cœur d'un « établissement public virtuel », note sous CE, décision, 6 avril 2007, requête n° 284736 », *loc. cit.*, p. 2606). De même, le professeur Brunet salue « *un arrêt du Conseil d'État aussi pédagogique qu'audacieux* » (BRUNET Pierre, « Le « contrat de gestion par transparence » ou le service public culturel *allegro vivace!* », *Revue des contrats*, 2007, n° 3, pp. 867-877, p. 867), qui « *témoigne à lui seul de la complexité à laquelle est aujourd'hui confronté le droit administratif en général mais aussi du vent de renouveau que le Conseil d'État entend souffler sur le concept de « service public »* » (*ibid.*, p. 877).

³³⁶ SÉNERS François, concl. sur CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *BJCP*, 2007, n° 53, pp. 283-292, p. 287.

³³⁷ CHATELIER (Le) Gilles, « Le CE séduit par le « *in house* » ? », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2007, n° 5409, pp. 54-55, p. 54.

³³⁸ SCHWARTZ Rémy, « Une participation exclusivement publique et un contrôle étroit sur un organisme de droit privé relèvent-ils d'une relation « *in house* » ? », *BJCP*, 2007, n° 53, pp. 297-302, p. 302.

406. — Les juges du Palais Royal ont suivi les recommandations de leur Commissaire du gouvernement concernant la portée de l'arrêt³³⁹ et quant au raisonnement applicable à l'espèce. Outre son inscription dans une vague plus générale d'arrêts apportant des précisions concernant le service public³⁴⁰ et les subventions attribuées aux associations par acte unilatéral³⁴¹, cet arrêt fait effectivement une grande place aux prestations intégrées. Celles-ci y sont classées parmi les modes de gestion internes des collectivités publiques et leur énoncé ne diverge pas fondamentalement de celui prescrit au niveau européen. La condition du contrôle analogue a été reprise telle quelle, même si l'épithète qualifiant le contrôle a subi une transformation. Le contrôle analogue est en effet devenu « contrôle comparable », conformément à la formule consacrée en 2001, lorsque la quasi-régie a été intégrée pour la première fois dans l'article 3 du Code des marchés publics. Il semble néanmoins s'agir d'une différence simplement cosmétique. Étonnamment, le critère de l'activité n'a pas été repris à l'identique, le Conseil d'État prenant le parti d'en exposer une version plus détaillée, par souci de limpidité. Il apparaît donc, qu'à « *la prudence du juge communautaire dans la construction progressive du principe, répondent clairement les efforts du juge national* »³⁴². L'un des apports de l'arrêt, quelque peu étranger aux prestations intégrées, démontre d'ailleurs que le Conseil d'État a clairement assimilé les leçons de la Cour concernant ce qui constituait alors le second critère jurisprudentiel. Il a effectivement pris soin de consacrer une nouvelle dérogation, confirmant ainsi l'absence de lien entre son avis *Jean Moulin*³⁴³ et les prestations intégrées³⁴⁴. Dans cet avis, le Conseil d'État a en effet reconnu

³³⁹ « *Vous pourriez, sur certains de ces points, vous contenter de réponses d'espèce. [...] L'affaire a été portée en Section pour que vous puissiez en dire plus et que, sans rendre un arrêt de règlement, vous éclairiez les nombreuses collectivités publiques qui financent des festivals sur le cadre juridique qu'elles doivent respecter* » (CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *loc. cit.*, p. 286).

³⁴⁰ La même année, le Conseil d'État rendait l'arrêt dit « *APRÉI* » (CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541 ; *Juris-Data* n° 2007-071473 ; *Rec.*, 2007, p. 92, concl. Célia VEROT ; *AJDA*, 2007, p. 793, chron. Julien BOUCHER et Frédéric LÉNICA ; *JCP A*, 2007, n° 10-11, p. 33, comm. n° 2066, par Marie-Christine ROUAULT, avec les concl. ; *RFDA*, 2007, p. 803, note Claudie BOITEAU ; *RDSS*, 2007, p. 517, note Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI).

³⁴¹ « *C'est un peu comme les météorites, quand une étoile filante annonce un essaim. Ces derniers mois, [...] une véritable pluie d'arrêts – du Conseil d'État surtout, mais aussi du Tribunal des conflits ou de la Cour de cassation – est tombée sur le régime des relations entre les collectivités locales et les associations qu'elles aident financièrement* » (MOUZET Pierre, « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales », *RDP*, 2008, n° 6, pp. 1539-1562, p. 1540).

³⁴² DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *loc. cit.*, p. 44.

³⁴³ CE, Avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315 ; *in CE, Rapport public de 2004, Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2004, pp. 209-218.

la particularité de certaines prestations sociales, considérées comme étant par nature en dehors du marché³⁴⁵, alors que dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*, les situations interorganiques ne sont présentées que comme un moyen parmi d'autres de gérer un service public, quelle que soit la nature de ce service.

407. — Les deux critères alors nécessaires pour reconnaître cette dérogation n'ont pas simplement été exposés. Ils ont été appliqués, et ce dans leur forme la plus étendue, en permettant de qualifier de prestataire intégré une association co-détenue par des personnes publiques³⁴⁶. La plus haute juridiction administrative française a saisi l'occasion de consacrer son accord avec la Cour de justice, en énonçant qu'un mécanisme interorganique « peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et gérer ensemble un service public »³⁴⁷. En persistant à classer ce mode de gestion, même pluriel, parmi les moyens propres à disposition des collectivités publiques, le Conseil d'État a développé un raisonnement non seulement « eurocompatible »³⁴⁸ mais également similaire à celui de la Cour. Même si l'affaire *Coditel Brabant* était encore pendante, le Conseil d'État a pris acte de l'évolution de l'arrêt *Carbotermo*, pariant sur l'évolution du second critère³⁴⁹. Grâce à la mécanique de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, il a pu faire plus qu'énoncer les consignes devant être suivies par les magistrats administratifs face à de telles situations. Il a en effet pu reconnaître une situation interorganique à travers l'Association en cause. En conséquence, l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* « engrange ce progrès en lui conférant une

³⁴⁴ « Au fond, mieux que le contrat in house liant une personne privée à une personne publique qui la détient, le Conseil d'État vient d'inventer le « contrat de gestion par transparence » ou la gestion du service public « en transparence ». Ce dernier est un peu différent du contrat de « simple organisation du service public » évoqué plus haut (CE, avis, 23 oct. 2003, préc.), car, encore une fois, la personne publique reste gestionnaire du service » (BRUNET Pierre, « Le « contrat de gestion par transparence » ou le service public culturel *allegro vivace!* », *loc. cit.*, p. 875). Sur ce point, v. aussi : BOUCHER Julien et LÉNICA Frédéric, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA*, 2007, n° 19, pp. 1020-1026, p. 1022.

³⁴⁵ V. encore : Réponse ministérielle à la question écrite de Madame Pascale Got n° 100137, *JO Assemblée nationale* du 26 avril 2011, p. 4238.

³⁴⁶ L'association créée pour gérer le festival lyrique était effectivement contrôlée conjointement par l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix en Provence.

³⁴⁷ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³⁴⁸ FENOYL (De) Éric, « Services publics : vers une gestion « in common house » », *loc. cit.*, p. 55.

³⁴⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc. ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizjo et AGE SP SpA*, aff. C-340/04, préc.



signification concrète »³⁵⁰. Il semble par conséquent pouvoir être affirmé qu'il a accepté d'interpréter la dérogation avec souplesse, ce qui a été confirmé par l'arrêt *SNIIS*³⁵¹.

2) *La confirmation de cette réception par l'arrêt SNIIS*

408. — Dans l'arrêt *SNIIS*³⁵², le Conseil d'État a suivi les recommandations de son Rapporteur public en qualifiant un groupement d'intérêt public d'organisme intégré. Ainsi a-t-il saisi l'occasion d'asseoir la convergence de sa position « avec la jurisprudence communautaire, non seulement quant au vocabulaire, mais aussi, plus fondamentalement, sur le fond, quant à la détermination des hypothèses d'extension de l'exception *in house* »³⁵³. Malgré les jalons très prometteurs posés par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*³⁵⁴, les réactions doctrinales démontrent que cette éventualité ne coulait pas de source pour les commentateurs et les praticiens.

409. — L'affaire *SNIIS*³⁵⁵ concernait un « cas de coopération publique « pure » »³⁵⁶, plusieurs collectivités ayant entrepris de créer une entité pour lui confier des prestations informatiques, le groupement d'intérêt public « Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé » (SYMARIS). Le recours formé à l'encontre de l'arrêté du 23 octobre 2006 portant approbation de sa convention constitutive a été rejeté par le Conseil d'État. Le qualifier de prestataire intégré n'a pas posé de difficulté particulière, puisqu'il répondait aux définitions européennes du contrôle conjoint et de l'activité essentielle, que les juges administratifs ont appliquées sans réserve. Une précision minimale met néanmoins en exergue une certaine appropriation de leur part. Contrairement à l'arrêt de 2007, ceux-ci ont clairement exposé que les organismes

³⁵⁰ BOUCHER Julien et LÉNICA Frédéric, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *loc. cit.*, p 6.

³⁵¹ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

³⁵² CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

³⁵³ TROUILLY Pascal, « Notion de prestation *in house* », *RJEP*, 2009, n° 669, pp. 12-14, comm. n° 46, p. 14.

³⁵⁴ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³⁵⁵ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et Groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

³⁵⁶ DREYFUS Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *loc. cit.*, p. 891.

intégrés font partie des opérateurs placés en dehors du marché³⁵⁷. L'attachement renouvelé du Conseil d'État à la notion d'« opérateur » n'est pas anodin.

« Cette périphrase [...], permet de rendre compte non pas seulement des activités mais aussi des personnes qui les exercent [...] : si la Cour de justice des Communautés européennes cherche à qualifier les fonctions, le Conseil d'État demeure attaché à une qualification des organes »³⁵⁸.

Des arrêts *Commune d'Aix-en-Provence*³⁵⁹ et *SNIIS*³⁶⁰ résulte par conséquent une certaine appropriation de la notion par la haute juridiction française. Elle n'a cependant pas d'influence sur la méthode permettant de reconnaître un mécanisme interorganique, le Conseil d'État ayant dans l'ensemble appliqué les lignes maîtresses de la Cour. Il a ainsi fait application de son indifférence pour les appellations, en passant outre celle donnée aux versements des collectivités au groupement d'intérêt public. Il a « replac[é] ce « droit d'usage » dans un contexte institutionnel plus large en s'attachant aux relations entre les termes plutôt qu'aux termes eux-mêmes »³⁶¹. Le fait de relever que la convention n'évoquait pas le versement de contributions constitue une critique inopérante³⁶². *De facto*, rien n'empêchait de qualifier le SYMARIS de mécanisme interorganique.

410. — Pourtant, cet arrêt a mis en exergue l'embarras qui persistait pour les auteurs, beaucoup l'ayant décrit comme une évolution. C'est notamment le cas de Monsieur Apollis³⁶³ et du professeur Noguellou³⁶⁴. Cette qualification semble pouvoir

³⁵⁷ BAZEX Michel, ROLIN Frédéric et SUBRA De BIEUSSES Pierre (dir.), « Interventions économiques des personnes publiques », *Contrats Concurrence Consommation*, 2009, n° 12, pp. 9-17, spéc. la note de Maître Marson sur l'arrêt « SNIIS », pp. 12-14, p. 13.

³⁵⁸ BRUNET Pierre, « La mutualisation comme substitut à l'externalisation des services », *Revue des contrats*, 2009, n° 4, pp. 1539-1542, p. 1542.

³⁵⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³⁶⁰ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

³⁶¹ BRUNET Pierre, « La mutualisation comme substitut à l'externalisation des services », *loc. cit.*, p. 1541.

³⁶² DREYFUS Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *loc. cit.*, p. 894.

³⁶³ « De ce point de vue, s'engouffrant ainsi dans la brèche récemment ouverte par le juge communautaire, le juge administratif français étend l'exception que constituent les contrats de « quasi-régie » en l'appliquant aux organismes de coopération institutionnelle » (APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *loc. cit.*, p. 760).

³⁶⁴ Le professeur Noguellou a soulevé que le Conseil d'État aurait consacré dans l'arrêt « SNIIS » « la possibilité, pour les collectivités publiques, d'avoir recours à des structures institutionnelles pour répondre à leurs besoins en dehors des contraintes du droit des marchés publics » (NOGUELLOU Rozen, « Le *in house* devant le Conseil d'État », *RDI*, 2009, n° 7, pp. 423-425, p. 424).



s'expliquer par une trop grande importance conférée aux destinataires de l'activité³⁶⁵ ou à son type³⁶⁶, ainsi que par les tensions qui existaient alors entre les collectivités territoriales françaises et la Commission³⁶⁷. Sûrement peut-on leur accorder que la coopération est fréquemment décrite comme une catégorie à part entière. Peut être ont-ils été trompés, dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*³⁶⁸, par le fait que le Conseil d'État se soit focalisé sur la commune d'Aix-en-Provence. Cela n'était pourtant dû qu'à la mécanique du recours pour excès de pouvoir : seuls certains de ses actes étaient visés par la requête. Il n'empêche que l'association était bien un opérateur dédié à plusieurs détenteurs publics. C'est bien la version étendue des prestations intégrées qui a servi à valider les contrats qui lui ont été attribués. Le Rapporteur public Courrèges présentait d'ailleurs ses propositions dans l'affaire *SNIS* comme un simple prolongement de cet arrêt³⁶⁹.

411. — S'il n'est pas fondamentalement novateur, l'arrêt *SNIS*³⁷⁰ représente toutefois un intérêt théorique pour les réflexions sur la quasi-régie. Le type de structure qui y était concerné et son mécanisme d'adhésion renouvelent les interrogations concernant les personnes privées. Il est en effet possible de se demander si l'organisme conservera son statut si de telles personnes adhèrent sans participer au capital³⁷¹. Cette question reste en suspens mais elle n'a pas fait l'objet de maints développements doctrinaux. Les commentateurs avaient en effet d'autres griefs à l'encontre de cet arrêt, certains d'entre eux considérant que les prestations intégrées sont inadaptées au

³⁶⁵ V. notamment : APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *loc. cit.*, p. 762, pt 11.

³⁶⁶ « L'apport de l'arrêt est loin d'être négligeable car il applique l'exception *in house* à une autre forme d'organisation interne de l'administration publique, à savoir la coopération interhospitalière » (DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *loc. cit.*, p. 47).

³⁶⁷ L'arrêt *SNIS* (CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.) constituant indéniablement un « signe d'apaisement adressé aux collectivités publiques françaises » (APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? », *loc. cit.*, p. 760).

³⁶⁸ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³⁶⁹ COURRÈGES Anne, concl. sur CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, « *SNIS* » contre « *GIP-Symaris* », n° 300481 (préc.), *BJCP*, 2009, n° 64, pp. 237-243, p. 237.

³⁷⁰ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

³⁷¹ Pour cette possibilité, v. notamment : DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *loc. cit.*, p. 47.

traitement de l'intercommunalité³⁷². Ces remarques doivent être rappelées, d'autant que l'audace du Conseil d'État semble avoir contaminé certains juges du fond.

412. — En atteste la qualification de prestataire intégré de l'Office public d'aménagement et de construction parisien³⁷³, que certains auteurs n'ont pas manqué de juger inutile³⁷⁴. L'affaire n'ayant pas dépassé le stade de la Cour administrative d'appel, les conséquences potentielles de cette affirmation sont à aborder avec précaution. Juste après l'adoption de cet arrêt, le « terrain [n'était] pas encore suffisamment stabilisé pour que l'on puisse tirer des conclusions fermes »³⁷⁵. Néanmoins, les évolutions concernant les participations autorisées au sein des prestataires intégrés, telles qu'elles résultent des directives « marchés » et « concessions », pourraient renouveler ce débat. Si l'on se replace sous l'angle de l'évolution de la notion de quasi-régie, un fait doit néanmoins être relevé. La Cour administrative d'appel l'a utilisée pour éluder une question alors plus complexe. Elle a en effet mis en avant la quasi-régie, afin d'évincer la nécessaire mise en œuvre des procédures de mise en concurrence, ce qui lui permettait d'évincer la question de la qualification de délégation de service public du bail emphytéotique administratif³⁷⁶. Il s'agit là du signe d'une aisance nouvelle des juges dans le maniement du mécanisme interorganique.

³⁷² V. notamment : SOLER-COUTEAUX Pierre, « La création d'un groupement d'intérêt public [GIP] est légale au regard du droit des marchés publics dès lors que ses statuts obéissent aux principes régissant la gestion intégrée », *CMP*, 2009, n° 4, pp. 19-21, comm. n° 120, p. 20.

³⁷³ CAA Paris, 4^{ème} Chambre, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380 ; *Rec.*, 2009, tables ; *AJDA*, 2009, n° 32, p. 1766, note François LELIÈVRE ; *BJCP*, 2009, n° 67, p. 475, concl. Yves MARINO ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, n° 12, p. 12, chron. Grégory MARSON ; *CMP*, 2009, n° 10, p. 17, comm. n° 306, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2009, n° 8, p. 26, comm. n° 113 ; *LPA* 2009, n° 221, p. 7, note David TARON ; *RDI*, 2009, n° 11, p. 591, note Rozen NOGUELLOU.

³⁷⁴ La Cour administrative d'appel aurait fait un recours « inutile » à la quasi-régie (TARON David, « L'exception « in house » à l'épreuve des juges du fond : premiers retours sur l'expérience », *loc. cit.*, pp. 11-13).

³⁷⁵ D'ailleurs, « considérer que les offices sont statutairement dans une situation de « quasi-régie » avec l'autorité locale de rattachement et l'État [...] semble être une généralisation hâtive » (BROUANT Jean-Philippe, « Droit européen et organismes d'HLM », *AJDI*, 2009, n° 7, pp. 520-526, p. 526 et 523). D'autant plus que selon ce même auteur, il serait « éminemment discutable de considérer que l'État exerce sur les offices, qui sont des établissements publics locaux, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. La preuve en est que si tel était le cas, l'État n'aurait pas eu besoin de saisir le juge pour contester la prise de gestion par l'OPAC de Paris du patrimoine immobilier de la ville. » (*ibid.*, p. 523). V. également : CHAVAROCHE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? », *loc. cit.*, p. 2151.

³⁷⁶ V. MARSON Grégory, chron., in : BAZEX Michel, ROLIN Frédéric et SUBRA De BIEUSSES Pierre (dir.), « Interventions économiques des personnes publiques », *loc. cit.*, p. 13.



413. — L'arrêt *SNIIS*³⁷⁷ a mis fin aux dernières incertitudes concernant l'appréhension de la dérogation ci-étudiée, en achevant la réception de la conception européenne. Il assied le fait que la quasi-régie est devenue une notion identifiable et applicable, au cours d'un processus qui est passé par sa distinction progressive des situations frauduleuses.

³⁷⁷ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

Conclusion du chapitre 1

414. — L'exposé des conditions préalables à l'établissement d'un mécanisme interorganique et de ses critères met en lumière la profonde évolution de cet encadrement. Ce qui pouvait initialement apparaître comme un déséquilibre flagrant, manifesté par une philosophie trop restrictive, s'est mu en un équilibre constant entre des conditions permettant une véritable concrétisation de la quasi-régie et des limites réelles, tendant à circonscrire le nombre d'hypothèses entrant dans son champ d'application.

415. — L'œuvre de rééquilibrage n'a pas seulement été le fait du Parlement européen et du Conseil. Elle est antérieure à 2014 car la Cour y a très largement contribué, tant par l'assouplissement des critères de reconnaissance de la quasi-régie, que par l'extension de son champ d'application. La vision volontairement large du critère de l'activité essentielle semble en être l'une des manifestations. Elle pourrait être contrebalancée par l'évolution de la Cour concernant le type d'activité, la mention du « service public » se faisant de plus en plus fréquente, mais les activités entrant dans la définition européenne du service public sont si nombreuses qu'il semble difficilement possible d'appréhender cette évolution comme une restriction. Parallèlement à cet adoucissement des conditions interorganiques, la Cour a plus expressément admis l'hypothèse du contrôle conjoint que dans l'arrêt *Teckal*³⁷⁸. Elle a sur ce point fait preuve d'une véritable souplesse à l'égard des formes de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, qu'elle soit institutionnalisée ou mutualisée. En atteste le fait que, lorsqu'elle a estimé avoir atteint les bornes de la dérogation interorganique, la Cour a admis d'autres procédés pour accueillir ce type d'intervention : la coopération mutualisée, par le biais de la décision *Commission contre Allemagne*³⁷⁹ et – mais elle fut en cela largement influencée par la Commission – la coopération public-privé institutionnalisée par le biais de l'arrêt *Acoset SpA*³⁸⁰.

³⁷⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

³⁷⁹ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.

416. — Les juges français ont très largement accueilli ces évolutions, de telle sorte que leur réception interne n'a pas véritablement supporté de délai d'adaptation. Les directives jouent néanmoins un rôle important dans son essor. Outre le fait qu'elles aient étendu les effets juridiques de la quasi-régie, elles ont participé à la réhabilitation de sa vision fonctionnelle. Le Parlement européen et le Conseil ont en effet remédié à la restriction la plus importante décidée par les juges de Luxembourg : l'attribution de la qualité de détenteur interorganique aux seules autorités publiques. Désormais, tout organisme de droit public semble pouvoir obtenir cette qualité, ce qui devrait très largement rééquilibrer entre le poids des procédures de mise en concurrence qui pèsent sur eux et les exonérations dont ils peuvent bénéficier.

417. — Il s'agit cependant là de mesures de bornage internes à la quasi-régie. L'étude de son développement permet de soulever qu'il existe également des mesures qui, tout en participant à sa délimitation, interviennent de façon externe, dans l'optique notamment d'exclure les hypothèses ne pouvant pas légitimement bénéficier de la dérogation interorganique. Il s'agit plus précisément de la distinction que les juges européens ont opérée entre la quasi-régie et les situations abusives.

³⁸⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

Chapitre 2. Un aspect dérogatoire borné par une distinction avec les situations abusives

418. — Malgré les efforts de la Cour pour délimiter les hypothèses remplissant les critères de la dérogation interorganique, garantir sa bonne utilisation ne pouvait se limiter à une circonscription positive de ses critères internes. Étant donné qu'il est courant que des notions soient détournées de leur fonction initiale par les acteurs juridiques au cours de la pratique¹, il fallait s'assurer que l'aspect dérogatoire de la quasi-régie ne soit pas utilisé comme un prétexte aux démarches abusives et frauduleuses. C'est l'affaire dite *Mödling*² qui a permis cette précision. Elle est généralement mentionnée en tant qu'apportant des précisions parmi d'autres, afin de rappeler que toute utilisation abusive ou frauduleuse de la quasi-régie pourra être sanctionnée³. Parfois encore, elle est simplement citée afin d'insister sur le fait que le maintien de la qualification interorganique est subordonné au maintien de ses critères de reconnaissance⁴. Une plus grande importance doit cependant lui être reconnue, tant dans le cadre général des contrats publics européens⁵, que dans le développement de la quasi-régie. En permettant à la Cour de mettre à l'amende une utilisation déviée de la dérogation interorganique, elle lui a fourni une occasion de faire le point sur les conditions d'examen des structures prétendument intégrées et de débarrasser les mécanismes interorganiques de toute suspicion d'intention frauduleuse. La lecture de l'arrêt permet d'ailleurs de déceler une démarche d'ensemble de la Cour face à cette situation extrêmement particulière, démarche qui ne se caractérise pas seulement par le fond des arguments énoncés par elle, mais également par la méthode suivie par l'arrêt. Sa façon d'étudier les faits, étude qui pouvait être plus poussée dans le cas du recours en manquement opéré en l'espèce par la Commission que dans les affaires précédentes concernant la quasi-régie, témoigne d'une

¹ Ce constat était par exemple déjà opéré par le professeur Peiser, au terme de son étude de l'action du juge administratif contre les abus du mécanisme de la dérogation par les autorités administratives (PEISER Gustave, « Le juge administratif et les dérogations », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, T. 2, LGDJ, 1974, pp. 664-682, p. 682).

² CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

³ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 346, pt 750.

⁴ V. notamment : NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 580, pt 999.

⁵ La Cour est en effet susceptible de renvoyer au raisonnement qui y est élaboré pour faire référence aux situations abusives (v. notamment : CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc., §51).

véritable adaptation des règles contentieuses, lesquelles sont calquées sur les manœuvres frauduleuses qui caractérisaient l'affaire.

419. — Il en ressort que les quelques règles de procédure contentieuse qui peuvent être dégagées à la lecture des arrêts de la Cour concernant la quasi-régie participent à la caractériser en tant que dérogation (**Section 1**). Elles permettent également de détecter et de reconnaître les montages exclus de la qualification intégrée (**Section 2**).

SECTION 1. LA DELIMITATION DES BORNES DEROGATOIRES DE LA QUASI-REGIE

420. — De la Cour de justice, il n'a jusqu'à présent été retenu que ce qu'elle a expressément décidé. Cependant, la façon dont elle rend ses verdicts a également eu un impact dans le développement de la quasi-régie. L'arrêt *Mödling*⁶ est à ce sujet extrêmement important. La Cour y a en effet modulé certaines des règles contentieuses pour les adapter à la situation frauduleuse qui était en cause. Cet arrêt appuie en conséquence le statut dérogatoire et légitime de la quasi-régie, en mettant en exergue le fait que, dans toutes les situations où elle a eu affaire à cette dernière, la Cour a appliqué les règles de procédure contentieuse traditionnellement commandées par la présence de situations simplement dérogatoires (§1).

421. — Cet arrêt, par l'utilisation qui y est faite de l'abus de droit, a ensuite permis de démontrer que la quasi-régie constitue une situation légitimement reconnue par le droit européen (§2).

⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

§1. L'importance de l'adaptabilité des règles contentieuses dans le développement de la quasi-régie

422. — La dérogation ne réfute pas la règle de droit et ne vient pas non plus la travestir ou l'é luder. La dérogation interorganique correspond à ces caractéristiques. L'arrêt *Mödling*⁷ a sur ce point été cardinal car il lui a permis de devenir une construction juridique clairement distincte des manœuvres frauduleuses ou abusives. Parce qu'il concernait des circonstances exceptionnelles et non déro gatoires, cet arrêt est un point de départ pour dresser un état des lieux de la mesure dans laquelle les modalités d'examen des prestations intégrées peuvent être adaptées. Ainsi l'arrêt *Mödling* démontre-t-il que face à des cas exceptionnels, le juge peut temporellement adapter ses modalités d'appréciation des faits (A). Au contraire, la situation exceptionnelle ne justifiera pas une modification de la charge de la preuve, puisque celle-ci est conditionnée par le caractère déro gatoire de la quasi-régie (B).

A. Des modalités d'appréciation des faits exceptionnellement adaptables

423. — Face aux agissements frauduleux de la ville de Mödling, la Cour a entrepris d'adapter les modalités d'appréciation des faits de la quasi-régie (1). Même dans le cadre celle-ci, cette hypothèse reste néanmoins une mesure exceptionnelle aux conséquences circonscrites (2).

1) Une adaptation permise par une espèce particulière

424. — Lorsque la Cour a été sollicitée au sujet des prestations intégrées, ce fut principalement par le biais de renvois préjudiciels ou de recours en manquement⁸. Chacun implique des modalités distinctes d'appréciation des faits. Quand est en cause une question préjudicielle, ces modalités sont réduites à néant. Il n'existe effectivement pour la Cour aucune règle similaire à l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, telle qu'elle permettrait un jugement de l'affaire au fond. Puisque les questions préjudicielles doivent être suscitées par un litige en cours, la Cour est bien amenée à employer les faits qui sont fournis à l'appui de la requête. Elle peut en conséquence les utiliser afin de répondre aux problèmes juridiques soumis par les juges nationaux, même

⁷ *Ibid.*

⁸ Sur ces recours, v. notamment : WATHELET Melchior, *Contentieux européen, op. cit.*, respectivement pp. 123-163 et 378-456.



si les considérants de principe qu'elle énonce brillent parfois par leur imprécision⁹. L'important est qu'elle ne procède pas à la qualification juridique des faits, tant parce que ce n'est pas son rôle, que parce que cela pourrait nuire à la bonne compréhension de ce qu'elle énonce. Au contraire, face à un recours en manquement, elle se voit dans l'obligation de les qualifier pour en tirer un raisonnement juridique, ce qui ne l'empêche pas de dégager des règles à portée générale. C'est le cas de l'arrêt *Mödling*¹⁰. La Cour y a caractérisé les faits tout en énonçant des directives à suivre par les juridictions nationales quant à leur qualification.

425. — Les griefs de la Commission à l'encontre de l'État autrichien reposaient sur l'attribution sans mise en concurrence d'un contrat de ramassage des déchets de la ville de Mödling. Initialement créée et détenue par la municipalité, la société délégataire a vu l'intégration à son capital de plusieurs investisseurs privés. *In fine*, 49% de ses parts avaient été vendues à des entreprises privées, ces cessions d'actions s'étant accompagnées de modifications fonctionnelles et structurelles. Toutes ces transactions sont intervenues presque instantanément après l'attribution sans mise en concurrence du contrat de gestion des déchets de la ville de Mödling. La défense de l'État autrichien reposait sur une scission entre les opérations. Selon lui, trois étapes différentes étaient dissociables, chacune dérogeant légalement aux règles de la commande publique. Les deux premières, consistant à créer la société entièrement possédée par la ville et à conclure la convention lui attribuant la gestion des déchets, seraient couvertes par la dérogation interorganique. Quant à la troisième, recouvrant la cession des parts à des entreprises privées, elle serait simplement exclue du champ d'application des directives, le gouvernement n'ayant apparemment pas fourni de justification particulière¹¹. Au contraire, la Commission avait dégagé des éléments tendant à démontrer l'intention initiale de la ville d'aboutir à la situation finale. Elle a notamment relevé des entretiens avec les entreprises à qui ont finalement été cédées les parts dès le début de la procédure¹², et a fortement insisté au sujet de la forte proximité entre les événements.

⁹ L'arrêt *Teckal* en est une preuve (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.).

¹⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹¹ Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 (préc.), *loc. cit.*, pt 22.

¹² *Ibid.*, pt 25.

« La brève période entre la conclusion d'une convention avec la société Abfall et la décision de céder les parts – deux semaines – prouverait, selon la Commission, que l'objectif de la ville de Mödling était, dès le départ, de confier ce service à une entreprise dont une grande partie des parts serait détenue par une entreprise privée. La Commission en déduit que le gouvernement autrichien ne saurait affirmer qu'il ne connaissait pas l'objet de la procédure. »¹³

426. — L'avocat général l'a suivie et a inclus dans son exposé des événements postérieurs à l'attribution du contrat¹⁴, ce que la Cour s'est contentée de transposer au sein d'un raisonnement dual. Cette dernière a tout d'abord repéré et neutralisé la fraude en reconnaissant la présence d'une « phase intermédiaire »¹⁵, au sein de laquelle elle a refusé de distinguer les opérations apparemment distinctes. Il résultait effectivement de la « chronologie des événements »¹⁶ que celles-ci relevaient d'une même intention liminaire de bénéficier indûment de la dérogation quasi interne par le truchement d'une « construction artificielle »¹⁷. La Cour s'est explicitement appuyée sur le constat que, quelques semaines seulement après l'attribution du contrat, une partie importante des capitaux avait été cédée à des personnes privées, entraînant une amplification des pouvoirs du Conseil d'administration. Tous ces éléments étant des indicateurs de transformation substantielle de l'entité, qui plus est dans le sens de l'absence de quasi-régie, il était naturel pour la Cour de qualifier l'organisme à l'étude d'entreprise à économie mixte¹⁸ et de lui refuser le caractère de prestataire intégré. Ce qui est au contraire plus original, c'est le détour méthodique par lequel elle a dû passer afin de caractériser cette phase intermédiaire. La Cour a donné l'explication de cette démarche, en rappelant que :

« s'il est vrai que pour des raisons de sécurité juridique il convient en général d'examiner l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause, les circonstances particulières de la présente affaire requièrent la prise en considération des événements survenus ultérieurement »¹⁹.

¹³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc., §25.

¹⁴ Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 (préc.), *loc. cit.*, pts 10 à 16.

¹⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc., §29.

¹⁶ *Ibid.*, §28.

¹⁷ *Ibid.*, §40.

¹⁸ *Ibid.*, §42.

¹⁹ *Ibid.*, §28.



427. — Si la Cour a dans un second temps pu annuler la procédure d'attribution sur la base de l'absence de mécanisme interorganique, c'est uniquement parce qu'elle a pris en compte des éléments postérieurs à cette attribution : l'intégration de capitaux privés. Cette méthode, que l'on pourrait croire inhérente à la reconnaissance des prestations intégrées, reste exceptionnelle.

2) Une méthode exceptionnelle

428. — Les exonérations impliquées par la dérogation quasi interne en matière de mise en concurrence concernent tous les contrats attribués par les détenteurs à leurs prestataires intégrés et, en cas de détention unique, tous les contrats attribués par les prestataires intégrés à leur détenteur ou à d'autres prestataires intégrés détenus uniquement par leur détenteur. Néanmoins, c'est l'acte d'attribution de la mission initiale, qu'il s'agisse de l'acte unilatéral de décision ou de l'acte contractuel l'officialisant, qui est principalement susceptible d'être concerné par les contentieux. Son absence de mise en compétition est susceptible de léser les autres opérateurs sur le marché. Les faits pertinents sont par conséquent ceux qui établissent qu'au moment de l'affectation de la tâche, l'entité à qui elle a été attribuée répondait bien aux conditions de la dérogation²⁰. Ceci implique naturellement la permanence des critères, chaque changement devant entraîner une perte de la qualification intégrée. Pour relever ces modifications et, surtout, en tirer les conséquences, c'est à la bonne foi des pouvoirs adjudicateurs concernés que l'on se remet en principe. À défaut, c'est à la vigilance des services préfectoraux si des collectivités sont en cause ou à celle des entreprises éventuellement concurrentes pour exercer des recours qu'il faut s'en remettre pour révéler au grand jour le changement de nature de l'entité.

429. — Au contraire, la permanence des critères n'implique pas automatiquement la prise en compte des éléments postérieurs à l'attribution de la mission pour évaluer la légitimité de ce même acte. Il s'agit par conséquent d'une différence de temporalité contentieuse exceptionnelle, ce qu'a souligné la Cour dans l'arrêt *Mödling*²¹ et qu'elle a

²⁰ « L'appréciation de la relation de quasi-régie s'effectue donc au moment où émane la volonté d'une des entités qui exerce le contrôle » (ZIANI Salim, « La quasi-régie s'apprécie *in concreto* et la transparence prime sur la libre organisation », *LPA*, 2009, n° 208, pp. 17-20, p. 20, pt 9).

²¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

rappelé dans l'arrêt *Sea Srl*²². Concernant la commande publique, ce n'est pas seulement la rétroactivité qui entre en jeu. Celle-ci est ici concurrencée par la sécurité juridique, que la Cour a effectivement utilisée pour appuyer son propos²³. Elle a rappelé que « *le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables* »²⁴, ce qui implique que « *les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »²⁵. Il était naturel que les juges, tant européens que nationaux, se bornent à ne prendre en compte que les faits établis lors ou avant la passation de l'acte concerné. La quasi-régie n'y fait pas exception en général. C'est seulement lorsque son utilisation participe d'une manœuvre abusive que la règle évolue. Sous l'angle de la sécurité juridique, cette adaptation est explicable. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs manœuvrent délibérément pour contourner les règles établies, il est difficile de considérer qu'une éventuelle sanction de la part du juge n'est pas prévisible.

430. — N'étant applicable qu'à titre exceptionnel, cette nouvelle manière d'appréhender les faits n'est pas exempte de problématiques pratiques. Elle entraîne de véritables incertitudes quant à la qualification des différentes actions, qui recouvrent d'ailleurs des domaines divers. Ainsi est-il légitime de se demander si les

*« opérations distinctes mais reliées de cession du terrain et [d'adjudication] d'un marché public de travaux sont [...] à considérer comme un tout lorsque cette adjudication était envisagée au moment de la conclusion de la vente du terrain et que les intéressés ont établi sciemment un lien étroit d'un point de vue matériel et aussi, le cas échéant, chronologique, entre les divers contrats ? »*²⁶.

Selon la jurisprudence de la Cour, tous ces actes ne sont, dans un cas tel que celui de l'affaire *Mödling*²⁷, que les parts d'une seule et même intervention. Ce qui s'énonce aisément sur le plan théorique n'est pour autant pas d'une simplicité extrême à mettre en œuvre. Néanmoins, cette difficulté ne résulte pas du fait de la Cour, mais de l'intention

²² CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, aff. C-573/07, préc., §48.

²³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc., §38.

²⁴ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation française, Coll. EDCE n° 60, 2006, p. 282.

²⁵ *Ibid.*, p. 281.

²⁶ KNAPP Andreas, « La jurisprudence actuelle de la CJCE et ses effets dans la pratique notariale », *Notarius International*, 2009, n° 1-2, pp. 81-100, p. 88.

²⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.



frauduleuse des pouvoirs adjudicateurs qui mettraient en place de telles opérations. Faut-il pour autant faire l'amalgame entre modifications rapides du fonctionnement d'une entité et intentions malveillantes ? Une telle déduction serait trop restrictive, l'important étant de détecter le souhait, dès le début de la procédure, d'aboutir à une forme différente de celle permettant de bénéficier de la dérogation interorganique. La transformation précipitée d'un organisme, même si elle doit prêter à la suspicion, ne signifiera pas toujours qu'une manœuvre abusive est à l'œuvre. Nul n'est à l'abri d'un imprévu qui bouleverserait les événements ou d'une inadaptation du mode de gestion qui se révélerait après l'attribution du contrat. La bonne gestion des services peut nécessiter de telles adaptations. Néanmoins, une entité qui s'est vue attribuer une mission sans mise en concurrence parce qu'elle répond aux conditions des prestations intégrées ne pourra continuer à bénéficier de cette même attribution si son mode de fonctionnement est modifié au point qu'elle ne réponde plus aux critères, ni à ceux d'aucune autre dérogation. Rien n'empêche qu'elle exécute la prestation. Elle devra toutefois en avoir obtenu la charge à la suite d'une procédure adéquate. L'absence de fraude permettra néanmoins de distinguer chaque opération, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il est prouvé que les pouvoirs adjudicateurs concernés avaient dès l'origine prévu de transformer l'entité. C'est en tout cas à un tel raisonnement que l'on peut s'attendre de la part du juge européen ou, plus probablement, administratif, s'il se trouve face à une telle hypothèse.

431. — La permanence des critères de la quasi-régie est l'élément qui permet la modulation des modalités d'appréciation des faits. Elle incite les parties et les juges à être vigilants quant aux événements qui suivront l'attribution du contrat. Pourtant, elle reste exceptionnelle et ne caractérise pas directement le mécanisme interorganique, puisque celui-ci est légal. La méthode dégagée dans l'arrêt *Mödling*²⁸ ne participe donc pas à sa consistance juridique en tant que dérogation. C'est en revanche le cas des modalités probatoires qui doivent entourer son invocation, puisqu'elles sont naturellement conditionnées par cet aspect dérogatoire.

²⁸ *Ibid.*

B. Des modalités probatoires invariables

432. — L'affaire *Mödling*²⁹ a révélé l'une des failles du raisonnement des juges. Ceux-ci ont par conséquent développé une méthode pour y remédier. Il ne leur a néanmoins pas été nécessaire d'adapter les modalités d'attribution de charge de la preuve, puisque celles-ci sont déjà calquées sur leur objet : le caractère dérogatoire de la quasi-régie (1). Ce conditionnement du mécanisme probatoire en fonction du caractère dérogatoire d'une disposition ne constitue pas une mesure exceptionnelle dans la jurisprudence de la Cour. Il participe toutefois à la caractérisation et à la substantialisation des prestations intégrées (2).

1) Une charge probatoire conditionnée par l'aspect dérogatoire de la quasi-régie

433. — Les informations concernant le mécanisme probatoire n'apparaissent pas dans les arrêts entourant la création de la quasi-régie, en dehors de mentions brèves concernant la nécessité, pour les juges nationaux, de vérifier les faits allégués devant eux³⁰. C'est seulement dans les années 2005 que de tels renseignements ont fait leur apparition. Ceci est à la fois logique – la priorité étant de définir la notion – et symptomatique de son développement trop lent. Comment, en effet, mettre en œuvre un concept dont il est impossible de connaître les modalités d'application ? L'aspect probatoire apparaît en ce sens comme une information d'importance secondaire, puisqu'elle ne se pose que dans le cadre contentieux. Il serait néanmoins précipité d'en inférer qu'aucune information pertinente ne peut en être déduite. Les différents droits dans lesquels la Cour puise ses inspirations ont enrichi ce domaine probatoire. De multiples notions le composent désormais. Celles concernant la recevabilité des pièces seront exclues de cette étude³¹. Aucune information concernant la contradiction entre les parties ne peut en effet en être inférée : ces règles sont et doivent naturellement être les mêmes pour tous. Au contraire, la charge de la preuve, permettant de déterminer la

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Cette mention n'apparaît pas dans l'arrêt lui-même mais dans les conclusions de l'avocat général, lequel a précisé qu'il « *appartiendra au juge de renvoi d'examiner précisément les éléments de preuve dont il dispose* » (concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 (préc.), *loc. cit.*).

³¹ Par exemple, le principe de liberté de la preuve n'est pas pertinent. Il n'implique par le « *droit de prouver tout ce que l'on veut* » mais le « *droit d'utiliser toutes les preuves de son choix* », par opposition au système de la preuve légale (v. notamment : DUFOURCQ Bertrand, *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, thèse, dactyl., 2008, pp. 474 et s.). Cette règle appartient aux modalités de recevabilité probatoire, que la quasi-régie n'est en aucun cas justifiée à restreindre.



personne ou l'institution sur qui repose l'action de prouver³², peut être adaptable dans des situations exceptionnelles ou dérogatoires. Le contenu des allégations que chaque partie doit prouver a été déterminé par la Cour, lorsqu'elle étudiait des questions portant sur la quasi-régie. Il permettra de révéler qu'elle n'envisage pas cette notion comme un abus justifiant une charge de la preuve adaptée.

434. — Quelles que soient ses modalités d'application, la charge de la preuve tend toujours à rechercher « *qui doit prouver ?* »³³. Elle ne consiste pas à limiter chaque partie à apporter certaines preuves en les empêchant d'en fournir d'autres mais simplement à savoir s'il existe des preuves que ces parties seront dans l'obligation d'apporter. La charge de la preuve conditionne en effet la confrontation des parties et, conséquemment, le raisonnement juridique qui sera finalement établi. Elle peut être adaptée en fonction des circonstances étudiées, notamment au vu du constat d'une inégalité de départ entre les parties³⁴. C'est notamment le cas dans les décisions de la Cour concernant la quasi-régie, ce qui permet d'en tirer des déductions au sujet de cette dérogation.

435. — Il résulte de l'observation de sa jurisprudence que la Cour tire de l'objet de la preuve l'identité de celui qui doit l'apporter, échappant ainsi à des conceptions trop mécanistes de la preuve³⁵. C'est notamment le cas dans l'arrêt *Stadt Halle*³⁶ mais aussi dans les arrêts *Parking Brixen*, *ANAV* et *Commission contre République italienne*³⁷. L'arrêt *Mödling*³⁸ ne fait pas exception à la règle, la Cour n'y énonçant aucune adaptation

³² V. notamment : SIBONY Anne-Lise et BARBIER DE LA SERRE Éric, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD eur.*, 2007, n° 43, pp. 205-252, p. 208.

³³ *Ibid.*, p. 212.

³⁴ En France par exemple, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif a la main sur toute la procédure parce que le citoyen attaquant l'administration est considéré comme étant en position d'inégalité (v. notamment : COLSON Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 101, 1970, pp. 10-12).

³⁵ Un tel lien n'est pas inédit. Déjà en 1946, Étienne Bartin insistait sur la nécessité de lier la charge de la preuve à son intérêt au fond (COLSON Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 145).

³⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §46.

³⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc. ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc., §26 ; CJCE, 2^{ème} Chambre, 17 juillet 2008, *Commission contre République italienne*, aff. C-371/05, préc., §33.

³⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

circonscrite au vu du caractère manifestement frauduleux de la démarche. Sans démentir le fait qu'il revient à l'État défendeur de démontrer qu'il peut effectivement se prévaloir de la dérogation intégrée, les juges ont choisi de ne pas appuyer cette charge en cas de suspicion de fraude. La défense n'a donc pas à démontrer que les manœuvres des pouvoirs adjudicateurs en cause ne sont pas frauduleuses. L'arrêt *Mödling* brille d'ailleurs par son absence d'intérêt pour la preuve. Cela n'en fait pas pour autant un élément d'importance secondaire, d'autant plus que « *la jurisprudence considère en règle générale que tout manque de précision d'une partie dans sa réponse apportée aux allégations de son adversaire doit être interprété comme un fort indice de son manque de bonne foi et de sa vérité de cacher les faits* »³⁹.

436. — S'ajoute à ce constat le fait que la mise en œuvre de la quasi-régie n'implique aucune modification du mécanisme probatoire. À ce titre, il faut distinguer la charge et le standard européen de la preuve. Ce dernier est entendu comme « *le degré de sévérité que le juge doit exercer lorsqu'il examine les preuves qui lui sont soumises* »⁴⁰. Il semble indéterminé en contentieux européen, les institutions européennes n'ayant pas réellement opté entre les modalités des systèmes dits de « *common law* »⁴¹ et la règle appliquée dans les États continentaux, en vertu de laquelle le standard de la preuve applicable est celui qui emporte l'intime conviction des juges⁴². En revanche, la répartition probatoire telle qu'elle s'est développée dans le cadre des affaires portant sur la quasi-régie joue un rôle primordial. Elle semble en effet s'être calquée sur les prescriptions de l'article 2 du règlement n° 1/2003⁴³, dont il résulte une superposition de la charge de la preuve. Il revient en effet à la Commission de démontrer les manœuvres éventuellement frauduleuses dont elle fait mention dans ses mémoires. Cette charge s'additionne et, surtout, se distingue de la charge de la preuve supportée par les États défendeurs, à qui il revient de démontrer que la situation entre dans les conditions de la dérogation dont ils affirment pouvoir bénéficier.

³⁹ DURFOURCQ Bertrand, *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, op. cit., p. 497.

⁴⁰ SIBONY Anne-Lise et BARBIER DE LA SERRE Éric, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *loc. cit.*, p. 212. Sur cette notion de standard de la preuve, v. *ibid.*, pp. 212-216.

⁴¹ V. notamment : *ibid.*

⁴² Cette indétermination est d'ailleurs source de nombreuses incertitudes (v. notamment : BELLIS Jean-François, « La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », in MATHIEU Stéphane (dir.), *Contentieux de l'Union européenne : questions choisies*, Larcier, Coll. Europe(s), 2014, pp. 217-233, pp. 218-223).

⁴³ Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE L. 1* du 4 janvier 2003, pp. 1-25.



437. — L'application de cette charge est d'ailleurs perceptible à la lecture de l'arrêt *Commission contre République italienne*, dans lequel la Commission a apporté des preuves portant sur l'ouverture du capital de l'entité concernée à des actionnaires privés, cherchant à voir sa qualification interorganique écartée⁴⁴. Répondant à cette démonstration, la Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer que la simple possibilité que le capital d'une entité soit ouvert à des actionnaires privés ne suffit pas. La Commission, si elle cherche à utiliser l'argument en vertu duquel les entités concernées ont dissimulé l'ouverture du capital d'une société ou, plus largement, de l'ouverture des participations à des participants privés, doit apporter la preuve que cette ouverture était déjà planifiée lors de la création de la relation interorganique⁴⁵. Ce précepte s'applique avec d'autant plus de force depuis que la Cour a affirmé plus explicitement ce principe dans l'arrêt *Sea srl*⁴⁶. Déjà, face aux manœuvres apparemment frauduleuses de la ville de *Mödling*⁴⁷, la Commission avait appliqué cette répartition de la charge probatoire. À l'appui de son recours en manquement, elle a pris soin

« de rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs des infractions aux règles de concurrence [...] tant les éléments positifs – ceux qui sont nécessaires pour que l'infraction soit constituée – que les éléments négatifs – ceux dont l'absence est nécessaire pour que l'infraction soit constituée »⁴⁸.

En l'espèce, elle a juste considéré qu'aucune structure intégrée n'était en cause, sans s'attarder sur ce point⁴⁹, alors que dans toutes les affaires précédentes mentionnant la quasi-régie, la Commission s'était chargée d'exposer des arguments contrant sa présence, faisant en conséquence avancer le débat sur la définition de la quasi-régie.

438. — Ces prescriptions n'ont pas réellement un caractère obligatoire, dès lors qu'elles relèvent du contentieux européen. Elles constituent néanmoins un guide de

⁴⁴ CJCE, 2^{ème} Chambre, 17 juillet 2008, *Commission contre République italienne*, aff. C-371/05, préc., §27

⁴⁵ *Ibid.*, §29.

⁴⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, aff. C-573/07, préc., §47.

⁴⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

⁴⁸ SIBONY Anne-Lise et BARBIER DE LA SERRE Éric, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *loc. cit.*, p. 220.

⁴⁹ Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 (préc.), *loc. cit.*, pt 25.

conduite pour les juges nationaux concernant leurs pouvoirs, ainsi que les droits et devoirs de chaque partie. Surtout, elles permettent de distinguer clairement dérogation interorganique et usurpation de la qualité interorganique. Plus largement, elles témoignent à nouveau de l'importance de l'interprétation stricte du champ d'application de la dérogation de prestations intégrées.

2) *Une résultante de l'interprétation stricte caractérisant les dérogations*

439. — Charger celui qui se prévaut d'une dérogation de démontrer qu'il répond effectivement aux conditions pour en bénéficier est une « *exigence constante* » dans la jurisprudence de la Cour⁵⁰. Le conditionnement de la charge de la preuve par cette interprétation stricte n'est d'ailleurs pas isolé : il régit la notion de quasi-régie dans sa globalité. Cette modalité d'interprétation participe par conséquent à la substantialisation de la notion de prestations intégrées.

440. — L'assimilation entre caractère dérogatoire et interprétation stricte devant influencer la répartition de la charge de la preuve sous la plume de la Cour est ancienne. Son apparition dans le domaine des marchés publics date de 1987. Pour justifier l'attribution de gré à gré d'un marché de recyclage des déchets urbains par la commune de Milan, le gouvernement italien s'était fondé sur l'article 9 de la directive 71/305/CEE⁵¹ permettant aux pouvoirs adjudicateurs de se soustraire aux dispositions de cette dernière. La Cour a déclaré, concernant les marchés publics de travaux, que ces

« dispositions, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de travaux, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement »⁵².

Le fait que celui qui forme la requête devant la Cour doit démontrer qu'il y a matière à appliquer les règles de la commande publique est conforme aux principes traditionnels

⁵⁰ FORTUNOVA Maria, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2013, p. 176. Sur sa mise en œuvre, v. *ibid.*, 176-189

⁵¹ Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE L 185, pp. 5-14.

⁵² CJCE, 10 mars 1987, *Commission des communautés européennes contre République italienne*, aff. 199/85, ECLI:EU:C:1987:115 ; *Rec.*, 1987, p. 1039, §14.



d'attribution de la charge de la preuve⁵³. Si les pouvoirs adjudicateurs concernés prétendent pouvoir y échapper grâce au bénéfice de la quasi-régie, alors ils doivent démontrer qu'ils en remplissent bien les conditions. L'arrêt de 1987 fait encore jurisprudence concernant ce type de marchés⁵⁴. Certes, dans le cadre des prestations intégrées de telles différenciations ne sont pas utiles, dès lors que tous les marchés publics sont concernés, de même que les concessions. Pourtant, lorsque la Cour a choisi de réutiliser ce raisonnement, elle l'a énoncé par étapes, commençant par rappeler ce même cheminement pour les marchés de services⁵⁵, puis pour les marchés de fournitures⁵⁶. Dans les deux cas la formulation ne prête pas à confusion quant à la reprise sans réserve de la notion d'interprétation stricte et de ses conséquences directes. Ainsi a-t-elle énoncé, dans l'affaire *Stadt Halle* que :

« Toute exception à l'application de cette obligation est par conséquent d'interprétation stricte. Ainsi, la Cour a jugé, à propos du recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, que l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50, qui prévoit une telle procédure, en tant que dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics de services, doit faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement »⁵⁷.

⁵³ Pour le détail de ces principes, v. SIBONY Anne-Lise et BARBIER DE LA SERRE Éric, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *loc. cit.*, pp. 216-226.

⁵⁴ V. notamment : CJCE, Grande Chambre, 8 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-337/05, §58 (ECLI:EU:C:2008:203 ; *Rec.*, 2008, p. I-02173 ; *AJDA*, 2008, n° 33, p. 1834, note Paul PEYRET ; *BJCP*, 2008, n° 59, p. 249, concl. Ján MAZÁK ; *Revue Europe*, 2008, n° 6, p. 20, comm. n° 186, note Denys SIMON).

⁵⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §46. Confirmé dans : CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc., §26, et dans : CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §58. L'arrêt *Parking Brixen* (*ibid.*) est aussi cité au point 95 des conclusions sur l'arrêt *Carbotermo* (Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04 (préc), *loc. cit.*).

⁵⁶ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, préc., §58.

⁵⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §46.

Le même raisonnement l'a guidée vers un arrêt similaire concernant les marchés de fournitures car

« selon une jurisprudence constante, les dispositions qui autorisent les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de fournitures doivent faire l'objet d'une interprétation stricte [...]. C'est, dès lors, aux États membres qu'il appartient de démontrer que leur législation constitue une transposition fidèle des hypothèses expressément prévues par la directive »⁵⁸.

441. — Ces deux extraits témoignent de la reproduction à l'identique du même raisonnement. Ils fournissent des renseignements qui ne se limitent pas au domaine de la preuve. La Cour donne une clef d'appréciation globale à l'interprétation stricte qui guide ses développements sur la quasi-régie depuis sa genèse. Il ne s'agit plus seulement d'une façon prétendument sévère d'appréhender la quasi-régie. Le fait que les juges européens interprètent strictement tout ce qui se rapporte au mécanisme interorganique devient au contraire un moyen de lui donner corps, un élément qui participerait à sa composition en tant que notion. Sous cet angle, le sort d'autres éléments est également éclairé. Cette répartition de la charge probatoire sonne en effet le glas des présomptions dans le traitement des prestations quasi internes. Ces dernières ne font aucune place à la présomption, que ce soit dans leur définition au fond ou dans leur entourage contentieux. À aucun moment le juge ne pourra se permettre de déduire, « à partir de certains éléments tirés du dossier, l'existence probable, mais non prouvée, de certains faits »⁵⁹. Ceci diminue son pouvoir d'appréciation probatoire. Le juge retrouvera toutefois ce pouvoir lorsqu'il s'agira d'évaluer la nature intégrée de l'organisme, face à l'ensemble des indices. Les preuves doivent donc être irréprochables. Tout pouvoir adjudicateur mettant en place une structure interorganique, puisqu'il instaure une relation dérogatoire qui est en ce sens potentiellement attaquable, se doit de connaître cette règle d'interprétation stricte et ses conséquences. C'est cette prévisibilité qui lui assurera une sécurité juridique maximale. En dehors de l'aspect contentieux, ceci doit responsabiliser les pouvoirs adjudicateurs qui établiront un tel mécanisme et, surtout, entendront bénéficier de la dérogation qu'il implique. Ils devront s'assurer que toutes les conditions sont remplies.

442. — L'étude de la charge de la preuve telle qu'elle a été appliquée au cours des affaires concernant la quasi-régie permet d'asseoir son statut de dérogation, parce que sa

⁵⁸ CJCE, 2^{ème} Chambre, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, préc., §58.

⁵⁹ DUFOURCQ Bertrand, *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, *op. cit.*, p. 486.



répartition habituelle est celle qui est usuellement appliquée lorsqu'une partie prétend bénéficier d'une dérogation. L'arrêt *Mödling*⁶⁰ a confirmé ce statut, en permettant de détecter les situations frauduleuses devant être sanctionnées parce qu'elles recherchent à abuser des situations interorganiques et, conséquemment, du droit de l'Union.

⁶⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

§2. La sanction des utilisations abusives par l'abus de droit

443. — La Cour, très assidue concernant son rôle d'uniformisation, n'a pas encore été dans la mesure d'accomplir son office dans tous les domaines qui lui sont soumis. L'abus de droit en est un exemple. Bien que clairement conceptualisé au niveau européen, il est de ces notions dont il est difficile de donner une définition claire et précise. Pourtant, il est bel et bien utilisé par la Cour. C'est pourquoi il était naturel de le voir apparaître dans le domaine de la commande publique, l'arrêt *Mödling*⁶¹ faisant office de précurseur en la matière.

444. — Les faits de l'affaire mettaient si clairement en évidence le caractère frauduleux des manœuvres de la ville autrichienne que la Cour a aisément pu les utiliser afin d'établir une méthode de reconnaissance de telles malversations. Elle semble pour ce faire y avoir appliqué la notion d'abus de droit. Elle a commencé par développer une méthode de caractérisation d'une situation abusant de la dérogation quasi interne **(A)**, avant d'exposer en quoi cette démarche peut plus largement être rattachée à une qualification d'abus de droit **(B)** pour, enfin, exposer l'utilité de ce choix pour la quasi-régie **(C)**.

⁶¹ *Ibid.*



A. La caractérisation de la démarche abusive par le critère de la « phase intermédiaire »

445. — La vérification du comportement abusif du pouvoir adjudicateur autrichien s'est déroulée en deux étapes, regroupées par la notion de phase intermédiaire. La première consiste à repérer une intention de revêtir temporairement un aspect intégré pour s'en défaire dans un délai très court. La seconde vise à constater la réalisation de cette intention pour le choix d'une forme ne répondant pas aux conditions interorganiques. La réunion de ces deux phases est essentielle. Sans l'intention, il ne peut être démontré que le comportement est abusif et ne résulte pas d'une erreur de procédure ou de la survenance d'un imprévu⁶². Sans le constat final de transformation en une entité qui ne répond plus aux conditions interorganiques, il n'y a pas constat objectif de la réalisation de cette intention. Les deux étapes, bien qu'examinées indépendamment, sont par conséquent interdépendantes dans le raisonnement.

446. — Si c'est certainement la réalisation qui éveille la suspicion des juges ou des parties, il faut avant tout déceler l'intention de départ. La démonstration de celle-ci suffit pour que les procédures de passation doivent être appliquées⁶³. L'intention sert à déterminer qu'il y a mauvaise foi du pouvoir adjudicateur initiateur. En ce sens, elle n'est pas toujours aisée à démontrer. « *L'intention malicieuse qui caractérise l'acte abusif est essentiellement intime et cachée : l'auteur d'un tel acte se garde de faire connaître les motifs coupables qui le décident* »⁶⁴. Les cas ci-étudiés, s'ils sont bien abusifs, ne sont pas nécessairement malicieux, au sens utilisé alors par Étienne Laparre. L'intention de nuire telle qu'elle est induite entre personnes privées n'est pas aussi directement présente. Pourtant, la difficulté perdure, notamment en ce qu'il est parfois ardu de trouver les pièces qui permettent de démontrer l'intention. Dans l'affaire *Mödling*⁶⁵, cette complication a été facilement surmontée car les intentions des acteurs en cause avaient été clairement communiquées. Lorsque la situation est moins transparente, d'autres éléments peuvent permettre de déceler cette intention. « *Parfois, la pensée déterminante de l'autorité s'est exprimée*

⁶² La part d'imprévu reste envisageable (v. *supra*, même section, §1, B).

⁶³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc., §49.

⁶⁴ LAPARRE Étienne, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Toulouse : Imprimerie M. Bonnet, 1913, p. 116.

⁶⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

oralement »⁶⁶. Il faudra par conséquent envisager de se tourner vers des comptes rendus des séances précédant ou encadrant la création de l'entité. L'objectif est, dans tous les cas, de démontrer que les membres du pouvoir adjudicateur avaient prévu dès le début de la procédure d'effectuer des modifications substantielles devant entraîner la perte de la qualification interorganique⁶⁷. La Cour ne liste pas les éventuelles pièces qui permettent d'établir cette intention. Elle ne fait que relever ce qui lui a permis de le constater en l'espèce. Néanmoins, elle n'énonce aucune prohibition. Tout ce qui peut être prouvé par la partie inquisitrice pourra par conséquent être utilisé par le juge pour forger sa propre conviction. La question se pose notamment au sujet d'une éventuelle focalisation sur le contrat et ses clauses. C'est à dessein que l'expression « clause abusive » n'est pas utilisée ici car elle a connu un essor particulier en droit de la consommation. Sa définition est intimement liée à celui-ci⁶⁸, ce qui rendrait son utilisation impropre dans le cadre de la quasi-régie. En outre, la Cour ne semble pas se focaliser sur un type de clause en particulier. Elle préfère une vision globale. Ainsi, les conditions de la notion de phase intermédiaire ne peuvent être entièrement remplies par la présence d'une seule clause. Encore faut-il que celle-ci soit mise en œuvre.

447. — Le second élément de caractérisation de la phase intermédiaire revient à constater la réalisation dans un temps assez court d'une transformation essentielle aboutissant à une situation non comprise dans les conditions de la quasi-régie. Le cas de la ville de Mödling était topique : le fonctionnement de la société n'a débuté qu'une fois le transfert opéré, très rapidement après l'attribution rétroactive de la tâche. Au cours de la deuxième étape, la Cour a vérifié que la forme finalement revêtue par l'entité ne répondait pas aux critères de la quasi-régie. Peu importe qu'elle ait revêtu cette forme au cours de cette même phase, tant que ce n'est plus le cas à son terme. Pour l'exclure, il lui a suffi de remarquer la présence de capitaux privés, sans reprendre les différents indices. Cette deuxième phase permet de confirmer la réalisation de l'abus. Outre l'intention de

⁶⁶ *Ibid.*, p. 122. Le raisonnement d'Étienne Laparre ne peut être repris dans son intégralité car il concernait le détournement de pouvoir. Il tendait simplement, dans son contexte, à connaître les motifs de l'autorité en question et à évaluer si elle est passée outre ses compétences.

⁶⁷ La pratique du détournement de pouvoir fournit quelques exemples d'une telle utilisation (v. LAPARRE Étienne, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, *op. cit.*, p. 122). Néanmoins, il ne faut pas confondre le détournement de pouvoir de la part d'une seule autorité et le projet collectif d'un abus de droit, tel qu'il en résulterait du choix de l'ensemble des membres du pouvoir adjudicateur. Pour que soit en cause un abus de droit et pas d'un détournement de pouvoir, le souhait de céder rapidement des parts à des personnes privées ou de modifier la forme de l'entité dans des délais aussi brefs doit avoir été exprimé.

⁶⁸ Pour preuve, l'étude du professeur Karimi sur les clauses abusives ne contient aucun chapeau ou sous titre visant à préciser que ces travaux se focalisent sur le droit de la consommation (KARIMI Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 306, 2001). Il est désormais acquis que l'expression fait référence à ce domaine.



frauder, les pouvoirs adjudicateurs ont mis en œuvre leurs projets. Cette confirmation est nécessaire, puisque si la transformation opérée avait entraîné le bénéfice d'une autre dérogation, il n'y aurait eu aucun abus.

448. — La Cour n'a pas directement qualifié la technique qu'elle a mise en œuvre. Elle a simplement relevé l'intention de contourner les dispositions applicables, contrairement à d'autres affaires, dans lesquelles elle expressément caractérisé les espèces concernées d'abus de droit⁶⁹. Cela lui a d'ailleurs été reproché dans ce qui ressemble à un aveu indirect de la part du gouvernement autrichien⁷⁰. Il ressort néanmoins des caractéristiques pouvant être dégagées de l'arrêt que la Cour a bien mis en œuvre la notion d'abus de droit.

B. La mise en application d'une conception autonome de l'abus de droit

449. — Le professeur Simon ne s'en est pas tenu à l'absence de qualification franche par la Cour : il a pris le parti de ranger l'arrêt *Mödling*⁷¹ parmi ceux traitant de l'abus de droit⁷². Un rappel est nécessaire quant à la consistance de l'abus de droit au sein de l'Union **(1)**, avant d'expliquer pourquoi cet arrêt peut être considérée comme l'ayant mis en œuvre **(2)**.

1) L'existence d'une conception européenne autonome de l'abus de droit

450. — Selon Monsieur Mariatte, il n'existerait pas de principe européen d'interdiction de l'abus de droit. Il existerait uniquement d'interdiction des pratiques

⁶⁹ La Cour a déjà utilisé la qualification d'abus de droit dans d'autres domaines (IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 220-226), preuve supplémentaire du caractère trop peu répandu de cette notion dans la commande publique.

⁷⁰ Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 (préc.), *loc. cit.*, pt 23.

⁷¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

⁷² Dans son commentaire sur l'arrêt *Commission contre Allemagne* (CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.), il a mentionné l'une de ses contributions (SIMON Denys et RIGAUX Anne, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : cinquante ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, T. 2, pp 559-587) et la notion d'abus de droit (SIMON Denys, « Contrats « in house » », *Revue Europe*, 2009, n° 8, pp. 23-24, comm. n° 307).

abusives⁷³, conformément à la prohibition expressément formulée par la Cour dans l'arrêt *Emsland-Stärke*⁷⁴. Plusieurs auteurs s'accordent cependant sur une position contraire. Ils distinguent l'apparition de l'abus de droit au sein des Communautés, dans l'arrêt *Van Binsbergen* en 1974⁷⁵, et la théorisation expresse⁷⁶ de l'abus de droit dans l'arrêt *Emsland-Stärke*⁷⁷. Il s'agit bel et bien d'« une notion inédite, différente de ses homologues dans les droits nationaux, dont l'objectif est d'assurer l'effet utile du droit communautaire »⁷⁸. Une telle autonomie, sans être originale, mérite d'être soulignée car contrairement à d'autres concepts autonomes tels que celui de pouvoir adjudicateur, l'abus de droit existe déjà dans les droits nationaux, sous des définitions variables. L'abus de droit constitue cependant une « notion indéterminée »⁷⁹, tant dans les droits nationaux⁸⁰ qu'au niveau européen. Au sein de l'Union, plusieurs facteurs favorisent notamment cette indétermination : le champ d'application de l'abus de droit est encore largement débattu, parce que sa terminologie semble « versatile » et parce qu'il est parfois considéré que les

⁷³ MARIATTE Flavien, « Taxe sur la valeur ajoutée et abus de droit », *Revue Europe*, 2006, n° 4, pp. 27-28, comm. n° 128.

⁷⁴ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, §59 (ECLI:EU:C:2000:695, *Rec.*, 2000, p. 11569 ; *Journal de droit européen*, 2003, n° 96, p. 8, note Fabien LAGONDET).

⁷⁵ CJCE, 3 septembre 1974, *Jobannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74, ECLI:EU:C:1974:131, *Rec.*, 1974, p. 1299.

⁷⁶ SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European union law and regulation of the internal market*, Oxford : Hart publishing, 2014, p. 49.

⁷⁷ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, préc.

⁷⁸ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2010, p. 243, pt 268.

⁸⁰ Sur ces divergences, v. notamment : IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 357-402 ; VOYAME Joseph, COTTIER Bertil et ROCHA Bolivar, « L'abus de droit en droit comparé », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, (Actes du 19^e colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989), Strasbourg : Conseil de l'Europe (éd.), 1990, pp. 23-52.



juges européens ont utilisé l'abus de droit sans le nommer expressément⁸¹. Ainsi Madame Ionescu a-t-elle relevé que la Cour emploie une terminologie confuse lorsqu'elle aborde le domaine de l'abus de droit⁸². Il en résulte que le fait que l'arrêt *Mödling*⁸³ ne mentionne pas l'abus de droit ne doit pas être considéré comme un obstacle dirimant à la reconnaissance de son utilisation dans cette décision.

451. — C'est d'autant plus le cas que semble réellement exister une théorie européenne de l'abus de droit⁸⁴, qui a dû être définie de façon autonome par le droit de l'Union, pour deux raisons.

452. — Premièrement, il fallait un concept suffisamment large pour englober toutes les situations d'abus de droit. Or, une telle tâche était ardue puisque l'abus de droit a plusieurs facettes⁸⁵. Cette caractéristique est souvent présentée comme inhérente à la notion d'abus, qui doit laisser la place à l'appréciation casuistique⁸⁶. Elle semble par ailleurs avoir été reprise et amplifiée en droit de l'Union européenne, pour permettre à

⁸¹ SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European Union law and regulation of the internal market*, *op. cit.*, p. 9. Monsieur Saydé cite plusieurs exemples d'arrêts dans lesquels l'expression « abus de droit » n'est pas mentionnée alors qu'elle est pourtant mise en œuvre : CJCE, 2^{ème} Chambre, 29 janvier 2009, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contre Ministero della Giustizia et Marco Cavallera*, aff. C-311/06, ECLI:EU:C:2009:37, *Rec.*, 2009, p. 415 ; CJCE, 4^{ème} Chambre, 28 juin 2007, *Planzer Luxembourg Sàrl contre Bundeszentralamt für Steuern*, aff. C-73/06, ECLI:EU:C:2007:397, *Rec.*, 2007, p. 5655 ; CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *BUPA Hospitals Ltd et Goldsborough Developments Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-419/02, ECLI:EU:C:2006:122, *Rec.*, 2006, p. 1685 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-63/04, ECLI:EU:C:2005:773, *Rec.*, 2005, p. 11087 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 27 octobre 2005, *Levob Verzekeringen BV et OV Bank NV contre Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-41/04, ECLI:EU:C:2005:649, *Rec.*, 2005, p. 9433 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 12 mai 2005, *RAL (Channel Islands) Ltd and Others v Commissioners of Customs and Excise*, aff. C-452/03, ECLI:EU:C:2005:289, *Rec.*, 2005, p. 3947 ; CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, aff. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, *Rec.*, 1988, p. 5483 ; CJCE, 3 décembre 1994, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. C-33/74, *préc.* ; CJCE, Grande Chambre, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, *Rec.*, 2006, p. 9521 (SAYDÉ Alexandre, *ibid.*, p. 16, note 9 ; les éventuelles références plus complètes sur ces arrêts se situent en bibliographie).

⁸² Madame Ionescu donne un aperçu de la multiplicité des expressions (IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 2 et pp. 439-440).

⁸³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, *préc.*

⁸⁴ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 415-442.

⁸⁵ Déjà, dans le cadre de son étude purement interne, le professeur Dubouis énonçait : « *La théorie est très souple, très ouverte et, partant, susceptible d'applications très diverses. Le juge façonne la notion d'abus de droit en fonction des besoins auxquels elle doit répondre. Il n'est donc pas possible de déterminer avec précision le contenu de la notion d'abus de droit. Les critères de l'abus de droit sont multiples. Tout à tour, l'abus permet de sanctionner l'incorrection du but poursuivi, l'absence de toute justification dont est entaché l'acte accompli ou encore, l'inadéquation de l'acte à la situation qui le précède* » (DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, Coll. BDP, T. 45, 1962, pp. 453-454).

⁸⁶ BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 244, pt 268.

l'abus de droit de se manifester sous de multiples formes. C'est là la spécificité de ce droit qui s'exprime, toujours prompt à redéfinir les concepts pour les adapter aux particularités de son ordre juridique. Nonobstant, cette « *souplesse a pour revers l'imprécision* »⁸⁷ qui s'avère problématique pour toute tentative de théorisation⁸⁸.

453. — Secondement, il fallait transcender les divergences de conceptions entre les États, les variations entre les comportements des juges internes pouvant même apparaître entre États qui, pourtant, sont affiliés au même type de système juridique. La comparaison entre les deux États dits de « *common law* » que sont le Royaume-Uni et les États-Unis est à ce sujet topique. Ceux-ci partagent un postulat commun : le concept d'abus de droit n'existe pas dans les systèmes de *common law*, pourtant les juges anglais et américains n'appliquent pas le même traitement aux situations pouvant être qualifiées d'abusives. En Grande Bretagne, la conception individualiste des droits a bloqué la création de tout ce qui visait clairement à les limiter, tandis qu'aux États-Unis, les juges sanctionnent les pratiques abusives par des moyens détournés⁸⁹. À l'inverse, les doctrines romanistes connaissent l'adage « *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* »⁹⁰ mais elles sanctionnent quand même l'abus de droit. Leur droit présente donc des hypothèses de sanctions d'abus de droit par les personnes privées et par les personnes publiques. Pourtant, ces droits peuvent les traiter différemment, notamment en ce qu'ils peuvent concevoir l'abus de droit de façon objective ou subjective, en se concentrant soit sur l'intention de nuire, soit sur la normalité du comportement en cause⁹¹. Le droit de l'Union devait par conséquent dégager sa propre méthode de reconnaissance de l'abus de droit, ce qu'il a fait, en établissant deux critères d'identification :

⁸⁷ *Ibid.*, p. 454.

⁸⁸ Des catégorisations semblent néanmoins envisageables, comme l'a notamment démontré Monsieur Saydé en distinguant les abus de droit entre personnes privées et ceux impliquant des personnes publiques, qui peuvent affecter l'ensemble des personnes soumises aux règles de droit (SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European Union law and regulation of the internal market*, *op. cit.*, pp. 16-26).

⁸⁹ RIBES-JUSTEAU Anne-Laure, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 126-127, pts 170-171. V. également : IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 397-402.

⁹⁰ Traduit par le professeur Champetier de Ribes-Justeau comme signifiant : « *celui qui use de son droit ne fait tort à personne* » (RIBES-JUSTEAU Anne-Laure, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, *op. cit.*, p. 126, pt 169).

⁹¹ Sur ces conceptions et leurs applications variables, v. notamment : IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 362-402.



« le non-respect, sous l'apparence d'une régularité formelle, des objectifs poursuivis par la réglementation communautaire et [...] la recherche exclusive [...] d'un avantage prévu par la réglementation en créant artificiellement les conditions de son obtention »⁹².

L'application de ces critères semble pouvoir être détectée dans l'arrêt *Mödling*⁹³.

2) *La mise en œuvre de la conception européenne de l'abus de droit dans l'arrêt Mödling*

454. — L'arrêt *Mödling*⁹⁴ met en lumière le souhait d'un pouvoir adjudicateur de contourner à des fins frauduleuses les normes de l'Union européenne. L'utilisation de réglementations permettant de sanctionner ce comportement était donc attendue. Le choix de la Cour d'utiliser pour cela sa conception de l'abus de droit n'a pas pour autant été unanimement salué. Les propos du professeur Dubos en sont une bonne illustration. Ainsi a-t-il écrit que :

« [le] raisonnement suivi n'est toutefois guère satisfaisant. La légalité de l'attribution d'un marché public doit normalement s'apprécier à la date de son attribution, ce que rappelle d'ailleurs la Cour elle-même (pt 38), mais elle corrige toutefois ce principe en estimant que « les circonstances particulières de la présente affaire requièrent la prise en considération des événements survenus ultérieurement ». [...] N'eut-il pas été plus rigoureux, à la place de ce raisonnement quelque peu phénoménologique, de recourir à la notion de fraude ? *Fraus omnia corrumpit* »⁹⁵.

Cette proposition semble pouvoir être expliquée par l'aspect globalisant de l'abus de droit.

455. — En effet, la fraude à la loi, connue en droit français, semble avoir inspiré la Cour pour sa circonscription de l'abus de droit⁹⁶. Cependant, sans pour autant que leurs

⁹² FOUQUET Olivier, « L'interprétation française et l'interprétation européenne de l'abus de droit », *Revue de jurisprudence fiscale*, 2006, n° 5, pp. 383-385, p. 383.

⁹³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ DUBOS Oliver (dir), « Europe (chronique) », *JCP-A*, 2006, pp. 453-462, n° 1238, p. 454.

⁹⁶ Les rapprochements entre abus de droit européen et fraude à la loi étant nombreux (v. notamment : SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European Union law and regulation of the internal market*, *op. cit.*, pp. 32-43).

conceptions ne présentent d'antagonismes majeurs⁹⁷, l'acception donnée à l'abus de droit par le droit de l'Union semble avoir emprunté une voie plus large⁹⁸, reposant sur une méthode d'identification qui lui est propre. La Cour a englobé sous l'égide de la théorie de l'abus de droit l'ensemble des mécanismes visant à détourner le dispositif européen. Elle sanctionne ainsi toute hypothèse dans laquelle une personne tenterait de bénéficier indument de l'une de ses normes, quel qu'en soit le mobile ou le moyen, ce qui est compatible avec la définition de la fraude à la loi. Il est donc possible de considérer que l'affaire C-29/04⁹⁹ a mis en œuvre le principe général de l'abus de droit sous sa manifestation de fraude à la loi. Les recoupements possibles avec la fraude à la loi tiennent par conséquent à la caractéristique de standard infléchi de l'abus de droit : ainsi que l'a souligné Madame Bernard, il fait partie de ces standards qui « *s'apparent[ent] à leur contenu dans d'autres droits* » sans pour autant les reproduire¹⁰⁰. Ce sont néanmoins les conditions européennes de l'abus de droit qui semblent être remplies.

456. — Tout d'abord, l'hypothèse traitée dans l'affaire *Mödling*¹⁰¹ mettait en scène ce concept pour une utilisation du droit de l'Union, allant à l'encontre de celle pouvant être décrite comme normale de ce droit¹⁰². Les pouvoirs adjudicateurs concernés ne souhaitaient pas réellement user de leur libre choix de mode de gestion. Ils voulaient simplement bénéficier de façon illégitime d'une exonération aux règles de la commande publique. Ensuite, la caractérisation de la phase intermédiaire permet, en identifiant tant une intention de départ que sa réalisation, d'identifier tant le but que le dévoiement de la régularité formelle. Elle permet de révéler la présence de ce qui est essentiel pour démontrer la présence d'un abus et qui, par ailleurs, constitue un « *dénominateur commun* »

⁹⁷ Se dégagerait même une certaine « *convergence* » (FOUQUET Olivier, « L'interprétation française et l'interprétation européenne de l'abus de droit », *loc. cit.*, p. 383.).

⁹⁸ Madame Ionescu rappelle en effet que la notion de fraude à la loi était trop étroite pour recouvrir toutes les situations abusives au sein de l'Union européenne (IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 305-307). De même, Madame Bernard souligne que la conception de la fraude en droit de l'Union est elle-même partiellement différente de sa conception interne car « *il peut exister non seulement une fraude aux règles du droit communautaire, – situation pouvant exister dans tous les ordres juridiques – mais le droit communautaire peut également favoriser une fraude au droit national. Dans les deux cas, il y a abus du droit communautaire, mais dans la deuxième acception, l'abus de droit est, bien sûr, spécifique à l'ordre juridique européen et découle directement des règles du marché intérieur* » (BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 247, pt 271).

⁹⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹⁰⁰ BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 242, pt 266.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Sur la distinction entre ce qui peut être considéré comme étant normal ou anormal et, par conséquent, permet de distinguer un abus d'une pratique acceptable, v. notamment : TRIANTAFYLLOU Dimitris, « L'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cahiers de droit européen*, 2002, n° 5-6, pp 611-663, p. 612, tel que cité par : BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 244, pt 268.



entre les conceptions française et européenne de l'abus de droit : « *la réunion d'un constat objectif, correspondant à l'idée que la finalité poursuivie par la norme juridique n'est pas atteinte, et d'une dimension subjective, révélant la volonté de l'auteur du comportement de tourner artificiellement l'application de la norme juridique* »¹⁰³. Il semble que la Cour ne se concentre pas plus sur l'un que sur l'autre, adoptant une position modérée entre les conceptions objectives et subjectives de l'abus de droit, proche de la conception française¹⁰⁴. Elle recherche ainsi la finalité de l'action, tout en évaluant sa mise en œuvre, son résultat et sa normalité. Il en résulte que par la création de la phase intermédiaire, la Cour a créé une véritable méthode, permettant d'adapter les moyens de reconnaissance de l'abus de droit aux cas particuliers portant sur des tentatives d'usurpation de la qualification interorganique.

457. — Comme en matière fiscale, cette méthode consiste à mettre en avant « *un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint* », tout en permettant d'identifier qu'est présent un « *élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention.* »¹⁰⁵ La caractérisation de la phase intermédiaire permet d'appréhender l'ensemble de ces éléments grâce aux deux étapes qui la composent. Le repérage des informations nécessaires à l'abus est permis par l'adaptation des modalités d'appréciation des faits effectuée dans la première. Quant à la caractérisation de l'abus de droit, elle se manifeste clairement dans la seconde phase. Pourtant, conformément à son choix d'opter pour une méthode « *minimaliste* »¹⁰⁶, la Cour n'a pas utilisé expressément la notion d'abus. Cela n'est pas problématique puisque n'en résulte aucun vide juridique ; l'essentiel étant, pour les juges, de savoir comment procéder face à de telles situations. La Cour n'a jamais qualifié l'action. Elle a simplement expliqué comment la sanctionner, ce qui permet de passer outre les problématiques liées aux divergences juridiques entre les États.

¹⁰³ SIMON Denys et RIGAUX Anne, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *loc. cit.*, p. 579. Ce sont également ces auteurs qui ont opéré le rapprochement entre ces conditions, qui résultent de l'arrêt *Emsland-Stärke* (CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH*, aff. C-110/99, préc., §52-53) et celles de l'abus de droit français (*ibid.*).

¹⁰⁴ V. notamment : IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 371-379).

¹⁰⁵ Concl. Manuel POIARES MADURO sur CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02 (ECLI:EU:C:2006:121, *Rec.*, 2006, p. 1609), présentées le 7 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:200 (*Bull. des concl. fiscales*, 2006, n° 5, p. 62), pt 67.

¹⁰⁶ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 412.

458. — La démarche de la Cour tendant à identifier un abus de droit, à le sanctionner et à en livrer une méthode de reconnaissance, a été positive pour la quasi-régie : elle a permis d'ancrer son caractère dérogoire en le débarrassant des suspicions de fraude ou d'abus du droit de l'Union.

C. Une démarche positive pour l'image de la quasi-régie

« La notion de « contrôle analogue » est [...] devenue une notion clé du droit des contrats publics puisqu'elle est la condition qui permet à un certain nombre de contrats d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence »¹⁰⁷.

459. — Cette affirmation, tout en étant véridique, témoigne du travestissement trop fréquent des prestations intégrées. La ruée des personnes publiques à leur endroit a mis en exergue leur aspect exonératoire, inscrivant dans leur mécanisme une suspicion d'illégalité allant au détriment de leur légitimité. L'arrêt *Mödling*¹⁰⁸ a clairement permis d'évacuer cette vision. En séparant les prestations intégrées des cas dans lesquels des pouvoirs adjudicateurs élaboreraient des techniques tendant à en bénéficier abusivement, il a assis leur qualité de dérogation justifiée. Deux phénomènes, issus de l'utilisation de la notion d'abus de droit, ont participé à cette réhabilitation.

460. — La mise en œuvre de ce concept met tout d'abord en exergue l'importance du droit initialement concerné et son dévoiement par les éventuelles applications abusives. *« La pratique ne manque pas d'imagination pour accomplir les fins qu'elle se propose, fût-ce en prenant les plus grandes libertés avec un droit impératif, au nom de l'utilité et de l'efficience [...] »¹⁰⁹.* En révélant les utilisations déviées de la dérogation interorganique, la notion d'abus de droit fait indirectement ressortir la légitimité de cette dérogation, et du droit qui la sous-tend. Se pose néanmoins la question de la consistance de ce droit. Que soient en cause les dispositions françaises ou européennes, le terme droit dans l'expression « abus de droit » implique des significations similaires : dans tous les cas il

¹⁰⁷ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, n° 60, pp. 19-21, p. 19.

¹⁰⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹⁰⁹ DIENER Pascal, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », in MOUSSERON Jean-Marc et TEYSSIÉ Bernard (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1978, pp. 81-124, p. 93, pt 21.



peut être interprété objectivement ou subjectivement¹¹⁰. Objectivement, d'abord, parce que la révélation d'un montage artificiel démontre le souhait d'abuser du droit interprété dans son acception générale. Les pouvoirs adjudicateurs cherchent ainsi à abuser des notions de droit européen pour mettre en échec sa propre application. Néanmoins, l'acception subjective doit aussi être considérée car sont des droits substantiels au sein de l'Union européenne ceux issus de la liberté d'organisation des personnes publiques, ceux-là mêmes qui sont utilisés pour mettre en échec les règles de la commande publique. Les pouvoirs adjudicateurs en abusent en détournant les formalités pour être exonérés de mise en concurrence de leurs contrats. Il est effectivement impossible de dire qu'il y ait un droit à la dérogation concurrentielle.

461. — Certes, dans l'arrêt *Mödling*¹¹¹, c'est l'abus de droit envisagé sous son aspect fraude à la loi qui est concerné, parce qu'il était le plus adapté au cas d'espèce. Grâce à lui, ce sont néanmoins l'ensemble des considérations européennes sur la notion d'abus de droit qui deviennent susceptibles de s'appliquer à la quasi-régie. Cet arrêt participe ainsi à la confirmation de « *la place croissante qu'est appelée à jouer la limite de la théorie de l'abus de droit dans le droit communautaire* »¹¹². Plus largement, cette intrusion annonçait une apparition de ce concept dans les arrêts de la Cour concernant la commande publique dans son ensemble. En attestent ses retentissements dans l'arrêt *Commission contre Allemagne*¹¹³, dont les termes rappellent l'affaire *Mödling*. Alors qu'elle y officialisait l'existence d'une exonération de mise en compétition des cas de mutualisation simple, la Cour a rappelé une « *réserve* » aux montages visant à « *contourner les règles en matière de marchés publics* »¹¹⁴. Cette mention, qui confirme la séparation entre les dérogations légitimes à la concurrence et le fait de chercher à en profiter frauduleusement, repose sur le précédent de 2005. Elle prouve par conséquent que celui-ci n'est pas simplement anecdotique. Il a permis à la quasi-régie d'être enfin appréhendée comme « *une souplesse de gestion des services publics, [plutôt] qu'à un stratagème imaginé pour contourner la nécessaire mise en*

¹¹⁰ Sachant qu'en France, la prise en compte de l'un, de l'autre ou encore des deux, a largement été débattue (v. notamment : KARIMI Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, pp. 31-34).

¹¹¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹¹² SIMON Denys, « Contrats « *in house* » », *loc. cit.*, p. 24.

¹¹³ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc.

¹¹⁴ *Ibid.* ; v. aussi : SIMON Denys, « Contrats « *in house* » », *loc. cit.*, p. 24.

concurrence des opérateurs économiques »¹¹⁵. L'arrêt *Mödling* semble ainsi avoir participé à une modification de la façon dont la quasi-régie est perçue par les institutions européennes, ce que l'extension du champ d'application interorganique, à laquelle la Cour a procédé à partir des années 2006, pourrait démontrer.

462. — En faisant appel au mécanisme de l'abus de droit, l'arrêt *Mödling*¹¹⁶ a indéniablement participé à l'acceptation pratique de la légitimité de la quasi-régie. Il en résulte une grille d'analyse concernant la reconnaissance des montages artificiels. Ceux-ci font partie des montages exclus de la qualification interorganique mais ils n'emportent pas avec eux l'ensemble des montages juridiques contractuels.

¹¹⁵ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 759.

¹¹⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

SECTION 2. LA DISTINCTION ENTRE LES MONTAGES EXCLUS ET AUTORISÉS POUR L'USAGE DE LA QUASI-REGIE

463. — Il est impossible de lister l'ensemble des formes qui peuvent être revêtues pour contourner les règles de passation des contrats publics. Celles-ci se sont démultipliées depuis qu'il est clairement admis que « *tout est permis sauf ce qui n'est pas formellement interdit* »¹¹⁷. Depuis l'arrêt *Mödling*¹¹⁸, il est en effet établi que la sanction des montages artificiels ne se limite pas au droit fiscal : toute construction similaire en matière de contrats publics pourra faire l'objet d'une sanction sous l'angle de l'abus de droit devant les juges européens ou sous l'angle d'une conception équivalente devant les juges internes. La définition de ce champ d'application contentieux – l'enjeu étant en effet, pour la Cour, de déterminer ce qui constitue ou non une atteinte au droit de l'Union susceptible d'être sanctionnée – livre une méthode pour détecter les montages qui doivent automatiquement être exclus de la dérogation interorganique et ceux qui restent compatibles avec elle, sous réserve du respect de ses conditions.

464. — Il faut néanmoins prendre garde à bien placer le curseur entre ce qui est prohibé et interdit : seuls les montages artificiels sont proscrits (§1). Les montages complexes restent en revanche compatibles, en principe, avec la quasi-régie (§2).

¹¹⁷ TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° spécial, pp. 43-58, p. 44.

¹¹⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

§1. L'exclusion certaine des montages artificiels

465. — L'abus de droit qualifie des comportements et permet de sanctionner des techniques telles que les montages artificiels. À la lecture, la différence entre les simples montages et les montages potentiellement qualifiés d'artificiels peut paraître limpide. Pourtant, cela ne transparaît pas dans l'arrêt *Mödling*¹¹⁹. La seule certitude repose sur le fait qu'était en cause une « *construction artificielle comprenant plusieurs phases distinctes* »¹²⁰. Il est difficile de considérer qu'il s'agit là d'une définition globale de la notion de montage artificiel. Il en résulte que la Cour ne semble pas avoir procédé à une définition de ces montages mais avoir procédé à une utilisation de ces montages tels qu'ils ont été développés dans d'autres matières.

466. — Le seul domaine dans lequel la Cour use de la notion de montage artificiel en dehors de la commande publique est celui de la fiscalité. C'est donc le seul dans lequel il est possible d'en trouver une définition **(A)**. Une fois celle-ci établie, il devient envisageable de dresser un tableau non exhaustif des cas dans lesquels son utilisation pourrait être utilisée pour usurper la qualification de quasi-régie et des cas qui ne peuvent pas être considérés comme remplissant légalement les critères de la dérogation interorganique **(B)**.

A. Une exclusion reposant sur la définition fiscale du montage artificiel

467. — La problématique de l'évasion fiscale et celle de sa sanction peut être décrite, sous l'impact de la concurrence entre les normes étatiques, comme « *un jeu du chat et de la souris inéquitable, dans lequel le chat public est confiné à un territoire national, alors que les souris peuvent courir à travers le territoire de l'Union* »¹²¹. Pour compenser cette inégalité, les autorités étatiques ont multiplié les normes internes tendant à lutter contre l'évasion fiscale, d'autant plus qu'elles sont motivées par des enjeux financiers considérables pour les États membres¹²².

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, §40.

¹²¹ Monsieur Saydé relève en effet qu'en la matière, la pratique de l'abus de droit, qui peut notamment se manifester par la présence d'un montage artificiel, consiste en « *an unequal cat-and-mouse game, in which the public cat is confined to a national territory, whereas the private mice may run across the Union territory* » (SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European Union law and regulation of the internal market*, *op. cit.*, p. 2).

¹²² BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *JCP E*, 2006, n° 46, pp. 2114-2119, comm. n° 2769, p. 2117.



468. — La définition du montage artificiel est née de leur confrontation au respect de la liberté d'établissement (1). Rien n'empêche néanmoins qu'elle soit également appliquée aux tentatives d'usurpation du mécanisme interorganique (2).

1) Une définition élaborée à partir du principe de la liberté d'établissement

469. — Déjà en 1978, Monsieur Diener soulignait que « *les techniques les plus ingénieuses comme les manipulations les plus grossières sont mises en œuvre pour éluder l'application des lois normalement applicables, dès lors qu'elles entravent les intérêts et le jeu des volontés* »¹²³. En réponse, le droit a multiplié les notions permettant de capter ces techniques et de les sanctionner. C'est ce raisonnement qui sous-tend la création des mesures nationales visant à contrer l'évasion fiscale. La Cour a longtemps refusé de les valider au vu de la liberté d'établissement prescrite par les Traités¹²⁴. Le montage artificiel est la notion qu'elle a finalement choisie pour substantialiser cette technique. Sa définition, duale, est intervenue plusieurs années après son émergence.

470. — Apparue devant la Cour dans l'affaire *Imperial Chemical Industries plc* en 1998¹²⁵, la notion de montage artificiel n'a pas tout de suite été au cœur des préoccupations de la Cour. Dans un premier temps, elle ne fut évoquée par celle-ci que pour juger de la conformité de la législation du Royaume-Uni aux principes européens. Les montages étant fréquemment créés par le biais d'installations de filiales à l'étranger, les législations étatiques pouvaient reposer sur une assimilation entre un tel établissement en dehors de leurs frontières et évasion fiscale, ce qui nuisait à la liberté d'établissement et créait des différences de traitement injustifiées. C'est en relevant que le Royaume-Uni avait en l'espèce commis un tel impair, que la Cour mentionna les montages artificiels. Ainsi releva-t-elle que la législation en cause, qui reposait sur le risque d'évasion fiscale, n'avait pourtant pas « *pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels* ». Il en résulte que l'expression est bel et bien identifiée

¹²³ DIENER Pascal, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *loc. cit.*, p. 123, pt 91.

¹²⁴ V. à ce sujet BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *loc. cit.*, pp. 2117-2118.

¹²⁵ CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) contre Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's inspector of axes)*, aff. C-264/96, § 26 (ECLI:EU:C:1998:370, *Rec.*, 1998, p. I-4695 ; *RTD com.*, 1998, p. 983, note Gérard JAZOTTES).

par la Cour comme étant la traduction de l'évasion fiscale en tant que justification européenne. C'est cependant la seule information qui peut être tirée de cet arrêt au sujet des montages artificiels. La Cour a en effet simplement constaté qu'en l'espèce, le Royaume-Uni avait établi une législation fondée sur le risque d'évasion fiscale qui visait en réalité toutes les filiales britanniques établies à l'étranger, ce qui portait atteinte à la liberté d'établissement et constituait une discrimination injustifiée¹²⁶. Elle n'a pas eu besoin d'approfondir d'autres éléments car la question préjudicielle ne portait que sur ce point ; il fallut donc attendre 2005 pour connaître la définition de la notion de montage artificiel.

471. — L'affaire *Cadbury Schweppes*¹²⁷ mettait en présence cette même entreprise face au gouvernement britannique devant les tribunaux nationaux. Devant l'impossibilité de déterminer si la législation prévoyant l'imposition d'une société mère sur les bénéficiaires de ses filiales situées sur un autre territoire répondait ou non aux conditions évoquées dans l'arrêt de 1998, les juges britanniques ont soumis une question préjudicielle à la Cour. La réponse était très attendue puisque l'affaire a vu onze États autres que le Royaume-Uni déposer leurs observations. Afin de clarifier son raisonnement, la Cour l'a scindé en quatre étapes¹²⁸, au terme desquelles elle a admis qu'une « *mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné* »¹²⁹. Si elle s'est penchée sur les conditions devant entourer cette législation et notamment sur le test du mobile qui doit être effectué pour contrôler qu'elle est proportionnelle à son objet, la Cour a également fourni des éléments de définition des montages que ces législations tendent à sanctionner. Il résulte du paragraphe 55 de son arrêt que ces montages sont « *dépourvus de réalité économique, dans le but d'échapper à l'impôt* »

¹²⁶ *Ibid.*, §26.

¹²⁷ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, *Rec.*, 2006, p. I-7995 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2006, n° 12, p. 1399, note Cyril VALENTIN et Delphine CHARRIER-BLESTEL ; *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2006, n° 42, p. 4, note Michel LEJEUNE, Frédéric FONT, Karine MAILLARD et autres ; *JCP E*, 2006, n° 49, comm. n° 2769, note Éric MEIER et Bernard BOUTEMY ; *Revue des affaires européennes*, 2007, n° 1, p. 57, note Benoît DELAUNAY ; *LPA*, 2006, n° 110, p. 4, note Éric MEIER ; *Revue Europe*, 2006, n° 11, pp. 18-20, comm. n° 314.

¹²⁸ MARIATTE Flavien, « Fiscalité directe des entreprises et liberté d'établissement », *Revue Europe*, 2006, n° 11, pp. 18-20, comm. n° 314, p. 19.

¹²⁹ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, préc., §51. Il faut néanmoins que la norme remplisse une condition : « *pour qu'une restriction à la liberté d'établissement puisse être justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives, le but spécifique d'une telle restriction doit être de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'échapper à l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national* » (*ibid.*, §55).



normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national »¹³⁰. Deux éléments les constituent : le caractère fictif, artificiel, de leur fonctionnement et le but de leur mise en place, l'intention qui sous-tend leur création : l'évasion fiscale. Pour les reconnaître, il suffit par conséquent de constater « outre un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal, qu'il ressorte d'éléments objectifs que, malgré un respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement [... – lequel vise à rendre possible l'exercice d'une activité réelle sur tout le sol de l'Union européenne –] n'a pas été atteint [...] »¹³¹. La Cour a cette fois-ci fourni des informations quant à la corrélation entre la notion de montage artificiel et l'affaire présentée aux juges nationaux. Elle a même cité des exemples. Ainsi a-t-elle insisté sur la notion d'« implantation fictive » sur le territoire, qui est déterminée par l'absence d'activité économique réelle¹³², puisque c'est justement l'objectif de la liberté d'établissement que de garantir son exercice¹³³. En ce sens, les situations topiques sont les filiales « « boîte aux lettres » ou « écran » »¹³⁴.

472. — L'arrêt *Marks et Spencer*¹³⁵, « pendant de la décision *Cadbury* (transfert de pertes déductibles, et non de bénéfices imposables, intra-groupe) »¹³⁶, n'apportera pas plus d'éclaircissements. Les montages artificiels y sont simplement mentionnés, en tant que justification éventuelle des législations nationales visant à lutter contre l'évolution

¹³⁰ *Ibid.*, §55.

¹³¹ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, préc., §64.

¹³² *Ibid.*, §68.

¹³³ « Et c'est principalement par référence à l'objectif poursuivi par le principe de la liberté d'établissement que le comportement de la personne imposable doit être évalué, objectif qui est, en substance, de garantir, notamment, l'implantation « réelle » d'une société dans un État membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique « effective » dans celui-ci » (MARIATTE Flavien, « Fiscalité directe des entreprises et liberté d'établissement », *loc. cit.*, p. 19).

¹³⁴ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, préc., §68.

¹³⁵ CJCE, Grande Chambre, 13 décembre 2005, *Marks et Spencer plc contre David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, *Rec.*, 2005, p. I-10837 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2006, n° 3, p. 352, note Éric GINTER ; *Droit des sociétés*, 2006, n° 2, p. 32, note Jean-Luc PIERRE ; *LPA*, 2005, n° 250, p. 3, note Bernard BOUTEMY et Éric MEIER ; *Option finance*, 2006, n° 864, p. 20, note Melchior WATHELET et Francis LEFEBVRE ; *Option finance*, 2006, n° 866, p. 28, note Nicolas MELOT ; *Revue Europe*, 2006, n° 2, p. 21, comm. n° 48, note Flavien MARIATTE ; *Revue Lexbase Hebdo-Édition fiscale*, 2006, n° 197, note Valérie Le QUINTREC ; *RTD com.*, 2006, n° 2, p. 415, note Claude CHAMPAUD et Didier DANET ; *RTD com.*, 2006, n° 2, p. 513, note Gérard JAZOTTES ; *RTD eur.*, 2007, n° 1, p. 75, note Catherine PRIETO ; *RJEP*, 2006, n° 631, p. 197, note Laurent VALLÉE.

¹³⁶ BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *loc. cit.*, p. 2119.

fiscale¹³⁷. Néanmoins, aucun élément de définition n'y est fourni. Au contraire, l'arrêt *Halifax*¹³⁸, bien que ne nécessitant pas l'utilisation du montage artificiel, contient une précision de ce qu'il faut entendre par l'expression « activité économique »¹³⁹. La Cour y a admis le champ d'application le plus large possible. Il en résulte que la définition de montage artificiel est assurément conditionnée par les particularités de la liberté d'établissement, tout en étant voisine de l'abus de droit, notion avec laquelle elle entretient une relation étroite car elle constitue l'une de ses manifestations. C'est ainsi qu'il faut interpréter l'absence de distinction réelle entre abus de droit et montage artificiel dans l'arrêt *Halifax*¹⁴⁰. Il est effectivement naturel que les modes de définition des techniques utilisées remplissent des conditions auxquelles répondent plus largement les notions visant à qualifier ces comportements abusifs et frauduleux.

473. — Cette définition est actuellement la seule qui existe au sujet des montages artificiels. La jurisprudence de la Cour témoigne d'une domination écrasante du droit fiscal dans l'utilisation de cette notion, laquelle a rejailli sur le droit national. Les décisions concernant les opérations fiscales artificielles y sont devenues courantes¹⁴¹, alors que celles concernant la même forme en droit de la commande publique brillent

¹³⁷ CJCE, Grande Chambre, 13 décembre 2005, *Marks et Spencer plc contre David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, préc., §50.

¹³⁸ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd*, aff. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 ; *Rec.*, 2006, p. 1609 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2006, n° 5, p. 62, concl. Luis Miguel POIARES MADURO ; *Droit et patrimoine*, 2006, n° 154, p. 86, note Daniel GUTMANN et Éric PORNIN ; *Revue Europe*, 2006, n° 4, pp. 27-28, comm. n° 128, note Flavien MARIATTE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition fiscale*, 2006, n° 205, note Yolande SÉRANDOUR ; *Revue de droit fiscal*, 2008, n° 23, p. 8, note Pierre FERNOUX ; *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 1006, note Florence DEBOISSY.

¹³⁹ *Ibid.*, §54 et 55.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §41 et 42.

¹⁴¹ V. notamment : CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 4 juillet 2014, *Sté Bolloré SA*, n° 357264, ECLI:FR:CESSR:2014:357264.20140704 ; *JurisData* n° 2014-016263 ; publié au *Rec.* ; *Banque et droit*, 2014, n° 157, p. 58, chron. Carine SABOT et Loubna LEMAIRE ; *Bull. des concl. fiscales*, 2014, n° 10, p. 17, concl. ; *JCP E*, 2014, n° 40, p. 50, comm. n° 1498, note Jérôme ARDOUIN ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2014, n° 10, p. 842, concl. Marie-Astrid NICOLAZO de BARMON ; CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 9 mai 2012, *Sté GBL Energy*, n° 342221, ECLI:FR:CESSR:2012:342221.20120509 ; *Rec.*, 2012, p. 195 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2012, n° 7, p. 67, concl. Laurent OLLÉON ; *Revue de droit fiscal*, 2013, n° 4, p. 39, note Gauthier BLANLUET ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2012, n° 7, p. 587, note Emilie BOKDAM-TOGNETTI ; CE, 8^è et 3^{ème} Sous-sections réunies, 18 mai 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Sté. Sagal*, n° 267087 ; *Juris-Data* n° 2005-080715 ; *Rec.*, 2005, p. 203 ; *Revue de droit fiscal*, 2005, n° 44, p. 1715, étude n° 39 par Guillaume GOULARD et Gide LOYRETTE NOUEL ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2005, n° 8, n° 910, chron. Yves BÉNARD ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2005, n° 12, p. 943 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2005, n° 8-9, n° 110, concl. Pierre COLLIN ; *Bull. de gestion fiscale des entreprises*, 2005, n° 4, p. 21, obs. Noël CHAHID-NOURAÏ ; *La revue administrative*, 2005, n° 347, p. 482, obs. Olivier FOUQUET.



par leur absence¹⁴². La possibilité d'adapter les développements étudiés *supra* n'a jamais été explorée. Pourtant, cette définition est bel et bien transposable à la commande publique.

2) Une définition adaptable aux montages artificiels visant la quasi-régie

474. — L'apparition de la locution « montage artificiel » constitue en droit fiscal une marque d'évolution de la vision de la Cour. Dans les années 1980, cette dernière avait nié toute restriction aux libertés puis, à la fin des années 1990, elle avait commencé à admettre des dérogations. C'est pourquoi Maître Boutemy put remarquer en 2005 que « *les débats actuels devant la Cour de justice portent davantage sur la reconnaissance de justifications que sur l'existence d'entraves* »¹⁴³. La notion de montage artificiel s'inscrit dans ce mouvement. Elle témoigne de la progression des lignes directrices de la jurisprudence européenne. Une fois transposée dans le domaine de la quasi-régie, la notion de montage artificiel perd néanmoins cet aspect. Dans ce cadre, son utilisation sera inversée. En droit fiscal elle permet aux autorités étatiques de déroger, par le biais de leur législation, aux principes de l'Union, dans l'optique de lutter contre la fuite des capitaux. Au contraire, dans le domaine des prestations intégrées, elle permet, notamment depuis l'arrêt *Mödling*¹⁴⁴ de soulever les obstacles à l'application de ces principes, en démontrant que malgré les apparences, la structure concernée ne répond pas aux conditions exonératoires de la quasi-régie, mais bien à une situation abusive. Cette différence ne s'oppose pas à la transposition de la définition fiscale du montage artificiel aux tentatives d'usurpation de la quasi-régie. Il en est de même pour ses modalités de mise en œuvre.

475. — L'utilisation du montage artificiel dans le domaine fiscal diffère de sa mise en œuvre en matière de commande publique. En droit fiscal, le but des sociétés établissant un montage artificiel est en général d'échapper à l'imposition nationale en

¹⁴² L'expression n'est cependant pas étrangère aux auteurs écrivant sur la commande publique. Pour exemple, l'expression « montage artificiel » a été utilisée par le professeur Leroy et Monsieur Meunier pour souligner l'artificialité des associations transparentes (LEROY Marc, et MEUNIER Yvan, « Le risque de gestion de fait dans les relations entre les collectivités territoriales et les associations », in DREYFUS Jean-David, GROUD Hervé et PUGEAULT Serge (dir.), *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2009, pp. 119-139, p. 125).

¹⁴³ BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *loc. cit.*, p. 2119.

¹⁴⁴ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

créant des structures (filiales ou succursales) dans d'autres États où les taux d'imposition sont plus bas, afin de diminuer la masse d'imposition pesant sur les bénéfices de ces structures. L'intérêt de la notion de montage artificiel est, pour les juges nationaux, de démontrer qu'elles utilisent abusivement ces différences de législation. La Cour s'est donc échinée à déterminer dans quelles mesure et dans quelles conditions les législateurs des États membres pouvaient édicter des normes portant atteinte aux libertés afin de lever le voile sur ces montages. Dans le cadre de la quasi-régie, cette dualité n'existe pas. Les juges européens et nationaux ont le même but : révéler l'artificialité des constructions afin de rétablir l'application des procédures prescrites par le droit de l'Union européenne.

476. — Plus globalement, celui qui crée le montage artificiel le fait soit pour échapper à un droit, soit pour bénéficier d'un dispositif plus avantageux, qu'il soit national ou européen. Lorsqu'il agit pour des motifs fiscaux, il vise souvent ces deux objectifs simultanément. En droit de la commande publique, seul l'aspect échappatoire est recherché. L'enjeu se situe toujours autour du rattachement au droit de l'Union européenne ou à son contournement. L'application de la notion de montage artificiel met d'ailleurs en exergue la différence majeure d'harmonisation entre les domaines¹⁴⁵. Là où les pouvoirs adjudicateurs cherchent simplement à échapper aux règles de mise en concurrence que tous les États membres appliquent uniformément, les contribuables – personnes physiques ou morales – cherchent à bénéficier de l'absence de concertation entre ceux-ci en matière fiscale pour alléger leurs charges¹⁴⁶. Bien qu'existantes, ces différences n'ont pas réellement d'impact sur la notion de montage artificiel. Elles ne font varier que les modalités d'examen des normes qui l'intègrent aux ordres juridiques internes. Il en va ainsi du test du mobile, détaillé dans l'affaire *Cadbury Schweppes*¹⁴⁷, qui permet d'évaluer la légalité des législations nationales concernant l'évasion fiscale.

¹⁴⁵ Ce qui explique d'ailleurs que Madame Ionescu ait dû différencier dans la construction du plan de ses travaux de doctorat sur l'abus de droit l'application de l'abus de droit dans les domaines harmonisés et les autres (IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne, op. cit.*).

¹⁴⁶ La coopération est néanmoins en cours d'amélioration en matière fiscale, notamment depuis l'adoption de la Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (JOUE L 64 du 11 mars 2011, pp. 1-12) et de son successeur, la Directive n° 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (JOUE L 359, du 16 décembre 2014, pp. 1-29).

¹⁴⁷ BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, affaire n° C-196/04 », *loc. cit.*, p. 2119.

477. — Or, la commande publique étant extrêmement harmonisée, les États n'ont nul besoin de s'en détacher. Il leur arrive fréquemment de transposer directement ce qui est déjà édicté par les institutions européennes. Tel peut être le cas pour la définition du montage artificiel, d'autant qu'elle repose sur des éléments stables. Premièrement, elle s'étend sur une durée limitée à l'existence de l'avantage concerné – l'attribution de la mission pour la quasi-régie, le temps d'existence de la norme en droit fiscal. Deuxièmement, elle implique un seul et unique mobile : le rattachement ou l'échappatoire à une ou plusieurs normes. Troisièmement, les transactions qui sont effectuées en son sein sont artificielles. Dans des cas aussi flagrants que celui de l'affaire *Mödling*¹⁴⁸, de telles opérations sont inexistantes. Il arrive fréquemment qu'elles le soient également en matière fiscale. Dans cette discipline en effet, les structures au centre du montage artificiel n'ont aucun impact sur l'activité réellement exercée par la société mère, ce qui tend par ailleurs à être démontré par la distinction entre les entités ayant une substance économique et celles n'en ayant pas. Ainsi que l'expose le professeur Maublanc, il résulte de l'arrêt *Société Sagal*¹⁴⁹ qu'il n'y a pas fraude à la loi lorsque le montage revêt une substance économique car en ce cas, il ne peut pas être considéré comme étant artificiel¹⁵⁰. Pour considérer que la société dans laquelle la Société Sagal avait pris des parts était dépourvue de substance économique, le Conseil d'État s'est reposé sur le fait que le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie avait démontré que la société en cause était :

*« sous l'entière dépendance de l'établissement bancaire à l'origine de sa création en ce qui concerne tant sa gestion que ses investissements, que la totalité de son actif était constituée de valeurs mobilières, qu'elle n'avait aucune compétence technique en matière de placements financiers, que ses actionnaires ne prenaient aucune part aux assemblées statutaires, et qu'ainsi, cette société était dépourvue de toute substance »*¹⁵¹.

En conséquence, en prenant des parts dans cette société, la Société Sagal avait eu pour seul objectif de bénéficier du régime fiscalement avantageux dont cette dernière profitait

¹⁴⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹⁴⁹ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 18 mai 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Sté. Sagal*, n° 267087, préc. Pour une application, v. notamment : CAA Paris, 10^{ème} Chambre, 26 novembre 2013, *SAS Cannes Evolution*, n° 11PA04091 et 11PA0472 (inédit au Rec.) spéc. le considérant n° 13.

¹⁵⁰ MAUBLANC Jean-Pierre, « Extension de la notion et du champ de l'abus de droit », *AJDI*, 2007, n° 12, pp. 905-909, p. 909.

au Luxembourg. Elle avait par conséquent participé à un montage artificiel. Ce raisonnement semble pouvoir être transposé à la détection des situations tendant d'usurper la qualification interorganique. Seule la référence devra être modifiée : au lieu de chercher à prouver qu'il ne s'agit pas d'une réelle mise en œuvre de la liberté d'établissement – en recherchant s'il y a bien exercice d'une activité –, il suffira de démontrer que n'existe aucune raison exonératoire de concurrence dès lors que les conditions de la quasi-régie ne sont pas réellement remplies. Apportant un nouvel indice de l'adaptabilité de cette définition, Maître Boutemy a rappelé que la charge de la preuve porte sur les sociétés soupçonnées d'évasion fiscale¹⁵². Ceci démontre une cohérence d'ensemble : quel que soit le domaine d'intervention, la même logique est à l'œuvre.

478. — La différence concernant le montage artificiel en droit fiscal et en droit de la commande publique tient à l'objectif qui sous-tend son utilisation par les juges et aux conséquences qu'ils vont tirer de sa présence. C'est son utilisation qui va varier conformément aux objectifs de chaque matière. En dehors de ces nuances minimales, il s'agit bien d'une seule notion dont la même définition sera utilisée dans les deux cas. Uniformes sur le plan de la définition générale, les hypothèses de montages artificiels restent cependant multiples dans leur mise en œuvre.

B. Une expression englobant les nombreuses hypothèses envisageables pour usurper une dérogation interorganique

479. — L'emploi par la Cour de l'expression « montage artificiel », s'il est très parlant, plonge néanmoins le lecteur en pleine incertitude lorsque celui-ci entreprend d'y accoler une signification et une concrétisation précises. Il est impossible de les répertorier étant donné que, par définition, les montages ne résultent pas de modèles préexistants. Par le choix des termes, la Cour a néanmoins signifié la reprise de plusieurs éléments de caractérisation des montages juridiques **(1)**. Se pose de ce fait la question de l'utilisation de certaines formes très prisées du droit des sociétés en tant que montages artificiels permettant d'abuser de la quasi-régie **(2)**.

¹⁵¹ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 18 mai 2005, *Ministre contre Sté. Sagal*, n° 267087, préc.

¹⁵² BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *loc. cit.*, pp. 2118-2119.



1) *L'affiliation certaine aux montages juridiques*

480. — L'arrêt *Halifax*¹⁵³ donne un aperçu des divers synonymes que la Cour utilise pour mentionner les montages artificiels. Les termes de « *plan* »¹⁵⁴, d'« *opérations purement artificielles* »¹⁵⁵ ou encore de « *situations artificielles* »¹⁵⁶ y sont employés. Ces appellations abordent différents aspects distincts qui sont regroupés dans la notion de montage, laquelle doit être étudiée séparément. Avant d'être artificiel (ou complexe en matière de contrats publics), le montage est en effet un montage juridique. Maints auteurs ont étudié ses caractéristiques, soit parce qu'ils s'y intéressaient directement¹⁵⁷, soit parce qu'ils étudiaient certaines de ses manifestations¹⁵⁸. Il faut néanmoins les réexaminer sous le prisme des conditions exposées par la Cour dans l'affaire *Mödling*¹⁵⁹, car il semble que celle-ci ait souhaité réutiliser les éléments de définition des montages juridiques classiques. En ajoutant la notion d'artifice, elle a indiqué que, contrairement à ces derniers, qui peuvent se situer aux frontières de la légalité sans jamais les franchir, ceux qui sont artificiels les ont outrepassées.

481. — Selon la doctrine, deux éléments permettent de les caractériser : la mise en commun de différents actes et le souhait d'atteindre un but particulier.

« [Le] montage juridique est donc un assemblage ou une succession d'actes interdépendants, destinés à produire ou à éviter une situation entièrement nouvelle, tout en générant des effets :

¹⁵³ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd*, aff. C-255/02, préc.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §42.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §62.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §66.

¹⁵⁷ COHEN Daniel, « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999, pp. 261-174 ; DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, Joly, Coll. Pratique des affaires, 1998 ; PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Institut de droit des affaires, 1998.

¹⁵⁸ CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 292, 1998.

¹⁵⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

– différents de ceux qu’aurait engendrés chaque acte pris isolément et puis/ou – différents de ceux qu’aurait produits un acte équivalent légalement et directement applicable »¹⁶⁰.

Ils reposent sur une multitude d’actes qui sont leur « *matière première* »¹⁶¹. Pour les identifier lorsqu’ils sont artificiels, la Cour s’est donc focalisée sur ces éléments. Ainsi a-t-elle constaté dans l’arrêt *Mödling*¹⁶² la présence d’une « *construction artificielle comprenant plusieurs phases distinctes, à savoir la création de la société Abfall, la conclusion avec celle-ci du contrat d’élimination des déchets et la cession de 49 % des parts de cette société à la société Saubermacher* »¹⁶³. Si elle a repris le fait qu’ils reposent sur une multitude d’actes, qu’ils soient contractuels ou unilatéraux, la Cour ne pouvait pas réutiliser le cas d’une convention qui récapitulerait l’ensemble des étapes du montage¹⁶⁴. Ceci est peu probable lorsque le montage est artificiel, puisqu’il semble illogique d’officialiser la volonté de tromper les institutions de l’Union européenne. La chronologie de formation ne peut donc pas être à la lettre celle qui est naturellement prescrite¹⁶⁵.

482. — De plus, puisqu’il est « *le fruit de la rencontre entre l’autonomie de la volonté et l’intelligence* »¹⁶⁶ et qu’il n’entre pas dans les catégories préconçues, le montage implique une certaine insécurité juridique. Ainsi est-il « *impossible dans de nombreuses situations, de dire ab initio si le montage sera validé ou invalidé. Le risque juridique est inhérent au montage du fait de la manipulation des règles de droit qu’il induit* »¹⁶⁷. C’est le point sur lequel insistent le plus les auteurs, puisque la plupart d’entre eux ont choisi l’angle privatiste de la protection des personnes créant des sociétés. Ils se sont par conséquent concentrés sur les intérêts de ces sociétés et l’optimisation de leurs moyens. À l’inverse, ils se sont très peu intéressés à

¹⁶⁰ DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, op. cit., p. 14, n° 20, tel que reproduit in CUTAJAR-RIVIÈRE Chantal, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, op. cit., p. 5, note 1. Le professeur Cohen définit les montages « *comme la coordination d’opérations souvent matériellement distinctes mais conçues et organisées intellectuellement dans une même finalité* » (COHEN Daniel, « La légitimité des montages en droit des sociétés », loc. cit., p. 261). « *Le terme montage est employé pour décrire une situation juridique dans laquelle une ou plusieurs personnes ont assemblé plusieurs actes juridiques pour atteindre un but particulier* » (PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, op. cit., p. 45 pt 32). « *Il renvoie à un assemblage d’éléments et plus précisément, à une combinaison d’actes juridiques imaginée pour réaliser une opération juridique particulière. Il constitue une façon particulière de concevoir le droit* » (ibid., p. 440, pt 733).

¹⁶¹ DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁶² CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d’Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹⁶³ Ibid., §40.

¹⁶⁴ Le professeur Poracchia la nomme « *contrat-cadre* » (PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, op. cit., p. 439). Le professeur Dom développe également cette idée, sous l’expression « *protocole d’accord* » (DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, op. cit., p. 467).

¹⁶⁵ V. notamment DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, op. cit., pp. 455-545.

¹⁶⁶ Ibid., p. 528, pt 898.

¹⁶⁷ PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, op. cit., p. 440, pt 735.



la bonne marche de la concurrence et encore moins au droit de la commande publique. Lorsqu'elle se trouva face à des montages artificiels, la Cour fut moins prompte à saluer la « *volonté innovante* »¹⁶⁸ et la tonification du droit des contrats. Pourtant, le fait de les utiliser comme un instrument permettant de servir des fins particulières, distinctes de celles attribuées à chaque acte pris indépendamment, est inhérent au montage juridique¹⁶⁹. La dérive vers une utilisation frauduleuse n'en est que facilitée. Ainsi, le professeur Terneyre exposait-il qu'ils peuvent viser à satisfaire « *la volonté – affirmée ou diffuse – de s'affranchir de certaines règles contraignantes du droit des marchés publics* »¹⁷⁰. Cette possibilité ne permet cependant pas de recourir à toutes les extravagances. Ainsi, « *s'ils ne peuvent a priori être suspects ou condamnés, les montages ne sauraient cependant être admis sans limite au nom d'une philosophie dite libérale autrefois défendue* »¹⁷¹. Lorsque le montage, même complexe, respecte la réglementation en vigueur, rien ne l'interdit. Adapter les normes aux besoins pratiques ne constitue après tout qu'une réponse à un souci de meilleure gestion des ressources temporelles et financières. Le souci d'optimisation bénéficie d'une légitimité de principe grâce à la flexibilité des catégories juridiques, elle-même dictée par l'irréductibilité de l'autonomie de la volonté¹⁷².

483. — Ce n'est que lorsque l'action devient artificielle qu'elle est susceptible d'être sanctionnée. Tout montage tendant, par exemple, à créer une situation permettant simplement de détourner le mécanisme des seuils sera considéré comme artificiel et sera requalifié en situation abusive, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Mödling*¹⁷³. Se dessine par conséquent ici la frontière entre le simple montage et le montage artificiel et, *ergo*, celle entre ce qui est compatible avec la quasi-régie ou non. S'il est difficile de considérer que certaines formes entreront automatiquement dans la catégorie des montages artificiels, il est néanmoins possible d'aborder deux techniques juridiques qui semblent vouées à être utilisées pour de tels montages : les sociétés écran et les sociétés en sommeil.

¹⁶⁸ CUTAJAR-RIVIÈRE Chantal, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op. cit.*, p. 23, pt 41.

¹⁶⁹ PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op. cit.*, p. 27, pt 17 (v. aussi pt 16).

¹⁷⁰ TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *loc. cit.*, p. 43.

¹⁷¹ COHEN Daniel, « La légitimité des montages en droit des sociétés », *loc. cit.*, p. 261-262.

¹⁷² CUTAJAR-RIVIÈRE Chantal, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷³ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

2) *La difficile utilisation de sociétés écran et de sociétés en sommeil en tant que prestataires intégrés*

484. — Le droit des sociétés fournit plusieurs exemples de « *montages juridiques ingénieux* » qui se sont développés « *spécialement dans la matière des sociétés au centre de la vie des affaires (dans laquelle le calcul des coûts et des rendements est essentielle)* »¹⁷⁴. Si l'acte est bien leur « *matière première* », la société est leur « *articulation* », à tel point qu'elle en devient « *une institution* »¹⁷⁵. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent être tentés de reproduire ces techniques, connues pour favoriser l'opacité et la dissimulation, afin d'usurper le mécanisme des prestations intégrées. Tel est le cas des sociétés écran et des sociétés en sommeil.

485. — La société écran est « *le résultat de l'utilisation dévoyée de la personne morale consistant à créer ou à entretenir une apparence dissociée de la réalité. Elle s'inscrit dans le cadre juridique de l'illicite* »¹⁷⁶. Cette « *technique d'infléchissement des règles d'ordre public* »¹⁷⁷ est principalement utilisée comme moyen d'éluder l'impôt¹⁷⁸, même si elle l'est accessoirement afin de contourner l'obligation d'information contractuelle¹⁷⁹. Les exemples dans le domaine fiscal sont donc nombreux. Les affaires issues de celui-ci au sujet du montage artificiel mettaient d'ailleurs en scène des sociétés écran¹⁸⁰. Les sociétés écran qui sont ici concernées sont celles qui tendent à faire croire que l'entreprise concernée est la filiale d'une autre ou, tout du moins, lui appartient, alors que l'inscription de celle-ci à son capital n'est qu'un prête-nom. Cette hypothèse n'était pas en cause dans l'affaire *Mödling*¹⁸¹. Le montage artificiel créé par la commune autrichienne n'intervenait pas dans le domaine de l'apparence mais plus de la duperie. La société initiale n'est pas faussement apparue comme interorganique. Elle l'a réellement été, pendant une très courte durée. Aucun mécanisme ne venait dissimuler sa composition aux personnes extérieures. Au contraire, la société écran implique une opacité pour des opérations dont le public n'aura pas connaissance. Les techniques sont donc différentes. Il est certain que les sociétés écran peuvent être qualifiées de montages artificiels. Elles

¹⁷⁴ COHEN Daniel, « La légitimité des montages en droit des sociétés », *loc. cit.*, p. 261.

¹⁷⁵ DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁷⁶ CUTAJAR-RIVIÈRE Chantal, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op. cit.*, p. 455, pt 471.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 65.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 73-80.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁸⁰ V. notamment : CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, aff. C-196/04, préc. et CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd*, aff. C-255/02, préc.

¹⁸¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.



sembleraient par conséquent faire partie de ces techniques que les pouvoirs adjudicateurs pourraient trouver tentant d'utiliser pour abuser du droit européen. Cette technique semble néanmoins difficile à mettre en œuvre au vu de la transparence désormais imposée par la commande publique.

486. — Le problème se pose différemment concernant les sociétés en sommeil qui, en cessant temporairement l'activité de l'entité, impliquent également l'opacité et la dissimulation. « *La fraude à la loi réalisée par les fondateurs de sociétés en sommeil emprunte la technique de la simulation. Les actes ostensibles ne sont que des façades élaborées pour cacher leurs desseins* »¹⁸². Concernant les usurpations de situations interorganiques, c'est pour leur aspect anesthésiant qu'elles sont intéressantes. Il peut être envisagé de plonger une entité en sommeil pendant quelques mois puis de la réactiver après avoir effectué des modifications substantielles. Ainsi pourrait-elle devenir l'une des « *situations à rattachement artificiel au droit communautaire* »¹⁸³. Dans l'affaire *Mödling*¹⁸⁴, ce procédé n'a pas été utilisé étant donné que la transformation du capital a été opérée presque parallèlement à la naissance de la société. Or, la plupart des situations d'usurpation se produisent lors de la création ou de la transformation de la société en vue de répondre aux conditions jurisprudentielles, puisque c'est dès l'attribution de la mission que cette entité doit répondre à celles-ci. Il est tout d'abord peu envisageable qu'un pouvoir adjudicateur plonge une société en sommeil dès sa création, puisque ce serait suspect. Créant un délai supplémentaire et inutile, cela serait en outre préjudiciable à l'exécution de la mission qu'il souhaite déléguer. Dans l'hypothèse où l'organisme préexisterait, il faudrait commencer par le sortir de son sommeil. Dans ce cas, deux hypothèses sont envisageables : soit son capital est entièrement public et la mission lui est attribuée sans mise en concurrence, soit il contient des participations privées qui permettent quand même l'exonération d'une telle procédure en vertu des directives, soit il contient des participations privées incompatibles avec la qualification interorganique et cette affectation devra être effectuée conformément aux règles de la commande publique. Dans ce dernier cas, il faudra modifier les modalités de fonctionnement de l'entreprise avant toute passation de contrat. Seules des manipulations ultérieures au statut de société en sommeil pourront donc permettre des fraudes à la quasi-régie, des manœuvres qui

¹⁸² DIENER Pascal, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *loc. cit.*, p. 116, n° 74.

¹⁸³ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁴ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

pourraient être repérées dans le cadre d'une procédure contentieuse, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Mödling*. La Commission a en effet pu rapporter la preuve de l'ouverture du capital de la société concernée et du fait que c'était prévu avant même la création de ladite société. Les sociétés en sommeil semblent en conséquence plus adaptées à la fraude au droit bancaire et fiscal qu'à celle portant sur les règles de mise en concurrence. Un pouvoir adjudicateur qui les choisirait pour usurper une dérogation interorganique ferait un choix peu opportun.

487. — Il en résulte que les formes institutionnalisées du droit des sociétés pouvant être qualifiées de montages artificiels sont envisageables pour bénéficier abusivement de la quasi-régie mais que leur utilisation à cette seule fin serait difficilement appropriée.

488. — Les sociétés *holdings* ne doivent pas être rangées d'office parmi ces instruments à la limite de la légalité. Elles diffèrent en effet des sociétés écran puisqu'elles ont un rôle attitré : détenir des parts dans d'autres personnes morales. Elles ne constituent pas d'office des formes frauduleuses car, si elles sont parfois condamnées, c'est en raison d'irrégularités dans leur formation ou leur exécution, mais pas parce qu'il s'agit de sociétés *holdings*¹⁸⁵. Bien sûr, elles peuvent être travesties, notamment par le « *recours artificiel aux holdings de courte durée* »¹⁸⁶ ; dans un tel cas la qualification interorganique semblerait vouée à être retirée à la société concernée. Néanmoins, il semble impossible de considérer qu'elles seraient automatiquement considérées comme répondant à la définition du montage artificiel exclu du champ d'application de la quasi-régie sous l'empire de la jurisprudence de la Cour. En théorie, un prestataire intégré peut par conséquent être une société *holding*, mais des confirmations jurisprudentielles ou normatives seraient sur ce point souhaitable, compte tenu de la particularité de ce type de société. La Cour n'a en effet pas eu à étudier de telles situations et les directives n'abordent pas véritablement ce point. En outre, l'absence d'une substance économique de ladite société pourrait notamment faire resurgir le spectre du montage artificiel et de l'abus de droit, de telle sorte que dans une telle situation, seule une approche casuistique quand à la réalité de l'existence du prestataire est envisageable. Ce critère de la substance économique est en effet utilisé par les juridictions en matière fiscale, pour distinguer les sociétés *holdings* tendant uniquement à bénéficier frauduleusement d'une législation

¹⁸⁵ CUTAJAR-RIVIÈRE Chantal, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op. cit.*, pp. 37-41.

¹⁸⁶ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 133.



fiscale plus avantageuse¹⁸⁷. Son utilisation dans le cadre de la quasi-régie n'est pas à exclure.

489. — Il semble cependant que la question de la société *holding* soit plus envisageable sous l'angle de sa présence entre des pouvoirs adjudicateurs et les entités prétendument intégrées. Seul cet angle a pour l'heure été présenté à la Cour dans le cadre des affaires soumises à son appréciation au sujet de la quasi-régie, plus précisément dans l'arrêt *Carbotermo*¹⁸⁸. Était en effet en cause un montage « *pour le moins exotique* »¹⁸⁹, posant la question du contrôle analogue indirect, exercé par un pouvoir adjudicateur sur une entité, par le biais d'un troisième organisme. Dans sa réponse, la Cour n'a pas totalement écarté la possibilité d'un contrôle interorganique indirect. Elle a simplement constaté que l'influence du pouvoir adjudicateur en cause ne s'exerçait qu'à travers un intermédiaire et a ensuite affirmé que :

« [l']intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital »¹⁹⁰.

490. — La présence d'une société *holding* n'est donc pas envisagée sous l'angle du montage artificiel, mais simplement sous l'angle de la potentielle distorsion de contrôle qu'il peut entraîner. Une société *holding*, par son statut d'intermédiaire, risquerait en effet d'affaiblir le contrôle. Elle n'est néanmoins pas considérée comme étant interdite ou incompatible d'office avec la quasi-régie. Chaque situation nécessite par conséquent une étude attentive de l'impact de sa présence sur l'existence de l'influence déterminante des pouvoirs adjudicateurs sur l'entité prétendument interorganique.

491. — Finalement, l'arrêt *Mödling* apparaît comme un curseur particulier : celui de la démarcation entre les situations abusives au regard du droit de l'Union et celles qui ne

¹⁸⁷ V. notamment : CE, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 11 mai 2015, *Sté Natixis*, n° 365564 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2015, n° 7, pp. 352-353, note Bernard SAINTOURENS ; *Revue de droit fiscal*, 2015, n° 31, pp. 70-80, comm. n° 526, concl. Émilie BOKDAM-TOGNETTI ; note Nicolas de BOYNES.

¹⁸⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizìo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §37.

¹⁸⁹ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *loc. cit.*, p. 755.

¹⁹⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorziò Alisei contre Comune di Busto Arsizìo et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §39.

le sont pas. Or, il n'exclut que les montages artificiels, participant ainsi à un constat : les montages complexes ne peuvent pas être automatiquement déclarés comme étant incompatibles avec les situations interorganiques. Une telle rencontre présente néanmoins des particularités, notamment concernant la vigilance applicable, qui nécessite par conséquent d'être abordées.

§2. L'absence d'exclusion des montages complexes

492. — L'arrêt *Mödling*¹⁹¹ tend à commander une sanction des utilisations abusives de la qualification de prestataires intégrés. Il nécessite notamment de repérer une intention camouflée d'étendre le capital à des participations privées non admises. En revanche, il n'implique pas l'exclusion des montages complexes, cette notion créée pour regrouper un ensemble de « *catégories intermédiaires ou marginales, dont la présence a pour effet de brouiller un paysage auparavant simple et cohérent* », qui se sont développées pour diversifier les financements des personnes publiques¹⁹². Toutes ces techniques se rejoignent en effet sur l'enjeu de leur mise en œuvre : la réunion de financements extérieurs, par les personnes publiques, pour la réalisation d'équipements. Ils permettent notamment de faire intervenir des capitaux privés dans des situations qui nécessitent de telles constructions mais qui n'entrent pas dans les « *modèles contractuels traditionnels* » que sont la concession de service public ou la concession d'aménagement¹⁹³. Couplés à une diminution des ressources publiques, ces montages tendent également à maximiser les biens des personnes publiques en présence, notamment en conjuguant l'exploitation de dépendances domaniales et la construction d'équipements sur celles-ci. Aux conventions portant sur la construction et leur préfinancement s'ajouteront par conséquent des contrats portant sur leur remboursement en cours d'utilisation par la personne publique ou des conventions de mise à disposition des biens, qui pourront par exemple comprendre des clauses prévoyant des transferts de charges fiscales des personnes publiques propriétaires vers l'exploitant du bien. Ces montages sont par conséquent voués à mêler des contrats aux objets distincts, ainsi que des personnes juridiques distinctes – celles finançant l'ouvrage pouvant être différentes de celles qui le construisent et de celles qui seront ensuite amenées à l'utiliser pendant une durée souvent prédéterminée par le contrat. Cette multiplicité implique nécessairement la question de la mesure dans laquelle ces contrats peuvent également être interorganiques.

493. — Si l'on s'en tient à une définition des montages complexes sous l'angle de l'attrait qu'ils représentent pour les capitaux privés, la question de leur combinaison avec

¹⁹¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

¹⁹² MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, thèse, dactyl., 2004, p. 236.

¹⁹³ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Le Moniteur, Coll. Essentiels Experts/Contrats publics locaux, 3^{ème} éd., 2012, pp. 12-13.

une entité interorganique peut sembler inappropriée. Une telle combinaison semblait en effet difficilement compatible avec le principe posé par la Cour, en vertu duquel le capital des prestataires intégrés ne pouvait être composé que de participations de pouvoirs adjudicateurs qui devaient être des autorités publiques¹⁹⁴. Cette incompatibilité explique peut être que ces deux mécanismes ne semblent pas réellement avoir été exploités conjointement par les acteurs juridiques jusqu'à maintenant. Elle rejoint en outre le fait que les montages complexes ne sont pas automatiquement soumis aux procédures de passation des contrats publics, ce qui diminuait l'intérêt pour la quasi-régie, dont la qualité première est de réduire ces procédures.

494. — La rencontre entre quasi-régie et montage complexe n'a jamais été impossible. La Cour n'a jamais exclu la possible implication de prestataires interorganiques à de telles constructions et ni le droit dérivé, ni le droit interne relatif aux contrats publics dans leur ensemble ou eux montages complexes en particulier ne contiennent une telle prohibition. La rencontre de ces deux constructions juridiques est par conséquent tout à fait envisageable : les deux instruments sont compatibles **(A)**, la probabilité qu'ils soient conjugués semblant même avoir été renforcée par les directives « marchés » et « concessions »¹⁹⁵ **(B)**.

A. Une absence d'incompatibilité de principe avec la quasi-régie

495. — L'expression « montages complexes » (ou « marchés de partenariat ») n'est qu'un nom accolé sur un ensemble hétérogène. Les baux emphytéotiques administratifs, les baux emphytéotiques hospitaliers, les autorisations d'occupation du territoire ou encore le contrat de partenariat, ne sont que des exemples de ce que peut constituer un montage complexe. Ils sont par ailleurs potentiellement utilisables pour des montages contractuels qui mêleraient leur mise en œuvre, de telle sorte que leur catégorisation est elle-même ardue.

496. — La diversité recouverte par l'expression « montages complexes » en fait une catégorie éparpillée et difficile à définir, ce qui rend impossible l'utilisation d'une définition qui pourrait être utilisée pour déclarer que cette catégorie serait compatible

¹⁹⁴ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

¹⁹⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.



avec la quasi-régie (1). Il est néanmoins possible de se prononcer sur leur compatibilité d'ensemble, en écartant des arguments qui, pourtant, sembleraient les opposer (2).

1) *L'impossible utilisation d'une définition du montage complexe pour évaluer sa compatibilité avec la quasi-régie*

497. — Plus encline à représenter une réalité économique que juridique, la technique du montage complexe englobe une grande diversité de méthodes, mises au service d'objectifs divers allant de l'assistance d'opérateurs privés au développement économique à la réalisation d'équipements publics¹⁹⁶. Reconnus au niveau européen¹⁹⁷, les montages complexes ne sont pas pour autant clairement délimités. Les écrits dont ils font l'objet proposent des catégorisations plus que des définitions globales. Ainsi est-il désormais notoire que, si le montage est « *par définition complexe* »¹⁹⁸, celui qui est expressément désigné ainsi devra revêtir certaines caractéristiques topiques. Il s'agit d'une situation qui ne correspond pas à un schéma préétabli et qui repose sur une « *construction intellectuelle* » « *destinée à réaliser une opération juridique prédéterminée* » et « *aboutissant à la mise au point de plusieurs actes contractuels poursuivant un objectif commun, ou à la rédaction d'un contrat à objets multiples* »¹⁹⁹. Par conséquent, ils ne peuvent être assimilés aux groupes de contrats. Ceux-ci se composent en effet d'une convention principale autour de laquelle en gravitent d'autres, qui permettent de sous-contracter²⁰⁰. Ils diffèrent en conséquence des montages complexes, lesquels superposent des contrats de type divers tant horizontalement que verticalement, sur des durées variables. Ce sont ces regroupements intervenant à différents niveaux, qui caractérisent l'incertitude et donc la complexité du montage concerné. Cette incertitude ne revêt néanmoins pas le même degré selon les types de montages complexes. Il est en effet possible de les subdiviser en deux sous-catégories. Il convient d'abord identifier ceux qui sont qualifiés ainsi par

¹⁹⁶ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiels Experts/Contrats publics locaux, 2012, pp. 10-18.

¹⁹⁷ Le professeur Terneyre expose que cette reconnaissance date du projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics (*JOCE*, 7 avril 1999, C 94/4) (TERNEYRE Philippe, « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », *LPA*, 2000, n° 23, pp. 39-45, p. 39).

¹⁹⁸ PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op. cit.*, p. 18 pt 4. « *Le montage suppose un agencement volontaire d'éléments divers. Il ne peut donc être constitué d'un élément unique, simple* » (*ibid.*, p. 18, pt 4, note 16).

¹⁹⁹ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁰ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2013, p. 100, pt 77.

défaut, parce qu'ils ne peuvent pas être classés autrement mais répondent à des normes clairement établies²⁰¹. Doivent ensuite être isolés ceux qui sont considérés comme des montages complexes parce qu'ils sont constitués *ad hoc*. Les premiers regroupent tant des reproductions parfaites des conventions classiques du droit privé, comme le bail emphytéotique, que des instruments plus communs du droit administratif. Les seconds concentrent toutes les constructions qui ne répondent pas à des schémas prédéterminés. Leur point commun est que tous ont maints objets ou relient plusieurs personnes distinctes. Néanmoins, le taux d'incertitude sera nécessairement plus fort pour les montages complexes *ad hoc*, même si les conditions de mise en œuvre joueront nécessairement sur le curseur. Quelle que soit la position de ce curseur, l'incertitude sera toujours présente, puisque le mot complexe ne revêt pas ici le sens qu'on lui attribue couramment. Son utilisation n'y est pas la même que celle qui est à l'origine de déclarations telles que « [I]es amoureux des paradoxes devraient faire du droit ; le bonheur leur est promis »²⁰². Dans la locution « montages complexes », ce terme n'est pas seulement le contraire de la simplicité et ne doit donc pas être assimilé à ce qui est compliqué²⁰³. Il impose que soient présentes des « zones d'ombre [...] en ce qui concerne (alternativement) sa notion et/ou sa nature juridique et/ou sa qualification juridique et/ou son régime juridique. »²⁰⁴ Là encore, des degrés existent en fonction des montages concernés puisque la formule ne concerne pas réellement un ensemble juridique déterminé, de multiples formes étant susceptibles d'être qualifiées ainsi. Cette multiplicité rend difficile un énoncé de principe quant à leur compatibilité avec la quasi-régie.

498. — C'est notamment cette complexité qui les différencie des partenariats public-privé. Ceux-ci peuvent être des montages complexes mais ils ne le sont pas systématiquement. Il en résulte que les champs d'application de ces deux concepts ne se recouvrent pas, ce qui explique qu'ils puissent être traités différemment sous l'angle de la dérogation ci-étudiée. Certes, il serait difficile de faire appel au terme « définition », puisque l'on n'en dispose ni pour les montages complexes, ni pour les partenariats

²⁰¹ Il s'agit là de ceux qui sont généralement étudiés dans les ouvrages consacrés aux montages complexes, v. notamment les études suivantes : SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, op. cit. ; MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, op. cit. ; GRELIER WYCKOFF Patricia, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique : la conception-réalisation ; le partenariat public privé (PPP : BEA, AOT, CP)*, Eyrolles, Coll. Mémento BTP, 2012 ; SIGOYER (de) Valérie, MCDONALD Mott, HINDERER Éric et COLIN Jean-Baptiste, *Exécution des montages contractuels complexes*, Le Moniteur, Coll. Pratique du droit, 2015.

²⁰² BOTTEGHI Damien et LIEBER Sophie-Justine, « Le document juridictionnel, la transparence et la complexité », *AJDA*, 2010, n° 20, pp. 1133-1138, p. 1133.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 29-32.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 34-35.



public-privé²⁰⁵. Dans les deux cas, seuls des éléments de caractérisation ont été établis. La complexité ne fait pas partie des éléments fixés au niveau européen concernant les partenariats public-privé²⁰⁶, bien qu'elle puisse parfois intervenir pour déterminer la procédure à suivre²⁰⁷. En revanche, ces deux instruments ont en commun le fait d'être en général intéressants pour les personnes publiques parce qu'ils permettent d'impliquer des capitaux privés²⁰⁸, résolvant ainsi maintes difficultés de financement. Les constructions entre personnes publiques restent une possibilité, d'autant que le climat de suspicion de ces dernières années a freiné certains investisseurs privés.

499. — Le montage complexe n'est pas une catégorie dont peut être dressée une liste d'exemples précise et exhaustive. Il tire sa flexibilité de ce que les acteurs juridiques sont constamment susceptibles d'en créer de nouveaux. De là résulte la première difficulté dans sa confrontation avec la quasi-régie : il est impossible d'utiliser une définition réellement figée pour la comparer à celle, existante, de la dérogation interorganique. Peuvent néanmoins lui être reconnues des caractéristiques particulières, notamment concernant les objectifs qu'elle tend à accomplir, qui fournissent plusieurs indices quant à son absence d'incompatibilité de principe avec les mécanismes interorganiques.

2) *La compatibilité des objectifs visés par la quasi-régie et par les montages complexes*

500. — Les motivations qui sous-tendent les montages complexes ne sont pas totalement étrangères à celles des prestations interorganiques. Il s'agit toujours d'octroyer plus de marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs, lesquels sont

²⁰⁵ « Le terme partenariat public-privé (« PPP ») n'est pas défini au niveau communautaire. Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service » (Commission, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final, *op. cit.*, p. 3, n° 1).

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 3, n° 2.

²⁰⁷ Ainsi est-elle citée par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat pour définir si c'est un dialogue compétitif ou une procédure d'appel d'offres qui doit être mise en œuvre (Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, préc. ; sur ces procédures, v. : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 601-603, pts 1501-1509).

²⁰⁸ « Élaborées par les décideurs publics, ces constructions juridiques se décomposent parfois en plusieurs conventions (marché et délégation de service public, par exemple) qui échappent à la notion de marché public et font intervenir, le plus souvent des structures de droit privé (contrôlées en réalité par les acheteurs publics) » (PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 308-309).

principalement des collectivités, afin de leur permettre d'exercer leur libre administration²⁰⁹ et leur liberté contractuelle²¹⁰. La multiplication des financements facilite en effet leur exercice. Réunis par une même justification d'ensemble, ces deux mécanismes la mettent en œuvre différemment mais ces divergences relèvent plus de la complémentarité que de l'antinomie. Plusieurs arguments doivent être écartés afin de le démontrer.

501. — Premièrement, il est vrai que la quasi-régie répond à des critères préétablis, ce qui pourrait être présenté comme étant incompatible avec cette « *ingénierie contractuelle* »²¹¹ qui pousse les montages complexes au développement de techniques diversifiées et hétérogènes. L'existence d'une relation interorganique nécessite de vérifier systématiquement, avant la passation d'un contrat en son sein entre ses acteurs, que l'entité intégrée répond toujours aux conditions posées en matière de participation, de contrôle et de part d'activité. Pourtant, elle ne constitue qu'un cadre malléable : les structures pouvant bénéficier de la qualification interorganique sont diversifiées²¹². Il en résulte que sa logique n'est pas totalement incompatible avec le renouvellement constant des montages complexes.

502. — Deuxièmement, la question des mouvements opérés par ces notions doit être abordée. Certes, les objectifs des montages complexes sont de centraliser les procédures²¹³ et de combler les pénuries en transférant « *certaines charges financières, foncières, humaines et techniques sur le cocontractant* »²¹⁴. Ils impliquent en conséquence un transfert de risques, mettant en œuvre un raisonnement inverse à celui de la quasi-régie. Alors que celle-ci permet au pouvoir adjudicateur d'investir l'ensemble de la structure d'une autre entité formellement distincte, les montages complexes lui permettent d'utiliser d'autres entités pour le seconder dans l'exécution de missions de grande ampleur. Le pouvoir adjudicateur investira presque entièrement le mode de fonctionnement de son prestataire quasi interne, de son capital à ses missions. Au contraire, lorsqu'il prend part à un montage complexe, il n'a pas vocation à s'approprier

²⁰⁹ TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° spécial, pp. 43-58, p. 44.

²¹⁰ V. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §1.

²¹¹ MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, *op. cit.*, p. 236.

²¹² *Ibid.*

²¹³ « *Et, de fait, puisque de nombreuses entreprises [...] sont désormais capables tout à la fois de concevoir, de construire et d'exploiter un ouvrage public siège d'un service public, – pourquoi ne pas conclure un seul contrat complexe - porteur de diverses économies d'échelle et de simplicité apparente – plutôt que la conclusion, après des procédures longues, coûteuses et difficiles à mener, de plusieurs marchés publics ?* » (TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *loc. cit.*, p. 46).

²¹⁴ *Ibid.*, p. 44.



structurellement ses partenaires. Les mécaniques peuvent par conséquent sembler inversées. Néanmoins, la participation d'une, voire de plusieurs relations interorganiques, au sein d'un montage complexe plus global, n'est pas exclue. Elle pourrait notamment permettre de cumuler l'intervention parallèle de personnes privées apportant des fonds et de prestataires interorganiques qui ne comporteraient pas de participations d'opérateurs économiques.

503. — Troisièmement, un dernier contre-argument doit être évincé, celui en vertu duquel l'ampleur de ce qui est mis en œuvre dans le cadre des montages complexes n'est pas comparable aux prestations quasi internes. Au cercle fermé qui caractérise la quasi-régie, les montages complexes répondraient par une multitude de relations entre entités indépendantes les unes des autres. Les missions effectuées seraient multiples, contrairement aux prestations intégrées qui ne permettraient que de se focaliser sur une tâche particulière. Or, l'argument de la nécessaire unité des tâches confiées aux entités interorganiques semble livrer une vision étriquée des potentialités de la quasi-régie. Les prestataires intégrés, s'ils doivent exercer la plus grande part d'activité (80%²¹⁵) avec leurs détenteurs, ne sont pas obligés de se concentrer sur une seule mission. La quasi-régie n'interdit pas la possibilité de conventions mixtes, qui « *confient au cocontractant tout à la fois la réalisation d'un travail immobilier et l'exécution d'une prestation de nature distincte (service, fourniture, perception de droits de place dans les marchés...)* »²¹⁶. Parallèlement, rien n'interdit que les contrats qui lui sont confiés portent sur des opérations distinctes. Un détenteur peut en conséquence adjoindre au contrat confiant une mission à son prestataire intégré une convention portant sur l'occupation d'une parcelle de son domaine public, pour que ledit prestataire puisse exercer la tâche qui lui a été confiée. Par ailleurs, un montage complexe n'empêche pas le fractionnement des tâches, en faisant intervenir des personnes morales différentes à chaque étape. Il semble même voué à concerner principalement de tels fractionnements, puisqu'il tend précisément à concerner des situations qui nécessitent un enchevêtrement d'objets contractuels et de cocontractants. Un pouvoir adjudicateur pourrait par conséquent négocier pour que ce soit l'un de ses prestataires intégrés qui exécute l'une des tâches contribuant à la construction d'un

²¹⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b et 17.3.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b et 12.3.b.

²¹⁶ MALINVAUD Philippe (dir.), *Droit de la construction*, Édition 2014-1015, 6^{ème} éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2013, p. 968, pt 410.400.

ouvrage public, ce qui permettrait de cumuler les avantages financiers du montage complexe avec les avantages du mécanisme interorganique.

504. — En conclusion, il est impossible de déclarer que les montages complexes ne pourront jamais être conjugués à la qualification interorganique. Leur situation n'est par conséquent pas similaire à celle des montages artificiels. La Cour administrative d'appel de Paris a d'ailleurs déjà reconnu la possibilité d'un bail emphytéotique administratif interorganique²¹⁷. Néanmoins, il existerait une certaine dangerosité à administrer un blanc-seing quant à leur compatibilité avec l'ensemble de cette catégorie. Cela pourrait notamment entraîner une utilisation déraisonnable de leur combinaison et entraîner l'établissement de structures inadaptées aux projets des pouvoirs adjudicateurs concernés²¹⁸, d'autant plus que les pouvoirs adjudicateurs connaissent encore des lacunes en matière d'expertise, notamment concernant les marchés complexes²¹⁹. En outre, leur rencontre appelle forcément de nombreuses nuances, du fait du polymorphisme des montages complexes. Elle doit surtout gouverner une vigilance accrue dans sa mise en œuvre, dès lors que la singularité des montages complexes peut rendre précaire le maintien de la qualification interorganique.

B. Une conformité accrue devant entraîner une vigilance constante

505. — La qualification interorganique nécessite par nature une vigilance constante. Elle est conditionnée au maintien de ses trois critères, de telle sorte que « [d]emeure donc toujours un risque de requalification de la relation. »²²⁰ Chaque contrat passé entre un prestataire et son détenteur doit par conséquent faire l'objet d'une vérification préalable quant à l'état des relations qui les lient et quant aux conséquences du contrat qu'ils vont passer sur cette relation. Une telle vigilance doit être encore accrue lors de la conjugaison de ce type de structure avec des montages complexes. En matière de montages contractuels, les personnes publiques ont en effet une tendance à agir trop

²¹⁷ CAA Paris, 4^{ème} Chambre, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380, préc.

²¹⁸ Cette mise en garde a déjà été formulée par Maître Mouriesse, concernant plus largement l'opportunité à utiliser les montages complexes : leur simple utilisation pour déroger aux règles de concurrence entraînerait un surcoût éventuel qui n'existe pas dans le cadre de techniques traditionnelles (MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, op. cit., p. 275).

²¹⁹ Ainsi que le relevait la Commission dans sa proposition au Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2012 (COM(2011) 896 final 2011/0438 (COD), p. 13).

²²⁰ LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », loc. cit., p. 555.



rapidement, sans en maîtriser suffisamment les données²²¹, ce qui a plusieurs fois été souligné par la Cour des comptes²²². Il en résulte que la participation de prestataires interorganiques à des montages complexes sur le simple fondement de l'exonération de mise en concurrence qu'ils entraînent ne semble pas être une justification suffisante pour les impliquer. Il faut que leur participation corresponde réellement au projet d'ensemble qui doit être mis en place. Une fois qu'elle est actée, celle-ci doit ensuite faire l'objet d'une vigilance constante, chaque relation contractuelle du prestataire intégré devant être étudiée en fonction de son cocontractant pour déterminer si l'exonération de mise en concurrence peut être valide. En outre, l'accumulation entre les différentes techniques permet de cumuler différents types de dérogations, notamment en ce qui concerne celles liées au domaine d'intervention, au premier titre desquelles l'exonération dont bénéficient les conventions d'occupation du domaine public grâce à l'arrêt *Stade Jean Bouin*²²³.

506. — Dans le cadre d'un montage complexe, il est par conséquent cardinal de distinguer chaque opération et les dérogations concurrentielles afférentes **(2)**. C'est d'autant plus le cas que les directives semblent avoir accru la probabilité que des opérateurs dédiés participent à des montages complexes **(1)**.

1) Des combinaisons favorisées par les directives

507. — Il est important de ne pas se méprendre quant à l'utilisation du terme « favorisé » dans le cas présent. Il ne s'agit pas d'exposer que le Parlement européen et le

²²¹ V. notamment, dans le cas particulier des baux emphytéotiques hospitaliers : NOGUELLOU Rozen, « Le BEH de l'hôpital sud francilien », *Droit administratif*, 2015, n° 3, pp. 3-4, alerte n° 18.

²²² V. notamment : Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, in Rapport public 2015, La Documentation française, 4 vol., 2015 (tel que cité in : NOGUELLOU Rozen, *ibid.*).

²²³ CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin contre Sté Paris Tennis*, n° 338272 et 338527, ECLI:FR:CESEC:2010:338272.20101203 ; JurisData n° 2010-022712 ; *Rec.*, 2010, p. 472, concl. Nathalie ESCAUT ; *AJDA*, 2010, p. 2343, obs. Rémi GRAND ; *AJDA*, 2011, p. 18, étude Sophie NICINSKI et Emmanuel GLASER ; *AJCT*, 2011, p. 37, obs. Jean-David DREYFUS ; *BJCL*, 2011, n° 5, p. 315, chron. Fabien HOFFMANN ; *BJCP*, 2011, n° 74, p. 36, avec les concl. ; *CMP*, 2011, n° 1, p. 38, comm. n° 25, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 2, p. 36, comm. n° 17, note François BRENET et Fabrice MELLERAY ; *LPA*, 4 mai 2011, n° 88, p. 3, note Éric Baron et David TARON ; *LPA*, 26 mai 2011 n° 104, p. 8, note Philippe JUEN ; *RDI*, 2011, p. 162, obs. Stéphane BRACONNIER et Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2011, p. 496, obs. Jean-Philippe KOVAR ; *RJEP*, 2011, n° 685, p. 25, comm. n° 20, note Christine MAUGÛÉ ; *JCP G*, 2010, n° 50, p. 2341, act. n° 1246, par Jean-Gabriel SORBARA ; *JCP A*, 2011, n° 5, p. 41, comm. n° 2043, note Claude DEVÈS ; *Revue Lamy concurrence*, 2011, n° 26, p. 45, n° 1737, note Guylain CLAMOUR.

Conseil ont encouragé l'empilement des structures et types de montages. En revanche, l'étude des directives semble permettre de remarquer que ces acteurs ont facilité, par l'adoption de différents assouplissements, la rencontre entre quasi-régie et montages complexes. La redéfinition des types de participations admises en son sein devrait en effet le favoriser, tout comme la reconnaissance des possibles relations interorganiques ascendantes, d'autant plus que ces données peuvent se recouper. La description de ces hypothèses peut sembler relever du cas d'école mais elle tend à révéler les potentialités des évolutions parallèles des différentes dérogations, tout en rappelant la surveillance constante dont celles-ci doivent faire l'objet.

508. — Il semble en effet envisageable de conjuguer ces différentes évolutions pour mêler les entités interorganiques à d'autres entités au sein de montages complexes. Désormais la sphère interorganique n'exclut plus automatiquement les participations privées. De plus, le cumul des possibles participations privées – même bridées – et de la possibilité de voir agir conjointement des structures bénéficiant de dérogations, telles que celles bénéficiant par exemple de la « procédure *Acoset* », pourrait notamment être envisagé. Serait notamment envisageable une procédure contractuelle d'ensemble qui permettrait de trouver une structure compatible avec la « procédure *Acoset* » tout en faisant intervenir, parallèlement, des entités interorganiques. Simplement, la construction d'un tel montage devra être extrêmement méticuleuse. Sur le plan de la passation, il faut déterminer avec certitude quel contrat peut bénéficier d'exonérations en matière de mise en concurrence et dans quelle mesure. Au stade de l'exécution, il faudra s'assurer de ne pas dévoyer le mécanisme interorganique. Une vigilance particulière doit en outre porter sur les effets juridiques de la dérogation interorganique, ceux-ci ne devant pas être étendus à d'autres opérations contractuelles simultanées qui n'en remplissent pas les conditions. Peut notamment être envisagée une situation dans laquelle un montage comprendrait une phase de construction d'ouvrages destinés à être loués et la période de location de ces ouvrages, destinés à rentabiliser leur construction. Un prestataire intégré devant louer l'un de ces biens finaux pourrait être amené à contracter, dans le cadre du montage, avec l'une des structures participant à la construction. Ce peut notamment être le cas s'il souhaite que lui soient fournies des prestations supplémentaires permettant un meilleur exercice de son activité. Une autre hypothèse peut être exposée. Elle concerne un montage faisant intervenir un prestataire intégré pour livrer des prestations parallèlement à l'intervention d'autres entités. Si la mise en œuvre de l'opération au cœur du montage révèle en cours d'exécution qu'il est nécessaire de modifier les relations entre les intervenants, ce qui est par ailleurs favorisé par les aléas encadrant certaines opérations, il faudra, comme dans la première hypothèse, passer des contrats. Il convient



de retenir que la qualité du cocontractant n'a pas d'impact sur la capacité du prestataire intégré à contracter sans mise en concurrence préalable. Il ne peut contracter librement que s'il conclut un contrat avec son détenteur (le singulier étant ici cardinal) ou avec l'un de ses autres prestataires intégrés²²⁴.

509. — La distinction pourra en outre se brouiller si participent au montage complexe des entités détenues par les mêmes détenteurs mais ne bénéficiant pas des mêmes dérogations. C'est notamment le cas si une entité bénéficiant de la « procédure *Acoset* » est en cause : celle-ci ne devra surtout pas être assimilée à un prestataire intégré car les effets liés à ces deux entités ne sont pas interchangeables. Ce sera d'autant plus complexe que dans le cadre de montages complexes, peuvent se côtoyer des opérations qui ne nécessitent pas une mise en concurrence préalable, comme des conventions d'occupation du domaine public, et des opérations qui, quant à elles, ne permettent pas de déroger à l'obligation de mettre en œuvre lesdites procédures. Dans une telle situation, mêlant de relations contractuelle de types divers, il est cardinal de décomposer les étapes du processus. L'exposé de différentes hypothèses envisageables le démontre, la vigilance à appliquer devra être guidée par les particularités de chaque situation.

2) Une mise en œuvre subordonnée à une vigilance constante

510. — De nombreuses hypothèses témoignent des problématiques qui doivent être étudiées lors de l'intégration d'une structure quasi interne à un montage complexe. Plusieurs combinaisons non exhaustives sont en réalité envisageables, chacune impliquant des questionnements particuliers.

511. — Le premier cas est celui dans lequel la structure intégrée participerait à un montage qui aurait été établi à l'initiative de son détenteur. Dans ce cadre, l'influence exercée par le second sur la première ne serait pas altérée. La réalité de la relation interorganique persisterait mais ce sont ses limites en matière de régime qui pourraient être éprouvées, principalement dans le cadre d'un montage complexe établi avec d'autres prestataires intégrés ayant le même détenteur. Étant donné que les directives ont étendu

²²⁴ Conformément à ce qui est prescrit par les directives « marchés » et « concessions » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2).

le champ d'application des exonérations de mise en concurrence découlant du contrat interorganique, il faut prendre garde à son champ d'application. C'est notamment le cas lorsque participe au montage une entité bénéficiant de la « procédure *Acoset* ». Depuis 2014 en effet, les entités interorganiques détenues par le même pouvoir adjudicateur peuvent, outre les contrats qu'elles passent librement avec lui, contracter librement entre elles. Cette hypothèse n'a cependant pas été étendue à toutes les entités détenues par le même pouvoir adjudicateur, seulement à celles bénéficiant de la qualification interorganique²²⁵. En conséquence, pour tout contrat passé avec une structure bénéficiant de la « procédure *Acoset* », les procédures de mise en concurrence devront être appliquées, quand bien même cette entité serait-elle détenue notamment par un pouvoir adjudicateur qui détient, seul, un prestataire intégré cocontractant. La seule exception semble être celle de l'hypothèse où cette structure est elle-même détenue en partie par le prestataire intégré et qu'est en cause l'attribution initiale de la mission, passée conjointement au choix des associés privés de la société concernée²²⁶. Sur le plan du maintien de la relation interorganique cependant, une telle situation ne semble pas problématique, dès lors que son détenteur est présent, le maintien de la part d'activité exercée pour lui semble pouvoir être respecté, même si ce sera au prix d'une vérification constante.

512. — Tel n'est pas systématiquement ce qui se produira dans la deuxième hypothèse. Celle-ci correspond aux cas dans lesquels un détenteur et son prestataire intégré participeraient à un montage complexe plus global, sans pour autant l'initier. Un prestataire intégré et son détenteur interorganique pourraient ainsi prendre part à un contrat de partenariat. Dans ce cadre, le prestataire intégré n'a pas l'obligation de contracter uniquement avec son détenteur pour que sa qualification interorganique soit maintenue. Si les dispositions concernant les sociétés publiques locales imposent que celles-ci exercent leur activité exclusivement pour le compte de leurs actionnaires, il s'agit d'une interprétation restrictive du droit européen, qui permet qu'un prestataire intégré exerce 20% ou moins de son activité avec d'autres personnes juridiques²²⁷. Dans ce cadre, il a ainsi le droit de se voir confier des prestations par d'autres opérateurs économiques ou par d'autres pouvoirs adjudicateurs. Si ce sont des opérateurs à capitaux

²²⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.

²²⁶ Sur les modalités de mise en œuvre de la « procédure *Acoset* », v. *supra*, Chapitre 1, Section 1, §2, A.

²²⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b.



privés qui ne sont pas des organismes de droit public, il faudra veiller à respecter le critère des participations privées directes²²⁸. Ainsi, la structure quasi interne ne peut contracter avec ces opérateurs que si ce contrat ne donne lieu qu'à des rémunérations, et pas à des prises de participation à son capital. Si les opérateurs économiques peuvent en outre prendre des participations au capital de la structure quasi interne, il faudra dans une telle hypothèse être vigilant sur deux points cumulatifs. Premièrement, il est cardinal de veiller à ce que les prises de participation ne s'accompagnent d'aucune capacité de blocage ou d'influence décisive sur ses décisions²²⁹. À défaut, l'entité en cause pourrait perdre la qualification interorganique. Secondement, cette dernière doit continuer à exercer 80% de son activité avec ses détenteurs. Si ce n'est pas le cas, alors plusieurs hypothèses devront être envisagées. Un contrôle conjoint peut tout d'abord être projeté, si les personnes juridiques avec lesquelles l'entité interorganique contracte dans le cadre du montage complexe remplissent les conditions d'un tel contrôle. Peut ensuite être envisagée une restructuration de la relation interorganique – si, par exemple, le prestataire est amené à contracter pour une très large part avec un pouvoir adjudicateur qui remplit les conditions des détenteurs interorganiques, il peut être préférable d'en faire son nouveau détenteur. Dans le dernier cas, c'est une perte de la qualification interorganique qui semble s'imposer. La perte de la qualité de prestataire intégré est par conséquent possible dans le cadre d'un montage complexe, ce qui nécessite une véritable étude avant toute implication dans un montage complexe initié par d'autres pouvoirs adjudicateurs que les détenteurs du prestataire intégré. Les conséquences doivent en effet être appréhendées, afin que la sécurité des relations contractuelles entre les acteurs interorganiques ne soit pas menacée.

513. — La troisième hypothèse concerne les montages complexes initiés par les prestataires intégrés eux-mêmes. La quasi-régie ascendante – concernant les contrats attribués sans mise en concurrence, par un prestataire intégré, à son détenteur unique – et la possibilité de participations privées le permettent. En outre, le prestataire intégré peut trouver des financements par le biais du recours à l'emprunt auprès banques qui, comme l'autofinancement par la fiscalité et les subventions, ne sont pas considérés

²²⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c.

comme des financements privés²³⁰. Par conséquent, la participation d'une banque à un montage complexe ne peut pas être considérée comme une raison d'exclusion d'office de la qualification interorganique. Celle-ci ne peut être écartée que si l'établissement concerné injecte des capitaux en son nom et non par le biais d'un prêt. Tout apport au capital du cocontractant qui ne provient pas de ces modes de financement sera considéré comme une prise de participation privée, qui devra faire l'objet d'une étude approfondie, afin de déterminer s'il mettra la quasi-régie hors de cause. Cette hypothèse permet également de rappeler que les prestataires intégrés peuvent eux-mêmes créer des mécanismes interorganiques et, en conséquence, faire participer leurs opérateurs dédiés à des montages complexes. Dans le cadre plus large de la situation dans laquelle le prestataire intégré est à l'origine du montage, il semble se positionner en pouvoir adjudicateur et non en fournisseur de prestations. Dès lors, la part de chiffre d'affaires qu'il exerce et, par conséquent, sa part d'activité, ne sera pas forcément atteinte. En outre, si c'est pour l'exécution de « tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle »²³¹, la part d'activité semble pouvoir être maintenue. Des confirmations contentieuses sembleraient néanmoins souhaitables.

514. — La quatrième hypothèse concerne les prestataires quasi internes qui souhaiteraient participer à un montage complexe n'impliquant pas leurs détenteurs. Les mêmes conditions que celles qui viennent d'être énoncées doivent alors être respectées. Cette situation pose plus de problématiques sous l'angle de la quasi-régie que sous celui du montage complexe, puisque la structure intégrée ne conservera pas cette qualification si la tâche qui lui est confiée occupe une place trop importante dans son chiffre d'affaires. La remise en cause des conditions n'est pourtant pas une fatalité, puisque les missions effectuées dans ce nouveau cadre peuvent conserver une place marginale dans

²²⁹ Conformément à ce qui est prévu par les directives (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c et 17.3.c).

²³⁰ V. notamment : MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, op. cit., p. 21.

²³¹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b. ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b. La même solution semble pouvoir s'imposer en matière de pluri-détention car les dispositions de ces directives imposent des conditions similaires (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.b. ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.b).



ses missions quotidiennes, au même titre que celles qui ne sont pas exercées sur demande de son détenteur.

515. — Aux avertissements particuliers ayant trait à chaque situation doit être ajouté un dernier point, devant plus généralement faire l'objet de la vigilance des acteurs interorganiques. Les montages complexes intervenant fréquemment en matière de travaux, les personnes publiques qui en sont à l'initiative devront fréquemment respecter les dispositions de la loi dite MOP²³². Particularité française « *absente de la directive 2004/18 (et de la directive 2014/24) comme elle l'était de la directive 93/37* »²³³, celle-ci impose à certaines personnes juridiques – principalement des personnes publiques, mais pas uniquement puisqu'il existe des « *maîtrise[s] d'ouvrage privé* »²³⁴ – d'assurer la maîtrise d'ouvrage lors de la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation²³⁵. Limitée dans son objet, elle ne prend pas les pouvoirs adjudicateurs en tant que critère de référence et ne recouvre donc pas le champ d'application de la quasi-régie. Se pose néanmoins la question de sa rencontre avec ce mécanisme. Dans une telle situation, il est impossible de considérer que la loi MOP remplirait automatiquement les conditions nécessaires à l'existence d'une relation interorganique. Assurer la maîtrise d'ouvrage correspond en effet à contrôler la mise en œuvre de la construction. Cela consiste notamment à assurer la direction technique de tout ce qui a trait à la construction de l'ouvrage, ce à quoi s'ajoute le fait que le maître d'ouvrage en devienne propriétaire à la date de son achèvement²³⁶. La logique est clairement distincte de celle de la quasi-régie. De plus, la consistance de la maîtrise d'ouvrage varie en fonction des instruments mis en œuvre, la loi MOP²³⁷ connaissant « *à présent de nombreux cas particuliers et dérogations qui forment un patchwork assez*

²³² Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF* du 13 juillet 1985, p. 7914.

²³³ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 354, n° 773.

²³⁴ GRELIER WYCKOFF Patricia, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique : La conception-réalisation ; Le partenariat public privé (PPP : BEA, AOT, CP)*, *op. cit.*, p. XIV.

²³⁵ Pour ce qui est des pouvoirs adjudicateurs personnes publiques en France en tout cas, cela est imposé par la loi MOP dans maintes hypothèses (v. notamment : COSSALTER Philippe, « Maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre. Principes généraux », *JurisClassiqueur*, fasc. n° 652, 2008 (dernière mise à jour au 25 novembre 2008) ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 353-354, pt 771).

²³⁶ V. notamment : MALINVAUD Philippe (dir.), *Droit de la construction, Édition 2014-1015*, *op. cit.*, p. 927, pt 412.40.

²³⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, préc.

déroutant »²³⁸. Partant, il est impossible de considérer que tout pouvoir adjudicateur qui se verrait attribué le rôle de maître d'ouvrage tombera également sous le coup de la qualification de détenteur interorganique. Il est par conséquent cardinal de vérifier que, lorsque ces mécanismes se croisent, leurs critères propres de mise en œuvre soient bien respectés

²³⁸ COUETTE Bertrand, *Guide pratique de la loi MOP*, 2^{ème} éd., Eyrolles, Coll. Blanche BTP, 2010, p. 4. Pour une étude des différentes applications de la loi MOP au sein des montages complexes, v. *ibid.*, pp. 95-122.

Conclusion du Chapitre 2

516. — L'arrêt *Mödling*²³⁹ procède à une véritable redéfinition de ce qui est permis ou prohibé au sein de la quasi-régie. Il l'a avant tout permis en mettant en exergue les modalités selon lesquelles la Cour de justice appréhende la quasi-régie : celles-ci sont en effet conditionnées par son statut dérogatoire, sans pour autant que la quasi-régie soit appréhendée comme une situation suspecte. Seuls les cas considérés comme étant frauduleux le seront. Ainsi feront-ils l'objet d'une décomposition de la temporalité de leur mise en œuvre par les juges, qui tenteront de rechercher si existe une phase intermédiaire entre l'action affichée par les acteurs juridiques pour bénéficier de la dérogation, et la mise en œuvre de ce qu'ils souhaitent réellement accomplir. Il s'agit, dans cette situation, de démontrer non pas une simple fraude mais un véritable abus de droit, ce qui met en lumière l'attractivité inhérente à la quasi-régie et le fait qu'il soit fortement probable que des acteurs juridiques tentent de l'usurper. Pour démontrer l'abus de droit constitué par une telle opération, la notion de montage artificiel, importée de la discipline fiscale, est essentielle. Elle permet de qualifier la globalité de l'opération projetée et ses intentions frauduleuses, ce que la Commission se chargera de démontrer, en suivant une répartition de la charge probatoire somme toute traditionnelle. Elle met par ailleurs à la charge de toute personne juridique souhaitant se prévaloir du mécanisme interorganique la démonstration des critères permettant d'en bénéficier. Un tel principe est conforme avec l'aspect dérogatoire de la quasi-régie, puisque toute personne se prévalant d'une dérogation doit naturellement démontrer qu'elle en remplit les conditions.

517. — À cette délimitation entre les modalités d'appréciation traditionnelles des mécanismes interorganiques et les modalités particulières de situations tentant d'en usurper, la Cour a ajouté une référence permettant d'identifier clairement ces situations, celle du montage artificiel. De ce point de vue, elle semble ici avoir introduit une notion qui est plus largement vouée à être utilisée concernant toutes les règles de passation des contrats publics, puisqu'elle constitue un véritable point de mire pour déterminer quelle situation constitue un abus de droit. Ce qui correspond à un montage artificiel a néanmoins été cardinal pour déterminer le champ d'application de la quasi-régie car cette

²³⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.

notion constitue un premier indice des techniques qui semblent compatibles ou incompatibles avec cette dérogation. C'est le cas des sociétés écran ou des sociétés en sommeil. Elles semblent difficilement compatibles avec la qualification interorganique, puisqu'elles induiront le sceau de la suspicion. Au contraire, une telle interdiction n'a pas automatiquement lieu d'être concernant les sociétés *holdings*, même si des confirmations contentieuses ou normatives seraient souhaitables. De même, la prohibition des montages artificiels n'exclut pas la combinaison entre mécanisme interorganique et ces techniques contractuelles originales que constituent les montages complexes. L'arrêt *Mödling*, tout en ayant légitimé la dérogation interorganique, par opposition aux situations abusives concrétisées par les montages artificiels, participe par conséquent à en révéler les potentialités. Le mot d'ordre doit néanmoins rester la vigilance : les directives ont favorisé la participation de prestataires intégrés à de tels montages, en étendant les participations privées à leur capital et en augmentant le champ d'application de la dérogation interorganique, en permettant à différents prestataires intégrés ayant le même détenteur de contracter librement. Il faut néanmoins prendre garde, dans toute situation entremêlant ces potentialités, à appliquer les dérogations afférentes à chacune des opérations contractuelles prises individuellement et à ne pas étendre artificiellement les conséquences de l'une d'entre elles à des hypothèses n'en remplissant pas les critères. À défaut, ce n'est pas le couperet de l'abus de droit qui pourrait tomber mais bien celui de la perte de la requalification des relations contractuelles concernées, laquelle serait dommageable aux acteurs juridiques en présence et à la sécurité des montages qu'ils auraient établis.

CONCLUSION DU TITRE 2

518. — La caractéristique dérogatoire de la quasi-régie occupe une place cardinale dans le fait de convaincre ou non les pouvoirs adjudicateurs de se diriger vers les prestations quasi internes. En ce sens, elle conditionne leur utilisation. Les institutions européennes ont par conséquent fait en sorte qu'elle conditionne aussi leur encadrement. Sur ce point, l'ampleur de la tâche effectuée depuis la création de la quasi-régie est colossale. Elle a permis à cette dérogation de correspondre aux ambitions qui ont mené à sa création, tout en empêchant qu'elle ne soit qu'une alternative négative, applicable par défaut, lorsque les conditions de droit commun ne sont pas remplies. Il faut procéder à une démarche active pour mettre en place un mécanisme interorganique, en s'assurant que sur les plans organique, structurel et fonctionnel, une équation particulière est à l'œuvre. Cependant, malgré de nombreuses précisions à ce sujet, plusieurs incertitudes semblent se maintenir : concernant le champ des participations privées directes et indirectes, concernant la restriction de l'intervention des prestataires intégrés aux services d'intérêt général ou encore leur restriction à un certain nombre d'activités. Si les deux premières incertitudes semblent pouvoir être aisément précisées par des interprétations de la Cour, la troisième relève de l'appréciation fluctuante des modalités du critère de l'activité essentielle. Il est par conséquent regrettable que les directives n'aient pas consacré quelques lignes au nombre d'activités pouvant raisonnablement être exercé par les prestataires intégrés. Il s'agit néanmoins d'une lacune qui n'empêche pas la dérogation d'être véritablement encadrée et conditionnée par sa caractéristique de dérogation.

519. — En ce sens, si elle constitue bel et bien une échappatoire à la mise en concurrence des contrats publics et a été construite sur ce fondement, la quasi-régie ne peut pas être assimilée à une méthode frauduleuse. Son encadrement en matière probatoire, tout comme la sanction des utilisations abusives, qui peut désormais être opérée sur le fondement d'une méthode de reconnaissance issue d'une utilisation croisée du montage artificiel et de l'abus de droit, en atteste. Il en résulte que les potentialités concernant l'utilisation de prestations intégrées restent importantes. Cette dérogation semble notamment pouvoir être couplée à des montages complexes même si, en de tels

cas, la vigilance devant entourer la mise en œuvre de prestations interorganiques devra être démultipliée. Il importera de veiller à respecter les conditions particulières de mise en œuvre des montages complexes prédéfinis par le droit. Il faudra également veiller à ne pas étendre abusivement des exonérations tenant aux prestataires interorganiques à d'autres situations ne justifiant pas de telles exonérations. Ici, c'est encore le conditionnement de la quasi-régie en tant que dérogation qui manifeste sa particularité : son bénéfice reste conditionné au maintien de ses critères, ce qui nécessite un maintien constant de la vigilance de ceux prétendant en bénéficier.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

520. — La quasi-régie est présentée depuis sa création comme une dérogation au régime européen de passation des contrats publics mais elle ne peut pas être considérée comme ayant toujours rempli cette fonction de façon exhaustive. Sur le plan organique en effet, l'exclusion des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques par l'arrêt *Stadt Halle*¹, auquel le Parlement européen et le Conseil semblent avoir mis fin, causait une véritable scission entre le champ de ce à quoi les prestations intégrées devaient déroger – les règles de passation des contrats publics – et leur champ d'application effectif. Cette scission semble désormais résolue, de telle sorte que la quasi-régie représente enfin une véritable traduction des constructions européennes. En retirant aux organismes de droit public la possibilité de devenir des détenteurs interorganiques, la Cour avait en effet procédé à une négation de la notion autonome qui sous-tend l'application des contrats publics : celle de pouvoir adjudicateur. Cette résistance ayant été vaincue par le Parlement européen et le Conseil, la quasi-régie peut être considérée comme représentant une véritable dérogation dont peuvent bénéficier les entités du secteur public au sens européen

521. — Elle remplit par conséquent sa fonction originelle. La délimitation progressive et supposée de son champ matériel aux services d'intérêt général ne peut pas réellement être considérée comme une véritable restriction, dès lors que ces services sont ceux, « *tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* »². Si la mention à l'autorité publique fait référence à un critère organique qui n'est pas en adéquation avec celui de pouvoir adjudicateur, il y a inéluctablement une part de label³ ou encore de « post-it »⁴ derrière cette formulation⁵. Il en résulte que la marge de manœuvre

¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewerwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

² Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 novembre 2007, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM (2007) 725 final, p 4, pt 2.

³ TRUCHET Didier, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, n° 6, p. 427-439.

⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Laïcité latitudinaire. Note sous CE, 19 juillet 2011, Le Mans Métropole et de la théorie du « post-it » », *Rec. Dalloz*, 2011, n° 34, pp. 2375-2378.

concernant la création des services publics reste large, de telle sorte qu'une officialisation plus expresse de l'interconnexion entre la quasi-régie et les services d'intérêt général n'entraînerait pas une réduction massive du nombre de prestataires intégrés.

522. — La quasi-régie souffre encore d'imprécisions mais elle repose à présent sur un socle solidifié. Doit néanmoins être posée la question des logiques qui la soutendent, par-delà cet aspect dérogatoire. Entièrement conditionnée par cette caractéristique, elle repose en effet sur une construction juridique particulière, celle qui semblait pourtant lui avoir été ôtée lors de sa création par la Cour : le contrat.

⁵ Ce lien entre service d'intérêt général et label a notamment été opéré par Monsieur Ziani (ZIANI Salim, « Les services d'intérêt général : catégorie globale d'un droit économique », *loc. cit.*, p. 80).

PARTIE 2

UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE

INEDITE

523. — Les développements de la première partie de notre étude ont permis de circonscrire précisément la dérogation interorganique : ses frontières, ses implications en matière de mise en concurrence et les éléments qui ont conduit à affirmer sa légitimité. Ce travail de circonscription doit désormais être utilisé pour rechercher quelles sont les implications de la quasi-régie en tant que construction juridique. Il s'agira par conséquent de se focaliser non plus sur son champ d'application pour mieux le cibler mais de dégager l'identité constituée par sa structure, afin de la situer par rapport aux constructions juridiques existantes. Il sera également recherché si elle est susceptible d'avoir des influences, voire de provoquer des bouleversements sur ces catégories. Il ne s'agit pas simplement là d'une simple œuvre de catégorisation. La qualification de la quasi-régie en tant que construction juridique permettra de mieux cibler le régime applicable en son sein, de sorte que par une démarche circulaire, nous utiliserons les implications de la quasi-régie dégagées dans la première partie pour en dégager sa catégorie et, *ergo*, mieux déterminer ses modalités concrètes de mise en œuvre afin, éventuellement, d'avertir ses acteurs sur les bornes de leur action.

524. — À ce titre, il faut rappeler que la quasi-régie fonctionne par inclusion : seules les entités qui remplissent ses critères peuvent bénéficier de la qualité de prestataire intégré. Les pouvoirs adjudicateurs souhaitant créer un tel mécanisme pourraient donc facilement se méprendre sur ses implications réelles, notamment en matière de gestion, en pensant notamment que c'est un système « clef en main » avec des cadres contraignants prédéterminés, alors que ce n'est pas le cas. La quasi-régie n'est qu'un moule malléable encadrant les deux structures que sont les détenteurs et leurs opérateurs dédiés. Il importe de bien veiller au maintien de ses critères pour conserver la qualification interorganique mais en dehors de cette implication sa mise en œuvre laisse une grande place à la flexibilité. La neutralité en tant que justification initiale de la quasi-régie¹ trouve donc ici l'une de ses concrétisations les plus flagrantes, de sorte que la quasi-régie n'a actuellement aucune identité organisationnelle (**Titre 1**). Les éléments structurels qui la fondent entretiennent cependant une relation contractuelle particulière, de sorte que si elle n'est pas un mode de gestion et ne semble pas vouée à le devenir, elle constitue indéniablement contrat spécial: le contrat interorganique (**Titre 2**).

¹ Sur la neutralité en tant que fondement de la quasi-régie, v. : *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

TITRE 1. L'ABSENCE D'IDENTITE

ORGANISATIONNELLE DE LA QUASI-REGIE

525. — L'expression quasi-régie révèle aisément l'idée qu'elle recouvre : elle concerne des personnes juridiques qui, au même titre que les structures en régie, ne seraient que le prolongement de leurs détenteurs, ce qui justifie corrélativement une dérogation aux règles de la commande publique. Ce lien entre régie et prestations intégrées n'a pas été opéré au niveau de l'Union européenne mais au niveau interne. Consacré par la Commission de néologie en 2008 avec l'appellation quasi-régie¹, il a en réalité été opéré par le Conseil d'État qui, dans l'arrêt *Commune d'Aix en Provence*² a situé les prestations intégrées parmi les modes de gestion du service public en régie. Le Conseil d'État semble ainsi conférer à la quasi-régie une ambition plus importante, celle d'être un mode de gestion d'une activité. Logique dans le cadre de l'affaire précitée, l'inscription du terme régie dans l'appellation française des prestations intégrées relève cependant du parti pris ou, *a minima*, de questionnements portant sur la réalité de cette dérogation. Le droit interne implique en effet d'examiner si, au même titre que la régie, la quasi-régie dépasse sa caractéristique de dérogation pour reposer sur une véritable unité organisationnelle, qui serait à mi-chemin entre les formes de régie et d'externalisation. La correspondance entre la quasi-régie et certains concepts parfois décrits comme étant à la frontière entre ces deux extrêmes – tels que la régie personnalisée – ayant d'ores et déjà été écartée³, la question de l'identité organisationnelle de la dérogation interorganique reste ouverte.

526. — Il faudrait, pour lui reconnaître une telle identité, que ses implications dépassent le stade de la dérogation en matière de contrats publics. Ce serait notamment le cas si, sous son empire, les formes empruntées par les prestataires intégrés subissaient bien une influence uniforme de la quasi-régie, permettant de dégager une véritable unité de ces prestataires derrière la forme qu'ils revêtent. Le constat contraire paraît néanmoins s'imposer. Son influence sur les choix des modes d'intervention des pouvoirs

¹ Commission de néologie, *Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, préc.

² CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

³ V. *supra*, notre introduction générale, Section 2, §2.A.

adjudicateurs français est en effet limitée, voire inexistante, tout comme son influence sur la modification de ces modes d'intervention (**Chapitre 1**).

527. — À ce constat s'ajoutera celui en vertu duquel les matières financières et fiscales, qui se sont toujours avérées être de véritables révélateurs des instruments juridiques, ne semblent pas s'être saisies de la quasi-régie. La dérogation interorganique ne peut en effet pas être identifiée au travers de règles financières et comptables appliquées aux prestataires intégrés, de sorte qu'il est impossible de considérer qu'elle revêt au sein de ces disciplines une image qui lui serait propre (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'absence d'uniformité dans les conséquences de la quasi-régie sur la forme des prestataires intégrés

« À tort ou à raison, les personnes publiques ont de tout temps recherché le moyen de passer leurs contrats sans mise en concurrence. À tort sans doute, si le but poursuivi est de favoriser tel ou tel opérateur ou si l'on ne croit pas dans les vertus supérieures de la libre négociation. À raison s'il s'agit pour les personnes publiques d'établir des relations contractuelles avec des entités juridiques qu'elles ont créées ; qui en constituent le simple prolongement et dont elles maîtrisent l'organisation comme le fonctionnement »¹.

528. — Ce constat permet d'accéder facilement au cœur de l'attractivité interorganique. La défiance initiale de la Cour de justice à l'égard de la quasi-régie lors de ses premières années d'existence semblait d'ailleurs résider dans la crainte qu'elle ne bouleverse les modes d'intervention des pouvoirs adjudicateurs, en entraînant notamment une ruée vers le « tout-public »². La quasi-régie n'était par conséquent envisagée que comme un moyen de créer une force d'attraction vers certains types de modes de gestion. Il est vrai qu'en France, la conséquence de l'existence de la dérogation interorganique sur le renouvellement des modes de gestion à disposition des pouvoirs adjudicateurs fut visible et est désormais notoire. La création des sociétés publiques locales d'aménagement par la loi du 13 juillet 2006³, généralisée en 2010 sous la forme des sociétés publiques locales, constitue effectivement la traduction nette de la volonté du législateur français de démocratiser la quasi-régie.

529. — Ces conséquences normatives ne sont cependant pas suffisantes pour considérer que la quasi-régie représente un véritable mode de gestion identifiable car elles n'arrivent pas à surpasser les catégories traditionnelles des formes variées pouvant être revêtues par les prestataires intégrés. Celles-ci peuvent en effet être regroupées dans deux grands ensembles désormais classiques : certaines, comme les sociétés publiques locales, appartiennent aux formes dites sociétales et d'autres, tels les établissements publics, peuvent être identifiées en tant que formes institutionnelles de prise en charge

¹ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Où en est-on du *in house* ? », *loc. cit.*, p. 1.

² V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A.

³ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (NOR: SOCX0500245L), *JORF* n° 163 du 16 juillet 2006, p. 10662, texte n° 1.

des activités⁴. Se pose par conséquent la question de l'identité organisationnelle de la quasi-régie malgré cette dualité.

530. — Pour en arriver à la déduction que cette identité organisationnelle existe, il faudrait notamment constater que les modifications des modes d'intervention des pouvoirs adjudicateurs, sous l'influence d'une attractivité désormais notoire, entraînent une convergence vers un mode de gestion interorganique. Seule la démonstration que la qualité de prestataire intégré entraîne des conséquences similaires sur chaque forme pouvant être revêtue par les prestataires intégrés pourrait permettre de déduire que la quasi-régie constituerait un mode de gestion à part entière. Il résulte nonobstant de l'observation de la réception de la quasi-régie sur chacun de ces modes d'intervention que cette dualité, loin d'être absorbée par l'unité interorganique, perdure. Il est même possible de constater une certaine tendance à la démultiplication de l'hétérogénéité des implications de la quasi-régie dans le détail de chaque mode de gestion. À l'hétérogénéité des conséquences identifiables sur les formes sociétales (**Section 1**), répond l'hétérogénéité des impacts des prestations interorganiques sur les formes institutionnelles (**Section 2**).

⁴ V. notamment : CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *loc. cit.*, p. 6, pt 2.

SECTION 1. L'IMPACT HÉTÉROGÈNE DE LA QUASI-RÉGIE SUR L'UTILISATION DES FORMES SOCIÉTALES

531. — Le développement de la quasi-régie et la création des sociétés publiques locales qui en a résulté sont censés susciter une attractivité attendue sur les personnes publiques françaises. Certes, cela n'aurait pas été le cas si les sociétés publiques locales n'ouvraient pas droit au bénéfice de l'exonération de mise en concurrence. Pour autant, les conséquences que ce phénomène doit entraîner ont parfois été exagérées. C'est particulièrement vrai concernant les sociétés d'économie mixte. Bien qu'ayant eu un impact sur ces sociétés, le développement de la dérogation interorganique (ou plutôt son perfectionnement puisque les incertitudes encadrant la dérogation dans ses premières années ont permis son utilisation désordonnée⁵) n'est pas responsable de tous leurs maux. Il importe par conséquent de réévaluer les véritables conséquences de la quasi-régie sur ces structures. Toutefois, il semble impossible d'affirmer que la quasi-régie aurait créé une attractivité particulière pour l'économie mixte. À l'heure actuelle, il semble ainsi que seule une influence dissuasive de la quasi-régie sur l'utilisation de l'économie mixte, puisse être identifiée (§1).

532. — En revanche, il est désormais notoire que cette dérogation a créé une attractivité évidente pour l'utilisation d'entités dont les participations seraient entièrement publiques, raison pour laquelle la société publique locale a été créée. Par un phénomène de balancier, l'attractivité pour la société publique locale sous l'effet de la quasi-régie est proportionnellement inverse à la diminution de l'intérêt pour l'économie mixte (§2).

⁵ L'arrêt *Stadt Halle* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.) aurait ainsi mis fin aux « belles années » de la quasi-régie (BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *loc. cit.*, pp. 5-6, pts 17-43).

§1. Une influence uniquement dissuasive sur l'utilisation de l'économie mixte

533. — Les règles du droit de l'Union européenne ne sont pas censées influencer l'organisation structurelle des États, conformément aux prescriptions de l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elles ont pourtant des conséquences collatérales sur les dynamiques d'intervention des pouvoirs adjudicateurs⁶. Celles concernant les aides d'État sont par exemple souvent décrites comme ayant fortement encouragé les privatisations⁷. Dans la même lignée, l'arrêt *Stadt Halle*⁸, en ce qu'il a exclu l'économie mixte de la quasi-régie, est fréquemment présenté comme ayant freiné la fréquence d'utilisation des sociétés d'économie mixte. Il est vrai que sa lecture a entraîné de nombreuses difficultés juridiques pour les acteurs de ces structures. Néanmoins, il semble difficile d'affirmer sans ambages que la quasi-régie a opéré un coup d'arrêt pour l'économie mixte ou, plus encore, qu'elle n'avait pas été annoncée auparavant par d'autres actions tendant à assainir la pratique de l'économie mixte. Il en résulte que ses conséquences sur ces structures doivent être réévaluées (A).

534. — Depuis 2005, le paysage juridique a en outre évolué, l'économie mixte semblant retrouver une respiration avec, successivement : l'adoption de l'arrêt *Acoset SpA*⁹ – qui permet la passation d'une seule procédure de mise en concurrence pour créer une société d'économie mixte et lui attribuer un contrat, dans des conditions particulières¹⁰ – ; l'adoption des directives « marchés » et « concessions »¹¹, qui créent la possibilité de prestataires intégrés comprenant des détenteurs privés et sembleraient permettre aux sociétés d'économie mixte de détenir de telles structures¹² ; et la création, en France, des sociétés d'économie mixte à opération unique, qui tendent à transposer les hypothèses permises par l'arrêt *Acoset Spa*. Néanmoins, ces informations, étudiées sous l'angle d'une étude sur l'influence de la quasi-régie, doivent être reconsidérées.

⁶ V. notamment : *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

⁷ CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, *op. cit.*, pp. 556-557.

⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc.

¹⁰ Sur cette procédure, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A.

¹¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

¹² V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.



535. — Premièrement, la participation interorganique de détenteurs privés ne semble constituer qu'une hypothèse résiduelle, qui est en outre difficilement compatible avec les dispositions qui régissent les principes de l'actionnariat privé et ceux le régissant dans les sociétés d'économie mixte en France¹³. Ceci explique peut être pourquoi jusqu'à maintenant, aucune disposition législative n'a été adoptée pour en saisir les conséquences, à l'inverse de ce qui s'est produit pour les sociétés publiques locales et les sociétés d'économie mixte à opération unique. Il en résulte que cette extension de la dérogation interorganique ne semble pas avoir provoqué une modification de l'utilisation des sociétés d'économie mixte et semble peu encline à enclencher un phénomène d'attraction nouvelle pour ces structures. La multiplication des transformations des sociétés d'économie mixte en centrales d'achat ne peut par ailleurs pas être retenue comme constituant une influence de la quasi-régie sur l'évolution de l'économie mixte, puisque ce type de structure n'entre pas dans les situations répondant aux conditions interorganiques. Il ne représente qu'une solution alternative¹⁴.

536. — Secondement, la « procédure *Acoset* » ne constitue pas une prolongation de la quasi-régie. En conséquence, la création des sociétés d'économie mixte à opération unique ne correspond pas à une mise en œuvre de la dérogation interorganique, non plus qu'à un regain de l'économie mixte sous l'influence de la quasi-régie. Une étude de ces structures le démontre, réduisant encore le champ des conséquences de la quasi-régie sur l'économie mixte française **(B)**.

A. La nécessaire réévaluation des conséquences de l'incompatibilité entre quasi-régie et sociétés d'économie mixte

537. — Le paysage juridique offre aux sociétés d'économie mixte certaines exonérations ponctuelles et étroites à la mise en concurrence de contrats, notamment si

¹³ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

¹⁴ V. notamment : PEYRICAL Jean-Marc et SABATTIER Céline, « Une société d'économie mixte peut-elle devenir une centrale d'achat ? », *ACCP*, 2005, n° 47, pp. 61-66.

elles interviennent dans le secteur du transport de voyageurs¹⁵. Pour toutes les autres, les dérogations restent très limitées. L'arrêt *Teckal*¹⁶ a par conséquent créé un engouement pour la quasi-régie¹⁷, qui a été stoppé net par l'arrêt *Stadt Halle*¹⁸. Cette sentence a donc provoqué un certain affolement de la doctrine, qui répercutait les inquiétudes des acteurs de l'économie mixte¹⁹. « [P]arfois perçue comme l'expression d'un véritable « acharnement » contre l'économie mixte »²⁰, cette décision est encore accusée d'avoir fait preuve d'une « sévérité critiquable »²¹.

538. — Ses conséquences réelles sur l'avenir de cette forme d'intervention qu'est l'économie mixte méritent cependant d'être reconsidérées **(1)** permettait de prévenir l'opacité de certaines transactions passées dans ce cadre **(2)**.

1) *Des répercussions à nuancer*

539. — L'incompatibilité entre la présence de capitaux privés imposée par l'économie mixte et les prestations intégrées a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour : une par type de marché public. Ainsi, l'arrêt *Jean Auroux*²² est-il venu « transpose[r] aux marchés publics de travaux le raisonnement retenu par la Cour au regard des marchés publics de

¹⁵ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *JOUE* L 315 du 3 décembre 2012, pp. 1-13. Sur les implications de ce règlement, v. : MARCIANO Karine et THONNARD DU TEMPLE Gabriel, « Transport de voyageurs. Le nouveau règlement communautaire », *Gazette des cnes*, 2010, n° 8, pp. 48-51 ; MARTIN Sébastien, « Le nouveau règlement communautaire sur les services publics de transport par chemin de fer et par route », *Droit administratif*, 2008, n° 4, pp. 36-38, comm. n° 60. Pour des développements sur la compatibilité entre ces dispositions (alors en discussion), les sociétés d'économie mixte et la quasi-régie, v. SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, *op. cit.*, pp. 75-78. Cette exclusion a été intégrée dans l'Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 (préc.), au point 6 de son article 14.

¹⁶ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

¹⁷ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 237-238, pt 405.

¹⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc. À titre d'illustration, Madame Douence rappelle que cette jurisprudence « a largement minoré l'intérêt pour les collectivités locales de recourir aux conventions avec des sociétés d'économie mixte pour contourner la réglementation sur les marchés publics » (DOUENCE Maylis, « L'influence du droit de l'Union européenne sur les collectivités locales », in AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, pp. 1089-1125, p. 1114.

¹⁹ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²⁰ MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *loc. cit.*, p. 2, pt 2.

²¹ BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *loc. cit.*, p. 849.

²² CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05, préc.



services »²³. L'arrêt *Stadt Halle*²⁴, qui ne concernait que ces derniers, est cependant celui qui a marqué les esprits. Abondamment commenté en France et à l'étranger²⁵, il a eu sur les observateurs « un effet de détonateur »²⁶ et reste invoqué dès qu'il est question de l'exclusion des sociétés d'économie mixte de la quasi-régie. Il semble que cet arrêt ait eu autant de retentissement parce qu'il est venu apporter une « restriction inattendue »²⁷ à l'utilisation de la dérogation interorganique. Certains auteurs se sont timidement déclarés favorables à cet arrêt, notamment pour des raisons de sécurité juridique²⁸, mais la doctrine majoritaire, relayant les protestations émises sur le terrain envers la distinction opérée entre les autorités publiques et les autres pouvoirs adjudicateurs, s'y est opposée. Attendues, ces réactions étaient conditionnées par un angle de vue presque unanime : l'exclusion des sociétés d'économie mixte du mécanisme intégré était injuste ou, tout du moins, illogique. Plusieurs auteurs ont ainsi relevé « qu'il y avait quelque absurdité à créer sa société d'économie mixte et [à] devoir la mettre en concurrence pour lui confier une opération d'aménagement pour laquelle on l'avait constituée... »²⁹. Le Conseiller d'État Sénors a affirmé que l'argumentation n'était « pas très convaincante » puisqu'elle sous-estimait la capacité du droit des sociétés à protéger suffisamment les actionnaires³⁰. Le professeur Capitant s'est

²³ BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, « Marché *in house* », *AJDA*, 2007, n° 21, pp. 1125-1126, p. 1126.

²⁴ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

²⁵ La notice eur-lex contient plus d'une quarantaine de références, soit plus de deux fois plus que celle concernant l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98) (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:62003CJ0026&qid=1444748773317> dernière visite le 13 octobre 2015).

²⁶ PEYRICAL Jean-Marc, « Que reste-t-il du *in house* ? », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 955-958, p. 955.

²⁷ MARCIALI Sébastien, « La soumission des marchés conclus avec des sociétés d'économie mixte aux directives communautaires « marchés publics » », *LPA*, 2005, n° 124, pp. 14-22, pp. 16-18.

²⁸ ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* », *loc. cit.*, p. 901.

²⁹ LEMÉE Guy, « La société publique locale : un nouveau couteau suisse », *La lettre du cadre territorial*, 2010, n° 404, p. 29, p. 29. « La rigueur de l'analyse juridique n'est toutefois pas parvenue à dissiper l'étonnement des collectivités publiques qui se voient contraintes d'engager une procédure de délégation de service public alors même qu'elles ont fait le choix politique de confier la gestion du service à une société d'économie mixte locale » (BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *loc. cit.*, p. 1320).

³⁰ CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *loc. cit.*, p. 288. Le temps écoulé a adouci ces interprétations. Plus récemment, Maître Passerieux et Maître Thin écrivaient ainsi : « Le juge communautaire paraît considérer sur le plan théorique que la présence d'un actionnaire privé dans la société introduit une logique économique et financière divergente, par nature, de la logique publique de conduite des affaires. On peut considérer, plus pragmatiquement, que le juge a bien compris qu'un actionnariat même résiduel de l'entreprise privée manifestait la volonté de celle-ci, avec l'acquiescement tacite de la collectivité, de prétendre au bénéfice des prestations externalisées par la société mixte au long de sa mission. On ne peut dans la réalité des faits lui donner à cet égard tout à fait tort » (PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *loc. cit.*, p. 39).

quant à lui concentré sur la pertinence des motifs d'exclusion. Il a notamment relevé qu'en considérant que l'immixtion de capitaux privés était automatiquement porteuse de dérives, la Cour a fait primer une perspective déviante de l'économie mixte. Selon lui, le raisonnement qu'elle a utilisé pour en arriver à cette conclusion aurait pu être déroulé pour arriver à la déduction inverse et, en conséquence, permettre une cohabitation éventuelle entre capitaux privés et quasi-régie³¹. Le professeur Capitant poursuit en relevant que le second motif avancé par la Cour, en vertu duquel la qualification intégrée conférerait un avantage concurrentiel à la société RPL Lochau, manquait de pertinence, puisqu'il ne mettait « *aucunement en cause le contrôle exercé sur la société d'économie mixte* »³².

540. — À l'image des argumentations de ces auteurs, il fut très rapidement partagé que, « *la jurisprudence Stadt Halle de la Cour de justice contribu[ait] fortement à l'effacement des spécificités des sociétés d'économie mixte et contribu[ait] au mouvement général de banalisation* »³³. Elle fut par conséquent directement accusée de causer, sur le fondement d'un raisonnement « *discutable* »³⁴, les perturbations touchant de plein fouet l'attractivité des sociétés d'économie mixte. Il a au contraire très peu été rappelé que l'économie mixte était déjà un « *mécanisme essoufflé* »³⁵ avant son exclusion de la quasi-régie. Elle a toujours été « *une inépuisable source de problèmes juridiques (avec sueurs froides régulières à la clef pour ceux qui en sont les défenseurs)* »³⁶. Ce « *malaise auquel sont confrontées les collectivités territoriales dans leurs relations avec les sociétés d'économie mixte locales [existe] depuis le début des années 1990* »³⁷ est dû à une banalisation progressive de ce mode de gestion³⁸. Ce mouvement, auquel a notamment

³¹ CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixte exclues du *in house* », *loc. cit.*, pp. 46-47.

³² *Ibid.*, p. 47.

³³ BOITEAU Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *loc. cit.*, p. 948.

³⁴ MARCIALI Sébastien, « La soumission des marchés conclus avec des sociétés d'économie mixte aux directives communautaires « marchés publics » », *loc. cit.*, pp. 18-21.

³⁵ AUBY Jean-Bernard, « Les sociétés publiques locales en discussion », *Droit administratif*, 2012, n° 3, pp. 37-38, comm. n°25, p. 38. Pour un résumé des réticences, anciennes, des collectivités à utiliser les sociétés d'économie mixte, v. AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales : un outil aux contours incertains », *RFDA*, 2012, n°1, pp. 99-108, pp. 100-101. Pour un exposé du parcours des sociétés d'économie mixte et des crises qui les ont frappées, v. DELION André, « Les sociétés d'économie mixte seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 977-984.

³⁶ AUBY Jean-Bernard, « Les SEM, inépuisable objet juridique », *Droit administratif*, 2008 n° 1, pp. 1-2, p. 1.

³⁷ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 221, note 3.

³⁸ Telle que notamment analysée par le professeur Boiteau (BOITEAU Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *loc. cit.*).



participé la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993³⁹, était donc déjà à l'œuvre lors de la lecture de l'arrêt *Stadt Halle*⁴⁰. Pour expliquer ce phénomène, sont généralement incriminés le durcissement du droit de la commande publique à l'encontre de l'économie mixte et « *la nécessaire conception assainie des rapports entre les pouvoirs publics et l'entreprise privée* »⁴¹. L'arrêt *Stadt Halle* est simplement venu représenter de façon ponctuelle le premier de ces mouvements. Il a assurément contribué à diminuer l'attractivité des sociétés d'économie mixte en constituant le point d'orgue d'un mouvement d'assainissement mené par différentes institutions. Néanmoins, cette « *soumission des relations contractuelles aux règles de la commande publique n'est pas le facteur unique du désintérêt pour la formule de l'économie mixte locale* »⁴².

541. — L'importance de ces réactions est d'autant plus manifeste que l'impact réel de la jurisprudence interorganique et de la création dans son sillage des sociétés publiques locales n'est pas forcément aussi important que ce qui était annoncé. Concrètement, ce n'est que de façon très étroite que cela devrait entraîner des conséquences sur les sociétés d'économie mixte : seules celles intervenant dans le domaine de l'aménagement devraient être bousculées. Une influence plus limitée était attendue pour toutes celles agissant dans les autres domaines⁴³, plusieurs obstacles s'opposant à la transformation systématique des sociétés d'économie mixte en sociétés publiques locales⁴⁴. Si un rééquilibrage des proportions est nettement en train de s'opérer au sein des formes sociétales utilisées par les pouvoirs adjudicateurs, l'extinction des sociétés d'économie mixte est loin de pouvoir être proclamée. En revanche, il n'existe

³⁹ Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC, ECLI:FR:CC:1993:92.316.DC, NOR : CSCX9310836S ; *JORF* du 22 janvier 1993, p. 1118 ; *Rec.*, 1993, p. 14 ; *LPA*, 1993, n° 66, p. 4, note Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX ; *RFDC*, 1993, p. 375 et 395, note Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Thierry S. RENOUX et André ROUX ; *RFDL*, 1993, p. 902, note Dominique POUYAUD.

⁴⁰ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁴¹ LINOTTE Didier, « Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 274-275, pp. 19-22, p. 20. V. aussi : DURAND Guy, « Les sociétés locales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, folio n° 6232, septembre 2014, pt 243.

⁴² BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 222, pt 379.

⁴³ ARTHUIS Jean, *Rapport d'information sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, *JO Sénat*, 8 septembre 2010, n° 726.

actuellement aucune preuve du fait que certaines dérives caractéristiques de l'économie mixte française ne seraient pas venues contaminer les organismes bénéficiant de la dérogation interorganique si le verdict rendu par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*⁴⁵ avait été différent.

2) *Des mesures de prévention bienvenues*

« *Quand j'étais président de la Fédération nationale des sociétés d'économie mixte, j'avais qualifié les sociétés d'économie mixte locales de « formule 1 » du développement local, qui, parfois, connaît les dérapages incontrôlés décrits par les chambres régionales des comptes* »⁴⁶.

542. — L'arrêt *Stadt Halle*⁴⁷ a permis d'éviter que la quasi-régie ne souffre de certains d'entre eux, tels que les prises de participation en série. Le paysage juridique français est coutumier de cette pratique, du fait de l'immixtion quasi-systématique de la Caisse des dépôts et consignations au capital des sociétés d'économie mixte. Plusieurs facteurs y ont contribué. Les sociétés d'économie mixte, dont le régime est calqué sur celui des sociétés anonymes, devaient être composées d'au moins sept actionnaires avant que ce nombre ne passe à deux en septembre 2015. En trouver autant n'était pas toujours aisé⁴⁸. La Caisse des dépôts et consignations et ses filiales ont donc souvent été sollicitées afin d'atteindre le *minima* imposé. À cette nécessité s'est ajoutée une volonté réelle d'investissement de la part de cet organisme. Ainsi le Rapport dit « Darne » relevait-il en 2001 que :

⁴⁴ *Ibid.*, Annexe à la communication de la Cour des comptes à la Commission des finances du Sénat, pp. 34-38. La modification est encore plus ardue pour les sociétés d'économie mixte qui sont impliquées dans des contrats de partenariats et des délégations de service public car ces formes rendent difficile l'implication d'une société publiques locales (*ibid.*, p. 38).

⁴⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁴⁶ SANTINI André, « Le devenir des sociétés d'économie mixte locales », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 953-954, p. 953.

⁴⁷ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

⁴⁸ DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, n° 3137, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2001, p. 25.



« [Le] mouvement en faveur de l'économie mixte est puissamment soutenu et accompagné par la Caisse des dépôts et consignations, qui [a créé] en 1955 une filiale spécialement destinée à suivre ce secteur, la Société centrale pour l'équipement du territoire (SCET) »⁴⁹.

Il en résulte que cette filiale est actionnaire de la plupart des sociétés d'économie mixte françaises⁵⁰ et a fortement participé à l'engouement autour de celles-ci. Or, il est acquis que la présence d'un organisme privé au sein du capital peut avoir des effets pervers : fort de cette position privilégiée, ce dernier peut exiger de se voir attribuer des marchés, ce qui met potentiellement à mal la libre-concurrence⁵¹. Ce type de comportement n'est pas un cas d'école. Déjà en 1993, le professeur Devès relevait que la Caisse et sa filiale avaient « fourni une assistance technique et financière importante à un point tel que nombre d'élus ont souvent dénoncé, notamment au moment de la discussion du texte sur les sociétés d'économie mixte, la mainmise d'une technostructure sur lesdites sociétés »⁵². Dix ans plus tard, Monsieur Darne émettait un constat similaire, soulignant au sujet de l'actionnariat des sociétés d'économie mixte existantes que « les vingt pourcent de capitaux privés obligatoires provenaient, pour la plupart, de la Caisse des dépôts et consignations ou de sociétés privées désireuses d'obtenir ultérieurement des marchés ou des financements »⁵³. Sa conclusion était sans appel : « ces règles contraignantes mettaient les sociétés d'économie mixte dans une situation de dépendance regrettable »⁵⁴.

543. — Bien que ces observations aient été renouvelées, très peu de solutions ont été apportées. En 2010 fut remis au Sénat un rapport concernant la participation de la Caisse des dépôts et consignations à l'économie mixte locale⁵⁵. La sécurisation des placements de celle-ci y représente clairement l'objectif primordial. Sont en conséquence

⁴⁹ DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, op. cit., p. 8.

⁵⁰ « Les sociétés d'économie mixte représentent un capital de 11,6 milliards de francs. Les collectivités locales détiennent 63 % de ce capital, le reste étant détenu à titre principal par la Caisse des dépôts et consignations, à hauteur de 6 %, par l'État pour 3 %, par des organismes financiers autres que la Caisse des dépôts et consignations pour 6 % ; les entreprises privées ne sont présentes dans le total de ce capital que pour un montant de 9 % » (DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, op. cit., p. 14).

⁵¹ *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, op. cit., p. 16.

⁵² DEVÈS Claude, « Les organes locaux de la politique urbaine », *AJDA*, 1993, n° spécial urbanisme, pp. 192-200, p. 194.

⁵³ DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, op. cit., p. 24.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ ARTHUIS Jean, *Rapport d'information sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, op. cit.

relégués au second plan les impératifs de concurrence, les dérives ci-étudiées ne faisant l'objet d'aucune subdivision. Aucun moyen d'y remédier n'y est proposé, la part belle étant faite à l'exposition de nouvelles ambitions axées sur un meilleur contrôle des risques des participations aux sociétés d'économie mixte⁵⁶, ainsi qu'aux recommandations visant à améliorer leur rentabilité. Cela transparaît clairement lors de l'évocation par le rapport de la création des sociétés publiques locales d'aménagement et des sociétés publiques locales. Ces structures ne sont mentionnées qu'en tant qu'elles posent la question de la transformation des sociétés d'économie mixte existantes et, par conséquent, de « *la valorisation des parts cédées* »⁵⁷. L'engagement d'une politique de désinvestissement⁵⁸ ne peut être étudié que sous cet angle, puisque la société publique locale n'a pas été présentée comme un moyen de garantir le respect des normes européennes mais comme un biais visant à favoriser la bonne santé financière de la Caisse des dépôts et consignations et de ses démembrements. Ce sont ces observations qui nous poussent à inférer que si la possibilité avait été donnée aux organismes privés d'investir sans aucune réserve dans les organismes intégrés, les participations en série auraient se seraient multipliées. Si le régime des sociétés publiques locales l'avaient permis, une telle ouverture aurait pu entraîner un transfert des investissements des sociétés d'économie mixte vers les sociétés publiques locales nouvellement créées. Les dérives potentielles d'autrefois seraient les dérives éventuelles d'aujourd'hui et la cohérence du mécanisme interorganique aurait pu être altérée.

544. — Les diverses propositions formulées par le rapport et la politique qui devait en résulter, même si elles n'ont pas expressément été créées pour mettre fin aux éventuelles dérives, peuvent cependant favoriser leur élimination. Tel est le cas de l'amélioration de la transversalité et la mise en place d'une « *désimbrication* »⁵⁹. Leurs conséquences sont néanmoins trop limitées⁶⁰ pour qu'elles puissent être considérées comme un véritable remède. Ces considérations légitiment le choix effectué par la Cour dans l'arrêt *Stadt Halle*⁶¹ et expliquent les raisons pour lesquelles les directives de 2014 semblent ne faire qu'une faible place aux sociétés d'économie mixte parmi les prestataires intégrés. Déclarer trop massivement l'économie mixte compatible avec les

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁸ *Ibid.*, exposé, p. 15.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁰ Sur les limites de ces résolutions, v. *ibid.*, pp. 15-17.

⁶¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.



prestations interorganiques aurait pu engendrer une extension de ses maux aux mécanismes intégrés, causant des dommages éventuels à la concurrence. Seule une compatibilité par exception était envisageable, ce qui semble avoir été décidé, de telle sorte que la création des sociétés d'économie mixte à opération unique ne constitue pas un tremplin pour une rencontre entre mécanisme interorganique et économie mixte.

B. L'absence de concordance automatique entre les sociétés d'économie mixte à opération unique et la quasi-régie

545. — Dans son avis portant sur l'introduction de la « procédure *Acoset* »⁶² en France, le Conseil d'État avait considéré qu'une telle introduction était possible sous réserve d'une modification du droit positif⁶³. Au contraire, la même juridiction avait déjà procédé à la réception des prestations intégrées concernant les délégations de service public, après avoir notamment constaté que le droit français les avait déjà intégrées en matière de marchés publics. La situation juridique de ces deux dérogations témoignait alors de la distinction qu'il faut opérer entre elles. Désormais, elles peuvent se côtoyer sur le territoire français car le législateur a pris le parti de surmonter les obstacles énoncés par le Conseil d'État. La société d'économie mixte à opération unique est en effet uniquement la traduction française de la « procédure *Acoset* » (1) et elle ne semble pas vouée à répondre de façon systématique aux conditions de la quasi-régie (2).

⁶² Sur cette procédure, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, A.2.

⁶³ CE, Avis, 1^{er} décembre 2009, *Partenariat public-privé institutionnalisé*, n° 383264, Coll. EDCE, 2010, n° 61, p. 353 ; *CMP*, 2010, n° 12, p. 6, étude n° 11, par Hélène HOEPPFNER ; *Droit administratif*, 2010, p. 3, alerte n° 54, note Rozen NOGUELLOU ; *JCP A*, 2011, n° 51-52, p. 31, comm. n° 2398, étude Bertrand du MARAIS. V. aussi : BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 271-274, pts 462-469.

1) Les sociétés d'économie mixte à opération unique : des bénéficiaires de la « procédure Acoset »

546. — Au terme de l'année 2013, six propositions de loi suggérant la création d'une « société d'économie mixte-contrat » ont été déposées⁶⁴. Cette « *salve de propositions de lois venant de tous bords, quasi simultanées et de contenu identique, dont celle de son promoteur historique, le sénateur Dupont, par ailleurs président de la Fédération des entreprises publiques locales* »⁶⁵, semble avoir constitué une stratégie tendant à éviter qu'elle ne « *tomb[e] dans les oubliettes* », comme ce fut le cas avant elle de la proposition de loi concernant la société locale de partenariat⁶⁶. La technique a fonctionné, puisqu'une loi du 1^{er} juillet 2014 a créé une nouvelle forme d'intervention des collectivités locales : la société d'économie mixte à opération unique, insérée dans un titre nouveau du Code général des collectivités territoriales⁶⁷. Comme la société publique locale, elle a depuis été dotée de sa jumelle : la société d'économie mixte d'aménagement à opération unique⁶⁸. Calquées sur le modèle des sociétés anonymes, toutes deux reposent sur une « *cascade de dérogations* »⁶⁹, qui ont notamment permis de limiter à deux le nombre minimal d'associés alors que ce n'était

⁶⁴ Propositions de loi à l'Assemblée nationale n° 1487 et 1541 présentée par Mesdames et Messieurs Jean-Marie SERMIER, Guy GEOFFROY, Nicole AMELINE, Véronique LOUWAGIE, Éric STRAUMANN, Martial SADDIER, Jean-Pierre DECOOL, Alain MARTY, Patrick BALKANY et Patrick HETZEL, enregistrées à la présidence le 23 octobre 2013, tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat ; proposition de loi à l'Assemblée nationale n° 1521 présentée par Mesdames et Messieurs Erwann BINET, Hugues FOURAGE, Philippe BIES, Pascale CROZON, Olivier DUSSOPT, Bernadette LACLAIS, Alain ROUSSET et Gilles SAVARY, enregistrée à la présidence le 6 novembre 2013, tendant à la création des sociétés d'économie mixtes dites SEM contrat ; propositions de loi au Sénat n° 78, 80 et 81 présentées par Messieurs Jean-Léonce DUPONT, Hervé MARSEILLE et les membres du groupe UDI-UC, enregistrées à la présidence le 16 octobre 2013, tendant à la création des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat.

⁶⁵ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique ou partenariat public-privé institutionnalisé à la française », *CMP*, 2014, n° 1, pp. 1-2.

⁶⁶ Deux propositions de loi avaient en effet été déposées devant le Sénat et l'Assemblée nationale, dès 2009, pour introduire en France la « procédure Acoset » dans un dispositif nommé société locale de partenariat, mais, à défaut d'examen, elles furent frappées de caducité ((Proposition de loi à l'Assemblée nationale n° 1915 présentée par Monsieur Roland BLUM, enregistrée à la présidence le 15 septembre 2009, tendant à créer des sociétés locales de partenariat ; Proposition de loi au Sénat n° 594 présentée par Monsieur Jean-Léonce DUPONT, enregistrée à la présidence du Sénat le 27 juillet 2009, tendant à créer des sociétés locales de partenariat ; v. notamment : BRAMERET Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé à la française ? », *loc. cit.*, pt 9 ; MARQUES Modeste et GONZAGUE Philippe, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *loc. cit.*, p. 10, pt 1).

⁶⁷ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, NOR : RDX1331975L, *JORF* n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

⁶⁸ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF* n° 0182 du 8 août 2015, p. 13705, article 62.

⁶⁹ DURAND Guy, « Une nouvelle société d'économie mixte locale : la société d'économie mixte à opération unique. Note sous Loi numéro 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, Journal officiel numéro 0151 du 2 juillet 2014 page 10897 », *Revue Lamy droit des aff.*, 2014, n° 97, pp. 10-12.



pas encore possible pour les sociétés anonymes⁷⁰. Cette forme d'intervention reproduit l'étroitesse de la « procédure *Acoset* », tout en accentuant encore ce caractère, par l'ajout de caractéristiques qui n'étaient pas directement impliquées par les développements de la Cour. Ceci démontre qu'elle n'a pas été conçue comme étant destinée à concrétiser la quasi-régie.

547. — La société d'économie mixte à opération unique se particularise tout d'abord par sa focalisation sur l'objet du contrat à accomplir, ce que son appellation met d'ailleurs en valeur. La substitution de ce nom à celui de « société d'économie mixte-contrat » tend en effet à « mieux marquer les limites de son objet »⁷¹. Cette focalisation, qui restreint l'utilisation de ces sociétés à des cas étroits⁷², sert à isoler un partenaire privé pour une mission donnée. Sur ce point, le législateur a fidèlement traduit les implications de la « procédure *Acoset* », creusant ainsi la distinction entre les sociétés d'économie mixte à opération unique et la quasi-régie⁷³. Il semble cependant qu'il soit allé plus loin que ce qui était prescrit par la Cour, en ajoutant une condition extinctive au point IV de l'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales : la fin du contrat entraîne la fin de la société d'économie mixte à opération unique. La durée de vie de la société d'économie mixte à opération unique est par conséquent calibrée sur celle d'un contrat précis, portant sur un objet précis, qui la lie à ses détenteurs. Au contraire, la Cour retenait comme condition suffisante le fait que la société mixte qui se voit confier le contrat ait été

« spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des

⁷⁰ Ce nombre minimal a en effet été abaissé à deux pour les sociétés anonymes (Ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, préc., article 1^{er}).

⁷¹ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique ou PPPI à la française », *CMP*, 2014, n° 1, pp. 1-2.

⁷² « Compte tenu de la lourdeur de sa mise en place, on peut néanmoins gager que la sociétés d'économie mixte à opération unique concernera essentiellement des opérations au long cours et de grande envergure (notamment dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des déchets ou encore des transports publics qui constituent ses terrains d'élection à l'étranger) et de manière sans doute plus rare celles qui donnent lieu à la passation de marchés publics. » (LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique ou PPPI à la française », *loc. cit.*).

⁷³ Sur la distinction entre la « procédure *Acoset* » et la quasi-régie, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, A.2.

conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir [...] »⁷⁴.

548. — Il semble que le choix fait par le législateur de créer une condition extinctive expresse repose sur une recherche d'euro-compatibilité poussée à l'extrême : en cherchant à maximiser la compatibilité entre la structure et la dérogation à laquelle elle doit correspondre, le législateur en a accentué les traits. Chaque société d'économie mixte à opération unique n'existe donc que pour l'accomplissement d'un projet en particulier. Il est vrai qu'il serait irréaliste de considérer qu'une structure est totalement déconnectée de l'objet du contrat qui la lie à ses cocontractants, puisque celui-ci est généralement lié à sa capacité à exercer un type d'activité en particulier. Il est ainsi rare qu'une entreprise de déchets se transforme du jour au lendemain en école. Néanmoins, la société d'économie mixte à opération unique applique cette logique de façon extrême car elle empêche l'évolution des missions, en fermant notamment toute évolution de la forme de la société. Au contraire, la quasi-régie, qui se concentre sur l'aspect relationnel, s'y prête plus. Celle-ci établit une relation institutionnelle qui ne se concentre pas sur un objet contractuel particulier. En conséquence, si l'un des contrats arrive à son terme, la relation interorganique n'est pas automatiquement vouée à prendre fin⁷⁵. La quasi-régie semble par conséquent plus adaptée aux exigences de mutabilité fréquemment imposées par l'intérêt général. Il s'agit d'un élément qui devrait être pris en compte avant la mise en place de telles structures, tout choix d'un mode de gestion devant être opéré à la suite d'une analyse circonstanciée⁷⁶ et ce même si aucune évaluation préalable au sens propre n'est prévue pour la création de sociétés d'économie mixte à opération unique⁷⁷.

⁷⁴ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrivo Ragusa et autres*, aff. C-196/08, préc., §63.

⁷⁵ V. à ce sujet nos développements sur les cessions de contrats au sein du contrat interorganique (*infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §3).

⁷⁶ À titre d'illustration, v. l'ensemble des raisons casuistiques pouvant mener au choix d'un retour à la régie exposées par Monsieur Leonelli (LEONELLI Pierre-Paul, « Le retour en régie d'activités déléguées, l'expérience de la ville de Nice », *RLCT*, 2014, n° 98, pp. 71-73, pp. 71-72).

⁷⁷ Le document de préfiguration qui est imposé, s'il est facteur d'une rigidité certaine concernant les informations que la collectivité devra fournir avant même la conclusion du contrat (le professeur Eckert explique notamment (ECKERT Gabriel, « La société d'économie mixte à opération unique, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1941-1948, pp. 1945-1946)), ne peut en effet pas être assimilé à une telle évaluation préalable qui imposerait une comparaison entre les types de projets. L'absence d'une telle obligation a par ailleurs été déplorée par certains auteurs, notamment Monsieur Mainnevret qui, présentant la société d'économie mixte comme un nouveau contrat de partenariat, regrette que sa mise en œuvre ne soit pas subordonnée à la démonstration d'une nécessité particulière, qui rejoindrait, dans l'idée, celle de la complexité en cas de contrat de partenariat (MAINNEVRET Romain, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », *BJCL*, 2014, n° 4, pp. 538-542, p. 540).



549. — Malgré cette opposition sur le plan de la logique, la question de la qualification intégrée des sociétés d'économie mixte à opération unique ne doit pas forcément être éludée.

2) Les sociétés d'économie mixte à opération unique : des prestataires intégrés éventuels

550. — Leur rencontre peut se produire en pratique, dès lors que la quasi-régie recouvre tous les contrats passés entre les deux entités, alors que la « procédure *Acoset* » ne semble concerner que la passation du contrat initial. Une confrontation aux critères interorganiques est sur ce point nécessaire et témoigne du fait que les acteurs juridiques doivent systématiquement opérer une étude casuistique avant de prétendre bénéficier des deux dérogations conjointement.

551. — Le critère de l'activité essentielle semble aisément pouvoir être rempli : toute l'existence de la société d'économie mixte, de sa création à son extinction, est calibrée sur le contrat qui la lie à ses détenteurs. Cette société semble par conséquent vouée à exercer plus de 80% de son activité pour eux. Il faudrait néanmoins vérifier qu'elle n'est pas amenée à contracter avec d'autres entités, notamment avec ses détenteurs privés, sans impliquer les collectivités qui la détiennent. Si ceux-ci sont des opérateurs économiques, ils pourraient ne pas pouvoir être envisagés comme des détenteurs interorganiques – alors que ça ne semble plus être le cas des organismes de droit public à capitaux privés depuis l'intégration des participations privées indirectes⁷⁸ – et, dans ce cas, le pourcentage requis pourrait être altéré. Dans l'ensemble, il semble néanmoins difficile de considérer que la condition de l'activité essentielle constitue une objection dirimante à la rencontre entre quasi-régie et société d'économie mixte à opération unique.

552. — Le critère de l'influence déterminante pourrait s'avérer plus problématique. Si l'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales impose en effet aux collectivités de détenir des prérogatives leur octroyant un pouvoir décisionnaire, celles-ci concernent principalement des pouvoirs de blocage dont l'effectivité de l'influence sur le fonctionnement quotidien de la société pourrait être

⁷⁸ Sur ce point, v. : *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

niée⁷⁹. Dans le cadre de la recherche d'un contrôle analogue, qui impose une influence déterminante effective de la part du détenteur, cette condition pourrait être considérée comme étant insuffisante⁸⁰. La présence d'un contrôle conjoint semble pouvoir être plus facilement reconnue, si plusieurs collectivités ou si leurs associés privés sont des organismes de droit public, car dans ce cadre, un pouvoir de représentation au sein des organes décisionnels (ce que l'article L. 1541-1 du Code impose) cumulé à un pouvoir effectif de blocage, semble être suffisant pour que le contrôle conjoint soit effectif⁸¹. La difficulté à reconnaître la présence d'un contrôle analogue est en outre accentuée par le fait que les dispositions législatives ne brident pas l'influence des partenaires privés. Or, si ceux-ci sont simplement des opérateurs économiques, leur influence sur l'entité pourrait être considérée comme atténuant celle des collectivités publiques, d'autant plus s'ils détiennent la majorité des parts de la société. Effectivement, et c'est un point qui pourrait être déterminant, les sociétés d'économie mixte à opération unique permettent à l'associé privé de détenir plus de la moitié du capital de la société. Ceux-ci peuvent posséder entre 15% et 66% du capital⁸².

553. — Sous l'angle du troisième critère (celui des participations admises au sein du prestataire intégré), ces taux ne seront pas nécessairement problématiques : les directives ne fixent en effet aucun seuil, leurs rédacteurs étant conscients du fait que le secteur public connaît de nombreuses situations dans lesquelles le pouvoir décisionnaire des personnes publiques est disproportionné eu égard au pourcentage de part qu'elles détiennent effectivement⁸³. Il n'empêche que la question de l'admission de la participation privée pourrait s'avérer problématique. Si cet associé privé est un organisme de droit public, il entre alors dans l'hypothèse des participations indirectes permises par l'interprétation *a contrario* des directives et fait partie des pouvoirs

⁷⁹ MAINNEVRET Romain, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », *loc. cit.*, p. 541. Cet auteur affirme en effet que « le fait que le président de la SEMOU soit un représentant de la personne publique est insuffisant. L'existence d'une minorité de blocage semble aussi inutile. Cette caractéristique n'empêchera pas la perte de contrôle de la société car les décisions courantes au sein de ces sociétés se prennent à la majorité en raison du droit commun des sociétés anonymes, tant au sein du conseil d'administration, que dans le cadre de l'assemblée générale » (*ibid.*).

⁸⁰ Sur la sévérité de ce contrôle, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §3.

⁸¹ C'est le cas depuis l'arrêt *Econord* (CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.), dont la solution a été entérinée par les directives (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.3.ii ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.3.ii).

⁸² En vertu du point III de l'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁸³ V. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, LGDJ, Coll. BDP, T. 264, 2010, pp. 83-96, pts 44-51 et 123-138, pts 66-76 ; MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, LGDJ, Coll. BDP, T. 279, 2014, pp. 194-199, pts 266-273.



adjudicateurs pouvant exercer, avec des collectivités territoriales, un contrôle conjoint sur la société. Dans ce cas, la dérogation interorganique pourrait être envisageable et le critère des participations serait neutralisé⁸⁴. En revanche, si cet associé privé est un opérateur économique classique, il faut vérifier qu'il entre dans les conditions posées par les directives « marchés » et « concessions » pour les participations privées directes⁸⁵. Celles-ci n'imposent aucun seuil maximal ou minimal de participation, mais nécessitent que : la présence de l'opérateur soit expressément imposée par la loi, conformément aux dispositions des Traités, que cet opérateur ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle, de blocage ou d'influence décisive. Le fait que les capitaux privés soient imposés par la loi au sein des sociétés d'économie mixte à opération unique pourrait être défendu : ces organismes ne peuvent en effet valablement exister sans une telle participation. Il s'agit néanmoins d'une hypothèse qui n'a pas encore été confirmée. Les autres modalités sont en outre problématiques : l'article L.1541-1 du Code général des collectivités territoriales ne vient pas annihiler totalement le pouvoir d'influence des associés privés sur l'entité. Il permet ainsi à des associés de disposer de sièges d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance, en proportion du capital qu'ils détiennent. Il énonce bien des garanties pour le maintien d'une certaine gouvernance par les collectivités détentrices mais il ne nie pas la possible influence des associés privés. Ceux-ci ne semblent pas être réduits à un simple mécanisme d'adhésion, comme semblent le requérir les directives en matière de prestations intégrées. L'ampleur de l'influence des détenteurs privés dans le cadre d'une société d'économie mixte semble vouée à être la résultante du nombre de leurs parts, ce qui implique que leur participation soit existante et non atrophiée. Le critère des participations, permettant de déterminer si une situation correspond à une relation interorganique, pourrait par conséquent s'avérer être un véritable obstacle à la qualification des sociétés d'économie mixte en tant que prestataires intégrés lorsque l'associé privé n'est pas un organisme de droit public. Or, *« l'archétype de la société d'économie mixte à opération unique devrait consister en l'association d'une*

⁸⁴ Cette acceptation est en outre soumise au respect des interprétations des directives telles qu'elles ont été exposées *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2). Ces interprétations restent en effet subordonnées à d'éventuelles précisions de la part des institutions européennes.

⁸⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c.

collectivité locale et d'une entreprise privée »⁸⁶. Les obstacles relevés ci-dessus devraient par conséquent se présenter fréquemment.

554. — Ceci pourrait pousser les pouvoirs adjudicateurs à se tourner vers ce qui a été présenté comme la terre d'élection de la quasi-régie : les sociétés publiques locales, lesquelles ne doivent pas être utilisées sans prendre certaines précautions.

⁸⁶ ECKERT Gabriel, « La société d'économie mixte à opération unique, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *loc. cit.*, p. 1944.

§2. Un véritable tremplin pour la mise en œuvre des sociétés publiques locales

555. — La loi du 28 mai 2010⁸⁷ officialisant la création des sociétés publiques locales se présente sous une forme succincte. La précipitation dans laquelle elle a été adoptée n'a laissé que peu de place à la prise en compte de problématiques plus larges. La création des sociétés publiques locales aurait notamment pu être accompagnée d'une réflexion sur la gouvernance⁸⁸.

556. — Ces préoccupations étaient cependant éloignées de celles du législateur, lequel a procédé à la création d'un effet d'aubaine⁸⁹ **(A)**, sans prévenir toutes les problématiques qu'un tel instrument était voué à poser **(B)**.

A. La concrétisation d'un effet d'aubaine

557. — La qualification de prestataire intégré peut être attribuée à de nombreuses entités, pas seulement les sociétés publiques locales. Celles-ci ne peuvent donc pas être considérées comme sa matérialisation. Le législateur l'a cependant présentée comme telle, en faisant ainsi un instrument attractif **(1)**. Cette démarche semble avoir porté ses fruits, puisque la maigre contestation dont la loi a fait l'objet a démontré qu'une éventuelle invalidation est désormais peu envisageable **(2)**, de telle sorte que la prolifération des sociétés publiques locales, désormais constatée, semble bien en passe d'obscurcir encore la carte des instruments à disposition des personnes publiques françaises **(3)**.

⁸⁷ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, préc.

⁸⁸ L'absence d'une telle réflexion a notamment été regrettée par le professeur Braconnier (GERBEAU Delphine et THOUVENEAU Agnès, « Société publique locale : l'union libre des collectivités » (dossier), *La Gazette des cnes*, 29 août 2011, n° 2090, pp. 17-22, entretien avec le professeur Braconnier, p. 22). De même, le professeur Douence souligne que : « *Plutôt que d'adopter un nouveau schéma d'ensemble qui aurait pu conduire à la naissance d'un statut unifié de l'entreprise publique locale, le législateur procède par addition en laissant aux collectivités territoriales le soin d'utiliser les outils mis à leur disposition en fonction de leurs besoins* » (DOUENCE Jean-Claude, « La gestion en régie directe du service public local », *loc. cit.*, pt 244).

⁸⁹ Cette qualification a d'ores et déjà été employée à plusieurs reprises (pour exemple, v. notamment : DEVÈS Claude, « Stop aux sociétés publiques locales « invasives » », *AJCT*, 2014, n° 12, pp. 611-612).

1) *Un outil expressément présenté comme un tremplin pour l'utilisation de la quasi-régie*

558. — Il est difficile de statuer sur l'échec ou la réussite de l'expérimentation des sociétés publiques locales d'aménagement : tout dépend des objectifs qui lui sont attribués⁹⁰. Elle a été une réussite si le but recherché était de déterminer ce qu'il fallait améliorer. Ce fut au contraire un échec si seul le nombre d'entités créées doit être pris en compte. Le champ d'application des sociétés publiques locales d'aménagement était trop circonscrit et leur régime était trop peu adapté pour qu'elles puissent susciter un enthousiasme réel. L'expérimentation a vraiment rempli son rôle, puisque dès 2009 le régime des sociétés publiques locales d'aménagement a connu des adaptations en vue d'augmenter l'attractivité de ces sociétés. En 2010, douze avaient effectivement été créées et seulement une trentaine de créations était projetée⁹¹. Cela n'a fait qu'accroître les attentes concernant la création d'un outil similaire au champ d'application matériel plus large.

559. — La loi du 28 mai 2010⁹² a mis fin à l'attente en créant les sociétés publiques locales, qui côtoient désormais les sociétés publiques locales d'aménagement. Bien qu'aucune d'entre elles ne bénéficie d'office du titre de prestataires intégrés⁹³, l'ensemble des dispositions de la loi et, par conséquent, du régime des sociétés publiques locales, est teinté d'une volonté de banalisation de la dérogation interorganique. Il fallait en faire un instrument accessible tout en s'assurant que son régime de droit commun serait conforme à cette dernière. Les adaptations quant aux actionnaires remplissent tous ces critères. Le législateur a tout d'abord choisi de s'éloigner du seuil minimal fixé par le régime des sociétés anonymes, en abaissant leur minimum de sept à deux alors que ce n'était pas encore la norme pour les sociétés anonymes⁹⁴. Il a ainsi voulu permettre aux sociétés publiques locales d'être adaptables aussi bien à des projets de grande ampleur qu'à ceux qui seraient plus modestes. En optant pour une solution plus drastique que la Cour de justice de l'Union européenne concernant la provenance de leurs capitaux, il

⁹⁰ Pour un compte rendu de leur évolution, v. : SCHOSTECK Jean-Pierre, *Rapport sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales*, n° 2277, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 février 2010, n° 2277, pp. 13-15.

⁹¹ *Ibid.*, p. 14.

⁹² Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, préc..

⁹³ V. notamment, sur les conséquences pratiques de cette absence d'assimilation : NOËL Mathieu, et LEFÈVRE-CORMIER Marie, « SPL et SPLA : attention au contrôle analogue ! », *RLCT*, 2013, n° 86, pp. 25-37.

⁹⁴ Ce nombre minimal depuis été réduit à deux pour les sociétés anonymes (Ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, préc., article 1^{er}).



assurait aux sociétés publiques locales une garantie de conformité avec la jurisprudence européenne. Seuls peuvent ainsi postuler au statut d'actionnaire d'une société publique locale : les collectivités territoriales (les communes, les départements, les régions) et certains de leurs groupements (listés à l'article L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales). La circulaire adoptée en 2011 pour apporter des précisions sur le régime des sociétés publiques locales rappelle que c'est à l'article L. 5111-1 du Code qu'il faut se référer pour connaître la liste de ces groupements. Sont par conséquent concernés : les établissements publics de coopération intercommunale et

« les syndicats mixtes mentionnés aux articles L. 5711-1 et 5721-8 CGCT (c'est-à-dire ceux ne comportant pas d'autres membres que des communes, des établissements publics de coopération intercommunale, des départements ou des régions), les pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales »⁹⁵.

560. — « Prudence » a été le maître mot du législateur, ce qui doit d'ailleurs être salué, bien que certains termes restent potentiellement problématiques dans la loi adoptée le 28 mai 2010. Ainsi son premier article impose-t-il que les sociétés publiques locales « *exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires* »⁹⁶. Il s'agit là d'une reprise de la deuxième condition interorganique, celle de l'activité essentiellement exercée au profit du pouvoir adjudicateur. Opter pour une formulation plus restrictive permettait au législateur de s'assurer du respect de la condition telle qu'elle est énoncée au niveau européen. La formulation peut néanmoins interpeller. La Cour de justice de l'Union européenne, imitée en cela par le Parlement européen et le Conseil⁹⁷, a toujours pris soin de ne pas utiliser de termes qui pourraient prêter à confusion quant à la mission

⁹⁵ Circulaire de la Direction générale des collectivités territoriales du 29 avril 2011, *Le régime juridique des sociétés publiques locales*, NOR : COT/B/11/08052/C, note 1.

⁹⁶ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, préc., article 1^{er}.

du prestataire intégré. Or, c'est précisément à un tel rapprochement que la formulation « pour le compte de » peut aboutir. Cette formulation peut en effet porter à croire que les sociétés publiques locales agissent en tant que mandataires de leurs actionnaires, alors que juridiquement il s'agit de deux mécanismes différents⁹⁸. Aucun mécanisme de représentation n'est à l'œuvre dans la quasi-régie, non plus que concernant les sociétés publiques locales. Ces ambiguïtés contenues dans la formulation « pour le compte de » auraient pu être soulignées par le Conseil constitutionnel comme représentant un risque pour la sécurité juridique mais celui-ci n'a pas été consulté. Le consensus politique autour de la loi a empêché qu'un recours soit formé contre elle⁹⁹. Seule une question prioritaire de constitutionnalité pourrait désormais permettre au juge constitutionnel d'apporter des précisions à ce sujet.

561. — L'acte de création des sociétés publiques locales a été rédigé de sorte à ce que ces sociétés deviennent un tremplin pour l'expansion de la quasi-régie en France. Il devait permettre aux personnes publiques qui chercheraient à fuir les mesures de mise en concurrence des contrats publics de bénéficier pour ce faire d'un effet d'aubaine. Le rapport sur la présentation de loi à l'origine de leur création présentait d'ailleurs explicitement les prestations intégrées comme une « opportunité » dont le législateur « devrait se saisir »¹⁰⁰. La loi sur les sociétés publiques locales devait venir « compléter cette démarche »¹⁰¹. Le ton était donné : l'Union européenne avait ouvert une porte, il fallait absolument s'y engouffrer. Ainsi les sociétés publiques locales sont-elles compatibles avec la quasi-régie et constituent en conséquence une forme de banalisation de cette dernière. En permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'opter pour cette forme de façon

⁹⁷ La Cour emploie en effet une formulation stable depuis l'arrêt *Teckal* (CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, §50), en vertu de laquelle le prestataire intégré « réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent » (v. par exemple : CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« SUCH »), C-574/12, préc., §12). Quant aux directives « marchés » et « concessions », elles énoncent ainsi qu'une structure est intégrée si « plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle » et une formulation est utilisée concernant le contrôle conjoint (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b et 17.3.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b et 12.3.b).

⁹⁸ Sur cette distinction entre quasi-régie et mandat, v. *infra* : Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

⁹⁹ Ainsi que l'a notamment souligné le professeur Devès (DEVÈS Claude, « La Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? », *JCP A*, 2010, n° 28, pp. 16-22, p. 21).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 15.



ordinaire et non plus seulement par défaut, le législateur français a fait fi du caractère négatif qui caractérise généralement les dérogations.

562. — À ce titre, les conseils de précaution pleuvent ; tant sur la nécessité d'utiliser cet outil à bon escient¹⁰² que sur le besoin d'inscrire le choix d'une société publique locale dans une démarche stratégique, procédant d'une véritable réflexion préalable¹⁰³ ou encore, concernant le fait que la concordance entre société publique locale et quasi-régie n'est pas automatique¹⁰⁴. Prudence doit devenir le maître mot, d'autant plus depuis que la conformité de cette loi au droit positif a été confirmée par l'Autorité de la concurrence.

2) *Un outil conforme au droit positif*

563. — Les sociétés publiques locales facilitent la rencontre, au sein d'un même organisme, de collectivités de niveaux différents : qu'il s'agisse de communes, de départements ou de régions. Elles permettent de sortir du cadre intercommunal et constituent *ergo* l'outil adéquat pour des projets initiés par des collectivités de différents types. Ces sociétés pourraient notamment être utilisées par un département qui souhaiterait agir avec des groupements de collectivités dans le cadre de sa compétence en matière d'action sociale, ou encore pour une région qui envisagerait de permettre à des communes de prendre part à son action dans le domaine du transport. Les sociétés publiques locales mises en place dans le Poitou-Charentes et la Bourgogne pour l'auto-partage en sont un exemple (respectivement nommées « Sud Bourgogne Transport Mobilité » et « Poitou-Charentes Auto-Partage »). C'est précisément cette possibilité de regroupement diversifié qui a poussé le syndicat professionnel Entreprises générales de France-BTP à demander un avis à l'Autorité de la concurrence et à déposer deux plaintes contre la loi devant la Commission européenne. Les motivations sous-tendues par ces protestations semblent être une réaction tardive à la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*¹⁰⁵, et non une réelle offensive contre les sociétés publiques locales¹⁰⁶. Ces

¹⁰² V. notamment : BERGEAL Catherine, « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », *AJDA*, 2010, n° 22, pp. 1228-1229.

¹⁰³ V. notamment : VIGOUREUX Alexandre, « La sécurisation des coopérations publiques locales », *AJCT*, 2012, n° 4, pp. 176-178.

¹⁰⁴ BRAMERET Sébastien, « SPL : actionnariat public ne rime pas avec *in house* automatique », *Revue Lamy concurrence*, 2014, n°38, pp. 97-98.

¹⁰⁵ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris contre Premier ministre*, n° 238039, préc.

motivations expliquent qu'à l'appui de son recours, le syndicat ait présenté une argumentation insuffisante, ce que le résumé fourni par l'Agence France Presse met en évidence :

« Le MEDEF considère que cette loi retient une conception « extensive » des critères du in house. Le fait que la société publique locale puisse regrouper de nombreuses collectivités s'accommoderait mal de l'exigence du contrôle analogue posée à celui qui est exercé sur ces propres services par le droit communautaire »¹⁰⁷.

564. — La question posée dans les différents recours formés ne se cantonnait pas au contenu de la forme concernée par la loi mais concernait plus largement l'effectivité du contrôle analogue. Se focaliser sur son éventuelle dilution du fait de la multiplicité des actionnaires était un mauvais choix stratégique. Si la Commission a simplement rejeté les deux plaintes du Mouvement des entreprises de France, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis¹⁰⁸. Selon elle, trois points étaient soulevés :

« L'analyse de l'exonération de mise en concurrence préalable pour les délégations de service public au profit des sociétés publiques locales ; les règles applicables en matière de marchés passés par les sociétés publiques locales ; les règles relatives au droit des aides d'État concernant le financement des sociétés publiques locales et les compensations de service public qui leur sont attribuées par les collectivités territoriales »¹⁰⁹.

Tous furent traités par des rappels au droit positif. Le premier d'entre eux tient également de l'avertissement. Après avoir mentionné les jurisprudences internes et européennes sur les obligations de mise en concurrence et les possibilités d'exonération, l'Autorité y a appelé à une « attention particulière [...] de la part des collectivités concernant l'étendue de leur pouvoir de contrôle sur cette société »¹¹⁰. Connue, l'absence de coïncidence entre

¹⁰⁶ Le Mouvement des entreprises de France aurait réagi « tardivement à l'abandon par le Conseil d'État, en 2006, du critère de la carence de l'initiative privée comme principe de base de justification de l'intervention publique » (GOUTAL Yvon, « La société publique locale n'est pas remise en cause », *Gazette des cnes*, 2012, n° 2212, pp. 16-16, p. 16).

¹⁰⁷ Il s'agit là des termes d'une dépêche de l'Agence France Presse du 27 janvier 2012, telle que retranscrite in : LINDITCH Florian, « Recours du MEDEF contre la loi sur les sociétés publiques locales à Bruxelles », *CMP*, 2012, n° 3, alerte n° 20. Pour le résumé des arguments qui ont été transmis à l'Autorité de la concurrence, v. : Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales, pts 12 à 15.

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pt 20.

¹¹⁰ *Ibid.*, pt 46.



société publique locale et quasi-régie méritait largement d'être rappelée. Le fait que l'Autorité rappelle que « *le contrôle analogue ne se présume pas* » constitue d'ailleurs son « *intérêt majeur* »¹¹¹. L'apport juridique de ce document reste somme toute relatif, puisque déjà en 2011 la « *circulaire du ministre de l'intérieur incit[ait] à aller plus loin que les seules obligations légales, et à définir des mécanismes institutionnels de contrôle* »¹¹².

565. — Peu d'apports pouvaient en réalité être attendus de la part de cet avis, au vu de la faiblesse de l'argumentation du recours. Pour s'attaquer plus justement au contenu de la loi, il eut été plus judicieux de souligner les incertitudes entourant les mandataires sociaux et les administrateurs externes¹¹³; ne serait-ce que parce que même en cas de rejet, les réponses fournies auraient pu éclairer les modalités d'application de la loi. Quant à questionner la Commission, il semble que la probabilité que la requête du Mouvement des entreprises de France aboutisse aurait été plus grande s'il lui avait soumis la question de la persistance du contrôle externe et, partant, de l'éventuelle caducité, des conditions interorganiques au cours du fonctionnement quotidien de la société publique locale intégrée. La loi n'en a en effet créé aucun, alors même que la conservation de la qualification interorganique est conditionnée au maintien de ces conditions. Auraient en outre pu être soumises au Conseil constitutionnel les problématiques liées à la circonscription territoriale des sociétés publiques locales au vu de la non-discrimination¹¹⁴.

566. — La forme recouverte, celle de la société anonyme, impose bien la nomination d'un commissaire aux comptes, auquel devront être présentés les bilans annuels d'activité, en vertu de la Loi de modernisation de l'économie¹¹⁵. Même si les missions de ce commissaire ont augmenté avec ce texte, elles ne pourront en aucun cas

¹¹¹ NEVEU Philippe, « L'avis de l'Autorité de la concurrence sur la création des sociétés publiques locales ... ou le « *in house* » à l'épreuve des faits », *JCP A*, 2012, n° 6, pp. 19-21, comm. n° 2045, p. 20.

¹¹² AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *loc. cit.*, p. 104.

¹¹³ « Ceci soulève également la question du statut du mandataire social de la société publique locale. Rien n'interdit, et cela est même recommandé, de désigner dans les organes de gouvernance des personnalités extérieures aux organes délibérants des collectivités actionnaires. Peut-on pour autant leur confier la charge de mandataires sociaux, individuels ou collectifs ? Est-ce qu'une disposition de cette nature ne serait pas considérée comme contraire aux principes du *in house*, compte tenu des responsabilités particulières des mandataires sociaux ? Ce point demeure à éclaircir. De la même manière, devra-t-on considérer qu'une société publique locale dont des administrateurs seraient majoritairement issus d'organismes extérieurs répondrait aux critères de la quasi-régie ? » (AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *loc. cit.*, p. 104).

¹¹⁴ Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, C.

¹¹⁵ Loi de modernisation de l'économie, dite « LME » n° 2008-776 du 4 août 2008, NOR : ECEX0808477L, JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12471.

tendre à surveiller le maintien des conditions donnant droit à la qualification interorganique. Malgré les différents contrôles externes qui seront imposés à la société publique locale, aucun ne pourra servir à opérer de telles vérifications. Seuls les recours portés par d'autres opérateurs économiques ou par les services préfectoraux devant les Tribunaux ou la Commission le pourront à titre exceptionnel. Or, si ceux-ci font rarement défaut lors de l'attribution des contrats principaux, leur survenance sera forcément plus rare quant à l'exercice quotidien du fonctionnement de l'entité dite interorganique. La question est complexe, puisque rendre obligatoire l'instauration d'un contrôle des conditions interorganiques pour les sociétés publiques locales impliquerait de l'imposer pour l'ensemble des entités quasi internes européennes. La création d'un organisme entièrement consacré à cette veille serait coûteuse. Instaurer un envoi annuel de bilans des conditions interorganiques ne serait pas une solution neutre. Pendant de nombreuses années, les entreprises publiques ont été l'exemple de ce que les mesures imposées par le droit public peuvent nuire au bon fonctionnement d'une société¹¹⁶. Il est important, pour les institutions européennes, de ne pas obliger les États à retomber dans ces anciens travers. C'est donc la liberté de choix de gestion de la part des personnes publiques, laquelle fonde la théorie des prestations interorganiques, qui pousse celle-ci à ses limites en empêchant les instances communautaires d'établir des contraintes trop fortes.

567. — Une action de la Commission à l'encontre de la loi sur les sociétés publiques locales dans sa forme actuelle semble définitivement évacuée, ce qui semble avoir accru la confiance des pouvoirs adjudicateurs dans cette nouvelle forme de gestion. S'ensuit une prolifération de ces sociétés, qui devrait aggraver encore l'enchevêtrement des compétences au sein du secteur public.

3) Un outil favorisant l'obscurcissement de la carte des entités publiques

568. — La participation à des sociétés publiques locales n'est ouverte qu'à certains pouvoirs adjudicateurs locaux, ceux qui ont été jugés comme possédant la plus forte teneur en droit public : les collectivités territoriales et certains de leurs groupements. Ce choix de n'ouvrir la possibilité d'utiliser les sociétés publiques locales qu'à des personnes publiques renforce l'inquiétude de l'aggravation des enchevêtrements qui grèvent le droit

¹¹⁶ V. le rapport dit « Nora », qui recensait les lenteurs inhérentes à ce système, notamment les différents contrôles effectués par une avalanche d'intermédiaires (NORA Simon, *Rapport sur les entreprises publiques*, La Documentation française, Coll. des « Rapports aux pouvoirs publics », 1968).



public français, laquelle a encore été renforcée avec la création des sociétés d'économie mixte à opération unique. Cette problématique n'est pas nouvelle et concerne tant « *l'empilement des structures [que] l'enchevêtrement des compétences et des financements* »¹¹⁷. Elle est en outre propre à la France, dont le maillage des structures publiques est plus encombré que celle de ses voisins, pour des raisons historiques¹¹⁸. C'est en effet un sujet récurrent que la nécessité de diminuer le nombre d'intervenants locaux. Déjà en 2005, la Cour des comptes faisait état de l'échec des tentatives qui avaient été menées pour y remédier¹¹⁹. La vraie incohérence de l'effet d'aubaine, reproduite avec la création des sociétés d'économie mixte à opération unique¹²⁰, réside ici. Alors qu'il existe un vrai mouvement de clarification, de rationalisation, de simplification et de diminution des enchevêtrements de compétences¹²¹, le législateur n'a pas hésité à créer un nouvel instrument vers lequel il a incité les pouvoirs adjudicateurs à se tourner, dans la seule optique de leur permettre de bénéficier d'une exonération de mise en concurrence de contrats¹²².

¹¹⁷ PERETTI Jean-Jacques, *Rapport à Monsieur le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales*, juillet 2011, lettre de mission du Président de la République, p. 2.

¹¹⁸ V. notamment : Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, *op. cit.*, pp. 7-17.

¹¹⁹ « *Si la loi du 12 juillet 1999 a été un succès sur le plan quantitatif, le paysage intercommunal n'a pas été simplifié : enchevêtrement de syndicats de tous types, maintenus ou créés, existence d'un trop grand nombre de petites communautés de communes à fiscalité additionnelle, développement d'une intercommunalité de troisième niveau avec des syndicats mixtes de planification territoriale. Les nouveaux groupements à fiscalité propre n'ont pas permis l'émergence d'une logique d'intégration : compétences restant virtuelles, intérêt communautaire insuffisamment défini, moyens partiellement transférés, investissements limités au regard des moyens financiers accrus dont ils disposent* » (Cour des comptes, *Bilan d'étape de l'intercommunalité en France*, in *Rapport public 2009*, La Documentation française, 2009, p. 214).

¹²⁰ Le professeur Lombard souligne en effet qu'au lieu de créer des sociétés d'économie mixte à opération unique, il aurait pu être envisagé de faire évoluer la forme des sociétés publiques locales (LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, p. 561). Une telle extension aurait cependant pu engendrer des confusions entre le champ d'application de la « procédure *Acoset* » et de la quasi-régie et à une confusion dans leurs modalités d'application. De même, Monsieur Brameret a ainsi soulevé, lors de leur création, que le « *paysage institutionnel de l'action publique économique locale s'étoffe, au risque de perdre toute cohérence et lisibilité pour les acteurs locaux, publics ou privés* » (BRAMERET Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé à la française ? », *loc. cit.*, pt 17).

¹²¹ Ce mot d'ordre est ancien puisque, déjà en 1999, la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, dite « loi Chevènement », « *vis[ait] à rationaliser le processus engagé* » (DOMENACH Jacqueline, « L'intercommunalité face au droit communautaire : la mutualisation des services est-elle une entorse au principe communautaire de libre concurrence ? », in PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève (dir.), *Droit et économie : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Lexis Nexis : Litec, Coll. Mélanges, 2009, pp. 103-108, p. 103).

¹²² « *Les différentes collectivités peuvent également créer des structures communes pour exercer en commun certaines de leurs compétences (GIP [...] ou société publique locale [...]). Cette démarche a l'inconvénient de multiplier les structures en fonction des sujets traités* » (PERETTI Jean-Jacques, *Rapport à Monsieur le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 35).

569. — De plus les sociétés publiques locales, contrairement aux établissements publics de coopération intercommunale, ne retirent aucune compétence aux collectivités qui en sont actionnaires. Le Tribunal administratif de Rennes a bien affirmé qu'une commune qui aurait transféré l'une de ses compétences à l'un de ses établissements publics de coopération intercommunale – celle de gestion de l'eau en l'espèce – ne peut pas entrer ensuite au capital d'une société publique locale créée pour la gestion d'un service lié à l'exercice de cette compétence¹²³. Toutefois, le raisonnement ne semble pas pouvoir être transposé aux sociétés publiques locales. La création de ces dernières ne nécessite qu'un transfert de moyens, ce qui aboutit à la cohabitation d'entités pouvant potentiellement intervenir dans les mêmes domaines. Cette conséquence ne doit pas être sous-estimée, surtout maintenant que les impacts d'une mauvaise répartition des compétences sont connus. Il peut en effet en découler une parcellisation des compétences ayant trait à un même service public¹²⁴, ce qui en complexifie la gestion et peut être un facteur d'immobilisme. Pour résoudre ce problème, il est désormais conseillé de « *mettre en partage les compétences plutôt que de s'évertuer à les répartir* »¹²⁵. S'il ne fait nul doute que les pouvoirs adjudicateurs qui créeront des sociétés publiques locales tenteront de respecter cette recommandation, il est difficile de croire que cela suffira à éloigner tout risque de parcellisation ; d'autant que l'énoncé de l'objet des sociétés publiques locales laisse une grande marge de manœuvre¹²⁶. Une collectivité actionnaire est susceptible d'agir parallèlement à l'un de ses groupements car la circulaire ayant précisé en 2011 le régime des sociétés publiques permet la présence conjointe de collectivités et de leurs groupements à l'actionnariat de sociétés publiques locales, créée pour l'exercice d'une compétence qu'ils partagent¹²⁷. Cet élément obscurcit la donne en matière de compétences, un manque de lisibilité qui est encore aggravé par la répartition

¹²³ TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242, n°1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 ; *ACCP*, 2013, n° 135, p. 24, note Catherine RIBOT ; *AJDA*, 2013, n° 44, p. 2531, chron. Sophie NICINSKI ; *AJCT*, 2013, n° 12, p. 571, note Claude DEVÈS ; *JCP A*, 2013, n° 23, p. 21, comm. n° 2164, concl. Philippe BONNEVILLE ; *RLCT*, 2013, note Sébastien BRAMERET, n° 36, p. 77.

¹²⁴ Pour un exemple dans un domaine qui n'est pas directement concerné par les sociétés publiques locales, v. : Cour des comptes, *Les communes et l'école de la République*, Rapport public thématique, 2008. Il démontre les conséquences de l'enchevêtrement des compétences avec l'État pour l'éducation nationale et notamment les incohérences causées par le partage de compétences afférentes au même service public (v. exemple p. 14).

¹²⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 (préc.).

¹²⁵ PERETTI Jean-Jacques, *Rapport à Monsieur le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁶ « *Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* » (article 1^{er} de la loi du 28 mai 2010).

¹²⁷ Circulaire de la Direction générale des collectivités territoriales du 29 avril 2011, *Le régime juridique des sociétés publiques locales*, préc., p. 5.



des responsabilités. Celles-ci ne sont pas le miroir de la répartition des compétences. Elles sont la reproduction du régime régissant les sociétés d'économie mixte. Grâce à l'alinéa 8 de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales¹²⁸, les dirigeants des sociétés publiques locales sont responsables pénalement, tandis qu'ils « *bénéficient d'une protection importante en matière de responsabilité civile, qui les place dans une situation que pourraient leur envier les administrateurs de droit commun* »¹²⁹. Il s'agit d'un nouveau facteur de confusion de la lisibilité pour les usagers.

570. — Enfin, la condition tenant au territoire établie par le troisième alinéa de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales peut s'avérer problématique. Lorsque seulement deux collectivités différentes seront concernées, elle permettra effectivement de circonscrire leur action. À l'inverse, elle pourra devenir un élément de confusion quand l'actionnariat de la société publique locale se composera de collectivités ou de groupements qui ont vocation à agir sur les mêmes territoires. Il semble peu probable de voir se regrouper dans une même société publique locale une collectivité et certains de ses établissements publics de coopération intercommunale, puisque les seconds se seront vus attribuer la compétence de la première dans le domaine concerné. Il est cependant impossible d'exclure cette hypothèse, notamment parce qu'une société publique locale peut avoir un objet lié à plusieurs compétences, mais aussi au vu du grand nombre de situations dans lesquelles une même compétence a été parcellisée entre des établissements publics de coopération intercommunale et leur collectivité de rattachement. De plus, rien n'empêche une collectivité agissant sur le même territoire et qui ne serait pas détentrice d'un groupement, de devenir actionnaire conjointe de ce dernier au sein d'une société publique locale. Pour exemple, il serait ainsi possible qu'une région prenne part au capital d'une société publique locale dont serait également actionnaire un établissement public de coopération intercommunale créé par une commune de cette même région. Dans le meilleur des cas, les territoires se superposeront ; dans les pires d'entre eux, l'établissement public de coopération intercommunale sera également détenu par une ou plusieurs communes d'une région

¹²⁸ Il fallait en effet qu'un article en dispose expressément car il s'agit là d'une dérogation à ce qui est prescrit par l'article L. 225-20 du Code de commerce.

¹²⁹ DONDERO Bruno, « Les dirigeants des sociétés publiques locales », *RFD*, 2013, n° 6, pp. 1116-1119, p. 1119, pt 28. « *Par conséquent, la responsabilité civile pour faute de gestion repose sur les collectivités représentées et non sur la personne ayant commis la faute. Les conséquences civiles de la faute séparable des fonctions commise par le mandataire social devraient cependant lui incomber personnellement* » (*ibid.*, p. 1119, pt 29).

limitrophe. Compte tenu du nombre extraordinaire de collectivités en France, il ne fait nul doute que les hypothèses sont infinies.

571. — Les éventuelles conséquences de la création des sociétés publiques locales sur la carte des opérateurs publics sont potentiellement multiples et difficilement chiffrables. À ce titre, il est intéressant de soulever la question de l'impact des sociétés publiques locales non interorganiques. Chaque nouvel outil qui est créé l'est dans un but particulier. La plupart du temps, il finit par s'évader du champ qui avait été prévu par ses créateurs. Or, les sociétés publiques locales sont compatibles avec la quasi-régie, mais elles ne sont pas automatiquement interorganiques. Elles peuvent par conséquent naître en tant qu'entités intégrées et, du fait d'évolutions dans leur mode de fonctionnement, perdre cette qualification. Quid de leur sort et de leurs particularités ? Parallèlement, est-il possible que se produise une expansion de sociétés publiques locales qui n'auraient pas été créées pour bénéficier de la dérogation et dont les actionnaires n'auront cure de respecter les conditions interorganiques ? Constitueront-elles juste un chaînon supplémentaire de ce maillage déjà saturé ? Même si rien n'indique que leur capital sera un jour ouvert aux actionnaires privés¹³⁰, leur développement en vertu de facteurs autres que l'exonération de concurrence n'est pas à proscrire. Le fait que les sociétés publiques locales soient aujourd'hui utilisées comme un vrai mode d'intervention économique en atteste. Leur développement démontre dans le même temps que le législateur n'avait pas correctement appréhendé l'ensemble des problématiques que ces sociétés devaient logiquement soulever.

B. La concrétisation de problématiques soulevées par la quasi-régie

572. — La propension des personnes publiques à s'emparer massivement d'un instrument attractif est notoire. La création des sociétés publiques locales en fournit une nouvelle illustration. Les personnes publiques ont en effet répondu à l'appel lancé par le législateur, entraînant une prolifération désordonnée des sociétés publiques locales qui, pourtant, semblent susceptibles de démontrer leurs limites au cours de leur fonctionnement.

¹³⁰ À ce sujet, v. notamment les propos du professeur Karpenschif sur le fait qu'elles pourraient un jour être ouvertes aux capitaux privés et ne constituent donc pas le renouveau des sociétés d'économie mixte (KARPENSCHIF Michaël, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *loc. cit.*, p. 21).



573. — Ces sociétés ne sont en effet pas totalement exclues du champ de la concurrence, ce qui permet de soulever que la quasi-régie est parfois susceptible de créer une illusion de liberté en la matière (1), tout en posant de nombreuses problématiques concernant les transferts de compétences des collectivités locales. Les sociétés publiques locales sont par conséquent la démonstration concrète du fait que les considérations liées à ces transferts de compétences sont absentes du développement et de la définition de la quasi-régie (2).

1) *La démonstration de l'illusion créée par la quasi-régie en matière d'exonérations concurrentielles*

574. — L'annuaire des entreprises publiques locales dénombre actuellement deux-cent-dix sociétés publiques locales¹³¹ et « *l'engouement pour cette nouvelle formule de gestion ne semble pas faiblir* »¹³², ce qui fait écho à leur entrée remarquée dans le paysage juridique. Le développement des sociétés publiques locales a été rapide, contrairement aux sociétés d'économie mixte à opération unique, dont les acteurs juridiques semblent peu se saisir. Les sociétés publiques locales constituent un véritable encouragement à la « *réinternalisation* », ce qui serait l'une des « *diverses intentions sous-jacentes inavouées* »¹³³ de la loi du 28 mai 2010¹³⁴. Leur vocation « *centripète* »¹³⁵ devait rendre les sociétés publiques locales attractives, puisqu'elles constituent un « *partenariat territorial public-public sous la forme d'une sorte de régie publique locale à statut privé* »¹³⁶. A par conséquent été ravivé le fantasme en vertu duquel le retour au « tout public » permettrait aux personnes publiques de garder la mainmise sur le fonctionnement quotidien de l'entité et, *ergo*, résoudrait la plupart des difficultés. D'aucuns ont par ailleurs déjà exprimé leurs inquiétudes quant à un « *réel risque d'un retour et d'un repli du secteur public sur lui-même* »¹³⁷.

¹³¹ <http://www.lesepl.fr/contacts-epl/> (dernière visite le 13 décembre 2015).

¹³² VIGOUREUX Alexandre, « Les avantages de la société publique locale », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1075-1081, p. 1075.

¹³³ TERNEYRE Philippe, « Les sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 24.

¹³⁴ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, préc.

¹³⁵ « *Un grand nombre d'expériences sur les territoires attestent que les collectivités locales se dotent d'outils opérationnels dont elles souhaitent conserver la maîtrise, l'organisation et superviser les interventions. Ceci se vérifie tout particulièrement dans le cadre de la société publique locale dont la vocation est « centripète » puisqu'elle ne peut intervenir que pour ses collectivités actionnaires et sur leur seul territoire* » (VIGOUREUX Alexandre, « La sécurisation des coopérations publiques locales », *loc. cit.*, p. 177).

¹³⁶ TERNEYRE Philippe, « Les sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 25.

¹³⁷ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les partenariats public-privé institutionnels » *loc. cit.*, p. 40.

Désormais « *parée de mille vertus* »¹³⁸, la société publique locale semble avoir gagné la confiance des personnes publiques. Pourtant, le désenchantement en cours d'exécution devrait être double. Aux difficultés encadrant le financement des sociétés publiques locales¹³⁹, s'ajoute le fait que les sociétés publiques locales sont qualifiables d'entreprise au sens européen du terme¹⁴⁰ et devraient être soumises aux règles concernant les aides d'État¹⁴¹ ainsi qu'une certaine désillusion concernant les exonérations concurrentielles.

*« En effet, les sociétés publiques locales seront des pouvoirs adjudicateurs et devront respecter les règles de la « commande publique » lorsqu'elles choisiront un fournisseur ou un prestataire. Identiquement, elles resteront soumises à une batterie de contrôles (Préfet, Chambres régionales des comptes, élus et contribuables locaux, assemblées délibérantes des collectivités actionnaires...) peu propices à rendre le nouvel outil attractif »*¹⁴².

575. — Comme tous les organismes interorganiques, elles ne sont pas des îlots totalement hors du champ de la concurrence et ne bénéficient que d'exclusions concernant les procédures de mise en concurrence prévues par le droit dérivé. Il existe en conséquence des mesures concurrentielles qu'elles doivent respecter en amont et il y en aura constamment à respecter en aval¹⁴³. Très peu d'exonérations sont *in fine* concédées aux sociétés publiques locales, lesquelles ne sont accessibles que si la qualification interorganique est à l'œuvre. Or, demeure une certaine incertitude quant au maintien de cette qualification. Il est de notoriété publique – plus encore depuis l'avis de

¹³⁸ LAVAL MADER Nathalie, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative. Note de bas de page », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1092-1098, p. 1096.

¹³⁹ Le Conseiller d'État Catherine Bergeal a notamment souligné ces difficultés. Elle elle affirmait en 2010 : « *Je doute du très large développement de ce phénomène. Il faut en effet des capitaux pour faire une société publique locale, puisqu'elles n'ont pas le droit de faire appel au privé à la différence des sociétés d'économie mixte. La seule manière dont les sociétés publiques locales pourront se financer – ce sera peut-être un frein puissant – c'est l'emprunt* » (BERGEAL Catherine, « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », *loc. cit.*, p. 1229).

¹⁴⁰ V. notamment : NICINSKI Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1135-1139, p. 1136.

¹⁴¹ Au même titre que tous les prestataires intégrés (v. notamment : *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, A et *infra*, Chapitre 2, Section 1, §1, A.3). Sur la soumission des sociétés publiques locales en particulier à ces dispositions, v. : DYENS Samuel, « La société publique locale face au paquet Almunia : une relation complexe », *AJCT*, 2012, n° 11, pp. 535-539 ; PEYRICAL Jean-Marc, « De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux. Services d'intérêt économique général, partenariats public-privé institutionnalisés et sociétés publiques locales », *AJDA*, 2011, n° 17, pp. 934-943.

¹⁴² KARPENSCHIF Michaël, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *loc. cit.*, p. 21.

¹⁴³ Ces mesures ont notamment été exposées par : LINOTTE Didier, « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1133-1134.



l’Autorité de la concurrence¹⁴⁴ – que l’acquisition de la qualité de prestataire intégré n’est pas une étiquette indélébile¹⁴⁵. Conjugué au fait que le simple respect du régime des sociétés publiques locales ne suffit pas à garantir que les conditions de la dérogation sont remplies, cela ne peut rassurer les pouvoirs adjudicateurs sur le plan de la sécurité juridique. Déjà en 2006, Monsieur Peltier soulignait que, lors de l’établissement d’une société publique locale d’aménagement, il fallait prendre garde à rédiger des statuts permettant d’assurer l’existence des conditions interorganiques, ce qu’il décrivait par ailleurs comme étant un « *exercice périlleux* »¹⁴⁶. À ce sujet, le législateur a clairement pêché par excès de concision. Les enseignements des sociétés publiques locales d’aménagement auraient dû mener à des précisions supplémentaires. Leur absence constitue une réelle lacune, que les différents contrôles auxquels sont soumises les sociétés publiques locales ne suffiront pas à combler¹⁴⁷.

576. — Les désavantages de la société publique locale ne semblent pourtant pas avoir freiné l’engouement des pouvoirs adjudicateurs. Ils ne suffisent pas, pour l’instant, à contrebalancer certains avantages affichés de cet instrument. C’est notamment le cas concernant les considérations liées à la liberté du commerce et de l’industrie. Ces règles, dont les particuliers et les entreprises peuvent se prévaloir lorsqu’une personne publique est en cause¹⁴⁸, peuvent théoriquement être invoquées à l’appui de recours formulés contre des actes de création des sociétés publiques locales. Certes, la circulaire de 2011 sur les sociétés publiques locales distingue les cas dans lesquels la présence d’un intérêt public local est présumée (lorsque les sociétés publiques locales interviennent dans le

¹⁴⁴ Autorité de la concurrence, Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011, relatif à la création des sociétés publiques locales.

¹⁴⁵ V. notamment : BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d’économie mixte locales. Recherche sur l’institutionnalisation d’un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 259-264, pts 440-449.

¹⁴⁶ PELTIER Marc, « La société publique locale d’aménagement », *AJDA*, 2006, n° 43, pp. 2371-2374, p. 2371.

¹⁴⁷ Notamment ceux exécutés dans le cadre de l’attribution de missions de délégation de service public (« *En cas d’attribution d’une mission de délégation de service public, si la consultation de la commission consultative des services publics locaux n’est que facultative, il nous semble en revanche, que celle du comité technique paritaire (CTP) de toutes les collectivités territoriales actionnaires est obligatoire comme lorsqu’il y a délégation à un opérateur privé* » (TERNEYRE Philippe, « Les sociétés publiques locales », *JCP A*, 2011, n° 51, pp. 24-27, comm. n° 2396, p. 26)). À ce titre, les actionnaires des sociétés publiques locales interorganiques verront leur charge de contrôle augmenter (« *Dès lors que la société publique locale est créée pour constituer une entité « in house », la société fait l’objet, en quelque sorte, d’un double contrôle de la part de ses actionnaires. [...] Les sociétés publiques locales sont tout d’abord soumises: aux contrôles de droit commun des sociétés commerciales de la part des commissaires aux comptes ou des mandataires des actionnaires publics. Un contrôle spécifique permet ensuite de vérifier la nature « in house » de la société par rapport à ses actionnaires* » (*ibid.*, p. 25, pts 13-15)). Pour un exposé des contrôles exercés sur les sociétés publiques locales, v. aussi : AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *loc. cit.*, p. 106.

¹⁴⁸ GUIBAL Michel, « Commerce et industrie », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, février 2003 (actualité : janvier 2015), pt 53.

cadre de compétences attribuées aux collectivités par la loi de façon expresse) de ceux dans lesquels elle doit être démontrée (lorsque les sociétés publiques locales mettent en œuvre des compétences découlant de la clause générale)¹⁴⁹. Le législateur a par conséquent procédé à une neutralisation en créant un « *filtre permissif* » d'action pour les sociétés publiques locales¹⁵⁰. Cette neutralisation n'emporte pas l'adhésion de tous les commentateurs, nombre d'entre eux considérant que la création des sociétés publiques locales peut avoir une action négative sur le marché concurrentiel et la liberté du commerce et de l'industrie¹⁵¹. Constatant cette situation, le professeur Nicinski a recherché si les sociétés publiques locales pouvaient être contrôlées par le biais des dispositions sur l'octroi de droits exclusifs¹⁵². L'intervention du législateur apparaît cependant comme une sécurisation de l'action des collectivités, laquelle constitue un facteur supplémentaire de développement des sociétés publiques locales. Une telle prévision était de plus nécessaire car il est vrai que, si principes et libertés européens sont considérés comme n'étant pas altérés par la quasi-régie¹⁵³, il n'en découle pas automatiquement que les principes internes gouvernant l'intervention des personnes publiques ne sont pas automatiquement écartés pour l'intervention des prestataires intégrés.

577. — En revanche, la loi du 28 mai 2010 est beaucoup plus imprécise concernant la question des compétences dont doivent disposer les collectivités pour être actionnaires de sociétés publiques locales, ce qui permet de mettre en relief le désintérêt des dispositions européennes concernant la quasi-régie pour ce point.

¹⁴⁹ Circulaire de la Direction générale des collectivités territoriales du 29 avril 2011, *Le régime juridique des sociétés publiques locales*, préc., p. 4, telle que retranscrite par le professeur Nicinski, in : LOMBARD Martine, NICINSKI Sophie et GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, pp. 1880-1886, p. 1883.

¹⁵⁰ « L'intérêt public étant suffisamment caractérisé dans les zones d'intervention prévues pour les sociétés publiques locales par le législateur, on peut constater que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie constituera un filtre permissif. » (NICINSKI Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *loc. cit.*, p. 1138).

¹⁵¹ V. notamment : DEVÈS Claude, « Constitution de sociétés publiques locales : les « mystères » des SPL », *AJCT*, 2015, n° 5, pp. 274-276, p. 275 ; LHÉRITIER Marie, « Les sociétés publiques locales : une menace pour les constructeurs ? », *Gaz. Pal.*, 2013 n° 61, pp. 17-20 ; LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *loc. cit.*, p. 556.

¹⁵² NICINSKI Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *loc. cit.*, pp. 1138-1139.

¹⁵³ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.



2) *La démonstration du désintérêt de la définition de la quasi-régie pour les mécanismes de compétences*

578. — En France, la question des transferts de compétence implique de rechercher si une collectivité qui s'est expressément dessaisie de sa compétence en la transférant à un organisme intercommunal peut encore participer à une société publique locale qui exerce ladite compétence¹⁵⁴. Elle se pose tout particulièrement concernant les sociétés publiques locales car celles-ci reposent sur une contradiction qui naît de l'addition de deux facteurs : en premier lieu, le fait que leur objet social soit largement défini, conformément à leur statut de sociétés anonymes qui octroie une marge de manœuvre aux créateurs de ces sociétés ; en second lieu, la nécessaire limitation de l'action des collectivités locales sous l'empire du principe de spécialité¹⁵⁵. La difficulté est d'autant plus présente que la loi n'est pas claire sur ce point. Le législateur a bien mentionné les compétences des personnes publiques aptes à créer des sociétés publiques locales mais il y a procédé en employant une formule sujette à interprétations. L'article L. 1531-1 du Code général des collectivités locales précise simplement que les « *collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital* ». Ces dispositions font écho à celles de l'article L. 1521-1 portant sur les sociétés d'économie mixte locales, qui avaient déjà donné lieu à des controverses jurisprudentielles et doctrinales¹⁵⁶. Le même schéma semble actuellement se reproduire, puisque les dispositions de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités locales font l'objet

¹⁵⁴ Cette question juridique a été soulevée dans plusieurs affaires récentes qui seront étudiées *infra* et a donc été rappelée par les différents commentateurs et rapporteurs publics (v. notamment : BRAMERET Sébastien, « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *AJDA*, 2012, n° 27, pp. 1521-1525 ; DEVÈS Claude « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », *AJCT*, 2013, n° 12, pp. 573-574 ; ZIMMER Willy, « Compétence des collectivités territoriales ou de leur groupement pour devenir actionnaires d'une SPL », *CMP*, 2012, n° 6, comm. n° 196, pp. 20-20 ; v. aussi : concl. Philippe CHACOT sur TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728 ; *JCP A*, 2015, n° 5, pp. 27-30, comm. n° 2023 ; Concl. Philippe BONNEVILLE sur TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242 (et autres, préc.), *JCP A*, 2013, n° 23, pp. 21-23, comm. n° 2164).

¹⁵⁵ La problématique résulte en réalité de l'effet « miroir » créé par le fait que les sociétés publiques locales doivent refléter les compétences de leurs actionnaires (BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *RLCT*, 2013, n° 36, pp. 77-79).

¹⁵⁶ L'article L. 1521-1 prévoit en effet que les collectivités locales peuvent créer des sociétés d'économie mixte locales « *dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi* » (v. notamment : BRAMERET Sébastien, *ibid.* « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *loc. cit.*, pp. 1523-1524).

d'interprétations diverses de la part des juges du fond¹⁵⁷, que l'invocation de la circulaire adoptée en 2011 au sujet des sociétés publiques locales peine à résoudre. Ce texte précise seulement qu'un établissement public de coopération intercommunale et ses collectivités détentrices peuvent être actionnaires de la même société publique locale lorsqu'elles partagent une compétence, conformément à la notion d'intérêt communautaire¹⁵⁸. Pourtant, ces précisions sont importantes pour l'utilisation de la société publique locale car une interprétation restrictive pourrait largement freiner son « avenir » en tant que « technique de coopération entre collectivités territoriales »¹⁵⁹. Elles sont d'autant plus attendues que leur absence se traduit par une cacophonie jurisprudentielle. Cette controverse révèle en réalité une certaine indifférence des modalités de la quasi-régie pour les considérations liées au jeu des compétences. Leur exposé permettra de le démontrer. Les juges du fond ont pour l'heure adopté deux positions opposées.

579. — La première, portée par le juge des référés du Tribunal administratif de Lille et les juges du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, tend à considérer que l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités locales n'impose pas que « les actionnaires d'une société publique locale doivent être attributaires de l'ensemble des compétences regroupées dans l'objet social de la société publique locale »¹⁶⁰. Le Tribunal administratif de Clermont Ferrand s'est prononcé dans un sens similaire, en partant du présupposé que les sociétés publiques ne sont que « de simples outils d'intervention économique mis à disposition des collectivités territoriales » et pas des établissements publics de coopération intercommunale¹⁶¹. La solution est conforme à l'idée, défendue par le Rapporteur public Chacot, que l'interprétation restrictive de l'article L. 1531-1 du Code général des

¹⁵⁷ V. notamment : TA Lille, ordonnance, 29 mars 2012, *Communauté des communes de Sambre Avesnois contre comité syndical du syndicat mixte Val de Sambre*, n° 1201729 (AJDA, 2012, n° 27, p. 1521, note Sébastien BRAMERET ; CMP, 2012, n° 6, p. 20, note Willy ZIMMER) ; TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre et autres*, n° 1203242, n° 1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248, préc. ; TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728 (JurisData n° 2015-003268 ; AJCT, 2015, n° 5, p. 274 ; JCP A, 2015, n° 5, p. 27, comm. n° 2023, concl. Philippe CHACOT, note Yann WELS) ; CAA Nantes, 4^{ème} Chambre, 9 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la baie et autres contre Préfet des Côtes d'Armor*, n° 13NT01683 ; inédit au Rec. ; JurisData n° 2014-028744 ; AJCT, 2014, n° 12, p. 611, obs. Claude DEVÈS.

¹⁵⁸ Circulaire de la Direction générale des collectivités territoriales du 29 avril 2011, *Le régime juridique des sociétés publiques locales*, préc., p. 5.

¹⁵⁹ BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.*

¹⁶⁰ TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728, préc.

¹⁶¹ Concl. Philippe CHACOT sur TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728 (préc.), *loc. cit.* ; JCP A, 2015, n° 5, p. 27, comm. n° 2023, concl. Philippe CHACOT.



collectivités territoriales créerait une condition non prévue par la loi¹⁶². C'est ce Rapporteur public qui a poussé les juges du fond à considérer que l'article précité doit être lu comme permettant aux collectivités territoriales de créer des sociétés publiques locales dans le cadre des compétences que la loi leur attribue de façon générale et non dans le cadre de celles dont elles disposent concrètement lors du litige (ce qui impliquerait de vérifier si elle ne les a pas transférées). Cette interprétation large s'inscrirait mieux dans la philosophie des sociétés publiques locales, qui tend à octroyer une certaine liberté d'intervention aux collectivités locales et qui ne s'inscrit pas « *dans une logique de coopération intercommunale.* »¹⁶³ Ces justifications sont compréhensibles et ne sont pas totalement incompatibles avec la configuration actuelle des compétences des collectivités locales et de leurs groupements. Le professeur Zimmer soulève notamment que :

« *après tout, une collectivité qui transfère sa compétence à un établissement public de coopération intercommunale continue également de participer aux décisions relatives à la mise en œuvre de cette compétence dans le cadre des organes de l'établissement public de coopération intercommunale où elle est représentée.* »¹⁶⁴

580. — Ce n'est cependant pas le raisonnement qu'ont décidé de suivre les magistrats du Tribunal administratif de Rennes. Ils ont validé une seconde lecture de l'article L. 1531-1 du Code, plus restrictive, qui pourrait transformer les sociétés publiques locales en « *solution imbuvable* »¹⁶⁵. Le Rapporteur public Bonneville a considéré, suivant l'argumentation du Préfet, que la solution large retenue par le juge des référés de Lille pouvait aboutir à permettre à des collectivités, par le biais de leur participation à des sociétés publiques locales co-détenues, d'exercer « indirectement » des compétences qu'elles ne détiennent pas¹⁶⁶. Cherchant expressément à conserver la cohérence des

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ ZIMMER Willy, « Compétence des collectivités territoriales ou de leur groupement pour devenir actionnaires d'une SPL », *loc. cit.*

¹⁶⁵ BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.* Sur les limites de cette compétence matérielle des collectivités territoriales en matière de sociétés d'économie mixte, v. aussi : DREYFUS Jean-David et PELTIER Marc, « Société d'économie mixte locale et société publique locale », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juillet 2015, pt 45.

¹⁶⁶ Concl. Philippe BONNEVILLE sur TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242, n°1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 (préc.), *loc. cit.*

règles de compétence et la transparence de l'action publique¹⁶⁷, le Rapporteur public s'est par conséquent prononcé pour une solution restrictive. L'analogie avec les sociétés d'économie mixte n'étant, selon lui, pas « *convaincante* » car « *la possibilité prêtée aux actionnaires publics des SEM ne ressort d'aucune décision de justice* ». L'utilisation du régime des sociétés d'économie mixte a cependant été vivement conseillée par Monsieur Brameret, pour qui l'interprétation livrée par le Tribunal administratif de Rennes est trop restrictive. Selon lui, une « *lecture combinée* » des dispositions sur les sociétés publiques locales et de celles sur les sociétés d'économie mixte permet de transposer cette solution aux sociétés publiques locales. Cette lecture permet en effet de faire référence à l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales, qui autorise expressément les collectivités locales actionnaires de sociétés d'économie mixte à conserver des participations au sein de ces structures si elles cèdent à un autre groupement, après la création des sociétés en question, une partie des compétences liées à leur objet social¹⁶⁸.

581. — Les magistrats de la Cour administrative d'appel de Nantes, tout en confirmant la position du Tribunal administratif de Rennes, semblent avoir entendu ces recommandations. Le raisonnement en trois étapes déroulé dans un arrêt du 19 septembre 2014 en atteste¹⁶⁹. La Cour énonce premièrement que grâce à l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales, les collectivités actionnaires d'une société publique locale peuvent conserver des participations. Néanmoins, et deuxièmement, ceci ne fait pas entorse au principe en vertu duquel l'objet social inscrit dans les statuts d'une société publique locale doit être entièrement recouvert par les compétences attribuées à chacun de ses actionnaires. Troisièmement, cette détention des compétences doit être examinée au jour de la création de la société, ce qui implique de vérifier si des compétences ont effectivement été transférées à des groupements intercommunaux. Selon la Cour administrative d'appel, une collectivité ne pourrait donc pas être actionnaire d'une société publique locale agissant dans le cadre d'une compétence que ladite collectivité aurait transférée à une autre structure préalablement à la création de la société publique locale¹⁷⁰.

¹⁶⁷ « *Un tel état du droit aboutirait à brouiller gravement les règles de compétences. Or, ces règles sont essentielles : c'est pour cela qu'elles sont d'ordre public. Elles garantissent en effet un minimum de transparence dans l'action publique. Comment les citoyens, sans ces règles, pourraient-ils déterminer qui est responsable de quoi ? Ce serait encore ajouter à la confusion à laquelle ont conduit les abus de l'intercommunalité.* » (*ibid.*).

¹⁶⁸ BRAMERET Sébastien « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *loc. cit.*, pp. 1523-1524.

¹⁶⁹ CAA Nantes, 4^{ème} Chambre, 9 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la baie et autres contre Préfet des Côtes d'Armor*, 13NT01683, préc.

¹⁷⁰ Sur ce point, v. DEVÉS Claude, « Stop aux SPL invasives », *AJCT*, 2014, n° 23, pp. 611-612.



582. — Plusieurs justifications peuvent être invoquées concernant cette jurisprudence, notamment la protection des compétences des établissements publics de coopération intercommunale par le juge¹⁷¹. Il peut être rappelé que les juges ont tenté d'éviter les dérives potentielles de l'utilisation des sociétés publiques locales¹⁷², ce qui devrait cependant passer par l'application juste des critères du contrôle conjoint, dans la lignée des arrêts *Commune de Marsannay-la-côte*¹⁷³ et *Econord*¹⁷⁴ ; des arrêts dont les juges du Tribunal administratif de Rennes et la Cour administrative de Nantes avaient connaissance lors de la lecture de leurs décisions. Le professeur Karspenchif a d'ailleurs insisté sur ce point dans ses observations sur l'arrêt *Econord*, annonçant la fin des sociétés publiques locales « tentaculaires »¹⁷⁵. Un jugement rendu antérieurement témoigne du fait que les juges du fond n'appliquaient pas assez strictement ces critères¹⁷⁶. Le Tribunal administratif de Montpellier, face à une société publique locale détenue par une seule collectivité, s'est contenté de soulever que la commune, en tant qu'actionnaire majoritaire, désignait plus de la moitié des membres du conseil d'administration¹⁷⁷. Or, ceci est « tout à fait commun en droit des sociétés. »¹⁷⁸ Ce jugement a cependant été rendu avant les arrêts *Econord* et *Commune de Marsannay-la-côte*, qui devraient guider les juges administratifs vers plus de sévérité dans l'application du contrôle conjoint.

583. — Les deux interprétations comprennent des risques. La conception restrictive pourrait limiter injustement la vision que le législateur a voulue large, tout en

¹⁷¹ BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.*

¹⁷² *Ibid.* ; DEVÉS Claude, « Stop aux SPL invasives », *loc. cit.*

¹⁷³ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, préc.

¹⁷⁴ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

¹⁷⁵ KARSPENSCHIF Michaël, « Vers la fin des SPL tentaculaires ? », *AJDA*, 2013, n° 5, p. 257.

¹⁷⁶ « Le juge administratif s'est arrêté à l'apparence du contrôle analogue, sans en montrer la réalité. En particulier, il aurait été intéressant qu'il analyse davantage le fonctionnement concret de la société pour déterminer si les actionnaires peuvent imposer certaines décisions à la société. En effet, dans certaines sociétés publiques locales, l'existence d'un contrôle analogue est formalisée dans un document particulier, joint aux statuts, dans lequel les collectivités détaillent l'ensemble des pouvoirs dérogatoires qui leur sont attribués. Il serait maintenant intéressant que le juge administratif se saisisse de tels documents pour en apprécier la validité et la compatibilité au regard de la jurisprudence européenne. Cela favoriserait l'intelligibilité du mécanisme de la société publique locale et renforcerait la sécurité juridique de tels montages » (BRAMERET Sébastien « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *loc. cit.*, p. 1525).

¹⁷⁷ TA Montpellier, 23 mars 2012, *Fédération des associations pour la défense des usagers et des consommateurs du centre-ville de Montpellier et du Grand-Montpellier (FADUC) contre Communauté d'agglomération de Montpellier*, n° 1002680 ; *AJDA*, 2012, n° 27, p. 1521, note Sébastien BRAMERET.

¹⁷⁸ BRAMERET Sébastien « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *loc. cit.*, p. 1525.

complexifiant la tâche des personnes publiques¹⁷⁹. Elle pourrait potentiellement aboutir à empêcher des collectivités de natures différentes d'exercer conjointement un contrôle sur une société publique locale¹⁸⁰. La seconde lecture, celle qui se veut large, pourrait impliquer « *de voir nombre de compétences résiduelles devenir l'alibi d'une entrée au capital de SPL, ce qui n'était peut-être pas l'objectif visé par le législateur.* »¹⁸¹

584. — Plus généralement, l'argumentation du professeur Devès développée en 2013 au sujet du jugement du Tribunal administratif de Rennes met en lumière l'importance que pourrait revêtir la conception française de la quasi-régie dans ces affaires. Selon lui, la société publique locale serait « *un nouveau mode institutionnel de gestion des services publics locaux* » qui, assimilé à une quasi-régie, devrait être tenu par le même principe de spécialité que celui qui est imposé aux régies car elle constitue « *le prolongement de l'action administrative sous une forme de droit privé* »¹⁸². Il s'agirait là de « *contrebalancer* » l'avantage dont bénéficient les collectivités d'agir sous cette forme¹⁸³. Or, il s'agit là de l'interprétation française des prestations intégrées. Rien dans la définition européenne de la quasi-régie ne permet de répondre au problème juridique soulevé par les affaires soumises aux Tribunaux administratifs. La question des transferts de compétence, pourtant essentielle, n'est pas du tout abordée par cette définition. Ceci s'explique par le fait que cette dérogation est née de considérations qui sont plus proches de la philosophie sous-jacente des aides d'État qu'à celles liées à la répartition des compétences entre personnes publiques¹⁸⁴. Il est en tout cas certain qu'il s'agit là du respect de la liberté d'organisation interne des États. Sur ce point, les sociétés publiques locales permettent de démontrer que la quasi-régie est bien un vecteur de neutralité du droit de l'Union car elle ne préjuge pas de la façon dont les compétences doivent être réparties et exercées. Elles mettent aussi en exergue les travers d'une telle position, qui sont susceptibles d'entraîner des interprétations divergentes au gré des juridictions

¹⁷⁹ « *Il y a là une forme de contradiction avec l'objectif de collaboration entre collectivités, qui se trouve au fondement même de la création d'une telle société* » (BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.*).

¹⁸⁰ « *Nous ne pensons pas qu'une telle analyse soit justifiée, car dans cette hypothèse, le recours à une société publique locale deviendrait extrêmement limité, voir marginal. Comment envisager la création d'une telle société entre une commune et un département puisque, par définition, ces deux collectivités territoriales ne partagent pas de compétence ? De la même sorte, comment envisager la création d'une société entre plusieurs communes, en dehors de tout processus intercommunal puisque, là encore, leurs compétences – au moins géographiques – ne peuvent pas se rejoindre ?* » (BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.*).

¹⁸¹ ZIMMER Willy, « Compétence des collectivités territoriales ou de leur groupement pour devenir actionnaires d'une SPL », *loc. cit.*

¹⁸² DEVÈS Claude, « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL », *loc. cit.*, p. 574.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ ROMA Giacomo, *L'évolution des modalités de gestion des services publics locaux. Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, *op. cit.*, p. 62.



nationales. Les sociétés publiques locales démontrent enfin que le législateur français a rapidement intégré les dispositions européennes, en oubliant que ces dispositions se veulent larges et nécessitent pour leur transposition en droit national une réflexion d'ensemble sur le meilleur moyen, dans un contexte étatique particulier, d'atteindre les résultats escomptés. Une rédaction moins concise aurait par conséquent été souhaitable quant aux questions de compétences¹⁸⁵. Il s'agit cependant de problématiques qui devraient être résolues rapidement par le truchement de précisions législatives ou par une intervention du Conseil d'État.

585. — Il ne peut être répondu positivement à la question « les sociétés publiques locales sont-elles le renouveau des sociétés d'économie mixte ? ». Bien que les premières empruntent en grande partie au régime des secondes, leur développement s'effectue en fonction d'une dynamique qui leur est propre. Qu'elles accentuent les entraves à l'économie mixte, voire provoquent une évolution de celle-ci, ne peut être nié. La concurrence que les sociétés publiques locales vont porter aux sociétés d'économie mixte ne devrait cependant pas s'effectuer dans une proportion telle qu'elle en deviendrait une menace susceptible de causer la disparition de ces dernières. Au sein des formes sociétales, c'est à un rééquilibrage entre les instruments que l'existence de la quasi-régie donne lieu. Ses conséquences sont plus hétérogènes concernant les formes non sociétales à disposition des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁸⁵ « Une fois encore, les incertitudes jurisprudentielles autour du régime juridique de la société publique locale renvoient aux imprécisions rédactionnelles de la loi du 28 mai 2010. Tout ceci plaide, s'il en était encore besoin, pour le (re)traitement rapide d'un régime juridique qui apparaît déjà usé, trois ans seulement après sa mise en place (en ce sens, cf. Bizet J.-F., *Les évolutions et améliorations envisageables pour les EPL*, CP-ACCP avr. 2013, p. 26) » (BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble », *loc. cit.*).

SECTION 2. L'IMPACT HETEROGENE DE LA QUASI-REGIE SUR LES FORMES D'INTERVENTION INSTITUTIONNELLES

586. — Toutes les formes qui peuvent être utilisées par les collectivités locales pour mettre en œuvre la coopération institutionnelle ne pourront pas bénéficier de la qualification de prestataire intégré. Seules sont concernées certaines d'entre elles. Il s'agit des établissements publics, des groupements d'intérêt public et des associations.

587. — Les deux premiers seront étudiés conjointement puisque leur succès laisse présager un impact marginal de la quasi-régie sur leur nombre et leur fonctionnement (§1). La situation est entièrement inversée concernant les associations (§2).

§1. Une influence marginale sur l'utilisation des groupements d'intérêt public et des établissements publics

588. — L'intercommunalité en France permet d'essayer de « pallier le fameux émiettement communal, qu'aucun gouvernement n'est jamais parvenu à réduire »¹⁸⁶. Elle est toujours appréciée des personnes publiques et d'ores et déjà très utilisée. Il ne peut donc être attendu de la quasi-régie qu'elle provoque l'expansion d'un domaine dont le succès n'est plus à prouver. Dans cette mouvance, les groupements d'intérêt public et les établissements publics de coopération intercommunale sont des formes très répandues. Toutes deux sont compatibles avec les prestations intégrées. Il semble pourtant légitime de se demander quel intérêt ces formes peuvent tirer de cette concordance potentielle.

589. — La compatibilité des groupements d'intérêt public et des établissements publics de coopération intercommunale avec la dérogation interorganique apportera un appui supplémentaire à la prolongation de leur succès **(A)**. Elle implique cependant certaines problématiques en matière de coopération **(B)**.

A. Une compatibilité confirmant le succès des établissements publics et des groupements d'intérêt public

590. — « Les sous-ensembles sont nombreux au sein des établissements publics et leur appellation parfois trompeuse »¹⁸⁷. Un constat identique peut être effectué concernant les groupements d'intérêt public, une similitude qui peut assurément être attribuée au fait que dans les deux cas, la création de nouvelles catégories a été attribuée au législateur par l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Symptomatique, cette fragmentation désordonnée n'empêche pas la confrontation de ces deux instruments à la quasi-régie. Les établissements publics peuvent en effet bénéficier de la qualité de prestataires intégrés **(1)**, tout comme les groupements d'intérêts publics **(2)**.

1) L'acceptation de tous les établissements publics en tant que prestataires intégrés potentiels

« Le privilège de la spécialité est souvent présenté comme une limite, pour l'établissement public, à mener sa vie propre. Le rattachement à la personne publique qui l'a créé l'oblige

¹⁸⁶ COSSALTER Philippe, « La société publique locale un outil répandu en Europe », *RDP*, 2011, n° 3, pp. 730-738, p. 731.

¹⁸⁷ TRUCHET Didier, *Droit administratif, op. cit.*, p. 74, pt 249.

à rester dans la spécialité pour laquelle il a été conçu. Cette liberté surveillée signifie aussi que l'établissement public est à l'abri de la concurrence dans son domaine propre ou pour gérer le service public qu'il personnalise »¹⁸⁸.

591. — Cette conception, issue de la vision traditionnelle du droit administratif français, tendrait à rendre la dérogation interorganique inutile. Elle est cependant dépassée : établissement public et service public ne sont plus systématiquement liés¹⁸⁹. S'ils ont acquis le droit d'être considérés comme des opérateurs équivalents à ceux opérant sur le marché depuis l'avis *Société Jean-Louis Bernard consultants*¹⁹⁰, les établissements publics doivent en assumer les conséquences concernant les règles de mise concurrence. Leur action sur le marché est par conséquent subordonnée aux mêmes conditions que l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, ce qui redonne à la dérogation interorganique tout son intérêt.

592. — Puisque l'établissement public contient des formes très diverses, le premier réflexe quant à l'étude de cette « *formule plébiscitée* »¹⁹¹ est d'étudier chacune de ses sous-catégories isolément. Les établissements publics peuvent être distingués en fonction de leur collectivité de rattachement – l'État, la région, le département, la

¹⁸⁸ DURAND Guy, « La société d'économie mixte locale, l'établissement public et la société publique d'aménagement », *ACCP*, 2006, n° 59, pp. 31-35, p. 32.

¹⁸⁹ « *La qualification d'établissement public a perdu à peu près toute valeur juridique [...]. Tout ce qu'on peut en déduire, c'est le caractère de personne publique de l'organisme considéré, d'où découle un contrôle exercé sur lui par une autorité de tutelle et sa subordination est essentiellement variable* » (WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Précis, 25^{ème} éd., 2014, p. 203, pt 224). Sur l'absence de lien entre établissement public et service public, v. aussi : *ibid.*, pp. 201-202, pt 222 ; BOITEAU Claudie, DEFFIGIER Clotilde, LACHAUME Jean-François et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 277 pt 502). V. aussi *supra*, notre introduction générale, Section 2, §2, C.2.

¹⁹⁰ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, Avis, 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208 ; JurisData n° 2009-005319 ; *Rec.*, 2000, p. 492, avec les concl. du Commissaire Catherine BERGEAL ; *AJDA*, 2000, n° 12, p. 987, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLIN ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 105, avec les concl. ; *CMP*, 2001, n° 1, comm. n° 8 par Pierre SOLER-COUTEAUX, p. 16 ; *RFDA*, 2001, n° 1, p. 112, avec les concl. ; *RTD com.*, 2001, n° 1, p. 73, obs. Gilbert ORSONI.

Pour une application, v. notamment : CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports contre Institut Pasteur de Lille*, n° 324156 et n° 324232 ; ECLI:FR:CESSR:2009:324156.20090710 ; *Rec.*, 2009, tables, p. 829 ; *AJDA*, 2009, n° 36, p. 2006, chron. Jean-David DREYFUS ; *CMP*, 2009, n° 8, p. 29, comm. n° 270, note Gabriel ECKERT ; *RFDA*, 2010, n° 1, p. 146, note Guylain CLAMOUR.

V. aussi : CE, Ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, n° 355563, ECLI:FR:CEASS:2014:355563.20141230 ; JurisData n° 2014-032080 ; *AJCT*, 2015, n° 3, p. 158, obs. Erwann ROYER ; *AJDA*, 2015, n° 8, p. 449, chron. Jean LESSI et LOUIS DUTHEILLET de LAMOTHE ; *Droit administratif*, 2015, n° 4, p. 34, comm. n° 27, note François BRENET ; *RFDA*, 2015, n° 1, p. 57, avec les concl. du Rapporteur public Bertrand DACOSTA ; *RTD com.*, 2015, n° 2, p. 245, chron. Gilbert ORSONI.

¹⁹¹ Conseil d'État, Section des rapports et des études, *Les établissements publics*, La Documentation française, Coll. EDCE, 2009, p. 14. Pour un exposé approximatif de leur nombre, v. : *ibid.*, pp. 14-15.

commune ou un établissement public de coopération intercommunale¹⁹² – ou par nature, distinction qui implique des explications plus complexes. Il faut avant tout référencer les établissements publics simples, qui portent des noms divers – pas seulement établissement public, mais également offices, caisses et autres. Ils sont régis différemment selon qu'ils ont un caractère administratif ou industriel et commercial. Leur régime devient ambigu lorsque l'établissement public recouvre plusieurs visages, puisqu'il faudra identifier son activité principale¹⁹³. Parallèlement, font également partie des établissements publics ceux que l'on qualifie d'établissement public de coopération intercommunale, lesquels regroupent les communautés d'agglomération, les communautés urbaines, les communautés de communes, les métropoles, les syndicats de communes et les syndicats d'agglomération nouvelle¹⁹⁴. Ceux-ci doivent être distingués selon qu'ils disposent ou non d'une fiscalité propre. Chacune des appellations qui régissent les différents établissements publics ont réellement des conséquences pratiques. Pour autant, les indications qu'elles fournissent ne sont pas suffisamment pertinentes pour être prises en compte dans le cadre du processus de recherche de qualification intégrée. Les éléments sur lesquels elles reposent sont trop instables et trop peu pertinents pour s'y fonder. Pour exemple, les établissements publics qui ont la plus forte teneur privée sont ceux pouvant être qualifiés d'industriels et commerciaux mais seul le régime auquel ils sont soumis permet de le déterminer : la nature des capitaux employés n'est pas étudiée. Sous l'empire des prestations intégrées, les différences d'appellation au sein des établissements publics n'ont par conséquent que peu d'importance. Il en est de même pour la tutelle qui est ordinairement exercée sur eux. Même si les modalités d'exercice de cette tutelle diffèrent selon l'autorité chargée du contrôle¹⁹⁵, elle tend toujours à vérifier le même type de données, lesquelles ne correspondent pas à celles du contrôle analogue. Il s'agit de deux types de contrôles distincts, dont la cohabitation est compatible et peut être parallèle, mais ne doit pas être confondue.

¹⁹² Nous nous reposons ici sur la distinction établie par les professeurs Auby et Noguellou (AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François et NOGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités locales*, 6^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis, 2015, pp. 198-201).

¹⁹³ V. notamment : TC, 29 décembre 2004, *Monsieur et Madame Blanckeman contre Voies navigables de France*, n° 3416 ; JurisData n° 2004-261607 ; *Rec.*, 2004, p. 525 ; *Droit administratif*, 2005, n° 5, p. 32, comm. n° 73, par Frédéric NAUD.

¹⁹⁴ Article L. 5210-1-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁹⁵ Pour un rappel des autorités de rattachement, v. notamment : TRUCHET Didier, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 73-74, pt 248.



593. — Ce qu'il faut en revanche soulever, c'est que tout établissement public a par définition la personnalité morale, jouit du principe d'autonomie¹⁹⁶ et est en conséquence éligible à la qualité de prestataire intégré. Rien, dans ce qui relève du régime commun des établissements publics, n'est incompatible avec la position de prestataire quasi interne, comme l'était par exemple la nécessaire participation privée au capital des sociétés d'économie mixte avant les directives de 2014. Partant de ce terrain favorable, il sera systématiquement nécessaire, pour chaque établissement public étudié, de reprendre la grille d'analyse de la dérogation déroulée par la Cour de justice de l'Union européenne et codifiée dans les directives. Il s'agit là d'un sort heureux pour les praticiens, puisqu'entre les distinctions de base et leurs variantes impliquant des visages doubles ou inversés, les combinaisons deviendraient infinies. Suivre la méthode prescrite par les institutions européennes permettra également de ne pas être trompé par les appellations, notamment pour les établissements publics administratifs, qui peuvent être des établissements publics intégrés¹⁹⁷, sans pour autant l'être systématiquement. Dans cette lignée, la mise en œuvre de la quasi-régie ne pourra que difficilement avoir une influence sur la dynamique de répartition entre établissements publics administratifs et établissements publics industriels et commerciaux et leur création.

594. — L'établissement public est un outil très apprécié des personnes publiques : « on n'en connaît pas le nombre exact, mais il se compte par milliers. Chaque année, on en crée, on en supprime, on en transforme »¹⁹⁸. Sa compatibilité avec la dérogation interorganique ne pourra qu'accentuer ce phénomène, sans pour autant y représenter un mouvement notable. L'impact de sa réception sera similaire sur l'évolution des groupements d'intérêt public.

¹⁹⁶ V. notamment : GOHIN Olivier et SORBARA, *Institutions administratives*, 6^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2012, p. 108, pt 215.

¹⁹⁷ CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380, préc.

¹⁹⁸ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 73, pt 246.

2) *L'acceptation de tous les groupements d'intérêt public en tant que prestataires intégrés éventuels*

595. — Les groupements d'intérêt public sont apparus dans le paysage juridique plus récemment que les établissements publics. Leur régime est grevé par la grande disparité des dispositions afférentes, à laquelle la loi du 17 mai 2011¹⁹⁹ n'a pas réussi à remédier. Leur compatibilité avec la quasi-régie, présumée au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, a été officialisée par l'arrêt *SNIS*²⁰⁰. Celle-ci contient très peu de détails sur la mesure dans laquelle les groupements d'intérêt public sont compatibles avec les prestations intégrées. Seul le groupement d'intérêt public concerné par le litige, lequel remplissait les conditions interorganiques, fut étudié. Tout comme son Rapporteur public, la Haute juridiction administrative s'est concentrée sur le processus visant à faire siens les développements de la Cour concernant les conditions du contrôle interorganique en cas de co-détention. Les précisions qui préoccupaient le Conseil d'État étaient d'ampleur plus large et, par conséquent, plus impérieuse que celles tenant à la compatibilité de la catégorie juridique à laquelle appartenait l'instrument en cause. Dès lors qu'elle ne présentait pas d'incompatibilité de manière générale avec la dérogation, celle-ci ne méritait pas qu'y soit consacrée une ligne de plus. Le deuxième chapitre de la loi du 17 mai 2011 n'a pas apporté de modification substantielle au régime de base des groupements d'intérêt public et ne contient par conséquent aucune disposition qui puisse rendre l'arrêt *SNIS*²⁰¹ caduque. Il est donc possible de tirer de cet arrêt plusieurs informations au sujet de la confrontation des groupements d'intérêt public à la quasi-régie.

596. — L'arrêt marque tout d'abord une nouvelle étape dans l'évolution de la notion de groupement d'intérêt public. Dans les années 1990, l'heure était au doute quant à leur nature. Privée ou publique²⁰²? Telle était la question. En 2000, ils rejoignaient les rangs des opérateurs publics sous la plume du Tribunal des conflits²⁰³.

¹⁹⁹ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, NOR : BCRX0929142L, *JORF* n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

²⁰⁰ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc. Sur la réception de la quasi-régie par cette décision, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Pour un résumé de cette étape, v. : BOITEAU Claudie, DEFFIGIER Clotilde, LACHAUME Jean-François et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 275-277, pt 500.

²⁰³ TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour les mal logés et les sans-abris (GIP HIS) contre Madame Verdier*, n° 3170 ; *JurisData* n° 2000-106717 ; *Rec.*, 2000, p. 748.



L'arrêt rendu par le Conseil d'État en 2009²⁰⁴ représente par conséquent une nouvelle consécration de ce caractère public. Concernant les conditions de compatibilité entre le groupement d'intérêt public et la quasi-régie en revanche, tout ce qui peut en être inféré, c'est qu'un groupement d'intérêt public constitué par des établissements de santé peut être interorganique. Encore faut-il que les participations à son capital correspondent à celles nécessaires à la détention interorganique. Les prises de participation au sein des groupements d'intérêt public peuvent en effet être très diverses, le Conseil d'État ayant déjà considéré que la présence de détenteurs privés au capital d'un groupement d'intérêt public empêche de le considérer comme un opérateur placé en dehors du marché concurrentiel²⁰⁵. De ce fait, la compatibilité entre groupement d'intérêt public et quasi-régie ne peut pas être considérée comme étant automatique et il importe de vérifier dans chaque situation si le groupement d'intérêt public en cause remplit bien les conditions énoncées par les directives. Une vérification casuistique est en outre plus sûre car chaque groupement d'intérêt public a un génome propre, même si le régime commun de ces groupements ne présente aucune incompatibilité de principe avec le mécanisme intégré. Ce régime commun impose notamment un contrôle ministériel dès l'établissement de leur convention constitutive²⁰⁶. Cette étape pourrait être l'occasion, pour l'autorité responsable, de vérifier l'existence des conditions interorganiques pour justifier l'exonération de formalités que cette qualification entraîne.

« On doit ajouter que le contrôle des groupements d'intérêt public n'est pas laissé au hasard. Un agent comptable leur est désigné par arrêté ministériel, un commissaire du gouvernement par le ministre compétent, un contrôleur d'État par le ministre chargé de l'Économie et des

²⁰⁴ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

²⁰⁵ Sur ce point v. aussi : CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 novembre 2010, *Sté Carso-Laboratoire santé hygiène environnement contre Ministre de l'agriculture et de la pêche*, n° 319109 ; JurisData n° 2010-020783 ; *Rec.*, 2010, p. 845 ; *AJCT*, 2011, n° 2, p. 88, obs. Gilles Le CHATELIER ; *AJDA*, 2010, n° 42, p. 2380, concl. Frédéric LÉNICA ; *CMP*, 2011, n° 1, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2011, n° 3, p. 34, obs. n° 2025 ; *RJEP*, 2011, n° 686, p. 29, comm. n° 24 par Sébastien BERNARD.

²⁰⁶ « Ce faisant, il confirme que les ministres approuvant la création d'un GIP ne sauraient se contenter d'un contrôle formel se limitant à la régularité des modalités de constitution mais « doivent s'assurer de la légalité du projet de convention, vérifier qu'il entre bien dans le champ d'application de la loi et apprécier, sous le contrôle du juge, son contenu au regard de l'ensemble des intérêts généraux dont ils ont la charge, sous le contrôle du juge » selon les termes utilisés par Frédéric Lénica » (BERNARD Sébastien, « Le groupement d'intérêt public à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie », *RJEP*, 2011, n° 686, pp. 29-32, comm. n° 24, p. 31).

Finances. Les groupements d'intérêt public sont également soumis au contrôle de la Cour des comptes »²⁰⁷.

597. — La nomination d'un commissaire du gouvernement est ici obligatoire. Alors qu'il ne pouvait pas être envisagé de confier la mission de contrôle des conditions interorganiques aux commissaires aux comptes des sociétés publiques locales²⁰⁸, il pourrait être envisagé de l'attribuer aux commissaires du gouvernement qui surveillent les groupements d'intérêt public intégrés. Cette tâche entrerait dans leurs compétences, puisque celles-ci consistent à veiller au bon fonctionnement de l'entité et à exercer un veto à l'encontre de « *toute décision ou délibération prise, notamment, en violation des dispositions législatives, réglementaire et contractuelles* »²⁰⁹. Ainsi pourraient-ils contrôler l'évolution de la part d'activité exercée par le prestataire intégré pour son détenteur, afin de veiller notamment à ce que celle-ci ne diminue pas au point de ne plus correspondre aux critères fixés par la Cour de justice de l'Union européenne. La sécurité juridique des pouvoirs adjudicateurs impliqués n'en serait que renforcée.

598. — L'application uniforme de la quasi-régie aux établissements publics et aux groupements d'intérêt public n'est pas sans poser une question fondamentale : la dérogation interorganique pourrait-elle affecter les particularités de chacune de ces catégories et en conséquence engendrer leur rapprochement, voire leur union ? Une telle hypothèse semble peu probable. En revanche, la compatibilité de ces formes avec la dérogation interorganique révèle leurs particularités, en soulevant des questionnements propres à chacune d'entre elles.

B. Une compatibilité mettant en exergue des problématiques propres à ces catégories

599. — La situation des établissements publics de coopération intercommunale doit être analysée de manière approfondie, puisque leur compatibilité avec la dérogation interorganique implique des problématiques particulières **(1)**. Il en est de même concernant l'éventualité d'une rencontre entre quasi-régie et personnalité morale étrangère dans le cadre de la coopération décentralisée **(2)**.

²⁰⁷ GUGLIELMI Gilles. J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public, op. cit.*, p. 375, pt 733.

²⁰⁸ V. *supra*, Section 1, §2.

²⁰⁹ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les établissements publics, op. cit.*, Annexe 7, p. 112.

1) *Les questionnements impliqués par la compatibilité entre quasi-régie et établissement public de coopération intercommunale*

600. — La particularité des établissements publics de coopération intercommunale est que les collectivités territoriales leur transfèrent certaines de leurs compétences en vertu de la loi. C'est pourquoi leur création s'accompagne de la conclusion de conventions de mise à disposition, qui ont un temps été considérées comme étant contraires au droit européen par la Commission. Elles ont depuis été sécurisées par l'arrêt *Coditel Brabant SA*²¹⁰. Cet arrêt protège l'ensemble des contrats liant les établissements publics de coopération intercommunale intégrés à leur détenteur, que ce soit la convention constitutive ou les éventuelles conventions de mise à disposition. Il est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission a finalement clôturé la procédure d'infraction ouverte à l'encontre de la France concernant ces mêmes conventions²¹¹. Cet arrêt a été salué, en tant qu'il venait « conforter la législation française et la pratique en ce qui concerne la dévolution d'activités par des collectivités territoriales à des établissements publics de coopération (et réciproquement) »²¹². Ainsi, dès 2008, des juges du fond ont qualifié des conventions constitutives d'établissements publics de coopération intercommunale de contrats intégrés²¹³. Ces décisions de justice ont pu être adoptées parce que le régime des établissements publics de coopération intercommunale ne contient aucun élément incompatible avec la qualification de prestataire intégré. Le fait qu'une collectivité se prive d'une compétence pour l'attribuer à son groupement ne permet pas d'affirmer

²¹⁰ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

²¹¹ V. notamment : TUE, 6^{ème} Chambre, 20 septembre 2012, *Commission contre République française*, aff. T-154/10, spéc. §7-30 ; ECLI:EU:T:2012:452 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 17, p. 18, n° 11311, chron. Christophe PAULIN et Romain CARAYOL ; *LPA* 2012, n° 256, p. 4, note Pierre ARHEL ; *Concurrences*, 2013, n° 1, p. 151, note Jacques DERENNE ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2013, n° 36, p. 56, note Séverine SCHRAMECK ; *Revue Europe*, 2012, n° 11, p. 39, note Laurence IDOT) ; v. aussi : MONJAL Pierre-Yves, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français : quelques interrogations en forme d'inquiétude », *RDUE*, 2008, n° 4, pp. 729-738 ; DOMENACH Jacqueline, « L'intercommunalité face au droit communautaire : la mutualisation des services est-elle une entorse au principe communautaire de libre concurrence ? », *loc. cit.*

²¹² SCHWARTZ Rémy, « La délégation ou transfert d'un service public à une structure intercommunale relève-t-elle de l'« in house » ou « gestion interne » ? », *BJCP*, 2009, n° 62, pp. 62-66, p. 66.

²¹³ V. notamment : TA Pau, 14 octobre 2008, *Cne d'Ilharre contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 0800537 et TA Pau, 6 janvier 2009, *Cne de Labontan contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 081005 ; *AJDA*, 2009, n° 17, p. 929, note Antoine BOURREL. Selon Monsieur Bourrel, le raisonnement ayant conduit à cette solution n'était pas similaire à celui dégagé *in fine* par l'arrêt *SNIIS* (CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.). Celui-ci serait venu « consacrer une approche à la fois moins déformante de la notion de « in house » et pleine de promesses pour la coopération intercommunale » (BOURREL Antoine, « L'intercommunalité à l'abri : une application audacieuse de la notion de l'exception « in house » », *AJDA*, 2009, n° 17, pp. 929-936, p. 931).

qu'elle ne le contrôle pas. Cette particularité ne porte donc pas atteinte à l'existence du contrôle conjoint. Ce transfert de compétences n'a pas non plus d'impact sur le critère de l'activité essentielle. Tout au plus est-il possible de considérer le transfert de compétences comme un moyen de circonscrire la marge de manœuvre de l'entité.

601. — En revanche, ces transferts participent à faire des établissements publics de coopération intercommunale des structures hybrides et à les placer dans une position unique au vu de l'utilisation de la quasi-régie dans le système hexagonal. Ces établissements sont plus fortement prédestinés à devenir des détenteurs de prestataires intégrés que les autres instruments pouvant potentiellement candidater au titre d'organisme dédié, par opposition notamment aux groupements d'intérêt public. Le Conseil d'État relevait en effet, au sujet de ces groupements, qu'ils n'étaient que très rarement utilisés pour participer au capital d'autres organismes et que la création de filiales n'était d'ailleurs « *pas souhaitable* »²¹⁴. En outre, les établissements publics de coopération intercommunale représentent la seule occasion de soulever la problématique de la compatibilité entre la qualification de prestataire intégré et la libre administration des collectivités territoriales. Même si les établissements publics de coopération intercommunale ne sont pas considérés ainsi par la doctrine, la frontière est en réalité très mince et tend à s'amoinrir plus encore avec les évolutions impliquées par les dernières dispositions concernant la décentralisation²¹⁵. La revue des éléments de définition des collectivités locales le confirme. Les établissements publics de coopération intercommunale détiennent une personnalité morale, sont dotés de moyens et disposent de compétences qu'ils « *exercent en leur nom propre* »²¹⁶. Le « *transfert de compétences, tel qu'il se présente dans le droit de l'intercommunalité, comporte plusieurs caractères qui le distinguent des procédés voisins* »²¹⁷. C'est cette différenciation qui fonde notre hypothèse, laquelle n'est pas démentie par la définition de la décentralisation. Selon le professeur Faure, la décentralisation représente « *un processus de dévolution de compétences administratives au profit de collectivités publiques élues qui les exercent dans le respect des finalités et modalités d'un contrôle,*

²¹⁴ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les groupements d'intérêt public*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 juin 1996, La Documentation française, 1997, p. 46.

²¹⁵ C'est encore plus le cas pour les établissements publics à fiscalité propre depuis la Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (NOR : INTX1238496L, JORF n° 114 du 18 mai 2013, p. 8242), et plus particulièrement son article 34 concernant notamment l'élection de leurs organes délibérants.

²¹⁶ MEUNIER Benjamin, *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, Université de Clermont I, thèse, dactyl., 2006, p. 3.

²¹⁷ DEGOFFE Michel et DREYFUS Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, n° 10, pp. 807-819, p. 809. Parmi ces critères, ces auteurs énoncent notamment l'irréversibilité du transfert de compétences (*ibid.*).



généralement qualifié de « tutelle »²¹⁸. L'élection ne peut être un point d'achoppement, puisque, justement, l'organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale est composé d'élus en vertu de l'article L. 5211-6 du Code général des collectivités territoriales.

602. — *In fine*, seule l'absence de clause générale de compétence l'éloigne de cette appellation²¹⁹. Il est néanmoins critiquable de conserver une distinction sur le seul fondement d'une donnée dont l'avenir est incertain²²⁰. Tout au plus permettrait-elle de considérer les établissements publics de coopération intercommunale comme une collectivité locale de niveau inférieur, si tant est qu'une telle différenciation puisse exister au sein des collectivités territoriales. Même dans ce cas, la qualification ne serait pas innocente. Du fait de l'état actuel de la décentralisation, les établissements publics de coopération intercommunale seraient effectivement les seules collectivités territoriales qui peuvent être les prestataires intégrés de l'un ou de plusieurs de ses pairs. D'aucuns affirmeraient que ce problème est déjà soulevé par l'existence des tutelles. Ce serait cependant oublier qu'à l'ancienne tutelle ordinaire sur les collectivités territoriales a été préférée l'éventualité d'un contrôle par le juge administratif. Seules des conditions exceptionnelles peuvent permettre au Préfet de passer outre la volonté des collectivités territoriales²²¹. Il existe certes une tutelle sur les établissements publics mais qu'elle soit juridique, fiscale ou financière, elle ne vise qu'à vérifier la légalité de leurs actions. Au contraire, le contrôle effectué sur un prestataire intégré tend à influencer en permanence l'intention de ses instances dirigeantes, en dictant à celles-ci une ligne de conduite. En ce sens, ce contrôle est plus intense que la tutelle classique et se pose la question de sa compatibilité avec la libre administration des collectivités territoriales telle que découlant de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958. De même, il est difficile de considérer qu'elle ne fait pas entorse à l'article 8.2 de la Charte européenne de l'autonomie locale, qui n'admet un contrôle administratif sur les collectivités que pour « assurer le respect de la légalité et des principes constitutionnels » ou, tout au plus, « un contrôle de

²¹⁸ FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014, p. 5, pt 6.

²¹⁹ « C'est la réunion de ces critères qui emporte la qualification de collectivité, le défaut de l'un d'entre eux créant la confusion avec l'État (qui n'est pas une personne administrative soumise à une tutelle) ou avec l'établissement public (qui n'a pas la compétence générale) » (FAURE Bertrand, *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 7, pt 9).

²²⁰ La loi dite « NOTRE » supprime en effet la clause de compétence générale des régions et des départements (Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, préc., article 1^{er}).

²²¹ Constitue notamment une atteinte exceptionnelle au principe de libre administration la mise sous tutelle d'une collectivité en vertu de l'article de l'article L. 1612-14 du Code général des collectivités territoriales.

l'opportunité exercé par des autorités de niveau supérieur en ce qui concerne les tâches dont l'exécution est déléguée aux collectivités locales »²²².

603. — La compatibilité entre établissements publics de coopération intercommunale et quasi-régie étant désormais admise, leur cohabitation est amenée à se multiplier. L'ensemble des questions ci-étudiées resteront donc d'actualité. Les données sont néanmoins plus complexes concernant la rencontre entre prestations intégrées et personnalités morales de nationalité étrangère.

2) Les questionnements impliqués par la compatibilité entre quasi-régie et coopération décentralisée

604. — Dans sa lettre de mission au Conseil d'État du 30 juin 1993, le Premier ministre expliquait que « *la création de groupements d'intérêt public [était alors] envisagée comme la solution de certains problèmes que rencontre l'action administrative, par exemple dans le domaine de la coopération internationale* »²²³. La Haute juridiction administrative s'est échinée, dans les travaux qu'elle a remis en réponse à ce texte, à lancer une réflexion qui devait aboutir à la loi du 17 mai 2011²²⁴. En conséquence, elle n'a pas pu approfondir l'aspect international. Celui-ci mérite néanmoins d'être abordé parce qu'il représente un phénomène en expansion²²⁵. La dérogation quasi interne n'impose expressément aucune proximité géographique entre les actionnaires du prestataire intégré et n'empêche pas par principe la coopération entre des pouvoirs adjudicateurs français et des pouvoirs adjudicateurs d'autres États, notamment en matière transfrontalière. Les directives ne font effectivement aucune mention à une restriction territoriale²²⁶. Cependant, les règles internes régissant les formes propres à chaque instrument peuvent l'empêcher. Les formes sociétales, en présentant une souplesse plus aisément adaptable aux droits étrangers, sont bien considérées comme les plus avantageuses pour des coopérations de cette ampleur. Il semble que grâce aux évolutions des directives concernant les

²²² Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée à Strasbourg le 15 oct. 1985, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2007 et publiée par le Décret n° 2007-679 du 3 mai 2007 *portant publication de la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1985*, JORF n° 105 du 5 mai 2007, article 8.2.

²²³ CE, Section du rapport et des études, *Les groupements d'intérêt public*, *op. cit.*, p. 69.

²²⁴ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, préc.

²²⁵ V. notamment : LEMAIRE Sophie, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 143, 2005, pp. 133-160 ; TAILLEFAIT Alexandre, « Coopération transfrontalière », in : AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, pp. 1285-1315.



participations privées directes²²⁷, les sociétés d'économie mixte transfrontalières régies par l'article L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales soient des candidates potentielles à la qualité de prestataire intégré. Néanmoins, les conditions rigoureuses imposées aux participations privées dans ce cadre pourraient freiner les détenteurs privés potentiels. Puisque le capital des sociétés publiques locales n'est pas encore ouvert à des personnes morales étrangères, les personnes publiques souhaitant créer des prestataires intégrés avec des personnes morales pourraient se tourner vers les groupements compatibles avec une telle pratique. Plusieurs options s'offriront à elles.

605. — Le seul outil de coopération décentralisée pouvant éventuellement permettre cette rencontre parmi les établissements publics est le district européen. Né avec l'article 187 de la loi du 13 août 2004, il est l'équivalent interne de l'outil ouvert à tous les États membres de l'Union européenne et créé huit ans auparavant par l'Accord de Karlsruhe²²⁸ : le groupement local de coopération transfrontalière²²⁹. Disposant de la personnalité juridique et d'une autonomie financière, il permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de coopérer avec leurs équivalents étrangers pour « *exercer les missions qui présentent un intérêt pour chacune des personnes publiques participantes et de créer et gérer des services publics et les équipements afférents* », comme en vertu de l'article L. 1114-4-1 du Code général des collectivités territoriales²³⁰. Bien qu'étant considérés comme des instruments *sui generis*, les districts européens sont assimilables à des établissements publics de coopération intercommunale puisque leur régime est en France calqué sur celui des syndicats mixtes ouverts. La présence de personnes morales de nationalité étrangère n'a induit aucune distinction supplémentaire. En conséquence, les

²²⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12. Sur ce point, aussi : *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, C, A.

²²⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c

²²⁸ Accord de Karlsruhe conclu le 26 janvier 1996, entré en vigueur le 1er septembre 1997 entre la France, l'Allemagne, le Conseil Fédéral Suisse et le Grand-duché du Luxembourg, partiellement complété entre les parties par un accord conclu à Bâle le 21 septembre 2000, entré en vigueur le 1er juin 2001, article 8.

²²⁹ Sur ce point, v. notamment : DUBRULLE Jean-Baptiste, « Le district européen, innovation juridique ou coquille vide ? », *RLCT*, 2006, n° 19, pp. 53-56.

districts européens ne présentent, au même titre que les autres établissements publics de coopération intercommunale, aucune caractéristique qui tendrait à les exclure d'office de la qualification interorganique. La méthode de reconnaissance des prestations intégrées devra leur être appliquée, avec une prudence particulière quant aux organismes locaux étrangers. La réglementation encadrant ces organismes étant fixée par leur État de provenance, il conviendra de l'étudier avec précision, afin de ne pas être trompé par des appellations similaires à celles utilisées en France.

606. — Il en est de même pour les groupements d'intérêt public comprenant des personnes morales étrangères. Depuis la loi du 17 mai 2011²³¹, leur situation n'est pas claire. En vertu de l'article 103 de cette loi, ces personnes morales étrangères peuvent participer à un groupement d'intérêt public « *dans les mêmes conditions que les personnes morales françaises de droit privé* »²³². Cependant, alors qu'il aborde les groupements ayant pour objet de mettre en œuvre des programmes ou projets de coopération transfrontalière ou interrégionale, cet article précise que « *sauf lorsqu'elles sont établies dans un État membre de l'Union européenne, ces personnes morales ne peuvent détenir plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants* ». Surtout, il n'est pas précisé si les groupements d'intérêt public qui sont régis par des dispositions sectorielles sont également concernés par cette participation ou si les nouveaux types de groupements d'intérêt public créés par la loi nécessitent des dispositions d'application pour que le principe affirmé dans l'article 103 soit mis en œuvre. Les conséquences de cette imprécision sont flagrantes en pratique, puisqu'aucun groupement d'intérêt public créé depuis cette loi ne compte d'actionnaire étranger dans son capital²³³. De ce fait, seuls les groupements d'intérêt public transfrontaliers, apparus avec la loi du 6 février 1992²³⁴, ont

²³⁰ L'énoncé est légèrement différent pour les groupements locaux de coopération transfrontalière, qui réunissent des « *collectivités territoriales et organismes publics locaux en vue de réaliser des missions et des services qui présentent un intérêt pour chacun d'entre eux* » (article 8 de l'Accord de Karlsruhe, préc.).

²³¹ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

²³² *Ibid.* Cet article est facteur de confusion car il dispose que : « *Les personnes morales étrangères participent à un groupement d'intérêt public dans les mêmes conditions que les personnes morales françaises de droit privé. Lorsque le groupement a pour objet de mettre en œuvre et de gérer ensemble des projets et programmes de coopération transfrontalière ou interrégionale, les personnes morales étrangères de droit public [...] chargées d'une mission de service public participent à un groupement d'intérêt public dans les mêmes conditions que les personnes morales françaises de droit public. Toutefois, sauf lorsqu'elles sont établies dans un État membre de l'Union européenne, ces personnes morales ne peuvent détenir plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants* ». Ces lignes pourraient laisser croire que tous les groupements d'intérêt public peuvent contenir des personnes morales étrangères.

²³³ V. la liste des groupements d'intérêt public en activité sur le site legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&fastReqId=340557864&idSarde=SARDOBJT00007105856&page=1> (dernière consultation le 13 octobre 2015).

²³⁴ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, NOR : INTX9000102L, *JORF* du 8 février 1992, p. 2064.



représenté une probabilité de rencontre entre quasi-régie et personnes morales de nationalité étrangère. Cette probabilité était faible. En 2008, lorsque les articles permettant leur création ont été abrogés, seulement trois groupements d'intérêt public transfrontaliers avaient été créés²³⁵. Cette absence de succès s'expliquait par les limites posées à l'intervention des collectivités étrangères. Quatre limites étaient habituellement dénoncées : « *l'exclusion des collectivités territoriales ne relevant pas d'un État membre de l'Union européenne, la prédominance des personnes morales françaises, l'obligation pour le groupement d'avoir son siège sur le territoire français et l'application de la comptabilité française* »²³⁶. En adoptant l'article 103 de la loi de 2011²³⁷, le législateur a tenté de tirer les leçons de cet échec. Il a ainsi amélioré la situation des personnes publiques membres de l'Union européenne, sans pour autant la révolutionner. L'éventuelle rencontre entre la qualification interorganique et les groupements d'intérêt public est donc pour l'instant théoriquement possible, mais sa survenance reste *de facto* circonscrite.

607. — La situation est moins crispée pour les groupements européens de coopération transfrontalière, voisins européens des groupements d'intérêt public transfrontaliers. Ils n'ont pas connu autant de bouleversements que ces derniers, ce qui a certainement participé à leur meilleure fortune. Créés en 2006²³⁸, ils étaient ouverts aux États membres de l'Union européenne, à leurs collectivités régionales, à leurs collectivités locales, aux organismes de droit public et aux associations regroupant tout ou partie des entités précitées²³⁹. Seuls des organismes privés répondant à la qualification d'organisme de droit public pouvaient alors participer au capital de ces groupements. Leur capital était soit entièrement public, soit composé d'organismes de droit public. Puisque les directives de 2014 semblent ouvrir le capital des prestataires intégrés à tous

²³⁵ V. TROENDLE Catherine, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale par la mise en conformité du code général des collectivités territoriales avec le règlement communautaire relatif à un groupement européen de coopération territoriale*, n° 238, déposé le 26 mars 2008.

²³⁶ NOIZET César, *La coopération décentralisée et le développement local : les instruments juridiques de coopération*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2003, p. 261.

²³⁷ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, préc.

²³⁸ Règlement (CE) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), JOUE L 210 du 31 juillet 2006, pp. 19-24.

²³⁹ « *Le groupement européen de coopération territoriale est composé de membres, dans les limites de leurs compétences en vertu du droit national, appartenant à une ou plusieurs des catégories suivantes : a) États membres ; b) collectivités régionales ; c) collectivités locales ; d) organismes de droit public au sens de l'article 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Les associations composées d'organismes appartenant à une ou à plusieurs de ces catégories peuvent également être membres* » (*ibid.*, article 3.1).

les organismes de droit public, les groupements européens de coopération transfrontalière semblaient voués à répondre obligatoirement au troisième critère d'application des prestations interorganiques²⁴⁰. L'article 9 du règlement de 2006 régissant le groupement européen de coopération transfrontalière lui imposait également d'agir « *au nom et pour le compte de ses membres et, notamment, des collectivités régionales et locales qui le composent* »²⁴¹, ce qui rappelait l'énoncé des conditions de l'activité essentielle. Il était dès lors possible de se demander si la plupart de ces groupements européens de coopération transfrontalière n'étaient pas voués à devenir des prestataires intégrés. Cependant, la modification de leur régime par le règlement du 17 décembre 2013²⁴² a entraîné plusieurs assouplissements importants concernant tant les personnes pouvant participer à leur capital, que leurs missions. Leur régime ne comprend toujours pas d'incompatibilité d'office avec les prestations intégrées mais la présence possible d'opérateurs économiques au capital nécessitera de vérifier systématiquement qu'elles remplissent les conditions exposées dans les directives de 2014 pour les participations privées directes. À nouveau, les conditions liées à la neutralisation des prérogatives des opérateurs privés pourraient freiner la reconnaissance de groupements européens interorganiques de coopération transfrontalière. Cela confirme le fait qu'aucune forme existante ne bénéficie de ce blanc-seing : quelle que soit la forme revêtue, une analyse des conditions devra être menée.

608. — La situation de ces trois types de structures démontre que la coopération décentralisée ne contient par nature aucun élément qui soit incompatible avec la quasi-régie. Il en est de même pour les associations créées par la loi de 1901, même si l'action de la quasi-régie à leur égard est plus ambivalente que sur les autres formes institutionnelles.

²⁴⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c. Sur ce point, v. aussi : *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

²⁴¹ *Ibid.*, article 9.

²⁴² Règlement (UE) n° 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, *JOUE* L 347 du 20 décembre 2013, pp. 303-319, pt 8 de l'exposé des motifs.

§2. Une influence ambivalente sur les associations

609. — Les associations qu'utilisent les pouvoirs adjudicateurs ne sont autres que celles régies par la loi de 1901²⁴³. En tant qu'instruments de droit privé, elles ont longtemps permis aux personnes publiques de bénéficier de la souplesse du droit privé. Désormais, de nombreuses autres formes permettent d'aboutir à ce résultat, ce qui pourrait entraîner une diminution de l'attractivité des associations. Se pose par conséquent la question de la baisse du nombre d'associations conséquemment au développement de la quasi-régie.

610. — Rien ne permet d'établir un tel lien de causalité pour les associations en général, la qualité de prestataire intégré pouvant encore représenter un atout **(A)**. La quasi-régie représente cependant un moyen détourné de lutter contre les associations qui sont qualifiées de transparentes **(B)**.

A. La quasi-régie, atout éventuel pour les associations

611. — Les associations ne sont pas mises à l'écart de la quasi-régie : leur régime commun permet *a priori* à chacune d'entre elles de postuler au titre de prestataire intégré lorsqu'elles en remplissent les conditions. L'extension des participations privées par les directives devrait en outre étendre le champ des associations interorganiques, dépassant ainsi les freins qui ont empêché la Cour d'en reconnaître une dans la décision « *SUCH* »²⁴⁴. La combinaison de ces deux mécanismes présente d'ailleurs des avantages qui peuvent inciter les pouvoirs adjudicateurs à choisir la forme de l'association en lieu et place d'autres instruments pour établir une structure interorganique.

612. — Dans ses conclusions sur l'affaire du festival lyrique d'Aix-en-Provence, le Commissaire Sénors a ressenti le besoin de relever que les associations n'ont pas intrinsèquement une vocation de marché et qu'elles ne répondent pas à une « logique comparable » aux sociétés d'économie mixte²⁴⁵. Des doutes planaient donc encore à

²⁴³ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF* du 2 juillet 1901.

²⁴⁴ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contra Portugal* (« *SUCH* »), C-574/12, préc., §44.

²⁴⁵ CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *loc. cit.*, p. 288.

l'époque au sujet des formes pouvant être revêtues par les organismes potentiellement intégrables, alors même que l'arrêt *ANAV*²⁴⁶ avait été rendu depuis plus d'un an. Ces incertitudes étaient telles que même dans sa conclusion, le Commissaire du gouvernement a procédé par analogie avec le droit interne pour encourager le Conseil d'État à avoir l'« *audace certaine* »²⁴⁷ de reconnaître une association intégrée²⁴⁸. Il n'existe aujourd'hui plus aucun doute quant au fait que cette qualification soit envisageable. Au même titre que toute association est potentiellement un pouvoir adjudicateur²⁴⁹, toute association peut devenir prestataire quasi interne. Cette compatibilité s'inscrit parfaitement dans le sillon de la jurisprudence interne concernant les associations. Il « *découle* » en effet de l'arrêt dit *Delreç*²⁵⁰, que :

« *une association loi 1901 peut être entièrement contrôlée par des collectivités territoriales et par conséquent répondre à l'exigence de contrôle analogue tel qu'envisagé par les dernières décisions de la Cour de justice des Communautés européennes* »²⁵¹.

C'est ce qu'ont expressément officialisé la Cour administrative d'appel de Paris en 2005²⁵², puis le Conseil d'État en 2007²⁵³. Une telle confirmation est importante pour les associations, qui ont été progressivement encadrées par le droit, lequel a alourdi leur

²⁴⁶ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, aff. C-410/04, préc.

²⁴⁷ DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », *loc. cit.*, p. 46.

²⁴⁸ « *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes n'a jamais eu l'occasion d'appréhender une telle situation et, s'agissant d'une activité hors marché, il est peu probable qu'elle en soit jamais saisie. Mais cela ne doit pas nous inhiber et il est légitime que dans un cas de cette nature, le juge national puisse qualifier de prestations intégrées les services offerts par une association aux collectivités pour le compte desquelles elle agit. Il n'y aurait en aucune hésitation à retenir cette qualification si les collectivités avaient créé un établissement public dédié* » (Concl. François SÉNERS sur CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.* n° 284736, *loc. cit.*, p. 289).

²⁴⁹ LICHÈRE François, « L'association, pouvoir adjudicateur », *ACCP*, 2007, n° 68, pp. 34-39.

²⁵⁰ CE, 7^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 8 juin 1994, *M. Delreç contre Cne de Metz*, n° 143272 ; *Rec.*, 1994, tables, p. 839.

²⁵¹ À l'appui de ses propos, le professeur Mescheriakoff cite un considérant de principe de cet arrêt, en vertu duquel : « *Le recours à une association pour gérer des activités qui correspondent à une mission de service public, dès lors notamment que les droits et obligations de l'association se trouvent strictement définis par une convention prévoyant un contrôle étroit et permanent de la ville de Metz sur les activités et les comptes de l'association, ne peut être regardé comme illégal en lui-même* » (CE, 7^e et 10^e Sous-sections réunies, 8 juin 1994, *M. Delreç contre Cne de Metz*, n° 143272, préc., tel que retranscrit in MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « Les associations et les prestations intégrées (la notion de « *in house* » ou de « quasi-régie ») », *Lamy Associations*, 2010, n° 187, pp. 1-4, p. 3).

²⁵² CAA Paris stuant au contentieux, 4^{ème} Chambre, 20 avril 2005, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 02PA02193 ; *JurisData* 2005-280752 ; *AJDA*, 2005, n° 31, p. 1729, note Pascal TROUILLY ; *BJCP*, 2005, n° 42, p. 360, obs. Christine MAUGÜÉ. Le raisonnement de la Cour administrative d'appel a été entièrement confirmé par le Conseil d'État, en ce qui concerne l'assimilation de l'association à un service de la commune (CE, Section, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796, préc.).

²⁵³ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.



soumise aux obligations de mise en concurrence. La quasi-régie constitue par conséquent un assouplissement potentiel et présente nécessairement une certaine attractivité. Ce peut notamment être le cas pour les gestionnaires associatifs qui seraient susceptibles d'être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs du fait de leurs relations avec des personnes publiques. Elle n'est cependant pas sans bornes et ne s'étend pas aux responsabilités assumées. Lorsque des élus participent à une association au nom de leur collectivité locale de rattachement, ils le font *ès qualités*. Ils encourent donc des risques spécifiques, tant civils que pénaux, notamment la gestion de fait²⁵⁴. C'eût été un avantage indéniable de la qualification interorganique que de réattribuer aux collectivités territoriales d'appartenance des dirigeants élus les responsabilités dues à d'éventuelles participations dans des associations en lieu et place de ces derniers. La quasi-régie ne permet pas ce transfert, ce qui explique que le huitième alinéa de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales vienne expressément adapter le régime applicable aux élus pour que ce soit le cas. Il s'agit certes d'une lacune générale de la théorie interorganique mais elle revêt une importance particulière concernant les associations au vu de l'importance des risques encourus.

613. — L'association présente néanmoins des intérêts particuliers pour les pouvoirs adjudicateurs qui seraient à la recherche d'un instrument leur permettant d'établir un mécanisme quasi interne. Contrairement à ce qui est prévu pour les sociétés publiques locales, la détention d'associations n'est fermée à aucun type de pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'un facteur de complications, puisqu'il faudra systématiquement vérifier le critère interorganique lié aux participations. Ceci se révélera néanmoins très avantageux dans l'hypothèse où l'une de ces structures souhaiterait s'allier à un pouvoir adjudicateur autre que ceux concernés par l'actionnariat des sociétés publiques locales. En outre, les sociétés publiques locales peuvent s'avérer inadaptées à la gestion de certaines activités qui ne seraient pas non plus d'envergure suffisamment large pour justifier le choix d'un établissement public de coopération intercommunale. Tel est notamment le cas du domaine culturel, qui nécessite parfois une souplesse de gestion que n'offrent pas les établissements publics tout en ne justifiant pas l'établissement d'une société. Lorsqu'elles seront dans une telle situation, les personnes publiques préféreront parfois opter pour la régie ou pour l'association. La seconde a l'avantage de

²⁵⁴ En cas de constat de l'existence d'une gestion de fait par la chambre régionale des comptes (qui est compétente en vertu de l'article L. 231-3 du Code des juridictions financières), cette même chambre peut

permettre une séparation formelle en matière de gestion. À ce titre, le nombre de collectivités territoriales nécessaires pour créer l'une de ces entités sera cardinal. Pour faire naître une société publique locale, il en faut deux, alors qu'aucun nombre minimal n'est requis pour créer une association. Certes, les établissements publics de coopération intercommunale peuvent également être unipersonnels. Néanmoins, ils impliquent un transfert de compétences et sont des structures de droit public, ce qui n'est pas le cas des associations. Celles-ci sont clairement la moins complexe des formes permettant de bénéficier de la qualification interorganique.

614. — Les associations offrent enfin la possibilité de profiter de certains régimes avantageux²⁵⁵, notamment la qualification d'association d'utilité publique. Accessible aux structures comprenant un minimum de deux cents membres, celle-ci ouvre notamment droit aux dons et legs²⁵⁶. Quid de son cumul éventuel avec les prestations intégrées ? Il n'existe aucune incompatibilité de principe entre cette qualification et la possession de l'association par des actionnaires publics. Il n'en existe pas plus avec les conditions interorganiques, bien au contraire. La qualification d'utilité publique implique effectivement une gestion désintéressée, qui éloigne les bénéficiaires privés et les intérêts lucratifs proscrits dans les mécanismes intégrés²⁵⁷. Elle entraîne aussi l'établissement d'une tutelle particulière²⁵⁸. La qualification d'utilité publique peut-elle en conséquence être considérée comme un gage de maintien du contrôle analogue ? L'ensemble de ces éléments, s'ils constituent des indices concordants, ne peuvent pas être considérés comme des garanties du fait que les conditions interorganiques perdureront, surtout depuis qu'il est avéré que « *d'influents fédérations sportives se dispensent de l'approbation de l'État pour modifier leurs statuts* »²⁵⁹. De telles dérives sont permises par la détérioration des

condamner le gestionnaire de fait à payer une amende pour immixtion dans les comptes publics (article L. 231-11 du Code des juridictions financières).

²⁵⁵ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les associations reconnues d'utilité publique*, Étude adoptée le 25 octobre 2000 La Documentation française, 2000, annexe 4.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 12-13.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 34. Sur la rémunération des dirigeants, v. : pp. 35-42. « *Les contraintes inhérentes à la reconnaissance d'utilité publique, et notamment l'obligation d'adresser les comptes au ministère de l'Intérieur, sont incompatibles avec l'exercice d'une activité purement commerciale et c'est souvent ce qui pousse l'association à demander le retrait de la reconnaissance d'utilité publique* » (*ibid.*, p. 60).

²⁵⁸ « *Elles doivent notamment transmettre chaque année leurs comptes et leur rapport d'activité au préfet du département où est localisé leur siège social, ainsi qu'au bureau des associations et fondations (ci-après BAF). Leur règlement intérieur doit être approuvé par le ministre de l'Intérieur. Enfin, toute modification statutaire fait l'objet d'une instruction par le BAF, et doit être approuvée par arrêté ministériel pris après consultation des ministères concernés et avis conforme du CE* » (*ibid.*, p. 9). Cette tutelle distingue les associations d'utilité publique des autres régimes avantageux dont peuvent bénéficier les associations (tel que rappelé par le Conseil d'État (*ibid.*, pp. 41-42)).

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 3. V. pp. 21-23 pour l'ensemble des libertés prises par les établissements concernés.



tutelles sur les organismes d'utilité publique²⁶⁰, détérioration qui est principalement causée par un manque d'effectifs²⁶¹. L'ensemble de ces modalités peut évoluer si les préconisations du Conseil d'État pour améliorer cette tutelle²⁶² sont suivies mais pour l'heure, il ne peut être accordé de véritable crédit à celle-ci.

615. — La situation des associations, que celles-ci soient d'utilité publique ou non, n'est pas telle qu'elle implique la méfiance. C'est au contraire le cas pour celles qui sont qualifiées de transparentes, qui sembleraient vouées à pâtir du développement de la quasi-régie.

B. La quasi-régie, un moyen détourné de lutter contre les associations transparentes

616. — Quasi-régie et association transparente se distinguent par leurs fonctions et la légitimité dont elles bénéficient. Face aux associations transparentes, les juges administratifs ont en effet « *décidé de faire prévaloir la réalité sur la fiction et d'écarter du débat ces personnes publiques qui les utilisent comme de simples marionnettes* »²⁶³. Une telle façon d'appréhender les associations transparentes a un impact sur leurs interactions avec la quasi-régie. Ces structures semblent en effet avoir été clairement désignées comme les victimes programmées de la quasi-régie **(1)**. Cependant, l'examen de la corrélation éventuelle entre association transparente et qualification interorganique révèle que la pratique devrait s'avérer plus complexe **(2)**.

1) La quasi-régie ou la volonté persistante d'anéantir les associations transparentes

617. — Bien que le rapport dit « Schosteck »²⁶⁴ ne la mentionne jamais, l'éradication des associations transparentes serait, selon le professeur Damarey, l'un des objectifs non avoués de l'adoption de la loi sur les sociétés publiques locales²⁶⁵. Cet

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 3. « *La mission de tutelle des organismes concernés connaît une phase délicate : les effectifs affectés à ces tâches sont limités, alors que le nombre des structures croît lentement mais sûrement, si l'on s'en tient aux seules fondations et associations reconnues d'utilité publique* » (*ibid.*, p. 8). V. aussi : *ibid.*, pp. 15 et s.

²⁶¹ V. à ce sujet *ibid.*, pp. 11-13.

²⁶² *Ibid.*, pp. 24-31.

²⁶³ BOITEAU Claudie, DEFFIGIER Clotilde, LACHAUME Jean-François et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 326, pt 602.

auteur est d'ailleurs allé jusqu'à déclarer que « *l'attrait du cadre légal qu'offre la société publique locale devrait l'emporter. La tendance devrait donc être à la disparition de ces associations et à leur remplacement par des sociétés publiques locales.* »²⁶⁶ Une telle position semble cependant audacieuse, puisque ces structures ont survécu à de nombreuses offensives.

618. — L'utilisation dite para-administrative ou parapublique des associations n'est pas ce à quoi aspirait la loi de 1901²⁶⁷. Cette pratique est donc critiquée²⁶⁸ et traquée. La création des groupements d'intérêt public devait déjà tendre à son éradication²⁶⁹. Si certains d'entre eux sont venus remplacer des associations préexistantes²⁷⁰, celles-ci leur ont en grande partie survécu. Leur identification par le Conseil d'État dans l'arrêt *Divier*, couplée à leur théorisation sous le nom d'association transparente par le Doyen Auby²⁷¹, a freiné leur développement sans pour autant les anéantir. Les plus hautes instances de l'État ont participé à la tentative d'éradiquer les associations transparentes²⁷², qui « *font l'objet de dénonciations systématiques depuis trente ans*

²⁶⁴ SCHOSTECK Jean-Pierre, *Rapport sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales*, n° 2277, *op. cit.*

²⁶⁵ Leur création revenait selon le professeur Damarey à offrir « *de manière indirecte, la possibilité de mettre un terme au fonctionnement d'associations créées par, et pour les besoins de collectivités publiques, et dont l'existence peut être contestée à raison de l'absence d'autonomie qui les caractérise* ». Les sociétés publiques locales seraient une « *une réponse indirecte aux associations transparentes* » (DAMAREY Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA*, 2011, n° 1, pp. 15-17, p. 15).

²⁶⁶ « *Une conséquence logique et à conseiller. En effet, la société publique locale offre désormais le cadre juridique jusqu'alors recherché dans le domaine associatif* » (*ibid.*, p. 16).

²⁶⁷ Concl. François SÉNERS sur CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *loc. cit.*, p. 288. Le Commissaire du gouvernement citait plus précisément le rapport du Conseil d'État sur les associations d'utilité publique (CE, Section du rapport et des études, *Les associations reconnues d'utilité publique*, *op. cit.*, pp. 297-298).

²⁶⁸ V. notamment : GOHIN Olivier et SORBARA Jean-Gabriel, *Institutions administratives*, *op. cit.*, p. 108, pt 215.

²⁶⁹ « *Le groupement d'intérêt public est né d'un constat dénoncé dans les années soixante-dix de la prolifération, dans certains domaines, de personnes morales de droit privé fictives – associations, fondations ou groupements d'intérêt économique (GIE) – destinées à favoriser la coopération entre le secteur public et le secteur privé au mépris des règles applicables aux personnes publiques. C'est pour lutter contre ce phénomène de démembrement de l'administration qu'un rapport rendu par un collectif d'auteurs en 1978 préconisait la création d'une structure dont le nom était évoqué pour la première fois, le groupement d'intérêt public* » (COMBEAU Pascal, « La nouvelle « loi de 1901 » des groupements d'intérêt public. Entre rupture et continuité », *JCP A*, 2011, n° 26, pp. 41-46, étude n° 2235, p. 41, pt 2). V. aussi : CE, Section du rapport et des études, *Les groupements d'intérêt public*, *op. cit.*, pp. 9-12.

²⁷⁰ L'organisme actuellement nommé Groupement d'intérêt public Justice coopération internationale a pris la relève du groupement d'intérêt public créé en 2012 après la dissolution de l'association ACOJURIS qui avait auparavant la charge de cette mission.

²⁷¹ CE, Section, 11 mai 1987, *Pierre François Divier contre Association pour l'information municipale*, n° 62459, préc.

²⁷² Elles ont été dénoncées par le Premier ministre dans une circulaire du 15 janvier 1988 (Premier ministre, Circulaire du 15 janvier 1988 relative aux rapports entre l'État et les associations bénéficiaires de financements publics, n° 3300/SG).



dans les rapports annuels de la Cour des comptes »²⁷³. Plusieurs ont été sanctionnées par les juges administratifs²⁷⁴. Il fallut attendre 2007 pour que la haute juridiction administrative en donne une vraie définition jurisprudentielle²⁷⁵. Ainsi faut-il notamment retenir de l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt*²⁷⁶ que « [l]orsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme « transparente » »²⁷⁷. Seront en conséquence requalifiées la nature de la structure et, ergo, l'ensemble des décisions intervenues au cours de son fonctionnement. Les impacts peuvent être colossaux sur les élus dirigeants, puisque ceux-ci encourent la mise en cause de leur responsabilité individuelle²⁷⁸. C'est une véritable chape de plomb dissuasive qui est susceptible de s'abattre sur eux en cas de requalification.

619. — Qu'en est-il de l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*²⁷⁹ ? Est-il venu « normaliser »²⁸⁰ les associations transparentes, en amorçant un mouvement contraire à la réticence que suscitaient jusqu'alors lesdites structures ? C'est ce que semble considérer Monsieur Mouzet. La qualification interorganique aurait écarté « la redoutable épée de Damoclès »²⁸¹ constituée par la censure potentielle des subventions versées au festival lyrique. Il en résulterait que l'association transparente se situerait « au point de convergence de la théorie communautaire du contrat « in house » et de l'idée, classique, qu'on ne contracte pas avec soi-même »²⁸². Il nous est impossible d'adhérer à cette hypothèse, puisque le cas d'espèce

²⁷³ DENIZEAU Charlotte, « Associations – Associations de droit commun. Associations para-administratives », *JurisClasseur administratif*, 28 février 2008, fasc. n° 170 (mis à jour au 28 février 2008).

²⁷⁴ Pour exemple, v. notamment : CE, Section, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture Alpes-Maritimes contre Conseil général des Alpes-Maritimes*, n° 108696 ; *Rec.*, 1995, p. 142 ; *JurisData* n° 1995-041459 ; *AJDA*, 1995, p. 921, note Caroline BRAUD ; *RTD com.*, 1996, p. 84, obs. Élie ALFANDARI.

²⁷⁵ CE, Section, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796 ; *JurisData* n° 2007-071622 ; *Rec.*, 2007, p. 130 ; *AJDA*, 2007, p. 915, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 230, concl. Nicolas BOULOUIS ; *CMP*, 2007, n° 5, p. 60, comm. 137, par Gabriel ECKERT ; *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1937, note Michel DREIFUSS ; *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 867, note Pierre BRUNET ; *RJEP*, 2007, n° 644, p. 270, comm. n° 2, par Nathalie ESCAUT.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Pour un résumé de ces responsabilités, v. : MOUZET Pierre, « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales », *RDP*, 2008, n° 6, pp. 1539-1561, pp. 1559-1561.

²⁷⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

²⁸⁰ MOUZET Pierre, « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales », *loc. cit.*

²⁸¹ *Ibid.*, p. 1561.

²⁸² *Ibid.*, p. 1541.

ne concernait pas une association transparente. Le Commissaire Sénors, dans ses conclusions, a qualifié l'entité gérant le festival lyrique d'« *émulation directe des collectivités publiques* »²⁸³ mais il s'est refusé à mentionner la notion d'association transparente et il fut imité en cela par le Conseil d'État. L'association du festival lyrique ne remplit pas les critères de la transparence. Si la commune d'Aix-en-Provence y est clairement majoritaire et que les autres personnes morales participant à son capital sont des personnes publiques, la réalité de l'indépendance formelle de l'association n'est pas niée, comme c'était le cas dans l'affaire *Divier*²⁸⁴. Celle-ci a permis d'établir un baromètre de mesure de l'immixtion du public dans la gestion de l'entité. Le degré d'ingérence doit être si extrême qu'il empêche toute séparabilité *de facto* des actions entreprises par l'association de celles entreprises par la ou les collectivités concernées²⁸⁵. L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*²⁸⁶ ne peut donc pas être considéré comme étant venu normaliser les associations transparentes. Sans aller jusqu'à affirmer qu'en admettant que toute association puisse être intégrée, le Conseil d'État est venu « *réhabiliter une notion équivoque, celle d'association transparente* »²⁸⁷, il faut admettre que l'arrêt précité leur a accordé une trêve. Les éventuels bénéfices pouvant être tirés de leurs éventuels recoupements et corrélations avec la quasi-régie le confirment.

2) *La survie attendue des associations transparentes*

620. — En se présentant comme un moyen de sanctionner une pratique détournée, la théorie de l'association transparente se distingue de celle des prestations intégrées, même si leurs critères de reconnaissance sont nominalement ressemblants. Pour qualifier une association transparente, il faut en effet démontrer qu'une personne publique exerce sur elle un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur le

²⁸³ CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *loc. cit.*, p. 286.

²⁸⁴ CE, Section, 11 mai 1987, *Pierre François Divier contre Association pour l'information municipale*, n° 62459, *préc.*

²⁸⁵ Le Conseil d'État relevait en effet dans l'arrêt « *que les actions d'information entreprises, sous l'autorité du maire, par la direction générale de l'information et des relations publiques de la ville [...] sont menées en partie directement par les services de la ville et en partie par l'intermédiaire nominal de l'association, pour des raisons de commodité, sans que cette dualité apparente des intervenants ne porte atteinte à leur cohésion* » (*ibid.*). Pour un autre exemple, v. notamment celui de « *Nice communication. L'ancien maire de Nice avait créé de toute pièce cette association à laquelle il avait délégué pratiquement tout – moyens budgétaires, personnels, etc. L'ensemble des décisions qui devaient être prises par la collectivité l'étaient en réalité par cette association – qui n'en était pas une au demeurant, puisqu'elle n'avait aucune vie associative véritable* » (PRAT Michel, BRACONNIER Stéphane, GINTRAND Éric et LAURENT Philippe, « *Table-ronde n° 4 : « Les violations caractérisées : le cas des associations transparentes »* », *in* dossier « *Le droit administratif vu par l'administration* », *JCP A*, 2010, n° 7, pp. 35-41, comm. n° 2067, p. 35).

²⁸⁶ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *préc.*

²⁸⁷ DEVÈS Claude, « *Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « in house »* », *loc. cit.*, p. 47.



fonctionnement et l'organisation de ses propres services. Il faut ensuite démontrer que son activité est captive. En conséquence, les examens menés pour rechercher la présence des deux notions reposent sur les mêmes éléments, cumulatifs²⁸⁸. L'association transparente implique cependant qu'ils soient présents à un degré plus élevé. C'est de ce constat que le professeur Lichère a tiré la conclusion que les associations transparentes remplissent systématiquement les critères de la quasi-régie. Selon lui en effet, même si les associations transparentes semblent systématiquement remplir les conditions de la quasi-régie,

« compte tenu du fait que le Conseil d'État exige, selon toute vraisemblance, un cumul des différentes conditions, il est possible d'imaginer qu'une association pourrait ne pas revêtir la qualité d'association transparente tout en remplissant les conditions posées par l'exception « in house » »²⁸⁹.

621. — La seule nuance qui empêchait alors le professeur Lichère d'être catégorique tenait au fait que lorsqu'il a rédigé ces lignes, la Cour ne s'était pas encore prononcée sur le taux de chiffre d'affaire requis pour juger si l'activité était essentielle ou non. Étant donné qu'il y avait selon lui *« fort à parier que le seuil d'application devrait rester élevé »*²⁹⁰, la corrélation systématique ne pouvait pas être actée. On sait désormais que celui-ci peut être plus bas que ce que les auteurs craignaient, les directives laissant une marge de part d'activité de 20%, levant le dernier obstacle à la survenance systématique de la cohabitation entre ces deux notions. Une telle cohabitation serait une aubaine pour les acteurs des associations transparentes, puisqu'elle exonérerait partiellement de mise en concurrence les contrats d'associations qui, du fait de leur transparence, étaient soumises au Code des marchés publics²⁹¹.

622. — Les conséquences de cette cohabitation sur le *ratio* de chacune des deux notions doivent être envisagées. La quasi-régie pourrait-elle venir supplanter la notion d'association transparente et, *ergo*, entraîner sa disparition ? Ce phénomène devrait rester

²⁸⁸ Comme l'a récemment confirmé le Tribunal des conflits, ces critères sont cumulatifs (TC, 2 avril 2012, *Sté Atexo contre Association « Marchés publics d'Aquitaine » (AMPA)*, n° 3831 ; *Rec.*, 2012 p. 507 ; *JurisData* n° 2012-006440 ; *AJDA*, 2012, p. 681 ; *ACCP*, n° 123, p. 13, note Catherine RIBOT ; *JCP A*, 2012, n° 51-52, comm. n° 2412, note Julien MARTIN ; *CMP*, 2012, n° 6, p. 9, comm. n° 176, note Pascal DEVILLERS ; *LPA*, 2012, p. 4, chron. Marie-Christine ROUAULT).

²⁸⁹ LICHÈRE François, « L'association pouvoir adjudicateur », *loc. cit.*, p. 36.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 36.

au stade de l'hypothèse, puisque plusieurs facteurs contribuent au maintien de leur existence parallèle. L'association transparente et la quasi-régie sont toutes deux des symboles d'époques jurisprudentielles distinctes. La première est un résidu des grandes questions du droit administratif du XX^e siècle. Elle doit effectivement être rattachée aux grandes décisions tendant à attribuer au juge administratif ou judiciaire la compétence pour connaître de tel ou tel litige. Elle est donc intimement liée à la dualité de juridiction française²⁹². Au contraire, les prestations interorganiques sont symptomatiques de l'époque jurisprudentielle européenne contemporaine, marquée par les impératifs de l'Union européenne et par le respect de la libre-concurrence. Il en résulte une distinction pratique. La notion d'association transparente peut notamment influencer sur les modalités de gestion du personnel ou permettre de contester la présence d'une délégation de service public. En sa présence la personne publique conserve en effet la charge de ce service. La notion d'association transparente a également des conséquences sur la responsabilité à engager²⁹³, la transférant presque entièrement à la personne publique. Au contraire, l'intégration du prestataire n'entraîne aucune de ces implications. Les deux théories ont des champs d'application différents. En pratique, la requalification de l'entité en tant qu'association transparente sera nécessairement préalable. C'est grâce à celle-ci que l'entité pourra être présentée au juge administratif, lequel devra requalifier les procédures passées et examiner la qualification de prestataire intégré.

623. — Matériellement, le champ d'application de l'association transparente induit systématiquement la présence de prestations intégrées. Néanmoins, cette théorie entraîne des effets qui lui sont propres et qui garantissent sa survie malgré sa cohabitation avec la qualification interorganique.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 35.

²⁹² Selon le professeur Damarey, « *alors que l'acte adopté par une association relève du juge judiciaire, il doit être requalifié en acte administratif et soumis au juge administratif en cas de transparence de l'association. En pareil cas, l'acte doit être reconnu comme ayant été adopté par l'administration. Même conséquence en matière contractuelle avec une requalification des contrats de droit privé en contrats administratifs et détermination subséquente de la compétence du juge administratif. Cette recherche de l'orthodoxie est poussée jusqu'à son terme avec un examen de la comptabilité (de fait) de l'association par le juge des comptes* » (DAMAREY Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *loc. cit.*, p. 16).

²⁹³ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène, BOITEAU Claudie et DEFFIGIER Clotilde, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 649-650, pt 1252. Les associations transparentes impliquent encore plus de responsabilités éventuelles que les associations administratives, puisqu'elles « *sont sources de risques comptables, administratifs, voire pénaux au regard notamment du délit de favoritisme (Cass. crim., 30 juin 2004, préc.)* » (ECKERT Gabriel, « Contrat passé par une association transparente et responsabilité administrative », *CMP*, 2005, n° 9, pp. 16-17, comm. n° 211, p. 16).

Conclusion du Chapitre 1

624. — Derrière l'hétérogénéité des conséquences de la quasi-régie sur les modes de gestion des activités des pouvoirs adjudicateurs aurait pu se dessiner une véritable uniformisation de ces instruments sous l'impact du processus interorganique. Un tel lissage n'est pas perceptible : les influences sont hétérogènes tout en conservant l'individualité de chaque mode de gestion malgré sa compatibilité avec l'étiquette quasi interne, de sorte que la quasi-régie ne présente pas réellement d'unité organisationnelle. Concernant les sociétés publiques locales et les sociétés d'économie mixte, ce sont simplement des identités en matière de développement qui peuvent être identifiées. Ne s'y adjoint aucune donnée uniformisatrice concernant leur régime. Les sociétés d'économie mixte à opération unique tendent même à prouver le contraire puisqu'elles démontrent que, faute de trouver dans le contrat interorganique une forteresse où siéger en masse, l'économie mixte s'est dirigée vers une nouvelle voie tracée par la Commission et la Cour de justice : la « procédure *Acoset* ». Quant aux formes institutionnelles, la quasi-régie semble seulement être venue ancrer des phénomènes préexistants : celui du succès des groupements d'intérêt public et des établissements publics d'une part et, d'autre part, celle de la volonté de restreindre l'utilisation des associations par les autorités publiques, plus encore si celles-ci sont transparentes. Malgré les souhaits exprimés par plusieurs auteurs, rien ne semble pour l'heure prouver que la transposition de la quasi-régie en France vienne éradiquer ces groupements transparents.

625. — Cette absence de conséquences uniformes semble s'expliquer par le pragmatisme et la volonté de souplesse qui encadre la quasi-régie : les prestataires intégrés doivent pouvoir revêtir le plus grand nombre de formes, afin de redonner ses lettres de noblesse à la liberté d'organisation des personnes publiques. Cette souplesse a néanmoins son revers : elle semble rendre impossible sa matérialisation et, par conséquent, sa singularisation, dans un domaine pourtant cardinal : celui du financement, ce qui tend à confirmer son absence d'identité organisationnelle.

Chapitre 2. L'inexistence d'une identité financière interorganique

626. — Non spécifique en soi puisque partagée par l'ensemble des personnes juridiques, la question du financement peut néanmoins permettre d'identifier des catégories d'organismes revêtant des caractéristiques financières similaires. La configuration du financement d'un organisme fait ainsi partie des données qui entrent en ligne de compte lorsque des personnes publiques ou, plus largement, des pouvoirs adjudicateurs doivent opter pour un mode de gestion d'un service. La rentabilité prévisible sera notamment au cœur de leurs préoccupations¹. Ces particularités sont *ergo* un élément jouant en faveur ou en défaveur de l'attractivité d'un mode de gestion. Ceci est valable tant concernant la définition large du financement, que sa définition étroite. Au sens restreint, le financement d'un organisme englobe tous les apports financiers et matériels qui lui permettent de pourvoir à son fonctionnement. À cette conception étroite s'ajoute une définition large du financement, lequel concerne alors tout ce qui a trait aux finances d'un organisme, toutes les interactions financières auxquelles ce dernier peut être amené à participer. Il en résulte un caractère universel de cette notion.

« La question du financement peut [ainsi] apparaître comme non-spécifique pour la raison même que toute activité implique, en elle-même, un besoin de financement. Toute entreprise doit, pour pouvoir fonctionner et pérenniser son activité, être financée. Il s'agit d'un élément intrinsèque de l'existence de l'activité »².

627. — De par ce caractère universel, la discipline financière est également un révélateur des réalités juridiques. Elle peut par conséquent être utilisée pour rechercher les bornes de la quasi-régie. Or, concernant les finances des prestataires intégrés, le droit de l'Union ne fournit que des éléments d'identification. Il précise simplement que les participations en leur sein doivent être publiques par principe et peuvent, dans des conditions très particulières, être privées³. La définition européenne de la quasi-régie renseigne aussi de façon indirecte sur la provenance des financements du prestataire intégré en cours d'exécution, en imposant, par le critère de l'activité essentielle, que 80%

¹ V. notamment : BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 218, 2001, p. 61.

² BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, pp. 22-23, pt 53.

³ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

de son activité soit exercée pour ses détenteurs⁴. Il ne fournit au contraire aucune information quant au traitement financier ou fiscal de ces mécanismes. Seul son traitement concret par ces matières est donc susceptible de l'identifier financièrement. Le mécanisme des prestations interorganiques permet en effet d'effacer l'existence de la personnalité morale mais jusqu'à quel point ? Effectif en matière de commande publique, cet effacement va-t-il jusqu'à impliquer des considérations financières spécifiques, qui permettraient d'identifier une image financière et comptable figée de la quasi-régie ? Est-il possible, grâce aux données financières et fiscales, d'identifier un mode de gestion interorganique ?

628. — L'étude du financement interorganique démontre que la quasi-régie s'arrête aux frontières de la matière financière, puisque celle-ci voit dans le mécanisme interorganique deux personnalités morales distinctes et les traite comme telles. Tant la finance telle qu'elle existe au sein des organismes intégrés (**Section 1**), que la finance telle qu'elle s'impose aux entreprises intégrées au travers de la fiscalité (**Section 2**), témoignent d'une absence d'identité financière de la quasi-régie.

⁴ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

SECTION 1. L'INEXISTENCE D'UNE UNITE DES MODES DE FINANCEMENT AU SEIN DE LA QUASI-REGIE

629. — Parmi les personnes juridiques qui financent obligatoirement le fonctionnement du prestataire intégré, deux catégories peuvent être distinguées, en fonction de leur position. Doivent en premier lieu être désignés ses clients ou usagers – selon que le prestataire intégré exerce ou non une mission de service public. En second lieu et par opposition, celui-ci entretient également des rapports financiers avec ses détenteurs. Ceux-ci sont forcément des clients de leurs prestataires, du fait du critère de l'activité essentielle. Ils entretiennent par conséquent deux relations financières de nature différente et superposée, multipliant ainsi les occasions de voir celles-ci singularisées sous l'angle financier.

630. — Pourtant, alors que la quasi-régie identifie une sphère interorganique entre ces détenteurs et leurs prestataires et a, en conséquence, vocation à éradiquer les modalités de mise en concurrence pour les contrats qu'ils passent ensemble, elle ne semble impliquer que de faibles conséquences sur leurs relations financières (§1).

631. — Il en est de même pour les recettes qu'ils percevront. De la quasi-régie ne résulte en effet aucune uniformité comptable de ces recettes et de leur maniement, ce qui sera potentiellement préjudiciable aux prestataires quasi internes (§2).

§1. La faible identité de la structure financière interne de la quasi-régie

632. — Les finances ont une importance indiscutable dans la reconnaissance d'un mécanisme intégré, puisque la configuration du capital des structures quasi internes participe directement à la reconnaissance du contrôle analogue. Cependant, la quasi-régie a avant tout des implications en matière de droit des contrats et elle a en tant que tel peu d'influence sur les finances des entités intégrées. Elle n'en a que de très faibles sur la structure financière de la quasi-régie **(A)** et sur les garanties dont les prestataires intégrés peuvent bénéficier de la part de leurs détenteurs **(B)**.

A. Des conséquences faibles sur les relations financières entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs

633. — À toute situation – statutaire ou contractuelle – se superpose une structure financière. C'est le cas des mécanismes interorganiques, qui reposent sur un squelette financier : pour leur formation, des financements sont mis en œuvre et ses détenteurs disposent de prérogatives financières. Pour autant, la quasi-régie ne correspond pas à un modèle financier fixe.

634. — Si elle a bel et bien quelques implications sur les prérogatives financières détenues par ses détenteurs **(1)**, elle ne constitue pas un cadre qui favoriserait un modèle de financement particulier **(2)**, voire qui sécuriserait les démarches financières des détenteurs du point de vue du droit des aides publiques **(3)**.

1) *Des implications minimales sur les prérogatives financières des détenteurs*

635. — Contribuer au capital d'une entité donne droit à des prérogatives financières, c'est-à-dire à la détention de pouvoirs permettant de participer aux prises de décision concernant son comportement financier. La participation – publique ou privée – est donc le processus « *qui consiste à associer au processus de prise des décisions* »⁵ d'une structure d'autres personnes juridiques, en l'échange de leur concours à son capital. Ce procédé existe dans le cadre des mécanismes interorganiques. Pour ceux qui n'impliquent qu'un seul détenteur, la seule préoccupation particulière est que celui-ci

⁵ DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexiques, 2015, p. 755.



dispose de prérogatives qui lui permettent d'exercer un contrôle analogue effectif. En revanche, pour les structures à détenteurs multiples, une particularité doit être soulignée.

636. — Depuis l'arrêt *Coditel Brabant*⁶, il est acquis qu'il peut y avoir contrôle conjoint lorsque tous les pouvoirs adjudicateurs membres du capital disposent d'une « possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité »⁷. La Cour de justice de l'Union européenne, reprise sur ce point par les directives, a ensuite précisé dans l'arrêt *Econord*⁸, que la recherche de cette « influence déterminante » implique la prise en considération des prérogatives financières de tous les détenteurs, même ceux qui sont minoritaires⁹. L'analyse des faits par les juges le démontre. Les communes minoritaires détenaient seulement une action¹⁰ mais ce n'est pas sur ce taux minime de participation au capital que s'est concentrée la Cour puisqu'un associé minoritaire peut tout à fait participer à un contrôle analogue. C'est au contraire sur le « pacte d'actionnaires particulièrement faible »¹¹ signé par ces communes qu'elle s'est focalisée. Ainsi a-t-elle prescrit au juge national de vérifier si cette convention leur conférait des prérogatives financières suffisantes, lesquelles devaient « permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle d'ASPEM »¹². Ce sont donc les trop faibles prérogatives d'un associé minoritaire qui peuvent transformer sa participation au capital d'un prestataire intégré en « contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services »¹³. Peu importe l'étendue de sa participation financière. Là surgit la particularité : les pouvoirs adjudicateurs qui détiennent une part minime de capital doivent quand même disposer de prérogatives financières considérées comme déterminantes. Les modalités de leur participation sont donc vouées à être singulières au vu de la situation d'associés minoritaires ordinaires, ce qui peut être démontré par une comparaison de leur situation avec ce qu'implique normalement la participation au sein d'un organisme.

⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, préc.

⁷ *Ibid.*, pt 28.

⁸ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

⁹ *Ibid.*, pt 30.

¹⁰ *Ibid.*, pt 17.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, pt 32.

¹³ *Ibid.*, pt 31.

637. — Pour rappel, le Code du commerce fournit une définition de la participation. En vertu de son article L. 233-2, si une « société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée [...], comme ayant une participation dans la seconde ». Les sociétés détenant moins de 10% du capital ne sont pas considérées comme détenant une participation effective, ce qui rejaillit sur leurs prérogatives puisque l'importance de celles-ci est déterminée concurremment et proportionnellement à la participation au capital. Cependant, sous l'empire de la quasi-régie, lorsque le contrôle devient multiple, ce schéma n'est pas respecté. Tout pouvoir adjudicateur détenant une fraction du capital du prestataire intégré, même inférieure à 10%, peut être traité comme s'il détenait une participation effective. Le contrôle conjoint peut impliquer, pour être réellement effectif, une distorsion entre les prérogatives controlistiques et l'apport financier réel. Cette distorsion – qui n'est pas étrangère au droit public car elle est typique de l'actionnariat étatique et fait par conséquent l'objet d'un encadrement afin de garantir la liberté de circulation des capitaux¹⁴ –, représente un aspect contraignant de cette structure. Elle sera saluée par les détenteurs minoritaires au capital, en tant qu'elle leur fournit notamment une meilleure sécurité juridique. Les détenteurs qui sont majoritaires n'ont toutefois que peu d'intérêt à voir disposer de prérogatives égalitaires aux leurs des pouvoirs adjudicateurs n'ayant contribué que par des apports mineurs au capital. Plus encore, est-ce une atteinte au « principe du gouvernement par la majorité » qui régit notamment le droit des sociétés¹⁵? En réalité, ce droit n'exclut pas la protection des membres minoritaires au capital, bien au contraire, puisqu'il existe des dispositions visant à les protéger¹⁶. Ces mesures étant unanimement reconnues comme insuffisantes¹⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a peut être, en imposant une telle rigidité, résolu dans le cadre du mécanisme interorganique l'un des

¹⁴ V. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, pp. 83-96, pts 44-51 et 123-138, pts 66-76 ; MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, *op. cit.*, pp. 194-199, pts 266-273.

¹⁵ Sur ce principe, v. notamment : FAUCHON Anne et MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Coll. Précis, 19^{ème} éd., 2015, pp. 733-734, pt 662.

¹⁶ V. notamment : *ibid.*, p. 734, pt 662 ; DANGLEHANT Catherine, « Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe d'équité », *Revue des sociétés*, 1996, n° 2, pp. 217-237 ; FRISON ROCHE Marie-Anne, « La prise de contrôle et les intérêts des associés minoritaires », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1998, n° 11, pp. 94-117.

¹⁷ FAUCHON Anne et MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 734, pt 662.



échecs des normes en vigueur¹⁸. Il s'agit en outre d'une rigidité qui peut facilement être appréhendée, comme le démontre l'exemple des sociétés publiques locales, « *puisque les textes relatifs aux sociétés publiques locales prévoient déjà la représentation de chaque collectivité actionnaire au sein des organes de direction de la société* »¹⁹.

638. — Hormis ces considérations, les détenteurs sont libres de fixer leurs prérogatives, tant qu'elles leur fournissent suffisamment de contrôle sur l'entité intégrée. Concernant cette liberté, il existe néanmoins une nouvelle inégalité entre les détenteurs du fait de la forme revêtue par la structure intégrée, puisque seules les formes sociétales donnent en effet accès aux pactes d'actionnaires²⁰. Autrement nommés conventions extra-statutaires, ce sont des « *accords de volontés ayant un caractère parasocial [car ils ont] pour objet une société et qu'il[s] [sont] conclu[s] en dehors de cette société* »²¹, alors même que leur conclusion n'est « *pas prévu[e] dans les règles de fonctionnement de la société. C'est ce caractère « parasocial » des pactes qui garantit aux parties une liberté* »²². Ils revêtent par conséquent force obligatoire et peuvent impliquer des sanctions en cas d'irrespect²³. Outre la malléabilité de la forme qu'ils peuvent revêtir, ces pactes d'actionnaires sont fréquemment décrits comme des instruments privilégiés de prévision des modalités de fonctionnement de la structure créée. Le législateur a par exemple imposé leur passation dans le cadre de la création de sociétés d'économie mixte à opération unique²⁴. Les pactes d'actionnaires présentent plus largement trois avantages qui pourraient bénéficier aux détenteurs : ils sont des contrats entre personnes qui peuvent rester secrets ; ils

¹⁸ Les pactes d'actionnaires sont certes une solution, dès lors qu'ils « *aménagent la gouvernance de ces sociétés, permettent aux actionnaires minoritaires d'en prendre activement part et stabilisent leur capital* » (VANNEAUX Marie-Anne, « Indisponibilité et actionnariat public majoritaire », *Revue Lamy droit des aff.*, 2013, n° 86, pp. 95-98, p. 97). Cependant, ils doivent résulter d'un accord entre des actionnaires. La Cour de justice de l'Union européenne a le mérite d'avoir énoncé une règle qui sera appliquée à tous les associés minoritaires si l'ensemble des associés souhaitent continuer à bénéficier du mécanisme interorganique.

¹⁹ NOGUELLOU Rozen, « La Cour de justice revient sur le « *in house* » », *RDI*, 2013, n° 4, pp. 212-213, p. 213.

²⁰ Certains auteurs y encouragent les détenteurs. C'est notamment le cas de Lucien Rapp : « *Tout au plus peut-on suggérer, même si la composition du capital d'une sociétés publiques locales est très contrainte à la fois par la loi du 28 mai 2010 et par le régime des marchés in house, la signature d'un pacte entre les collectivités actionnaires qui aura pour avantage de solidariser le destin des actionnaires initiaux et de garantir dans la durée le respect des dispositions de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales* » (RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1107-1115, p. 1109).

²¹ DEXANT de BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2012, vol. 115, p. 5, pt 4.

²² *Ibid.*, p. 3, pt 4.

²³ *Ibid.*, pp. 189-206. Sur les défauts de cette force obligatoire, v. également : LUCAS François-Xavier, « *Pacta (d'actionnaires) sunt servanda* », *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2010, n° 9, pp. 699-699 ; MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques, op. cit.*, pp. 198-199, pts 272-273.

²⁴ Article L. 1541-1, pt III-1 du Code général des collectivités territoriales.

peuvent n'être conclus que par certains actionnaires et ils sont plus flexibles que les statuts car ils ne sont régis par aucune mention obligatoire²⁵. C'est d'ailleurs par opposition aux statuts qu'ils sont fréquemment définis²⁶, puisqu'ils offrent plus de liberté pour fixer des points qui, pourtant, sont essentiels pour le fonctionnement d'une société²⁷. De nombreux actionnaires de sociétés publiques locales ont ainsi déjà conclu des conventions extra-statutaires pour s'assurer du maintien du contrôle analogue en établissant des prérogatives financières particulières²⁸, ou encore en s'imposant des restrictions²⁹.

639. — Il faut enfin préciser que si ces pactes d'actionnaires ne sont pas considérés comme portant par nature atteinte au libre jeu du marché, ils n'impliquent pas une liberté illimitée en matière de prérogatives financières. Les détenteurs peuvent certes insérer des clauses classiques tendant à les protéger mais certaines dispositions restent interdites, notamment celles qui porteraient atteinte aux prérogatives d'actionnaires non contractants³⁰. Sont également prosrites toutes celles qui portent atteinte à la concurrence. Des clauses telles que l'action spécifique (ou *golden shares*)³¹ sont possibles car elles ne sont pas interdites au sein des mécanismes interorganiques. Certes, sous l'empire de la jurisprudence de la Cour avant l'adoption des nouvelles directives

²⁵ V. notamment : *ibid.*, p. 11, pt 7 ; v. aussi : BERTEL Jean-Pierre, « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD civ.*, 1996, n° 49, pp. 595-631 ; SCHILLER Sophie, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Revue des sociétés*, 2011, n° 6, pp. 331-338.

²⁶ « *Les pactes ne sont donc pas seulement extérieurs aux statuts, ils ont un domaine plus vaste que les statuts* » (DEXANT de BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *op. cit.*, pp. 4-5, pt 4).

²⁷ *Ibid.*, p. 4, pt 4.

²⁸ V. notamment celles garanties au « comité de contrôle analogue » au sein de la société publique « Ouest Normandie Énergie Marine », grâce à l'article 4.2 du pacte d'actionnaires : http://www.cuc-cherbourg.fr/Pages/vie_institutionnelle/conseils_deliberations/del_2012_247.pdf.

²⁹ V. notamment la durée minimale avant sortie du capital que se sont imposés les membres du capital de la société publique du Plateau de l'Espace (<http://vernonpolitique.info/wp-content/uploads/2013/01/2013-01-SPL-LRBA-Pacte-actionnaires.pdf>).

³⁰ DEXANT de BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *op. cit.*, pp. 54-60.

³¹ Madame Vanneaux la définit ainsi : « *Rendue incessible de la seule volonté de son titulaire [...], cette action publique spécifique permet notamment d'interdire aux actionnaires privés de la société privatisée de céder ultérieurement certaines de leurs participations. Grevée de droits exorbitants la golden share rend ainsi indisponibles des actions sur lesquelles l'État n'a plus aucun droit* » (VANNEAUX Marie-Anne, « Indisponibilités et actionnariat public majoritaire », *loc. cit.*, p. 96). Pour une définition, v. aussi : FAUCHON Anne et MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 396, note 4 ; MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, *op. cit.*, p. 196, pt 271 ; ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 123-124, pts 176-177. Pour le détail des prérogatives pouvant être attachées à une action spécifique, v. notamment : VALUET Jean-Paul, LIENHARD Alain et PISONI Pascal, *Code des sociétés et des marchés financiers 2014*, 30^{ème} éd., Dalloz, Coll. Codes Dalloz professionnels, 2013, pp. 1481-1482 ; MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, *op. cit.*, pp. 175-176, pt 242. Sur leur mise en œuvre en France, v. aussi : DEXANT de BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *op. cit.*, pp. 61-62, pt 69.



« marchés » et « concessions »³², la définition de la quasi-régie semblait peu compatible avec le mécanisme de l'action spécifique. Les objectifs liés à l'existence de telles actions sont en effet de protéger les intérêts nationaux lors de l'entrée au capital d'actionnaires privés dans une entreprise publique³³, ce qui était impossible depuis la décision *Stadt Halle* qui imposait que le capital des prestataires intégrés soit entièrement public³⁴. Tel n'est plus le cas désormais et même si la présence directe de capitaux privés n'est possible que si les prérogatives attenantes sont neutralisées³⁵, les détenteurs interorganiques d'une structure intégrée pourraient souhaiter garantir leur position par l'utilisation d'actions spécifiques. Il semble que la tentation peut être encore plus grande en cas de participation indirecte de capitaux privés, que les directives ne viennent pas réellement encadrer, si ce n'est en précisant entre les lignes que seuls des organismes de droit public contenant des capitaux privés sont susceptibles de constituer ces participants privés indirects³⁶. Or, le maniement de telles actions ne doit pas être opéré à la légère, même lorsqu'il a lieu dans le cadre d'un mécanisme interorganique, puisque rien dans les décisions de la Cour ne semble impliquer que la quasi-régie octroierait une protection particulière aux actions spécifiques. Le droit de l'Union européenne devrait faire fi de cette construction pour encadrer les actions spécifiques de la même façon que lorsqu'elles sont présentes dans toute autre structure, puisqu'elles y sont tout autant susceptibles de porter atteinte à la libre circulation des capitaux³⁷. La quasi-régie ne constitue pas un label qui emporterait la validité de ces actions. Tout détenteur interorganique souhaitant faire jouer le mécanisme de l'action spécifique doit par conséquent s'assurer qu'il le fait dans ces bornes. Une mauvaise maîtrise de l'état du droit en la matière l'exposerait à des sanctions par les institutions de l'Union européenne.

³² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c.

³³ V. notamment : ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 123, pt 176.

³⁴ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §

³⁵ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.2.

³⁶ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.1.

640. — Cette absence de blanc-seing octroyé par la quasi-régie semble démontrer son absence de prise en compte par le droit financier, ce qui est encore confirmé concernant le choix des outils financiers à disposition des détenteurs.

2) *Des implications minimales sur le choix des instruments financiers des prestataires interorganiques*

641. — Jusqu'en 2014, il était acquis que la conservation de la qualification de quasi-régie ne pouvait être effective qu'en excluant certains financements : tous ceux qui impliqueraient une participation privée au capital³⁷. C'est cette règle qui a guidé le verdict rendu dans l'arrêt « *SUCH* »³⁹ et ses répercussions parfois jugées comme négatives sur le milieu associatif⁴⁰. Désormais, cette certitude est en partie altérée, ce qui diminue très fortement l'identité financière des prestations intégrées. En effet, les modalités de financement du prestataire intégré par ses détenteurs restent simplement des indices permettant d'identifier la présence du mécanisme interorganique, dans un mouvement ascendant. Le mouvement descendant, inverse à celui qui vient d'être décrit, n'existe cependant pas (encore) : il est impossible d'estimer que la qualification de quasi-régie entraînera automatiquement la mise en œuvre de certains modes de financement. Ainsi le professeur Rapp constate-t-il au sujet des sociétés publiques locales qu'elles « *sont assurément des sociétés commerciales comme les autres* »⁴¹ ce qui implique que leurs modes de financement sont similaires à ceux des autres sociétés. Elles pourront par conséquent recourir à l'autofinancement, à « *des avances ou des augmentations de capital que leurs*

³⁷ Sur ces limitations, v. notamment : LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique*, 7^{ème} éd., Lexis Nexis, Coll. Manuel, 2012, pp. 426-431, pts 1511-1524 ; v. aussi : LOMBARD Martine, « Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques créées lors de privatisations doivent être strictement encadrés », *Droit administratif*, 2002, n° 7, pp. 21-22, comm. n° 126 ; ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 236-238, pts 340-342.

³⁸ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §49. Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, A.1.

³⁹ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« *SUCH* »), aff. C-574/12, préc.

⁴⁰ Déjà en 2012, le professeur Langelier soulignait les conséquences néfastes pour le mode de gestion associatif que pourrait avoir une extension de la notion de pouvoir adjudicateur par le biais des prestations intégrées : « *Le risque avec la notion de « in house » serait de déplacer juridiquement l'initiative. La richesse du milieu associatif français contribue pour une grande part à son patrimoine culturel et ce au moyen de fonds publics. L'intérêt de ce système réside, entre autres, dans la relative indépendance structurelle et décisionnelle vis-à-vis des personnes publiques bailleuses de fonds. Si la jurisprudence relative au « in house providing » a pallié le risque de les voir soumises aux règles relatives à la commande publique, il faut prendre garde à son impact sur ce mode de gestion lui-même. En voulant sauver la prise en charge associative d'une part conséquente des activités culturelles françaises, il ne s'agit pas de conduire à les déposséder de ce qui en fait la richesse.* » (LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 55).

⁴¹ RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1107.



actionnaires – ils sont au moins deux – peuvent leur consentir [et aux] financements externes (prêts bancaires ou émissions obligataires) »⁴². Les prestations interorganiques ne peuvent donc pas être considérées comme se calquant sur un mode particulier de financement.

642. — Il s'agit là d'un phénomène caractéristique au sein de l'Union européenne. Il traduit la nécessité pour la quasi-régie d'englober un ensemble de formes présentes dans les vingt-huit États membres. Il en résulte que les seules données qui feront varier les instruments financiers à disposition des acteurs de mécanismes quasi internes sont indépendantes de la structure quasi interne. Pour exemple, rien n'interdit aux prestataires intégrés d'acquérir des participations dans des entreprises privées, seules des dispositions des droits nationaux peuvent s'y opposer⁴³. Parmi les multiples variables susceptibles de faire fluctuer les instruments financiers à disposition des acteurs du mécanisme interorganique, la plus importante est la présence d'un capital social. Si toute entité dispose d'un capital – constitué de la totalité des biens qu'elle détient –, toutes ne disposent pas d'une représentation comptable de celui-ci, qui se nomme capital social. Il est « *la somme des valeurs d'origine apportées par les associés à la société* »⁴⁴. L'ensemble des apports fournis par les associés lors de la constitution y sont représentés, à concurrence de leur valeur au sein du capital social. Peu importe qu'il s'agisse d'apports en numéraire ou en nature et peu importe leur importance puisque ni la Cour de justice de l'Union européenne, ni les autres institutions européennes n'ont fixé de montant minimum concernant l'apport initial lors de la constitution de l'organisme. Le capital de l'entité intégrée peut ensuite être divisé en titres, auxquels correspondront des parts détenues par un ou plusieurs actionnaires. Ces titres financiers, tous les pouvoirs adjudicateurs

⁴² *Ibid.*

⁴³ C'est notamment le cas pour les sociétés publiques locales : « *Les prises de participations des sociétés publiques locales dans des entreprises privées ne sont pas interdites. L'application aux sociétés publiques locales – par renvoi – des articles relatifs aux sociétés d'économie mixte locales permet en effet, en application de l'article L. 1524-5 du CGCT, des prises de participation dans le capital de sociétés commerciales sous la seule réserve d'un accord des collectivités actionnaires. Cependant, comme le note la circulaire relative au régime des sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement [...], le fait que les sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement ne puissent agir que pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires rend cette participation complexe et certainement inutile la plupart du temps. En tout état de cause, elle est déconseillée en ce qu'elle crée un risque pour le maintien de la qualification de in house* » (KALFLÈCHE Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1120-1126, p. 1124). Le professeur Rapp va plus loin en expliquant que c'est incompatible avec la condition de l'activité essentielle (RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1111). Ses propos ne concernent cependant que les sociétés publiques locales, qui impliquent une vision restreinte de l'activité essentielle, que le professeur Rapp nomme « activité captive ». Il est donc difficile de les généraliser à tous les prestataires intégrés.

⁴⁴ LECOURT Arnaud, « Capital social », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2015 (actualisé en mars 2015), pt 1. V. également CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, p. 97.

peuvent librement en disposer. En tant qu'actionnaires⁴⁵, ces derniers disposent donc d'une palette d'instruments financiers plus importante que les détenteurs interorganiques qui ne le seraient pas⁴⁶.

643. — Ce sont principalement les organismes sociétaux qui disposent d'un capital social. Une scission se crée donc à nouveau entre ceux-ci et les entités intégrées qui revêtent une autre forme. Cette scission se manifeste notamment lors de la création d'un mécanisme interorganique à partir d'une entité préexistante. Si la structure en cause n'est pas une société, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront affecter qu'une partie de leur budget, par le biais de dotations en capital s'ils sont des personnes publiques, après avoir rédigé les statuts de l'organisme et mis en œuvre des formalités propres à chaque forme. Parmi ces formalités, peut notamment être citée comme exemple la déclaration imposée par l'article 5 de la Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association si est en cause une association. Au contraire, pour créer une société interorganique à partir d'une société préexistante, les futurs détenteurs pourront acheter des parts en acquérant des titres financiers. Si ces pouvoirs adjudicateurs revêtent eux-mêmes une forme sociétale, ils pourront utiliser des techniques déjà utilisées par les entreprises publiques : l'apport partiels d'actifs ; la souscription à une augmentation de capital en numéraire ou encore l'opération de partage faisant intervenir un intermédiaire financier⁴⁷. Si la structure était déjà une structure intégrée et que sa détention reste ou devient multiple, il faudra veiller à maintenir les conditions d'application de quasi-régie pour tous les détenteurs⁴⁸. Outre la qualification publique des fonds, c'est la seule préoccupation financière à surveiller. Les institutions de l'Union européenne sont effectivement indifférentes au biais par lequel les détenteurs obtiennent financièrement la détention de l'organisme interorganique ou le constituant, tant que cette démarche ne témoigne pas d'une intention frauduleuse⁴⁹.

644. — L'influence de la présence de ce capital social sur la variabilité des instruments financiers à disposition des détenteurs interorganiques perdure au cours du

⁴⁵ Cette catégorie recouvrant elle-même des situations variées (CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, p. 21, pt 11).

⁴⁶ Sur la diversification des financements permise par la détention d'un capital social, v. notamment : BAHOUAGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, pp. 420-443, pts 883-930.

⁴⁷ V. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸ Ce qui ne serait ici qu'une simple application des développements de l'arrêt suivant : CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

⁴⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc.



fonctionnement du mécanisme. Son existence ouvre aux associés le droit d'utiliser des instruments qui n'impliquent pas d'incidence sur le capital, tels que les comptes d'associés⁵⁰, usuellement dénommés comptes courants d'associés⁵¹. Aucun de ces outils ne pourra entraîner, du simple fait de sa mise en œuvre, un retrait de la qualification quasi interne. En effet, depuis la banalisation des instruments des personnes publiques, il n'existe plus d'outils financiers strictement privés. Il n'existe que des montages destinés à faire intervenir des personnes privées⁵². Le cadre souple que constitue la quasi-régie garantit donc en matière d'outils financiers une certaine liberté aux détenteurs interorganiques. Cependant, cette flexibilité présente un inconvénient, commun à l'ensemble des mécanismes : la situation incertaine des versements opérés par les détenteurs interorganiques à leur prestataire.

3) *Des implications inexistantes sur la sécurisation des relations financières interorganiques en matière d'aides publiques*

645. — Maître Lesquins et Olivier se sont clairement prononcés pour que l'existence d'une relation interorganique ait une influence sur la requalification de financements en aide d'État. En tant qu'ils « *échappent au champ concurrentiel* », les prestataires intégrés « *devraient [...] pouvoir recevoir les financements prélevés sur fonds publics destinés à leur permettre d'accomplir les missions qui leur sont confiées* »⁵³. Pourtant à l'heure actuelle, le champ d'application de la quasi-régie étant toujours cantonné au domaine de la commande publique par le jeu de l'application du principe de proportionnalité⁵⁴, sa présence n'implique pas de façon automatique une requalification de tous les versements effectués par les détenteurs à leurs prestataires intégrés en financements internes. Ceux-ci ne peuvent donc pas être considérés comme échappant d'office à des sanctions dans le cadre de la réglementation des aides publiques. En France, cette dernière est avant tout guidée par la liberté du commerce et de l'industrie, les principes d'égalité et de non-

⁵⁰ Pour une définition, v. notamment FAUCHON Anne et MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales, op. cit.*, pp. 53-59, pt 39.

⁵¹ C'est notamment le cas pour les sociétés d'économie mixte locales (article L. 1522-5 Code général des collectivités territoriales).

⁵² V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2.

⁵³ OLIVIER Frédérique et LESQUINS, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *loc. cit.*, pt 17.

⁵⁴ « *Il reste également que le régime du in house n'est qu'une exception légale à un principe essentiel du droit communautaire, et que l'étendue de cette exception doit rester strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de son objet légitime.* » (*ibid.*, pt 21).

discrimination et l'interdiction des libéralités⁵⁵. Si les versements opérés dans le cadre d'un mécanisme quasi interne peuvent difficilement être considérés comme portant atteinte au second⁵⁶, il faudra toujours vérifier qu'ils ne constituent pas de libéralités et l'instauration d'un mécanisme interorganique devra systématiquement être opérée conformément aux conditions prescrites par la liberté du commerce et de l'industrie⁵⁷.

646. — Le droit de l'Union européenne n'a pas non plus énoncé de compatibilité d'office entre le droit des aides d'État et les prestations intégrées. La quasi-régie, objet dérogatoire à l'application des règles de passation des contrats publics, ne représente donc pas un objet de neutralisation de la qualification d'aides d'État. Étant donné que celles-ci sont par principe prohibées par l'article 87 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, toute dérogation doit être expressément autorisée par les institutions de l'Union européenne. Or, la Cour persiste à consigner les prestations quasi internes au rang de dérogation aux règles de la commande publique⁵⁸. Cette position est également celle suivie par la Commission, pour qui il est clair que quasi-régie et droit des aides d'État ne se recourent pas automatiquement⁵⁹. Elle affirme notamment que :

« L'application des règles de concurrence et notamment des règles d'aides d'État ne dépend pas du statut juridique ou de la nature de l'entité fournissant des services d'intérêt économique général, mais du caractère « économique » de l'activité que cette entité exerce. [...] Par conséquent, si le financement public d'une activité économique exercée par une entité « in house » au sens des règles de marchés publics, remplit les conditions de l'article 107, paragraphe 1 TFUE, et ne remplit pas toutes les conditions de l'arrêt Altmark [...], les règles relatives aux aides d'État s'appliquent »⁶⁰.

⁵⁵ COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique, op. cit.*, pp. 390-392.

⁵⁶ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, B.

⁵⁷ Sur ce point, v. notamment : LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique, op. cit.*, pp. 88-101, pts 307-367. V. aussi : NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires, op. cit.*, pp. 450-465.

⁵⁸ V. notamment : CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), §25.

⁵⁹ « Si une situation n'est pas couverte par le droit européen des marchés publics, ceci ne signifie pas automatiquement qu'elle est aussi exclue du droit européen des aides d'État » (Commission européenne, Bruxelles, 7 décembre 2010, Document de travail des services de la Commission, Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SEC (2010) 1545 final, p. 81, pt 5.4).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 32, pt 3.1.19.

647. — Il faudra donc avant tout vérifier, pour chaque prestataire interorganique, s'il bénéficie, de la part de ses détenteurs, de prestations qui pourraient être qualifiées d'aides d'État⁶¹. Quatre éléments doivent être analysés.

« Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence »⁶².

L'interprétation large dont fait preuve la Cour considérant l'intervention de « l'État », incluant l'ensemble des personnes publiques, par le biais de ressources publiques, est désormais bien connue⁶³. La probabilité que le financement des structures intégrées soit perçu comme une ressource de l'État est donc très forte, puisque même si elles ont admis des exceptions, les directives ont conservé le principe en vertu duquel les capitaux des détenteurs de prestataires interorganiques doivent être publics⁶⁴. Il est par conséquent cardinal, pour chaque versement effectué à un prestataire intégré, de vérifier s'il entre dans les conditions des trois autres critères⁶⁵.

648. — Certes, les dérogations existantes pourraient permettre de ne pas voir ces aides d'État sanctionnées. L'arrêt *Altmark*⁶⁶, confirmé par le *Paquet Alumnia*⁶⁷, est

⁶¹ Le champ d'application des aides d'État ne se limitant pas aux seuls versements directs (v. notamment : CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique, op. cit.*, pp. 178-180, pt 111; LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique, op. cit.*, p. 437, pt 1536).

⁶² CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, *Rev.* 2003, p. I-07747, préc., §75.

⁶³ V. notamment : CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique, op. cit.*, p. 182 ; COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique, op. cit.*, pp. 345-348.

⁶⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c.

⁶⁵ Le professeur Rapp a notamment exposé des situations dans lesquelles « l'augmentation du capital d'une société publique locale peut constituer une aide d'État prohibée [...]. Tel sera notamment le cas si : – la situation financière de l'entreprise et notamment la structure et le volume de l'endettement sont tels qu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rendement normal (en dividendes ou en valeur) des capitaux investis dans un délai raisonnable ; – l'entreprise ne serait pas, du seul fait de l'insuffisance de sa marge brute d'autofinancement, en mesure d'obtenir sur le marché des capitaux les moyens financiers nécessaires pour effectuer un programme d'investissements ; – le montant de la participation d'un actionnaire dépasse le montant de la valeur réelle (actif net) de l'entreprise bénéficiaire » (RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1109-1110).

⁶⁶ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, préc., §88 à 93.

notamment venu valider les compensations de service public sur le fondement de quatre critères d'application stricte⁶⁸. Premièrement, la présence de ces critères nécessite, avant tout, que soit en cause un service d'intérêt économique général, alors qu'il est impossible de considérer que tous les organismes interorganiques gèrent effectivement un tel service. Seule une présomption concernant le fait qu'il doive gérer un service d'intérêt général peut actuellement être émise⁶⁹. En outre, l'activité que le prestataire intégré exerce ne doit l'être qu'essentiellement – et pas exclusivement – pour son détenteur, ce qui n'exclut pas des activités accessoires. Troisièmement, même si un service d'intérêt économique général est en cause et qu'il est exercé dans les conditions propices à une qualification interorganique, les conditions permettant de détecter une compensation de service public nécessitent de procéder systématiquement à une définition bien précise des contreparties imposées au prestataire quasi interne. Chaque situation doit être appréciée au cas par cas et il est impossible de considérer que les mécanismes interorganiques respectent automatiquement les quatre critères. Le respect du quatrième critère, qui impose des modalités précises d'analyse des coûts de la compensation pour les entités qui n'auraient pas été choisies par le biais d'une procédure de mise en concurrence⁷⁰, est d'ailleurs automatiquement complexe à mettre en œuvre pour les organismes intégrés. La quasi-régie imposera effectivement aux organismes de « *recourir aux modalités de calcul, parfaitement ésotériques pour beaucoup, prévues par l'arrêt Altmark [puisque – et c'est l'ironie du mécanisme interorganique –] c'est précisément sa finalité que de ne pas avoir à se soumettre à une procédure de mise en concurrence* »⁷¹.

649. — Il existe ensuite des dérogations sectorielles⁷² qui, si elles étaient automatiquement incluses dans la quasi-régie, neutraliseraient les présents avertissements. Il se trouve cependant que les dérogations applicables aux services

⁶⁷ Plus précisément, par la Décision de la Commission 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [notifiée sous le numéro C(2011) 9380] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JOUE L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10). V. notamment : COUPÉ Cyril et GOUTAL Yvon, « Services économiques d'intérêt général et concurrence et concurrence. Du paquet Monti-Kroes au paquet Alumnia », *AJCT*, 2012, n° 11, pp. 530-534.

⁶⁸ Sur cette interprétation, v. notamment : COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, *op. cit.*, pp. 353-356.

⁶⁹ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B.

⁷⁰ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, préc., §93.

⁷¹ DYENS Samuel, « La société publique locale face au paquet Almunia : une relation complexe », *loc. cit.*, p. 539.

⁷² Elles sont exposées par les professeurs Colson et Idoux (COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, *op. cit.*, pp. 359-367).



d'intérêt économique général en vertu de l'article 106§2⁷³ n'entraînent pas une validation d'office des versements opérés aux prestataires, la quasi-régie n'impliquant pas systématiquement la gestion d'un service d'intérêt économique général⁷⁴. Les autres dérogations sont trop ponctuelles pour impliquer une compatibilité généralisée entre quasi-régie et droit des aides d'État⁷⁵. Quant aux aides *de minimis*⁷⁶, elles ne constituent que des assouplissements au régime des aides d'État et ne viennent en aucun cas établir une compatibilité d'office entre ce régime et la quasi-régie. Il faut donc absolument prévenir les acteurs du mécanisme interorganique sur le raisonnement à tenir : ils ne doivent pas se contenter de constituer le mécanisme intégré pour que soit éloignée la menace de la qualification en aide d'État⁷⁷. Il leur faudra ensuite rechercher si le droit des aides d'État s'applique, comme ils se doivent de le faire pour toute aide octroyée à un opérateur économique.

650. — La quasi-régie n'est pour l'heure pas un système « clef en main » livré avec des options figées mais un moule flexible qui présente des lacunes sur le plan de la sécurisation des acteurs interorganiques. Une incertitude découle en effet de l'absence de corrélation entre quasi-régie et droit des aides publiques. Cette incertitude vire à l'incohérence, puisque de la reconnaissance de la position particulière de l'organisme intégré devrait découler une sécurisation des subventions que lui versent ses détenteurs, dans la mesure où elles sont proportionnelles à l'activité qu'il exerce pour eux. Il en résulte qu'alors que la quasi-régie n'impose que très peu de conditions financières, c'est le régime des aides d'État qui viendra limiter la marge de manœuvre financière des détenteurs vis-à-vis de leurs prestataires.

⁷³ *Ibid.*, pp. 364-367.

⁷⁴ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, A.2.

⁷⁵ C'est notamment le cas des aides relevant du régime spécial des transports et des aides pour circonstances exceptionnelles (COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique, op. cit.*, p. 364, pt 581 et p. 367, pt 585).

⁷⁶ V. notamment : *ibid.*, pp. 357-358, pt 575.

⁷⁷ Sur le risque de qualification des aides d'État pour l'État actionnaire, v. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire, op. cit.*, pp. 356-373.

B. Les conséquences inexistantes de la quasi-régie sur les cautionnements octroyés aux prestataires intégrés par leurs détenteurs

651. — Parmi les modes de financement à portée des pouvoirs adjudicateurs, l'emprunt est le plus connu⁷⁸. Les contrats de prêt n'organisant que des flux financiers, les prestataires intégrés peuvent y souscrire comme tout opérateur classique⁷⁹. Lorsqu'ils revêtent une forme sociale, ils peuvent emprunter aux personnes publiques qui les détiendraient par le biais de comptes courants d'associés⁸⁰. Dans tous les autres cas, l'emprunt à ses détenteurs par un opérateur dédié semble complexe ; il devra par conséquent se tourner vers d'autres solutions. L'emprunt à des personnes privées en est une, l'absence de participation capitalistique rendant l'emprunt entièrement compatible avec le maintien de la qualification interorganique⁸¹. Si les prestataires sont des établissements publics de coopération intercommunale, ils peuvent notamment avoir recours aux agences de financement, ces sociétés publiques locales créées par des collectivités ou leurs groupements dans le seul but de financer les investissements de ces derniers⁸². Sinon, ils se tourneront vers des établissements de crédit classiques. Contrairement aux associés, ceux-ci ne feront qu'apporter leur concours financier sans participation au capital⁸³. Cependant, en tant qu'ils prennent des risques financiers en prêtant, ces prêteurs doivent être rassurés sur la solvabilité des emprunteurs. L'octroi d'une garantie par les détenteurs interorganiques représente en ce sens un gage de confiance. Si ces derniers seront en première position pour fournir des cautions, ils

⁷⁸ Le professeur Ducros le définit ainsi : « L'emprunteur reçoit du prêteur une somme d'argent, dans une monnaie et d'un montant également prédéterminés, qu'il s'engage à rembourser au terme convenu, en rémunérant entre-temps le service à lui rendu, notamment en versant des intérêts » (DUCROS Jean-Claude, *L'emprunt de l'État*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2008, p. 7).

⁷⁹ La quasi-régie n'implique en effet aucune limite concernant ces emprunts : seules des conditions établies par les droits nationaux, propres à chaque organisme, peuvent s'opposer ou conditionner les démarches d'emprunt. L'article 1611-3-1 du Code général des collectivités territoriales impose notamment des modalités particulières pour les collectivités et leurs groupements, en application de l'article 32 de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2013, p. 12530).

⁸⁰ Il semble que, sur ce point, le régime des comptes courants d'associés tel qu'il est appliqué aux sociétés d'économie mixte en France soit un repère quant à ce qui peut être permis au sein du mécanisme interorganique pour la mise en œuvre de cette technique (v. notamment : BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, pp. 81-85, pts 140-146).

⁸¹ L'absence de participation au capital permet en effet de ne pas avoir à se soucier du respect des conditions entourant de telles participations depuis l'adoption des nouvelles directives « marchés » et « concessions » (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.c et 12.3.c ; sur ce point, v. notamment : *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B).

⁸² En vertu de l'article L. 1611-3-2 du Code général des collectivités territoriales, depuis la Loi n° 2013-372 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (article 35).

⁸³ Sur la différence entre associé et créancier, v. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, p. 111-115.



doivent rester conscients du fait que la quasi-régie n'emporte aucune garantie automatique de la part des détenteurs interorganiques pour leurs prestataires (1). La sphère quasi interne ne protège d'ailleurs pas ses acteurs des risques que l'octroi de telles garanties implique (2).

1) *L'inexistence de garanties d'emprunt d'office dans la quasi-régie*

652. — Il existe de nombreux facteurs qui pourraient dissuader les créanciers d'accorder des emprunts aux prestataires intégrés. Ces derniers seront parfois des personnes publiques, ce qui peut freiner les créanciers potentiels⁸⁴ (qu'ils soient privés ou publics), du fait par exemple de l'insaisissabilité des biens, ce principe propre aux personnes publiques. De plus, la participation au capital de certains pouvoirs adjudicateurs, précisément les personnes publiques, entraîne l'application d'un régime particulier⁸⁵. Une telle situation pourrait ne pas apparaître comme une charge supplémentaire si, en contrepartie, la relation interorganique constituait un contrepoids.

653. — Or, celle-ci n'implique aucune garantie automatique à l'égard des prestataires intégrés de la part des détenteurs interorganiques. La première des raisons qui s'y oppose découle de la définition de la notion de garantie d'emprunt. Il s'agit d'un contrat qui porte sur un engagement, celui d'une personne s'engageant « à rembourser le prêteur en cas de défaillance de l'emprunteur »⁸⁶. Cette définition englobe en réalité plusieurs constructions juridiques, que sont la garantie indépendante et le cautionnement, qui se retrouvent sur le fait qu'ils revêtent avant tout un aspect contractuel. Ils sont par conséquent des mécanismes exceptionnels dont les conditions de forme sont limitatives et dont l'existence doit donc être prévue par les normes en vigueur ou par un contrat. Il existe certes des cas dans lesquels les personnes publiques ont l'obligation d'accorder une telle garantie⁸⁷ mais la quasi-régie n'en fait pas partie : elle ne fournit aucune garantie d'office aux prestataires intégrés. Il faut donc que les détenteurs y consentent

⁸⁴ Sur les difficultés liées au maintien des règles de droit public, v. notamment : BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *op. cit.*, p. 78.

⁸⁵ Pour l'État, v. CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, *op. cit.*, p. 22. Ainsi le professeur Rapp de constater que « les sociétés publiques locales sont également des entreprises publiques locales, ce qui constitue un facteur de moindre souplesse de leur régime financier, sinon de franche rigidité dès lors que leurs seuls actionnaires sont des personnes morales de droit public et plus particulièrement, des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales » (RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1107).

⁸⁶ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 7, pt II.

expressément. Le principe du consentement exprès du garant a empêché que ne soit même soulevée l'hypothèse d'un tel cautionnement d'office, lequel aurait d'ailleurs été incompatible avec l'interdiction, faite par le Code civil, des cautionnements « en blanc ». Ceux-ci doivent en effet toujours porter sur une obligation principale particulière⁸⁸, ce que n'est pas la quasi-régie. Elle n'est tout au plus que le mobile, l'explication logique du cautionnement⁸⁹. Au contraire, elle n'influence pas les modalités d'octroi d'une garantie aux prestataires intégrés. Il faudra par conséquent se tourner vers les normes internes régissant les garanties, lesquelles constituent en France un droit tortueux et complexe, fréquemment imprévisible⁹⁰. Ce dernier implique avant tout une distinction entre le cautionnement, régi par l'article 2288 du Code civil, et la garantie autonome, notamment régie par l'article 2321 alinéa 1^{er} du Code civil. Ces deux notions sont « voisines » et par ailleurs employées indistinctement par les juges, mais elles impliquent des régimes distincts⁹¹. Le cautionnement est l'accessoire d'un contrat principal, ce qui a des conséquences sur les droits du créancier⁹², alors que la garantie est « un engagement indépendant » du contrat principal, ce qui implique que le garant ne peut se prévaloir « des exceptions qu'aurait pu soulever le débiteur principal, les garanties autonomes étant par ailleurs souvent assorties d'une clause d'engagement de rembourser à première demande »⁹³.

654. — Lorsque des personnes publiques sont en cause, il faut également, en France, allier ces modalités avec certaines dispositions, notamment celles restreignant le droit, pour les collectivités locales, d'octroyer des garanties⁹⁴. Si le droit interne est plus clément concernant les garanties – au sens large – accordées par l'État⁹⁵, le contrôle

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 188-191.

⁸⁸ PICOD Yves, *Droit des sûretés*, 2^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2011, p. 44, pt 31.

⁸⁹ « *Le rapport entre la collectivité et l'emprunteur révèle les objectifs de l'intervention de la puissance publique car il constitue, en quelque sorte, la contrepartie de son engagement financier* » (LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 177, pt 159).

⁹⁰ V. notamment : LEGEAIS Dominique, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, travaux, 2003, pp. 657-670.

⁹¹ CHOUVEL François, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties », in GILBERT Guy et RANGEON François (dir.), *Le financement du développement local (Colloque, Amiens, janvier 1994)*, PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1995, pp. 115-133, p. 116. Sur les régimes différents de ces deux notions, v. aussi : LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 140, pt 231.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ V. notamment : CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, *op. cit.*, pp. 947-955 ; CHOUVEL François, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties », *loc. cit.*, pp. 116-118 ; LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 75-97.

⁹⁵ Pour un rappel des distinctions principales entre l'octroi des garanties par l'État et les collectivités, v. notamment : ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, pp. 103-106.



inéluçtable des cautions par le biais du droit de l'Union européenne en matière d'aides d'État est un facteur d'unification⁹⁶. Ce contrôle, qui implique notamment une obligation de notification des garanties accordées, est logique car l'octroi de garanties n'est pas neutre. Les garanties représentent des aides indirectes qui risquent de bouleverser trois marchés différents⁹⁷. Seules des clauses de garantie respectant le droit des aides d'État pourront donc être conclues, puisque la qualification quasi interne n'écarte pas le risque de requalification en aide d'État irrégulière⁹⁸. Le cas de la garantie illimitée de l'État aux établissements publics industriels et commerciaux apparaît par conséquent comme étant un exemple de ce qu'il faut éviter. Il résulte des décisions de justice la concernant que ce qui n'est pas acceptable, concernant les garanties accordées expressément ou implicitement, c'est que leur combinaison vienne à empêcher toute faillite de l'établissement⁹⁹. La garantie illimitée des établissements publics industriels et commerciaux n'était en effet pas expressément prévue par une disposition mais résultait de la réunion des différentes normes fondant le régime qui leur était applicable¹⁰⁰. Concrètement, pour écarter le risque de requalification d'une garantie en aide d'État irrégulière, il convient de veiller à ce que l'ensemble des garanties accordées au prestataire ne revête pas un caractère démesuré. Un tel caractère peut être décelé lorsqu'il apparaît que ces garanties ne pourraient être accordées par un investisseur privé dit « normal »¹⁰¹. C'est ce précédent qui rappelle que la quasi-régie ne pouvait absolument pas contenir d'office de garanties « en blanc » de la part des personnes publique

⁹⁶ « En droit communautaire [...] force est de reconnaître qu'il n'existe pas de régime spécifique aux entreprises publiques locales qui organise ou limite l'étendue des interventions de collectivités actionnaires sous forme de garanties d'emprunts. Ces garanties sont donc directement exposées au risque de qualification en aides d'État illégales » (RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1110).

⁹⁷ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 101-103.

⁹⁸ V. *supra*, A.3.

⁹⁹ V. notamment : la décision de la Commission n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 56/07 (ex E 15/05) accordée par la France en faveur de La Poste (*JOUE* du 19 octobre 2010, L 274, pp. 1-53) ; ainsi que le jugement du Tribunal de l'Union européenne confirmant allant dans son sens (TUE, 6^{ème} Chambre, 20 septembre 2012, *France contre Commission*, T-154/10, préc.), et l'arrêt confirmatif de la Cour (CJUE, 1^{ère} Chambre, 3 avril 2014, *France contre Commission*, aff. C-559/12, ECLI:EU:C:2014:217 ; *JOUE* C 159 du 26 mai 2014, pp. 8-9 ; *AJDA*, 2014, n° 22, p. 1242, chron. Martine LOMBARD ; *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2014, n° 3, p. 139, note Benjamin CHEYNEL ; *Concurrences*, 2014, n° 3, p. 146, note Jacques DERENNE ; *Droit administratif*, 2014, n° 7, p. 25, comm. n° 42, note Michel BAZEX ; *Revue Lamy droit des aff.*, 2014, n° 93, p. 51, note Angélique FARACHE ; *Revue Europe*, 2014, n° 6, p. 34, comm. n° 266, note Laurence IDOT ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2014, n° 40, p. 40, note Benjamin CHEYNEL).

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ V. notamment : ALBERT Jean Luc, « Les prêts et garanties publics », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique* (Actes de colloque du 22 mars 2013, Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes), 2014, LGDJ, Clermont-Ferrand, 2014, pp. 113-130, pp. 125-128.

détentrices, sous peine de la transformer en mode de gestion bénéficiant d'un avantage concurrentiel prohibé.

655. — En dehors de ces limites, les modalités de passation du contrat de garantie ne diffèrent pas de ses modalités habituelles. Si le pouvoir adjudicateur est une collectivité, il lui faudra adopter une délibération qui, de par son effet exécutoire, crée un droit pour la personne bénéficiant de la garantie¹⁰² et emprisonne la collectivité dans la position de garant. Un contrat pourra ensuite être passé, lequel suivra les modalités ordinaires prescrites pour le type de garantie concerné. Un soin particulier doit être apporté à la légalité de tous les actes participant à l'octroi de garanties, qu'il s'agisse de ceux portant sur la décision de l'octroyer ou de ceux mettant en œuvre ce choix. L'articulation de tous ces actes constitue en effet un château de cartes qui peut s'écrouler si l'illégalité de l'un d'entre eux est constatée¹⁰³.

656. — Parallèlement, il est possible de remarquer la particularité des éventuelles conventions entre emprunteur et garant, qui ne sont pas strictement nécessaires à l'octroi d'une garantie par le prêteur à l'emprunteur¹⁰⁴. De telles conventions devraient être envisagées par les détenteurs interorganiques. Elles peuvent en effet être adoptées pour imposer des contreparties au prestataire intégré emprunteur et sécuriser la position de leurs détenteurs¹⁰⁵. Bien qu'au sein de la quasi-régie les détenteurs contrôlent l'organisme, ils ne devraient pas négliger l'utilisation de telles clauses afin de sécuriser leur position. C'est particulièrement le cas pour les détenteurs impliqués dans un contrôle multiple, car il est possible qu'ils se soient retirés du capital avant la mise en jeu de la garantie. Si une telle situation survient, ils seront dans une position plus sûre s'ils savent gré l'organisme interorganique de certaines obligations à ce sujet. Les contreparties sont donc une sécurité compensant la libre circulation des biens et capitaux que peuvent également mettre en œuvre les détenteurs. Ces obligations doivent être inscrites dans une convention indépendante à celle liant l'emprunteur au prêteur : une convention entre garant et emprunteur¹⁰⁶. Cette convention peut être le contrat de quasi-régie s'il contient des clauses particulières sur les garanties que les détenteurs envisagent de faire bénéficier à leurs prestataires intégrés. Il serait néanmoins plus sûr d'en faire une convention indépendante du contrat de quasi-régie, toujours dans

¹⁰² LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 232-233.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 175, pts 157 et 158 et pp. 249-255.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 203-204.

¹⁰⁵ Sur ce qui peut être imposé aux emprunteurs par leurs garants, v. notamment : *ibid.*, pp. 193-203.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 203-204, pt 192.



l'optique où des détenteurs se retireraient. À défaut, le maintien des obligations imposées au prestataire même en cas de sortie d'un détenteur de son capital doit être expressément inscrit dans le contrat créant le mécanisme interorganique. Cette convention devra en outre respecter les éventuelles limites que pose le droit interne au cautionnement de certains organismes¹⁰⁷.

657. — Il en résulte qu'à nouveau, ce ne sont pas les dispositions directement édictées sur la quasi-régie qui limitent la marge de manœuvre des détenteurs interorganiques. Aucune clause de garantie ne peut découler automatiquement de la spécialité du mécanisme interorganique, qui ne peut tout au plus que faciliter l'octroi de garanties à leurs entités intégrées par leurs détenteurs. Cette absence d'implications de la quasi-régie en matière de clauses de garantie dépasse largement ce constat. Outre le fait que rien n'indique que la sphère interorganique constitue un rempart à l'application des régimes interne et européen des aides d'État, il faut en effet ajouter que le mécanisme interorganique n'élimine pas, pour les détenteurs qui octroieraient des garanties à leurs prestataires, les risques inhérents à de telles opérations.

2) *Des risques persistants des cautionnements lors de l'octroi de garanties aux prestataires intégrés par leurs détenteurs*

658. — Octroyer une garantie, c'est courir un risque : celui de sa mise en cause et de ses conséquences. Par une telle action, les pouvoirs adjudicateurs font peser sur eux toutes les caractéristiques du risque usuellement décrites en droit public : ils courent le danger de voir l'emprunteur dans l'incapacité d'honorer ses dettes et d'en subir les effets négatifs, et ce de façon imprévisible car ils ne peuvent pas savoir si et quand cet événement se produira¹⁰⁸. Certes, « *le propre du risque est qu'il peut tout aussi bien ne jamais se*

¹⁰⁷ V. notamment celles qui s'imposeront aux sociétés publiques locales : RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *loc. cit.*, p. 1110.

¹⁰⁸ « *La notion de risque telle qu'elle se présente en droit administratif renvoie à ces deux discours souvent entrelacés : le discours sociologique qui fait du risque un danger, un événement fortuit aux conséquences négatives, le discours économique qui voit dans le risque une incertitude mesurable, susceptible de calculs, qui peut faire l'objet de probabilités* » (PEZ Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Coll. BDP, T. 274, 2013, p. 12, pt 17). « *Sans être assimilable au danger, la notion de risque [...] exclut néanmoins les effets positifs que peut entraîner la réalisation d'un fait imprévisible. Cela ne signifie pas qu'un tel événement ne puisse pas engendrer simultanément des dommages et des bienfaits, mais le terme risque, en tant qu'objet de politiques publiques de prévention, exclut toute connotation positive, tout avantage qui en résulterait pour ceux qui ont à le supporter* » (DUBREUIL André, « Le risque économique », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique*, *op. cit.*, pp. 31-57, p. 33).

réaliser au cours de l'exécution du contrat »¹⁰⁹. Toute personne juridique se portant caution espère donc que sa garantie ne sera jamais mise en jeu. C'est particulièrement le cas des personnes publiques, qui l'utilisent comme un moyen d'interventionnisme¹¹⁰. Convaincues par les nombreux avantages apparents que présente le mécanisme de la garantie, elles font trop facilement bénéficier aux personnes dont elles se portent garantes de la confiance qu'elles inspirent aux prêteurs¹¹¹. Cette pratique est toutefois susceptible de se retourner contre elles, dès lors que les banques n'hésitent plus à se retourner contre les personnes publiques¹¹².

659. — Ce risque est plus ou moins grand selon la probabilité de défaillance financière de la personne juridique pour laquelle le garant se porte caution. La santé financière de l'emprunteur doit donc être étudiée soigneusement avant tout engagement, par une évaluation préalable qui permettra d'apprécier la probabilité de la réalisation du risque. Pour ce faire, il est nécessaire de disposer d'informations sur cet organisme. En la matière, les détenteurs interorganiques qui souhaitent se porter caution pour leurs prestataires intégrés sont privilégiés par rapport à la grande majorité des garants. Ils connaissent en effet les finances de leurs prestataires. Ces connaissances ne se limitent pas à la situation de l'organisme lors de l'émission de son emprunt. Elles perdureront tout au long de son remboursement puisqu'ils participent aux décisions financières. Les détenteurs interorganiques sont en outre moins soumis au risque d'une information

¹⁰⁹ PEZ Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 77 pt 127.

¹¹⁰ Sur le fait qu'il représente un moyen et non une finalité en soi, v. notamment : LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties publics*, *op. cit.*, p. 23, pt XII.

¹¹¹ « La garantie n'exige aucune ressource financière immédiate et renvoie à plus tard le souci du paiement. Elle déjoue les exigences de la comptabilité publique, qui ne prévoit guère de restriction budgétaire contre elle [... Il en résulte que] devant le cautionnement, l'élu local réagit comme tout individu : il minimise le risque et dilue l'éventuelle exécution dans l'optimisme que favorise l'irresponsabilité » (MOULY Christian, Préface, in LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*). « Octroi libéral, inconsidéré ou illégal de garanties, inexistence d'analyse préalable des risques financiers, utilisation irréfléchie de satellites cautionnés, absence de constitution de sûretés [...], tels paraissent être les principaux reproches que les observateurs les plus avisés peuvent faire aux collectivités » (CHOUVEL François, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties », *loc. cit.*, p. 132).

¹¹² Maître Lignières le constatait déjà en 1994 : « La rigueur du droit bancaire et des sûretés sévit donc à l'égard des collectivités locales qui s'y brûlent parfois les doigts » (LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 16, pt VIII).



erronée transmise par un intermédiaire¹¹³. La quasi-régie participe donc à améliorer la prévisibilité du risque, rendant encore plus tentante l'utilisation des garanties.

660. — Néanmoins, si les personnes publiques ont plusieurs fois été averties sur le fait de ne pas se porter garantes, ce n'est pas seulement parce qu'elles manquent de données sur les personnes cautionnées. C'est également parce qu'elles ne disposent pas de suffisamment de données sur les mécanismes d'investissement dans leur ensemble¹¹⁴. Ce sont ces connaissances qui permettent de jauger la viabilité du projet et d'apprécier la durabilité de la solvabilité de l'organisme à cautionner. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent bien effectuer une veille économique¹¹⁵ mais celle-ci ne peut suffire à contrebalancer leurs lacunes concernant les évolutions financières et économiques du marché. Il en est de même pour la quasi-régie. Cette dérogation fournit plus de certitudes sur l'organisme. Toutefois, les détenteurs ne disposent toujours pas d'une expertise similaire à celle des établissements de crédit. Le contrôle financier dont seront l'objet une grande partie des prestataires intégrés¹¹⁶ ne doit pas non plus être considéré comme une assurance de bonne santé financière. Si ce contrôle peut être rassurant, il ne favorise que très aléatoirement la continuité de la solvabilité financière des organismes

¹¹³ Sur les défauts de l'information fournie par les banquiers, v. notamment : LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, op. cit., p. 195, pt 170. De plus, quand des personnes publiques sont en cause, « les banques ont tendance à se contenter d'analyser seulement l'état des finances de la collectivité locale, sans trop se soucier de l'emprunteur » (*ibid.*, p. 178, pt 163). Elles en profitent pour « se défausser sur les collectivités locales des mauvais risques » (CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, op. cit., p. 947, pt 663). Si plusieurs dispositions et décisions ont participé à responsabiliser ces intermédiaires (v. notamment : BENJAMIN Marie-Yvonne, « Responsabilité d'un organisme bancaire ayant prêté à une société d'économie mixte », *Droit administratif*, n° 1, 2003, pp. 25-26, comm. n° 11 ; DELEBECQUE Philippe et SIMLER Philippe, « Droit des sûretés – chronique », *JCP G*, 2007, n° 22, pp. 25-31, pp. 26-27, pts 6 à 8 et LEGEAIS Dominique, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », *loc. cit.*, p. 666), les effets de l'octroi d'une garantie par une personne publique restent les mêmes : cet octroi fait en réalité peser sur elle un risque similaire à celui qu'elle encourrait si elle empruntait directement les sommes concernées.

¹¹⁴ « Les collectivités locales ne sont pas armées pour apprécier tous les risques d'un investissement » (CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, op. cit., p. 947, pt 663). Sur l'inconscience des élus et leur mauvaise appréciation des risques en l'absence d'« expertise adéquate », v. : ALBERT Jean-Luc, « Les prêts et garanties publics », *loc. cit.*, p. 124 et 128. Sur les défauts d'adaptation de l'organisation administrative en matière de risques économiques, v. également : DELION André, « L'administration des risques économiques par la puissance publique », in : ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risques économiques et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique*, op. cit., pp. 59-69, pp. 68-69. Parfois, c'est simplement la capacité à comprendre les documents d'information qui manquent aux futurs garants (LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, op. cit., p. 186, pt. 171).

¹¹⁵ DUBREUIL André, « Le risque économique », *loc. cit.*, p. 52.

¹¹⁶ La plupart étant des personnes publiques, le contrôle des juridictions financières s'étendra à leurs prestataires, en vertu de l'article L. 133-2 du Code des juridictions financières (DELION André, *Droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2003, p. 44). Pour le cas particulier des sociétés publiques locales, v. notamment : DUSSART Vincent, « Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1155-1158.

publics puisqu'il est effectué trop ponctuellement. Quant aux règles prudentielles imposées aux collectivités locales lorsqu'elles accordent des garanties aux personnes privées, elles comprennent de nombreuses lacunes¹¹⁷ et ne sont à elles seules pas suffisantes pour sécuriser la situation desdites collectivités.

661. — Malgré tout, rien n'empêche les détenteurs intégrés d'envisager cet instrument politique facilement adaptable¹¹⁸ comme l'un des modes de financement, parmi d'autres, de leurs prestataires. « *La garantie n'exige [en effet] aucune ressource financière immédiate et renvoie à plus tard le souci du paiement* »¹¹⁹, ce qui n'est pas négligeable pour des opérations qui impliquent parfois des « *coûts de préfinancement importants* »¹²⁰. Sur le plan comptable, elle peut être inscrite dans les engagements hors bilan, une débudgétisation appréciée car elle participera à l'équilibre budgétaire des finances¹²¹. Elle est cependant en sursis, Eurostat s'étant clairement prononcée pour une réinscription au bilan¹²². Dans le cadre du mécanisme interorganique, il faut souligner que la garantie, en favorisant l'emprunt par les prestataires intégrés, diminue le montant des fonds que leurs détenteurs doivent leur verser. Suivant une ligne de conduite déjà largement appliquée par les personnes publiques, les détenteurs pourront ensuite utiliser le versement de subventions pour éviter que la garantie ne soit mise en jeu¹²³. Le délai s'écoulant entre

¹¹⁷ Elles ne sont applicables que dans des situations trop restreintes (LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 79-82) et leur mise en œuvre a été complexifiée par la jurisprudence (ALBERT Jean-Luc, « Les prêts et garanties publics », *loc. cit.*, pp. 122-133).

¹¹⁸ V. notamment : LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donné par les collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 8-9, pt III.

¹¹⁹ MOULY Christian, *in ibid.*, préface.

¹²⁰ BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 103-104, pt 238.

¹²¹ Le « *développement du recours aux garanties par l'État a été analysé comme un phénomène accompagnant le mouvement de débudgétisation ; il va également de pair avec la multiplication des démembrements de la puissance publique* » (LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donné par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 10).

¹²² Il s'agirait d'avoir une meilleure estimation de l'endettement public (Eurostat, 3 juillet 2002, n° 80/2002, communiqué ; Eurostat, 25 juin 2007, opérations de titrisation réalisées par les administrations publiques : Communiqué 88/2007, 25 juin 2007, telles que citées in BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 612, pt 1103).

¹²³ « *Les élus locaux cherchent à éviter cet aboutissement [les poursuites] et octroient fréquemment les subventions pour permettre à l'emprunteur de faire face aux échéances* » (*ibid.*, p. 308, pt 317). Une telle conduite est à prévoir dès lors que certains détenteurs s'engageant déjà à combler par des subventions les déficits (v. notamment : l'engagement pris par les détenteurs de la société publique locale du Plateau de l'Espace, inscrit à l'article III.1 de leur pacte d'actionnaires disponible à l'adresse suivante : <http://vernonpolitique.info/wp-content/uploads/2013/01/2013-01-SPL-LRBA-Pacte-actionnaires.pdf> (dernière consultation le 7 octobre 2015)). Certains auteurs sont néanmoins sceptiques sur la légalité du fait de combler, par des personnes publiques, du déficit d'organismes sociétaux, même intégrés. « *En toutes hypothèses, il conviendra de veiller à ce que la création de ce type de société intervienne dans des secteurs permettant de dégager suffisamment de ressources propres. En effet, comme en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte locale, les personnes publiques ne pourront que difficilement soutenir une société publique locale placée dans une situation financière délicate* » (BARON Éric et TARON David, « Les sociétés publiques locales : un instrument commercial au service de l'intérêt général ? », *LPA*, 2010, n° 155, pp. 7-10, p. 8).



l'octroi de l'emprunt et l'éventuelle dégradation de la santé financière de leurs prestataires représente donc un sursis. Il ne faut cependant pas oublier que si malgré tout l'organisme n'est pas en mesure d'honorer ses dettes, ce sont l'emprunt et les intérêts qu'il faudra rembourser. Ces suppléments ne sont pas négligeables car la quasi-régie représente déjà un environnement favorable au transfert de risque sur les détenteurs. Comme toute opération impliquant une entrée de capitaux publics dans une entité, les structures interorganiques entraînent effectivement un transfert de risque vers les personnes publiques, puisqu'elles « *aboutissent à transférer les pertes enregistrées sur la collectivité publique* »¹²⁴. Il est donc important de regarder avec méfiance toute entreprise tendant à démultiplier encore cette prise de risque. D'autant que les garanties et, plus largement, les mécanismes interorganiques interviennent dans un contexte où le risque supporté par les personnes publiques a été démultiplié¹²⁵. Certes, le risque sera dilué entre les différents détenteurs interorganiques si la garantie est partagée entre eux. Les auteurs s'accordent en effet à reconnaître que « *[m]utualisé, le risque serait négligeable* »¹²⁶. La dilution du risque implique donc une position privilégiée des détenteurs multiples de prestataires intégrés. Il n'empêche que les détenteurs garants pourraient rencontrer des difficultés à faire valoir leurs moyens de défense en cas de poursuites¹²⁷. Le cadre interorganique peut notamment rendre difficile la mise en œuvre d'actions telles que l'action récursoire contre le débiteur principal¹²⁸, dès lors qu'en tant que détenteurs, les garants auront nécessairement participé à la prise de décisions, même fautive. En tout cas, c'est sur eux que pèsera la charge de prouver le contraire.

662. — Les détenteurs ne sont pas accablés d'office par un ensemble de garanties lors de la constitution du mécanisme interorganique : il leur faut mettre cette chance à

¹²⁴ ALLAIRE Frédéric, « La prévoyance publique économique », in : ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique*, op. cit., pp. 13-28, p. 23. « *À travers la recapitalisation d'entreprises publiques ou privées, les acteurs publics cherchent aussi, bien souvent, à prendre en charge un risque économique que les acteurs privés ne veulent pas ou ne veulent plus assumer* » (CARTIER-BRESSON Anémone, « Recapitalisations publiques et transferts de risques », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique*, op. cit., pp. 151-164, p. 153).

¹²⁵ Pour l'exemple des collectivités locales, v. notamment : CARTIER-BRESSON Anémone, « Recapitalisations publiques et transferts de risques », loc. cit., p. 160.

¹²⁶ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donné par les collectivités locales*, op. cit., p. 15, VIII.

¹²⁷ Sur les poursuites éventuelles des créanciers à l'encontre des garants et les moyens de défense de ces derniers, v. notamment : LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donné par les collectivités locales*, op. cit., pp. 308-350.

¹²⁸ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donné par les collectivités locales*, op. cit., p. 362.

profit par une application consciencieuse du principe de précaution¹²⁹. Il serait notamment souhaitable qu'ils fassent appel à des cabinets de conseil externe, qui sont plus au fait des évolutions du marché et, une fois la garantie accordée, qu'ils prévoient la défaillance éventuelle de leur prestataire en créant des provisions. Pour les collectivités, c'est d'ailleurs une obligation, en vertu de l'article D. 6363-2 du Code général des collectivités territoriales. Bien utilisée, cette dernière possibilité peut permettre de prévoir parfaitement l'éventuelle défaillance du prestataire, car « *techniquement il est possible pour la collectivité de constituer une provision sur plusieurs exercices précédant la réalisation du risque, ce qui permet une anticipation potentielle du « sinistre »* »¹³⁰. Il serait également souhaitable qu'ils examinent minutieusement les conditions des garanties.

663. — La quasi-régie est avant tout une dérogation aux règles de la commande publique, le fait qu'elle rencontre ses limites en matière d'implications financières n'est donc pas nécessairement étonnant. Ces lacunes peuvent par ailleurs être considérées comme utiles pour remplir les objectifs qui la sous-tendent. Les conséquences minimales du mécanisme interorganique sur les prérogatives financières des détenteurs et les garanties dont bénéficient les prestataires intégrés en font effectivement un moule flexible, lequel perdure sur le plan des écritures comptables. Cependant, étant donné qu'en France la comptabilité publique constitue un encadrement rigide, l'absence d'identité comptable de la quasi-régie peut être dommageable aux acteurs du mécanisme interorganique.

¹²⁹ Énoncés concernant un autre type de couverture du risque (celui de mise en jeu de la responsabilité administrative), les propos suivants s'appliquent également dans le cadre d'une souscription de garantie par des personnes publiques : « *L'affirmation du principe de précaution est une manifestation du désir d'analyser et de traiter les risques en amont, avant qu'ils ne soient avérés et qu'ils ne se traduisent par des préjudices* » (Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 56, 2005, p. 338).

¹³⁰ ALBERT Jean-Luc, « Les garanties et prêts publics », *loc. cit.*, p. 120.

§2. L'absence potentiellement préjudiciable d'identité comptable de la quasi-régie

664. — Depuis le début du XIX^e siècle, les normes régissant la comptabilité qui doit être tenue par les personnes publiques françaises se démarquent de celles gouvernant la comptabilité devant être établie par les autres personnes juridiques¹³¹. Désormais bien ancrée en droit français, cette comptabilité publique ne semble pas appréhender la notion de quasi-régie. À ce titre, l'absence d'influence de ce mécanisme sur la qualification de recette publique **(A)** et sur la détention d'un titre légal permettant de les manier **(B)** est particulièrement symptomatique.

A. L'absence symptomatique d'impact de la quasi-régie sur les dispositions permettant de qualifier les recettes publiques

665. — Le fonctionnement d'un service engendre naturellement des recettes en contrepartie des prestations proposées, même si leur ampleur varie selon le type de service exercé. Ce sont fréquemment les cocontractants qui sont amenés à percevoir ces recettes et ce peut naturellement être le cas de prestataires intégrés. Or, en France, ces recettes peuvent être qualifiées de publiques, selon les règles de la comptabilité publique, et être alors soumises à un régime particulier, guidé notamment par la division entre ordonnateur et comptable et l'application de la version réformée du Règlement général sur la comptabilité publique¹³².

666. — La définition complexe des recettes publiques ne permet que difficilement aux acteurs des contrats publics de déterminer s'ils perçoivent, ou non, de telles recettes, ce qui doit être rappelé **(1)**. Il sera ensuite possible d'utiliser cet état de fait pour démontrer l'une des manifestations de l'absence d'identité financière de la quasi-régie, qui ne constitue pas un cadre uniforme de perception de ces recettes publiques **(2)**.

¹³¹ Elle peut désormais être « définie comme un système d'information financière permettant de saisir et d'enregistrer, le plus souvent en unités monétaires, les opérations d'une entreprise, de les regrouper, de les classer, puis de présenter et d'interpréter les résultats auxquels elles donnent lieu » (DAYAN Armand (dir.), *Manuel de gestion*, 2^{ème} éd., Ellipses (Montréal), Agence universitaire de la francophonie, Coll. universités francophones, vol. 1, p. 718).

¹³² Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, NOR : EFIX1205948D, *JORF* n° 262 du 10 novembre 2012, p. 17713, texte n° 6.

1) *La difficile identification des situations de perception des recettes publiques*

667. — Il n'existe pas de définition uniforme des recettes publiques. Les règles générales de la comptabilité publique ne fournissent qu'une énumération incomplète qu'aucune autre norme ne vient perfectionner¹³³. Il semble par conséquent que les recettes publiques soient classiquement appréhendées comme étant celles « procurées » par le fonctionnement d'un service public, ce qui constitue une définition « imprécise en ce qu'elle renvoie au concept, éminemment plastique, de service public »¹³⁴. L'idée que le service public génèrerait « par nature des recettes de droit public »¹³⁵ ne suffit plus, sa simple présence ne pouvant pas être considérée comme un critère unique de reconnaissance¹³⁶. Au contraire, certains types de recettes n'ont jamais été considérés comme problématiques : les auteurs s'accordent ainsi sur le fait que les recettes fiscales et domaniales doivent être qualifiées de recettes publiques¹³⁷. Pour leur perception, les prestataires intégrés devront faire appel à un comptable public ou à un procédé légal de substitution¹³⁸.

668. — Quant aux autres recettes, c'est au cas par cas qu'il faudra déterminer dans quelle catégorie les ranger. Pour ce faire, le juge des comptes avait développé une

¹³³ Ainsi le Conseiller d'État Boulouis constatait-il en 2009, qu'il : « n'y a de définition générique des recettes entrant dans le champ de la comptabilité publique ni dans les textes, ni dans la jurisprudence, ce qui, de prime abord, ne saurait surprendre du fait de la diversité de ces recettes, de leur régime juridique et de l'absence de difficulté de qualification pour la plupart d'entre elles. Le RGCP (RGCP, art. 22) dispose que « les recettes des organismes publics comprennent les produits d'impôts, de taxe, de droits et les autres produits autorisés par les lois et règlements en vigueur ou résultant de décisions de justice ou de conventions ». Ce décret a abandonné la notion de deniers publics adoptée par son devancier (D. 31 mai 1862, notamment l'article 25. V. J. Magnet, *La notion de deniers publics en droit financier français* : RSF 1974, p. 129), notion qui appelait une définition générique, désormais inutile. De sorte que si nous employons l'expression « recette publique », c'est par pure commodité de langage » (concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, *BJCP*, 2010, n° 68, pp. 28-38, p. 30). Sur la mauvaise précision des recettes publiques, v. aussi LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *AJDA*, 2009, n° 43, pp. 2401-2406, p. 2405.

¹³⁴ MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « Gestion de fait au musée », *AJDA*, 2011, n° 43, pp. 2462-2466, p. 2462.

¹³⁵ MOREAU David, « Le régime des recettes dans les contrats publics », *AJDA*, 2007, n° 28, pp. 1513-1521, p. 1515.

¹³⁶ « Il serait donc vain de vouloir faire du fonctionnement du service (public) le signe infaillible de l'existence de recettes entrant dans le champ de la comptabilité publique » (concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, *loc. cit.*, pp. 32-33).

¹³⁷ « En dehors des cas dépourvus d'ambiguïté comme les produits fiscaux et domaniaux, l'identification des recettes publiques fait l'objet d'une appréciation au cas par cas » (MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « Gestion de fait au musée », *loc. cit.*, p. 2462).

¹³⁸ Détaillés *infra*, au point B.1.



jurisprudence extensive fondée sur la destination des recettes¹³⁹. Il en résultait un tableau complexe et peu lisible¹⁴⁰, prenant en compte les types d'activités. C'est un arrêt dit *Société Prest'action*¹⁴¹ qui y a mis fin, le Conseil d'État y ayant été fortement encouragé. Après avoir rappelé les lacunes juridiques en matière de définition des recettes publiques, le Rapporteur public Boulouis a effectivement refusé de procéder « *comme le fai[sait] le juge financier, [et] de s'en tenir à des distinctions principalement basées sur la source des recettes* »¹⁴². Au contraire, il a proposé une démarcation qualifiée de « restrictive » et inspirée de jurisprudences plus anciennes. Il est notamment fait référence à l'arrêt *Sieur Louis et autres*¹⁴³, mise en application beaucoup plus récemment par la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'arrêt *Société SCOOP Communications contre Commune de Niort*¹⁴⁴. Suivant ses recommandations, la haute juridiction administrative a posé deux éléments déterminants pour la définition de ce qui doit être qualifié de recette publique : l'action du cocontractant de l'administration et l'objet du contrat.

« Si le contrat a pour objet de « faire exécuter une recette », pour employer ses termes, c'est-à-dire de percevoir le produit d'une créance existante, alors une disposition d'habilitation est nécessaire. Si en revanche le contrat a pour objet de faire naître une recette par l'action du

¹³⁹ « Au regard de la jurisprudence financière, les recettes entrant dans le champ d'application du RGCP et de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 [...] sont celles qui sont « affectées » ou « destinées » à la caisse d'un comptable public, ce qui vise notamment des recettes en quelque sorte publiques par nature, « comme les impôts, taxes ou redevances qui sont affectées à une personne publique, les contributions volontaires qui y sont destinées ainsi que les recettes à l'origine desquelles se trouvent des moyens publics (personnel, locaux, matériel, plus généralement biens) » » (PISSALOUX Jean-Luc, « De la notion de recettes publiques et de l'exclusivité de leur perception par les comptables publics », RLCT, 2010, n° 54, pp. 15-17, p. 16).

¹⁴⁰ Pour un état des lieux des recettes pouvant être qualifiées de publiques avant le 6 novembre 2009, v. MOREAU David, « Le régime des recettes dans les contrats publics », *loc. cit.*, pp. 1513-1521.

¹⁴¹ CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 ; *Rec.*, 2009, p. 445 ; JurisData n° 2009-013485 ; *AJDA*, 2009, n° 43, p. 2401, note Michel LASCOMBE et Xavier VANDENDRIESSCHE ; *CMP*, 2010, n° 4, p. 17, note Gabriel ECKERT, comm. n° 133 ; *Droit administratif*, 2010, n° 1, p. 26, comm. n° 5, note Fabrice MELLERAY ; *RJEP*, 2010, n° 671, p. 11, concl. Nicolas BOULOUIS.

¹⁴² « Il serait donc plus simple, comme le fait le juge financier, de s'en tenir à des distinctions principalement basées sur la source des recettes » (concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 (préc.), *loc. cit.*, p. 32).

¹⁴³ CE, Section, 21 décembre 1945, *Sieur Louis et autres*, *Rec.*, 1945, p. 264.

¹⁴⁴ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 20 novembre 2007, *Sté SCOOP Communications contre Commune de Niort*, n° 05BX00231 ; inédit au *Rec.* ; *CMP*, 2008, n° 1, comm. n° 2, note Gabriel ECKERT. Sur le lien entre l'arrêt de 2009 et ces arrêts, v. notamment : concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 (préc.), *loc. cit.*, pp. 30-31 ; MELLERAY Fabrice, « La compétence exclusive du comptable public pour recouvrer les recettes publiques et la définition de ces dernières », *Droit administratif*, 2010, n° 1, pp. 26-27, comm. n° 5, p. 27 ; PISSALOUX Jean-Luc, « De la notion de recettes publiques et de l'exclusivité de leur perception par les comptables publics », *loc. cit.*, p. 17.

cocontractant alors, la disposition n'est pas nécessaire car le produit perçu n'est pas destiné ou affecté à un organisme public autrement que par le truchement du contrat »¹⁴⁵.

L'objet du contrat ne doit pas être de recouvrer une créance préexistante : « *tant que le cocontractant n'est pas intervenu, il n'y a pas de créance : les créances qui naîtront de l'activité de la société seront alors de nature privée et la société peut dès lors les percevoir elle-même* »¹⁴⁶. Par exemple, pour des prestations opérées par une société de transport, les recettes n'auraient pas pu être versées à la collectivité territoriale si la société n'était pas intervenue. Le critère de la destination n'est pas totalement oublié, puisque si certaines recettes, perçues du fait de l'intervention du cocontractant, sont destinées à être reversées à la personne publique, elles seront également qualifiées de recettes publiques¹⁴⁷. Toutes celles qui n'entrent pas dans ces critères revêtent, selon le Conseil d'État, l'étiquette de « *recettes commerciales de la société* »¹⁴⁸.

669. — Bien qu'il soit acquis que « *la notion de redevance reproduit une conception « marchande » du service public* »¹⁴⁹, la perception d'une telle recette n'est pas suffisante pour être considérée comme une recette commerciale : il faut que sa perception réponde à une créance nouvellement créée du fait de l'intervention du cocontractant. Dans ces conditions, le critère du service public, bien que trop large, conserve une fonction d'exclusion : le fait d'écarter la délégation de la gestion d'un service public – qu'il soit administratif ou industriel et commercial¹⁵⁰ – dont la personne publique est responsable permet de supposer que les recettes ne sont pas publiques. Dans une telle situation, l'opérateur cocontractant a en effet peu de chances de percevoir le résultat d'une créance préexistante entre la personne publique et celui qui verse les sommes.

670. — Cette définition ne concorde pas avec les éléments de reconnaissance d'un mécanisme interorganique.

¹⁴⁵ Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 (préc.), *loc. cit.*, p. 34.

¹⁴⁶ LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *loc. cit.*, p. 2405.

¹⁴⁷ En ce sens, v. les trois situations distinguées par Maître DAL FARRA (DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *BJCP*, 2013, n° 87, pp. 79-88, p. 82).

¹⁴⁸ CE, Section, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, préc.

¹⁴⁹ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 127, pt 258.

¹⁵⁰ Bien qu'un service public administratif, en ce qu'il est principalement financé par des recettes fiscales dans la vision du Commissaire Laurent, puisse logiquement concorder avec la notion de recettes publiques, la diversité des financements des service public industriel et commercial et le critère de l'objet du contrat sont tels que la présence d'un services publics industriels et commerciaux ne permet pas, à elle seule, d'écarter la présence de recettes publiques.



2) La déconnexion entre quasi-régie et type de recettes

671. — Il résulte de la définition des recettes issue de l'arrêt *Prest'action*, qui se veut protectrice de la liberté contractuelle¹⁵¹, qu'en l'état actuel du droit¹⁵², sont considérées comme des recettes publiques : les revenus fiscaux et domaniaux, ainsi que toute recette qui « préexiste à l'action du cocontractant et dont le fait générateur, indépendant de l'activité de l'opérateur privé, résulte d'abord de celle de la personne publique »¹⁵³. L'absence de concordance entre ces éléments et les critères de reconnaissance de la quasi-régie est sans appel. Un rapprochement entre le critère de l'activité exclusive et celui de la créance préexistante est impossible car ils ne se recouvrent pas. Le critère de l'activité exclusive est fondé sur le chiffre d'affaires, que l'on pourrait également nommer part d'activité, produit pour le détenteur interorganique¹⁵⁴. Ce qui importe, c'est donc la portion de chiffre d'affaire que l'opérateur perçoit du fait de son contrat avec la personne publique : rien ne postule l'objet dudit contrat. Pour déterminer si les recettes sont publiques, il faudra donc toujours se pencher sur ce dernier *in concreto*. Dans cette part d'activité, rien ne permet donc de considérer que les recettes perçues le sont du fait d'une créance préexistante auprès du détenteur-personne publique.

672. — La provenance des recettes peut être cardinale en droit des contrats publics, c'est notamment le cas pour distinguer une concession de service public d'un marché public¹⁵⁵. Au contraire, jamais la Cour n'a mentionné le terme de recette dans les

¹⁵¹ « L'interprétation restrictive de la notion de recettes publiques, confirmée par le CE dans l'arrêt commenté, est de nature à préserver la possibilité de conclure des marchés publics de services dont le prix découle de l'abandon, total ou partiel, de recettes publicitaires (comme les marchés de mobilier urbain : CE, 4 nov. 2005, n° 247298, *Sté Jean-Claude Decaux* : [...]), lesquelles revêtent bien la qualité de ressources commerciales et non de deniers publics » (ECKERT Gabriel, « Règles comptables, administratives et contentieuses », *CMP*, 2010, n° 4, pp. 17-19, comm. n° 133, p. 18).

¹⁵² La première décision *Prest'action* (CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Cne de Rouen*, n° 297877, préc.) a en effet été confirmée dans une espèce similaire : CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 février 2010, *Sté Prest'action contre Cne de Dieppe*, n° 301116, ECLI:FR:CESSR:2010:301116.20100210 ; *Rec.*, 2010, tables, p. 850 et 851 ; *JurisData* n° 2010-000427 ; *AJDA*, 2010, n° 6, p. 293, obs. Jean-Marc PASTOR ; *Droit administratif*, 2010, n° 4, p. 27, comm. n° 52, note François BRENET ; *RDI*, 2010, p. 265, obs. Rozen NOGUELLOU.

Pour une autre application positive de la jurisprudence *Prest'action*, v. Cour des comptes, 26 mai 2011, *Musée national du sport*, n° 61032 (reproduit in *AJDA*, 2011, n° 43, note MICHAUT Christian, et SITBON Patrick, pp. 2462-2466). « Dans son arrêt du 26 mai 2011 *Musée national du sport*, la Cour des comptes a appliqué, pour la première fois, la logique de l'arrêt *Prest'action*, déduisant de la relation contractuelle instaurée entre un établissement public et une société prestataire de services que les missions de celle-ci n'étaient pas à l'origine des recettes maniées mais, au contraire, « étaient réduites à celle d'un simple caissier agissant pour le compte et sous les ordres » de l'administration » (DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 82).

¹⁵³ DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 81.

¹⁵⁴ V. *supra*. : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A.

¹⁵⁵ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 331-368.

arrêts portant sur la quasi-régie, à l'exception d'un seul arrêt dans lequel elle n'en fait qu'une mention liminaire¹⁵⁶. Cela manifeste un désintérêt des juges pour cette préoccupation dans le cadre de la quasi-régie ; lequel est logique puisque la qualification de recettes publiques s'inscrit dans une logique uniquement française. Il en résulte que de nombreuses règles préexistantes viennent supplanter la notion de quasi-régie dans la qualification des recettes perçues dans le cadre d'un mécanisme intégré. Plus précisément, la quasi-régie ne vient pas bouleverser ces règles, d'autant qu'elle s'intéresse peu au type d'activité et, conséquemment, au type de recettes qui en résultent. Toute concordance fortuite – reposant sur une concordance exceptionnelle de critères – doit également être écartée. La définition des recettes publiques ne se superpose pas à celle de la quasi-régie, notamment parce qu'il n'existe pas de définition uniforme.

673. — Par une interprétation plus poussée de la jurisprudence *Prest'action*¹⁵⁷, d'aucuns considèrent que, plus que l'objet du contrat, c'est sa présence qui permet d'écarter la qualification de recettes publiques, en créant la possibilité, pour le délégataire privé, de percevoir des recettes commerciales¹⁵⁸. Ce serait

« l'existence du contrat elle-même qui modifie la nature de la recette. C'est parce que cette activité de prospection est confiée par contrat à une personne privée que la recette est de nature privée et peut donc, sans mandat financier, être perçue par lui. On retrouve un raisonnement du même ordre dans la décision Decaux (CE ass. 4 nov. 2005, Société Jean-Claude Decaux, n° 247298) »¹⁵⁹.

Même dans cette optique, la structure interorganique ne peut avoir d'influence sur la qualification des recettes puisque son existence ne permet pas de s'exonérer de la passation d'un contrat : formellement, il faudra toujours en passer un. Un constat s'impose donc : sur le plan comptable, il existe une identité de la régie, et la quasi-régie n'y correspond pas systématiquement. En régie, il n'y a pas de cocontractant, toutes les recettes pouvant être qualifiées de publiques ; en quasi-régie, il y a toujours un cocontractant, qui peut être un opérateur économique susceptible de percevoir des recettes privées. Certes, ce cocontractant peut être une personne publique mais ce n'est

¹⁵⁶ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc., §11.

¹⁵⁷ CE, Section, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, préc.

¹⁵⁸ LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *loc. cit.*, p. 2405.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 2405.



pas automatique – le pouvoir adjudicateur pouvant lui-même être, dans des cas restreints, une personne privée¹⁶⁰.

674. — De nombreuses données tendent à démontrer que sur le plan de la comptabilité publique, la quasi-régie faillit. Cet échec se confirme par l'étude de son absence d'impact sur la détention d'un titre légal à manier des recettes publiques.

B. L'absence de concordance entre quasi-régie et titre légal à manier des recettes publiques

675. — La problématique de la définition des recettes ne concerne qu'une part minimale d'entre elles¹⁶¹, celles pour lesquelles, du « *simple point de vue comptable, la question est celle du paiement direct dans la caisse du délégataire des recettes recouvrées sur les usagers* »¹⁶². Une erreur peut cependant impliquer une gestion de fait dite « en recettes » et ses conséquences afférentes¹⁶³, lesquelles pouvant entraîner une nullité du contrat passé entre le détenteur et son prestataire intégré¹⁶⁴. La question ne pourrait pas être posée si toutes les formes que peuvent revêtir les prestataires intégrés en France impliquaient la présence d'un comptable public. Or, si les groupements d'intérêt public et les établissements publics sont automatiquement dotés de comptables patents, ce n'est pas le cas des sociétés, des associations ou des éventuelles structures *ad hoc*. Ce sont justement ces opérateurs économiques, fonctionnant sur un calque privé, qui étaient en

¹⁶⁰ V. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, A.1.

¹⁶¹ « *La différence ne concerne tout d'abord qu'une part très faible des recettes, on l'a dit et au sein de cette part très faible, les seuls cas dans lesquels un opérateur économique, cocontractant de l'Administration, exerce une activité qui n'est pas une activité de mandataire* » (Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 (préc.), *loc. cit.*, p. 34).

¹⁶² MILLER Gilles, « La gestion de fait à travers la jurisprudence récente des chambres régionales des comptes – Seconde partie », *AJDA*, 2006, n° 39, pp. 2169-2178, p. 2172.

¹⁶³ V. notamment : BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine et LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, 13^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuels, 2014, pp. 380-383 ; DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 83 ; PELJAK Dominique, « La gestion de fait à l'hôpital », *AJDA*, 2006, n° 5, pp. 233-238, p. 233 ; SARTORIO Françoise et GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics par les opérateurs privés. Le cas particulier de la surtaxe en affermage », *AJDA*, 2012, n° 34, pp. 1899-1900.

¹⁶⁴ « *Le juge administratif est en effet compétent pour statuer sur un moyen tiré de la nullité du contrat administratif à raison de la violation des règles comptables, à l'appui de conclusions dirigées contre un titre exécutoire* » (DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2008, n° 15, pp. 787-791, p. 787).

porte-à-faux avant l'adoption de la loi du 20 décembre 2014¹⁶⁵. Si cette dernière est venue sécuriser la passation des titres contractuels permettant de manier les recettes publiques que sont les conventions de mandat financier, la situation de la quasi-régie eu égard à ces conventions démontre à nouveau son absence d'identité fiscale.

676. — La concordance entre quasi-régie et conventions de mandat financier est largement attendue, puisqu'elle n'est pas automatiquement comprise dans les conventions interorganiques **(1)**, laquelle ne constitue d'ailleurs pas un cadre de sécurisation des conventions de mandat financier **(2)**.

1) La concordance attendue entre quasi-régie et convention de mandat financier

677. — Les prestataires intégrés sont susceptibles d'être condamnés pour gestion de fait en recettes, laquelle repose « sur deux éléments : l'ingérence dans le recouvrement d'une recette publique et le défaut de titre pour le maniement de fonds publics »¹⁶⁶. Ceci implique deux remarques. Dans un premier temps, le fait que la quasi-régie n'implique pas automatiquement des recettes publiques ne s'oppose pas à ce que les prestataires intégrés soient amenés à en percevoir. Il serait donc plus sage, pour chaque prestataire intégré – mais aussi pour leurs détenteurs lorsqu'ils établissent la structure interorganique – de vérifier si les recettes devant être encaissées peuvent être qualifiées de publiques¹⁶⁷. Si tel est le cas, alors leur maniement ne pourra être opéré que par un comptable public ou sous couvert d'un titre légal pour manier de tels deniers. Se posera donc nécessairement, dans un second temps, la question de la corrélation entre la détention du titre légal à manier ces recettes publiques et celle de prestataire intégré : ce serait en effet un facteur de sécurité juridique si la seconde impliquait la première. L'Union Européenne ignorant la séparation française entre ordonnateurs et comptables, elle n'a pas créé une telle corrélation. Les autorités françaises n'ont pas non plus édicté de concordance d'ordre général entre ces deux qualifications. Son absence implique de conseiller à tout pouvoir adjudicateur détenteur d'un prestataire intégré n'ayant pas de comptable public, de le

¹⁶⁵ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, *JORF* n° 295 du 21 décembre 2014, p. 21647, NOR : EINX1412185L.

¹⁶⁶ MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « Gestion de fait au musée », *loc. cit.*, p. 2462.

¹⁶⁷ La décision dite *Fondation des œuvres sociales de l'air*, application de la jurisprudence *Prest'action* (CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, préc.), fournit plus précisément le raisonnement à appliquer pour s'en assurer (Cour des comptes, 28 décembre 2012, *Fondation pour les œuvres sociales de l'air*, n° 65572 ; v. notamment : DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 82).



doter d'un moyen de substitution légal : un régisseur à la tête d'une régie de recettes ou un mandataire au sein de l'organisme intégré grâce à une convention de mandat financier (laquelle pouvant être établie par une clause dans le contrat plus large liant prestataire intégré et détenteur)¹⁶⁸. En réalité, ces moyens ne sont pas alternatifs, la régie de recettes n'étant adaptée qu'à un nombre restreint de situations¹⁶⁹ puisqu'elle reste un « *processus lourd conçu pour de petites sommes et dans lequel une entreprise privée hésitera à engager un de ses salariés* »¹⁷⁰. Une association gérant un musée municipal pourra par exemple fonctionner avec ce système. À l'inverse, cette solution n'est pas appropriée pour des aux recettes qui seraient prélevées par une société publique locale gérant les transports dans tout un département.

678. — Au contraire, la convention de mandat financier, passée en application de l'article 1984 du Code civil, est plus adaptée à une telle situation. Elle permet de modifier les règles de la comptabilité publique, plus précisément celles concernant l'intervention du comptable public. L'intervention de ce dernier n'est alors plus nécessaire, elle est remplacée par celle d'un mandataire de la personne publique concernée par l'activité exercée. La fonction de ce mandataire se rapproche donc « *de la situation du régisseur à ceci près – et c'est considérable – que le régisseur agit « pour le compte » du comptable alors que le mandataire agit ici « au nom et pour le compte » de la collectivité (qui sera donc responsable de ses agissements)* »¹⁷¹. Ce transfert de responsabilité n'a pas freiné le développement de ces conventions, qui sont fréquemment passées par les personnes publiques¹⁷². Ces contrats permettent aux prestataires de gérer directement leurs recettes, ce qui leur accorde une plus grande liberté de gestion. Cette liberté peut notamment

¹⁶⁸ Sur le détail de ces acteurs, v. notamment : DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 83.

¹⁶⁹ V. notamment : SAÏDJ Luc, « L'exécution du budget communal », in *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, folio n° 7113, mars 2004, pts 143-153 et pts 192-202.

¹⁷⁰ Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 (préc.), *loc. cit.*, p. 34.

¹⁷¹ DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *loc. cit.*, p. 790.

¹⁷² « *Les collectivités locales et leurs établissements publics concluent souvent des conventions comportant le maniement de fonds publics par leur cocontractant privé au lieu et place de leur comptable public* » (SARTORIO Françoise et GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics par les opérateurs privés. Le cas particulier de la surtaxe en affermage », *loc. cit.*, p. 1898).

favoriser l'autofinancement¹⁷³ et concourir à l'équilibre budgétaire de l'entité¹⁷⁴. Le fait que la quasi-régie implique automatiquement des conventions de mandat entre les prestataires interorganiques et leurs détenteurs lorsqu'ils sont des personnes publiques assurerait donc la sécurité juridique et une certaine sécurité financière. Au sujet de ces conventions, la jurisprudence du juge des comptes a longtemps été extensive, la présence d'un contrat entre une personne publique et une autre personne morale permettant d'octroyer un titre légal à manier des recettes publiques¹⁷⁵. Néanmoins, le Conseil d'État a inversé la tendance en 2007, fragilisant la légalité juridique de nombreux contrats, y compris passés par les prestataires intégrés. La loi du 20 décembre 2014 y a remédié. Le biais très général par lequel elle a procédé permet cependant de soulever à nouveau l'absence d'identité fiscale de la quasi-régie.

2) *L'absence de sécurisation des conventions de mandat par le contrat interorganique*

679. — La présence du contrat interorganique n'est pas en tant que telle un facteur de sécurisation des conventions de mandat financier, que ce soit sous l'angle de la jurisprudence du Conseil d'État ou sous celui des conséquences que le législateur en a tiré par la loi du 20 décembre 2014¹⁷⁶. Un exposé des liens entre ces dispositions jurisprudentielles et législatives d'une part et la quasi-régie d'autre part en atteste.

680. — Par son avis du 13 février 2007¹⁷⁷, la haute juridiction administrative a inversé la tendance extensive développée par le juge des comptes concernant les conventions de mandat financier. Elle a certes énoncé que certains contrats peuvent

¹⁷³ L'autofinancement peut être défini comme un « *mode de financement réalisé par un agent économique à l'aide de ses propres ressources au lieu de recourir à des ressources extérieures (emprunt, augmentation de capital). Les ressources utilisées pour l'autofinancement sont constituées par les amortissements, provisions, bénéfices non distribués (réserves)* » (SILEM Ahmed (dir.), *Lexique d'économie*, 13^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexique, 2014, p. 69). V. également : DAYAN Armand (dir.), *Manuel de gestion*, 2^{ème} éd., Ellipses (Montréal), Agence universitaire de la francophonie, Coll. universités francophones, vol. 2, pp. 165-167.

¹⁷⁴ Les deux « *composantes de l'autofinancement* [sont en effet] : « le « *maintien* » et « *l'enrichissement* » de l'activité » (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 272, pt 591). De plus, l'utilisation de ses propres fonds par un organisme pour son fonctionnement répond aux prescriptions de la règle d'or.

¹⁷⁵ C'est d'ailleurs cette jurisprudence qui avait été appliquée par la Cour administrative d'appel de Douai avant que le Conseil d'État ne statue sur l'affaire *Prest'action* (CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, préc.) (v. notamment : LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier », *loc. cit.*, p. 2043).

¹⁷⁶ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, préc.

¹⁷⁷ CE, Avis, 13 février 2007, n° 773788 ; publié en annexe à l'instruction des ministres de l'Intérieur et du Budget du 8 février 2008, INT/B/08/00027/C.



prévoir une convention de mandat financier mais elle a ajouté une précision capitale : ils ne le peuvent que si la loi l'a expressément prévu. Seul le législateur peut en effet déterminer les situations susceptibles de déroger au principe général des finances publiques qu'est la compétence du comptable public¹⁷⁸. Cette solution rendue par le Conseil d'État revenait « à limiter très étroitement le recours aux mandats en l'état actuel de la législation »¹⁷⁹. Expressément, l'avis de 2007 ne concernait que les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux car il était guidé par les conditions d'exercice de la libre administration des collectivités territoriales. Cette liberté est en effet encadrée par la loi, de telle sorte que quand le législateur ne prévoit pas la possibilité d'une convention de mandat financier, ni les collectivités locales, ni leurs établissements publics ne peuvent déroger à la règle de la compétence du comptable public¹⁸⁰. Néanmoins, puisque le Conseil d'État a reconnu là un principe des finances publiques, il s'applique également aux contrats passés par l'État¹⁸¹ – ce qui inclut ceux passés avec ses prestataires intégrés. Il en résulte que l'ensemble des mécanismes interorganiques dont le détenteur est une personne publique sont concernés par les développements du Conseil d'État sur les conventions de mandat financier.

681. — Or, l'appel que le Conseil d'État a lancé concernant la nécessaire sécurisation des conventions de mandat financier est longtemps resté sans réponse : le législateur a attendu 2014 pour adopter une disposition validant les contrats valant convention de mandat financier. Jusqu'alors, la légalité de nombreuses conventions de mandat fut considérée comme étant douteuse¹⁸². Le législateur est cependant intervenu

¹⁷⁸ « Une loi doit ainsi spécifiquement autoriser la conclusion d'une convention de « mandat financier » » (DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *loc. cit.*, p. 790). « C'est la raison pour laquelle le projet de loi présenté le 13 février 2008 sur les contrats de partenariat introduit une disposition dans l'ordonnance du 17 juin 2004 aux termes de laquelle : « Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière » » (DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *loc. cit.*, p. 790).

¹⁷⁹ ECKERT Gabriel, « Marchés publics et mandat de recouvrement des recettes publiques », *CMP*, 2008, n° 4, pp. 17-19, p. 18.

¹⁸⁰ DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *loc. cit.*, p. 789.

¹⁸¹ V. notamment : DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 83.

¹⁸² V. notamment : SARTORIO Françoise et GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics par les opérateurs privés. Le cas particulier de la surtaxe en affermage », *loc. cit.* Ainsi que le rappelle Maître Dal Farra, beaucoup de contrats passés entre eux n'étaient pas à l'abri de requalifications (DAL FARRA Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *loc. cit.*, p. 83, pt 2).

par à-coups pour certains contrats, tels que le contrat de partenariat¹⁸³, dont le contrat interorganique ne faisait pas partie. Lorsque le prestataire intégré était partie à l'un de ces contrats, il pouvait agir sans crainte, sous réserve de désigner un mandataire qui soit un fondé de pouvoir¹⁸⁴. S'il était le cocontractant d'une personne publique dans le cadre d'un autre type de contrat, il pouvait potentiellement percevoir des recettes publiques et se devait d'appliquer le raisonnement rappelé dans l'arrêt « FOSA »¹⁸⁵ pour vérifier s'il devait recourir à un comptable public ou à l'un de ses substituts. Cette solution n'était pas fiable sur le plan de la sécurité juridique. Selon Maître Dal Farra, les organismes interorganiques à détenteur unique étaient d'ailleurs particulièrement mis en danger par cet état du droit car l'exigence de contrôle analogue des détenteurs sur leurs prestataires intégrés ferait peser sur ces derniers le risque de la requalification en « *gestion de fait par transparence* »¹⁸⁶. Une habilitation légale – et il ne faut pas entendre par là un blanc seing – permettant la présence de clauses de mandat financier dans les conventions instituant un mécanisme quasi interne était donc souhaitable¹⁸⁷.

682. — Cette sécurisation est intervenue le 20 décembre 2014¹⁸⁸ par une loi validant les conventions de mandat antérieures à son adoption sur le fondement de la

¹⁸³ Le contrat de partenariat peut depuis sa création être une convention de mandat financier en vertu de l'Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, préc., inscrite à l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales, tout comme les contrats passés sous l'empire de la loi dite « MOP » (article 3 de la Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique, préc.).

¹⁸⁴ Tel que l'a énoncé le Conseil d'État (CE, avis, 13 février 2007, n° 773.788, préc.).

¹⁸⁵ Cour des comptes, 28 décembre 2012, *Fondation pour les œuvres sociales de l'air*, n° 65572, préc.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 85. Ces propos doivent néanmoins être nuancés car ils reposent sur une assimilation entre transparence et quasi-régie, alors même que ces deux mécanismes sont distincts (v. *supra*, notre introduction générale, Section 2, §2, B).

¹⁸⁷ Conformément à ce qui avait notamment été appelé par Maître Givord et de Maître Sartorio, pour qui il convenait de « *militer en faveur de l'adoption de dispositions législatives permettant de donner un fondement légal aux perceptions de recettes publiques effectuées par les opérateurs privés dans le cadre de l'ensemble des contrats de la commande publique* » (GIVORD Laurent et SARTORIO Françoise, « Les risques attachés au maniement de fonds publics par les opérateurs privés. Le cas particulier de la surtaxe en affermage », *loc. cit.*, p. 1902).

¹⁸⁸ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, préc. Sur cette évolution, v. notamment : CLAMOUR Guylain, « La renaissance des conventions de mandat », *CMP*, 2015, n° 7, pp. 15-17, comm. n° 166 ; GRANJON Romain et BOIZARD Edwige, « La loi du 20 décembre 2014 sur le maniement des fonds publics par le cocontractant de l'administration : une vraie simplification », *ACCP*, 2015, n° 156, pp. 30-33 ; TAILLEFAIT Alexandre, « Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques », *AJDA*, 2015, n° 15, pp. 869-874 ; VILA Jean-Baptiste, « Rebondissement sur la nature des redevances perçues en délégations de service public et réforme de rattrapage » *JCP A*, 2015, n° 24, pp. 17-19, comm. n° 2176. V. aussi son décret d'application portant particulièrement sur le point des conventions de mandat financier : Décret n° 2015-909 du 23 juillet 2015 pris pour l'application de l'article L. 1611-7 du code général des collectivités territoriales, NOR : RDFB1510190D, *JORF* n° 170 du 25 juillet 2015, p. 12700, texte n° 48 ; *JCP A*, 2015, n° 35, act. n° 680, par Hélène PAULIAT.



sécurité juridique¹⁸⁹. Les prestataires intégrés en bénéficient par conséquent, leur éventuelle sanction par un juge administratif sur le fondement du droit antérieur étant automatiquement neutralisée par le jeu de cette loi¹⁹⁰. Cette dernière vient également valider les conventions de mandat financier lui étant postérieures, effaçant de ce fait la possibilité de singularisation financière du contrat interorganique par le biais d'une loi qui lui aurait été spécifiquement consacrée. Elle n'a toutefois pas constitué une sécurisation financière de l'ensemble des conventions de mandat passées conjointement à un contrat interorganique et, de ce point de vue, les prestataires intégrés et leurs détenteurs doivent rester prudents. Le législateur a bien dressé une liste importante de recettes publiques pouvant être concernées par les conventions de mandat sécurisées¹⁹¹. En ce sens, la loi du 20 décembre 2014 constitue une « vraie simplification »¹⁹². L'intervention des conventions de mandat n'a cependant pas été validée pour l'ensemble des recettes publiques. Il ne peut donc qu'être conseillé aux détenteurs interorganiques qui sont des personnes publiques de procéder avec une grande précaution lors de l'étape liminaire de l'attribution du contrat à leurs structures quasi internes. Il leur faut d'abord s'assurer de la nature des recettes, pour vérifier si celles qui seront concernées pour l'exécution du contrat pourront être qualifiées de publiques. Si tel est le cas, il leur faudra ensuite octroyer au prestataire intégré en cause un titre légal pour manier ces recettes. Dans de nombreux cas, la convention de mandat financier sera l'option choisie. Il sera alors nécessaire, enfin, de vérifier si celle qui est passée entre dans les catégories prévues par la loi du 20 décembre 2014.

683. — Le législateur semble avoir en grande partie franchi le pas de la sécurisation des conventions de mandat financier en 2014. Cependant, la loi adoptée est trop générale – ce qui correspond exactement à ses objectifs – pour permettre une singularisation des prestations interorganiques. Elle est en outre trop précise concernant

¹⁸⁹ Un motif au sujet duquel le professeur Taillefait émet des réserves car il n'est pas certain qu'il corresponde réellement aux conditions fixées par le Conseil constitutionnel en matière de loi de validation (TAILLEFAIT Alexandre, « Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques », *loc. cit.*, p. 874). De même, Monsieur Vila dénonce l'assise juridique bancaire du motif invoqué, celui visant à « asseoir la sécurité juridique » de ces conventions (VILA Jean-Baptiste, « Rebondissement sur la nature des redevances perçues en délégations de service public et réforme de rattrapage », *loc. cit.*, p. 19).

¹⁹⁰ Comme ce fut, par exemple, le cas pour la Commune de Villard-de-Lans et la Société Veolia en 2014 (TA Grenoble, 1^{ère} Chambre, 10 juillet 2014, *Syndicat des copropriétaires Les Glovettes contre Cne de Villard-de-Lans et Sté Veolia*, n° 1003080-1 et 114936-1 ; *JCP A*, 2015, n° 24, pp. 17-19, comm. n° 2176, note Jean-Baptiste VILA).

¹⁹¹ Pour un exposé, v. notamment : TAILLEFAIT Alexandre, « Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques », *loc. cit.*, pp. 872-873.

l'énoncé des recettes publiques – ce qui laisse persister des incertitudes à la marge – pour affirmer sans ambages que les prestataires intégrés qui seraient titulaires d'une convention de mandat financier sont totalement à l'abri de la gestion de fait. Ce constat permet de relever à nouveau l'absence de concrétisation de la quasi-régie en matière financière et les éventuels inconvénients qui peuvent en résulter pour les acteurs interorganiques.

684. — Il est vrai que le fait que la quasi-régie soit trop souple pour impliquer d'office la mise en œuvre de la comptabilité publique ne peut être regretté, puisque celle-ci entraîne des lourdeurs bien connues¹⁹³. Cependant, les incertitudes qui pourront se présenter du fait de l'absence de validation pleine et entière des conventions de mandat financier rejoignent celles qui ont été exposées *supra* concernant l'inexistence d'une identité financière interne des prestataires intégrés et confirme que cette carence peut être préjudiciable aux acteurs interorganiques.

685. — Cette absence peut être d'autant plus déplorée qu'elle se manifeste également au sein de la discipline fiscale, laquelle ne semble pas se saisir de la quasi-régie alors que tous les acteurs des mécanismes interorganiques entrent bel et bien dans son champ d'application. Il en résulte que, tout en révélant à nouveau la malléabilité de la quasi-régie, la discipline fiscale démontre que cette dernière ne permet pas à ses acteurs de bénéficier d'avantages fiscaux du fait de sa présence.

¹⁹² GRANJON Romain et BOIZARD Edwige, « La loi du 20 décembre 2014 sur le maniement des fonds publics par le cocontractant de l'administration : une vraie simplification », *loc. cit.*, p. 33.

¹⁹³ V. notamment : BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *op. cit.*, pp. 25-60.

SECTION 2. L'INEXISTENCE D'UNE FISCALITÉ PROPRE A LA QUASI-REGIE

686. — Les prestataires intégrés, en tant qu'ils seront très fréquemment détenus par des personnes publiques, seront des percepteurs éventuels de recettes fiscales. Cependant, ils ne le seront pas automatiquement et pas dans les mêmes conditions, alors que tous seront forcément redevables de prélèvements obligatoires. Se pose par conséquent la question de savoir si la fiscalité frappe ces prestataires et, plus largement les mécanismes interorganiques, de façon uniforme. Tous les prestataires sont en effet susceptibles d'être imposés, mais seront-ils tous soumis au même régime fiscal ? De même, les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils espérer utiliser le mécanisme interorganique pour alléger leurs charges fiscales ? En somme, la quasi-régie est-elle réellement saisie par le droit fiscal et fait-elle, en conséquence, l'objet d'un traitement fiscal spécifique ? Une recherche sur le *Bulletin officiel des finances publiques* fournit une première réponse : la quasi-régie et ses synonymes ne permettent d'obtenir aucun résultat, de telle sorte qu'elle semblerait même ne pas exister.

687. — En réalité, de nombreux éléments propres à matière fiscale s'opposent à sa prise en considération par cette discipline (§1), de telle sorte que l'existence de mécanismes quasi internes ne semble créer aucun avantage fiscal pour tous les acteurs de ces structures juridiques (§2).

§1. L'inconcevable matérialisation de la quasi-régie dans la fiscalité française

688. — Droit fiscal et droit de la commande publique appartiennent à un ensemble que l'on désigne comme le droit public, bien que les nombreuses inspirations privées du droit fiscal soient désormais notoires. Pour autant, chacune de ces deux matières s'est développée de façon autonome. Cette autonomie se fonde sur des considérations similaires : ces deux disciplines doivent s'appliquer à une grande diversité de personnes juridiques et, *a fortiori*, aux moyens juridiques qu'elles mettent en œuvre. Cette raison commune doit se conjuguer avec les objectifs propres de chacune de ces disciplines : saisir la matière concurrentielle pour la première, saisir la matière imposable pour la seconde. Il s'agit ainsi de deux autonomies superposées : chaque matière a développé ses propres concepts, qui ne se recoupent pas.

689. — Il en résulte qu'il est impossible de transposer en droit fiscal les justifications qui justifient l'existence de la quasi-régie en droit de la commande publique **(A)**. Plus encore, les principes directeurs du droit fiscal semblent s'opposer frontalement à une matérialisation de la quasi-régie **(B)**.

A. L'impossible transposition en droit fiscal des justifications fondant l'existence de la quasi-régie en droit de la commande publique

690. — Le droit est avant tout un observatoire et un réceptacle des faits sociaux. Cette caractéristique est naturellement présente en droit fiscal et en droit de la commande publique. Chacun devra inclure les phénomènes sociaux et économiques dans son champ d'application, afin de les saisir au mieux. Or, ces deux matières traduisent ces faits par le maniement d'objectifs, concepts et définitions qui leur sont propres. En conséquence, si toutes deux ne peuvent échapper à des phénomènes qui les dépassent, elles peuvent les appréhender différemment. C'est exactement ce qui s'est produit avec la banalisation des personnes publiques.

691. — L'évolution de ces deux disciplines atteste bien de l'existence de ce phénomène **(1)**. Pourtant, celui-ci ne s'est pas traduit par des conséquences parfaitement similaires au sein de ces deux matières. La quasi-régie en témoigne. Si elle doit tendre à remédier aux dérives de cette banalisation en droit de la commande publique, elle n'est pas utilisée comme une telle justification en droit fiscal **(2)**.



1) *La banalisation du droit public : phénomène commun au droit fiscal et à celui de la commande publique*

692. — Le phénomène de la banalisation des personnes publiques repose sur un constat : la mise en œuvre, par ces personnes, de prestations identiques à celles mises en œuvre par de simples particuliers ou opérateurs classiques¹⁹⁴. Il résulte de cette immixtion des personnes publiques dans des tâches qui ne leur sont pas naturellement réservées une crainte pour le bon fonctionnement du marché. Dans l'optique d'empêcher que la présence de personnes publiques, qui peuvent mettre en œuvre des prérogatives exorbitantes dont ne disposent pas les autres opérateurs, ne vienne perturber le bon fonctionnement de ce dernier, il fallait juridiquement mettre en place des mesures tendant à rétablir l'équilibre entre les prestataires. En droit fiscal, ce rééquilibrage s'est traduit par une désacralisation de la personne publique. Les travaux des auteurs français au cours du XX^e siècle démontrent largement cette évolution doctrinale. En 1937, Jean Blanchet centrait ses travaux autour de l'opportunité qu'il y aurait à assujettir des personnes publiques de façon ordinaire à l'imposition¹⁹⁵. Ainsi listait-il l'ensemble des justifications tendant à faire de la personne publique un contribuable de droit commun ou, au contraire, un contribuable seulement par exception. Il exposait alors les arguments selon lesquels la personne publique, prolongement de l'État, ne pouvait s'imposer elle-même, tout en prenant le parti pour la thèse inverse, dictée par des impératifs d'égalité¹⁹⁶.

693. — La soumission ordinaire des personnes publiques à l'imposition s'est ensuite imposée, comme l'observe le professeur Moulié en introduction de ses travaux de doctorat :

« N'y a-t-il pas une certaine incohérence dans cette auto-imposition des personnes publiques ? La tradition juridique de droit public nous a imprégnés de l'idée que l'État et les collectivités publiques, voués à la défense de l'intérêt général, étaient au-dessus de la société civile et ne pouvaient pas être soumis aux mêmes règles que celle-ci ; il paraît

¹⁹⁴ Sur ce phénomène, ses conséquences et son étendue, v. notamment : AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 3-16. V. aussi : CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 51, 2006, pp. 449-555 ; MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, op. cit., pp. 223-229, pts 252-255.

¹⁹⁵ BLANCHET Jean, *Les services publics en régie devant l'impôt*, Université de Lille, Imprimerie Doueriez-Bataille, 1937.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 241-249.

impensable dans ces conditions, que les personnes publiques puissent faire l'objet d'une quelconque imposition. Cette conception a eu la vie dure ; il a fallu toute l'insistance (et gênante) pression des faits pour que les publicistes (en particulier les administrativistes) admettent que dans certains cas les mêmes règles puissent s'appliquer aux personnes publiques comme aux personnes privées »¹⁹⁷.

694. — C'est donc à l'explication et à la systématisation de ce phénomène que s'est prêté le professeur Moulié, en développant notamment le principe juridique de similitude¹⁹⁸. « *En application de celui-ci, l'assujettissement des personnes publiques s'impose dès lors que celles-ci se livrent à des activités comparables à celles des personnes privées* »¹⁹⁹. Dans ce contexte, exonérer les personnes publiques engendrerait une perte de recettes fiscales que l'État viendrait compenser en faisant peser plus de prélèvements obligatoires sur les personnes privées. Le « *point de vue financier rejoint ici l'argument économique ; dans une économie de marché, dominée par la libre concurrence, l'exemption des personnes publiques n'est pas viable* »²⁰⁰.

695. — L'heure des justifications est désormais passée. Il est aujourd'hui acquis que toutes les personnes publiques sont des « *sujets fiscaux de droit commun* »²⁰¹. Ainsi Monsieur Bahougne constate-t-il que c'est moins le régime général d'une imposition, que la particularité d'une personne publique ou du service public qu'elle exerce, qui justifie l'application d'un régime fiscal dérogatoire²⁰². Il résulte de cette banalisation fiscale de la personne publique que cette qualité ou la détention d'un organisme par une personne publique n'exclut en aucun cas un assujettissement à l'impôt.

696. — En droit de la commande publique, cette position s'est traduite par la création de procédures spécifiques entourant l'action des personnes publiques, tant du fait du droit édicté par les autorités internes – avec la soumission progressive de ces

¹⁹⁷ LALUMIÈRE Pierre, in : MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de science financière, T. 9, 1972, préface, p. I.

¹⁹⁸ Sur son contenu au vu de l'état du droit fiscal en 1974, v. MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 63-190.

¹⁹⁹ MARSON Grégory, « La neutralisation des distorsions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel », *RFD-A*, 2008, n° 4, pp. 785-794, p. 788.

²⁰⁰ MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 19.

²⁰¹ ALBERT Jean-Luc, *Fiscalité et personnes publiques*, LGDJ-Lextenso, Coll. Systèmes, 2012.

²⁰² « *La fiscalité dérogatoire ne s'épuise d'ailleurs pas toujours dans la volonté avérée de financement du service public, étant donné que le traitement fiscal réservé aux services publics ne fait souvent pas l'objet d'une grande spécificité en raison du principe de similitude. Dans d'autres cas, le régime fiscal dérogatoire résulte moins d'une problématique de financement du service public. Il découle bien plus de l'économie générale de l'imposition qui peut justifier l'exclusion de certaines activités du champ d'impôts liés à une activité lucrative, ou de la nature particulière des biens qui y sont affectés pour des impositions ayant une assiette immobilière* » (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 109, pt 250).



autorités à la concurrence, jusqu'à sa consécration expresse par l'arrêt *Million et marais*²⁰³ – que sous l'action des institutions de l'Union européenne. Sur ce point, le droit fiscal rejoint le droit de la commande publique. La quasi-régie, au contraire, les sépare.

2) *La quasi-régie : point de rupture dans la réception de la banalisation des personnes publiques par le droit fiscal et par le droit de la commande publique*

697. — Sous l'effet de la banalisation des personnes publiques, le droit fiscal et le droit de la commande publique se sont progressivement saisis de l'action de ces personnes. Il en résulte que les problématiques concernant les personnes publiques et tous les pouvoirs adjudicateurs maniant des fonds publics se sont inversées dans ces deux domaines : alors qu'originellement se posait la question de leur assujettissement, c'est désormais la recherche de dérogations qui est au cœur des débats. Sur ce point, les deux matières se rejoignent. Ainsi le juriste contemporain ne peut-il être que frappé par la similitude des réflexions menées par le professeur Moulié avec celles qui pourraient être menées aujourd'hui au sujet du droit de la commande publique. La « transposabilité » des développements est quasiment parfaite. C'est notamment le cas concernant le critère fondamental de l'imposition : l'activité. À son sujet, certains développements du professeur Moulié auraient pu être rédigés tels quels dans des travaux portant sur le droit de la concurrence, notamment lorsqu'il affirme que la « *personne publique est envisagée moins sous son aspect organique que sous son aspect fonctionnel* »²⁰⁴. La conséquence de ce phénomène est que les personnes publiques recherchent des moyens d'exonération, puisqu'elles évoluent dans un environnement qui les soumet par principe à la concurrence et à l'imposition. La direction des travaux doctrinaux va de pair avec cette recherche pratique, chaque auteur tentant de délimiter les situations dans lesquelles les personnes publiques sont libres d'agir hors du carcan procédural concurrentiel. Il existe en droit fiscal une dynamique similaire : il s'agit toujours de trouver des échappatoires. Cette course aux exonérations rejoint une quête

²⁰³ CE, Section, 3 novembre 1997, *Million et Marais contre Cne de Fleury-les-Aubrais et Sté des Pompes Funèbres Générales*, n° 169907 ; *Rec.*, 1997, p. 406, concl. Jacques-Henri STAHL ; *AJDA*, 1997, n° 12, p. 945, note Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD ; *AJDA*, 1998, n° 3, p. 247, note Olivier GUÉZOU ; *AJDA*, 2014, n° 2, p. 110, note Bruno LASSERRE ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1998, n°2, p. 73, avec les concl. ; *RFDA*, 1997, n° 6, p. 1228, avec les concl. ; *RDP*, 1998, n°1, p. 256, note Yves GAUDEMET.

²⁰⁴ MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 27.

contemporaine désormais avouée : celle de la rentabilité²⁰⁵. Diminuer les procédures de mise en concurrence à mettre en œuvre améliore cette rentabilité, en ce qu'elle diminue les coûts entourant la passation de contrats. La quasi-régie représente en ce sens un assouplissement du droit applicable aux pouvoirs adjudicateurs.

698. — Dans cette lignée, elle pourrait également être perçue comme une échappatoire en droit fiscal. Elle pourrait par exemple permettre des exonérations en matière d'impôt sur les sociétés. Les prestataires intégrés qui revêtent une forme sociale peuvent notamment être assujettis aux droits dus en cas de réduction du capital social²⁰⁶. Dès lors que le mécanisme interorganique les décrit comme n'étant pas réellement des tiers à leurs détenteurs, la question d'une exonération fiscale fondée sur sa présence pourrait être soulevée. Les structures quasi internes sont en effet susceptibles d'être l'objet d'un assujettissement à double titre : au titre de leur existence en tant que telle et du fait du soutien que leur accordent leurs détenteurs, lesquels sont fréquemment des personnes publiques²⁰⁷. La quasi-régie se présente donc ici comme un poids supplémentaire. Ce constat est similaire à celui formulé *supra*²⁰⁸ concernant le cadre concurrentiel. Néanmoins, ces raisons d'assujettissement ne sont pas ici reconnues comme des charges exorbitantes pesant sur les prestataires intégrés : les prestataires intégrés sont susceptibles d'être imposés du fait de leurs interactions avec leurs détenteurs, comme ce serait le cas pour tout opérateur classique.

699. — Il est donc impossible d'utiliser les mêmes raisons théoriques qu'en droit de la commande publique pour faire de la quasi-régie une dérogation en matière de droit fiscal. Seule une double imposition pourrait justifier une telle échappatoire, double imposition qui n'a que peu de chances de se concrétiser puisque les services fiscaux traiteront indépendamment chacun des acteurs interorganiques, conformément aux principes directeurs de cette discipline.

²⁰⁵ Déjà en 2001, le professeur Bernard introduisait ses travaux de doctorat par une mention à la méfiance du droit administratif à l'égard de la rentabilité (BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *op. cit.*, p. 1). Cette défiance, bien que toujours présente, se conjugue aujourd'hui à une recherche, par toutes les autorités publiques, d'une meilleure rentabilité. Il est désormais courant de lire des travaux portant sur la valorisation des moyens des administrations et la période à laquelle écrivait le professeur Bernard n'y est pas étrangère. En tant qu'exemple, peut être mentionnée l'adoption le 1^{er} août 2001 de la Loi organique relative aux lois de finances (n° 2001-692, NOR : ECOX0104681L, *JORF* n° 177 du 2 août 2001), ce texte qui repose sur une meilleure performance des moyens publics. Or, justement, performance et rentabilité ne vont pas toujours de pair, bien au contraire, c'est d'ailleurs ce qui explique cette méfiance à l'encontre de la rentabilité.

²⁰⁶ Sur l'application des droits dus au titre des augmentations de capital, v. notamment : instruction du 5 août 2015, BOI-ENR-AVS-20-20-20150805.

²⁰⁷ ALBERT Jean-Luc, *La fiscalité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁸ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, chapitre 1.



B. L'incompatibilité de la quasi-régie avec les principes directeurs de la fiscalité

700. — Plusieurs principes fondamentaux enserrent la discipline fiscale et contraignent l'administration fiscale dans son action. Deux d'entre eux font obstacle à la matérialisation fiscale de la quasi-régie : le réalisme (1) et la neutralité fiscale (2).

1) *Le réalisme fiscal : obstacle à la prise en compte de la quasi-régie par le droit fiscal*

701. — Le réalisme fiscal caractérise directement les impôts, plus précisément leur assiette. Il implique en effet « *qu'en règle générale, l'assujettissement à l'impôt résulte plus de la nature de l'activité exercée, ou des biens possédés, que de la qualité juridique de celui qui exerce cette activité ou possède ces biens* »²⁰⁹. Cela découle des objectifs fondamentaux de la fiscalité, qui la poussent à se saisir des richesses là où elles se trouvent et à faire fi des qualifications juridiques²¹⁰. Partant de ce postulat que le droit fiscal est un révélateur des mouvements économiques, il faut d'ores et déjà préciser que sa confrontation à la quasi-régie peut en effet aboutir à une véritable consécration de l'existence économique de la quasi-régie, ou à son exact contraire.

702. — Confronté à la quasi-régie, ce principe peut en effet, théoriquement, être interprété de deux façons opposées. Il peut en premier lieu entraîner une prise en compte de la réalité formelle par les institutions fiscales – en se fondant sur l'existence juridique de deux organismes formellement distingués par leurs personnes morales et en neutralisant l'importance de la quasi-régie en droit fiscal. Il peut en second lieu impliquer que l'administration fiscale se fie à la réalité matérielle et prenne ainsi en compte le fait que les deux organismes répondent à la volonté d'une seule personne morale. Seule la seconde hypothèse donnerait l'impulsion à une spécialité fiscale de la quasi-régie et ce n'est pas celle qui prédomine. Il n'existe en effet aucune instruction fiscale au *Bulletin officiel des impôts* portant sur la quasi-régie. Le droit fiscal semble par conséquent saisir indépendamment les deux parties du mécanisme interorganique, sur le fondement d'une

²⁰⁹ MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, LGDJ, 1972, p. 19.

²¹⁰ Ainsi le professeur Blanluet expliquait-il que « *l'objectif propre à la fiscalité, qui est de frapper la richesse en circulation ou capitalisée, où que celle-ci se trouve et qu'elle qu'en soit la forme. Une situation de droit n'est jamais regardée par la fiscalité dans sa finalité ou dans ses caractéristiques juridiques intrinsèques mais dans sa mise en œuvre ou, tout au moins, dans son aptitude à constituer ou produire de la richesse, c'est-à-dire de la matière imposable* » (BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 131, 1999, p. 13).

seule raison : la notion de quasi-régie est une méta-catégorie, c'est-à-dire qu'elle ne fait qu'englober d'autres catégories. C'est cette caractéristique qui la rend trop flexible pour représenter un cadre précis et la fait entrer en conflit avec le principe de réalisme. Par conséquent, ses conditions d'application ne sont pas ce qui permet au droit fiscal de se prononcer sur la présence de matière imposable. Elles ne permettent pas de détecter la matière imposable, ce qui empêche la dérogation interorganique de constituer un moyen pertinent de distinguer les situations créatrices de matière imposable de celles qui ne le sont pas. À l'inverse, il faut se garder de croire que l'existence d'une personnalité morale le permet. Le droit fiscal a, comme le droit de la commande publique, connu le phénomène de la diminution de l'importance de la personnalité morale²¹¹. C'est le principe de réalisme qui y a poussé.

703. — Il peut être remarqué ici que, contrairement à ce qui se produit en droit de la commande publique, la personnalité juridique n'est plus décrite comme une condition superficielle. Au contraire, elle est rejetée par le droit fiscal en tant qu'elle constitue une condition trop précise. Les autorités fiscales se contentent de relever l'existence d'une autonomie financière²¹², un critère plus concret qui « *suppose le respect d'une double condition. La première [...] implique une individualisation budgétaire et comptable de l'organisme par le truchement de documents distincts du budget général de la collectivité publique à laquelle il est rattaché* »²¹³. La seconde consiste à observer si l'autorité dispose de ressources suffisantes pour financer son activité²¹⁴. Toute entité exerçant une activité a donc de fortes chances d'être considérée comme étant financièrement autonome. Grâce à ce critère de référence qu'est l'autonomie financière, les autorités fiscales n'ont pas besoin que l'étiquette de la personnalité morale soit apposée sur un organisme pour pouvoir le saisir. Cette personnalité morale n'est donc plus un postulat, c'est la logique inverse qui s'applique : le droit fiscal n'y est plus indifférent parce que sa présence n'est pas révélatrice, il y est indifférent parce qu'il n'a pas besoin du seuil d'autonomie qu'elle confère pour soumettre la personne en cause à des prélèvements. Cette conception a un impact sur la modélisation de la quasi-régie en droit fiscal, ou plutôt son absence de modélisation. Ce droit n'a pas à saisir la quasi-régie : il y a deux organismes qui exercent des activités de

²¹¹ V. notamment : MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 18.

²¹² « *Ce n'est pas la personnalité morale qui constitue la condition nécessaire de l'imposition. C'est l'autonomie financière, et les personnes publiques dotées de la personnalité morale ne sont assujetties à l'impôt que dans la mesure où elles sont pourvues de l'autonomie financière. En ce sens, la notion même de personnalité juridique est sans intérêt pour le droit fiscal. Ce dernier faisant fi des catégories du droit public et saisissant la matière imposable là où elle se trouve contente même de l'autonomie comptable pour asseoir l'imposition* » (MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 18).

²¹³ BAHOUAGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 169, pt 381.

²¹⁴ *Ibid.*



façon autonome, tel est le seul élément qui guide son application. Tous les prestataires intégrés, qu'ils revêtent une forme associative, celle d'un établissement public, d'un groupement d'intérêt public ou une forme sociétale, auront un budget propre. Ils devront en outre disposer de ressources suffisantes pour financer leur activité, dès lors que la forme interorganique ne justifie pas une perfusion financière constante de la part de leurs détenteurs. Cette autonomie financière est donc susceptible d'exister pour tous les prestataires interorganiques, hormis dans une seule situation : celle des associations transparentes et, plus largement, des organismes transparents. Cette particularité des groupements transparents découle logiquement du fait que, bien qu'entrant dans le champ d'application de la dérogation interorganique, ces entités doivent en être distinguées²¹⁵.

704. — En dehors de cette hypothèse spécifique, ni l'appartenance à une personne publique, ni la qualification de personne publique ne peuvent faire obstacle à cette dissociation²¹⁶. Pour exemple, en matière de droits d'enregistrement, l'obtention d'un nouvel immeuble par le prestataire intégré est le seul élément qui semble pouvoir être pris en compte en tant que fait générateur²¹⁷. Seules les personnes publiques expressément mentionnées par le Code général des impôts peuvent en être exonérées²¹⁸. Peu importe que des personnes publiques aient pris des participations en son sein. Le droit fiscal se fonde sur les actions effectuées, pas sur la forme revêtue ou les personnes morales qui détiennent l'entité. Il ne modifie cette position que si le législateur ou le pouvoir réglementaire l'y contraignent (selon qu'est en cause une imposition ou une redevance, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne mentionnant pas les redevances au titre des domaines relevant du pouvoir législatif). Ceux-ci peuvent intervenir pour singulariser le traitement fiscal de personnes juridiques particulières ou d'activités particulières. Ainsi le pouvoir réglementaire a-t-il procédé à de telles individualisations par le biais de la taxe locale d'équipement, en créant des exonérations

²¹⁵ V. *supra* nos développements sur les associations transparentes (Chapitre 1 du présent titre, Section 2, §2, B ; v. aussi : notre introduction générale, Section 2, §2, B).

²¹⁶ « *La nature de l'activité constituant le critère essentiel de l'imposition, la différenciation juridique classique opérée entre les personnes publiques et les personnes privées disparaît et fait place à un principe fiscal d'assimilation des collectivités publiques et des entreprises privées exerçant des activités similaires* » (MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 20).

²¹⁷ Ce sera notamment le cas pour la mise en œuvre de l'article 683 du Code général des impôts (v. notamment : l'instruction BOI-ENR-DMTOI-10-10-10-20150401, du 4 avril 2015).

²¹⁸ C'est notamment le cas de l'État et les établissements publics scientifiques, d'enseignement, d'assistance et de bienfaisance de l'État, qui bénéficient d'une exonération de taxe de publicité foncière (v. notamment : l'instruction BOI-ENR-DMTOI-10-80-10-20140409 du 9 avril 2014).

pour certaines constructions²¹⁹. La plupart d'entre elles ont été reprises pour la mise en œuvre de la taxe d'aménagement, qui a remplacé la taxe locale d'équipement en 2012²²⁰. Dans une démarche similaire, les pouvoirs législatif ou réglementaire pourraient décider que les conditions interorganiques constituent des critères réalistes sur lesquels pourraient reposer des exonérations. Au vu du nombre d'organismes et de recettes fiscales concernées, il semble néanmoins peu probable qu'une telle initiative soit menée, à moins qu'elle ne le soit par à-coups et dans certains domaines précis. De plus, ce ne serait pas justifié car trop de modes de gestion seraient recouverts par ce critère : mieux vaut fonder des exonérations sur des éléments plus précis, tels que le mode contractuel²²¹.

705. — Ces considérations ne sont pas étrangères au fait que le principe de neutralité fiscale s'oppose aussi à la prise en compte de la quasi-régie en droit fiscal.

2) La neutralité fiscale : obstacle à la prise en compte de la quasi-régie par le droit fiscal

706. — Les tenants et aboutissants de la neutralité fiscale doivent être rappelés afin d'identifier quelles caractéristiques font obstacle à ce que la discipline fiscale se saisisse de la quasi-régie. C'est d'autant plus le cas que ce principe peut revêtir différentes définitions selon son champ d'application.

707. — En droit fiscal français, cette neutralité est l'héritière de la neutralité budgétaire développée par les doctrines communément regroupées sous l'expression

²¹⁹ Par l'article 1^{er} du Décret n° 2009-569 du 20 mai 2009 relatif à l'exclusion du champ d'application de la taxe locale d'équipement des constructions réalisées au titre d'un contrat de partenariat ou d'autres contrats emportant transfert de maîtrise d'ouvrage publique, modifiant l'article 317 bis du Code général des impôts sur la taxe locale d'équipement (NOR : DEVU0830475D, *JORF* n°119 du 24 mai 2009 p. 8641). En vertu de ce texte, étaient ainsi exonérées de taxe locale d'équipement les constructions effectuées dans le cadre d'un contrat de partenariat passés avec l'État, les collectivités locales ou groupements ou d'autres constructions emportant le transfert de la maîtrise d'ouvrage et en vue d'être affectés à un service public ou à l'utilité publique.

²²⁰ La taxe locale d'équipement a en effet été remplacée à partir du 1^{er} mars 2012, par la taxe d'aménagement, conformément à l'article 28 de la Loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 (NOR : BCRX1028078L, *JORF* n°302 du 30 décembre 2010 p. 23127). L'article 367 bis a par conséquent été abrogé par l'article 2 du Décret n° 2012-87 du 25 janvier 2012 relatif aux exonérations de la taxe d'aménagement prévues par l'article L. 331-7 du Code de l'urbanisme (NOR : DEVL1122562D, *JORF* n° 23 du 27 janvier 2012, p. 1514).

²²¹ Comme l'a fait le pouvoir réglementaire avec l'article 1^{er} du Décret n° 2009-569 du 20 mai 2009 modifiant l'article 317 bis du Code général des impôts au sujet de la taxe locale d'équipement (préc.).



« finances publiques classiques »²²². Dans la perspective d'un État-gendarme qui ne remplirait que ses missions régaliennes, la neutralité budgétaire est celle qui prohibe l'utilisation du budget étatique pour intervenir sur l'économie ; la neutralité fiscale est en conséquence définie comme la prohibition de mesures fiscales tendant à inciter les contribuables dans des optiques économiques ou de tout domaine de la vie sociale. Elle revêt ainsi un aspect politique, plus précisément libéral, de telle sorte que l'impôt neutre est celui qui « *a pour vertu de ne pas peser sur le choix des opérateurs, lesquels se détermineront en fonction d'une rationalité économique et non pas sous l'influence de tel ou tel avantage fiscal* »²²³.

708. — Cependant, le principe de neutralité fiscale tel qu'il est mentionné actuellement est une mutation de ces prescriptions. Il ne prohibe pas toute mesure fiscale incitative ou, plus largement, interventionniste, car une telle prohibition serait en inadéquation avec la tendance interventionniste des États contemporains. La neutralité fiscale est par conséquent loin d'être un principe absolu²²⁴ : de nombreux auteurs soulignent sa non-application à des domaines entiers²²⁵ et il existe chaque année dans les lois de finances des atteintes à ce principe²²⁶. Ces mesures se situent dans la lignée de l'évolution des finances publiques vers une conception plus moderne qui place la neutralité budgétaire au plan secondaire. Dans ce contexte, la neutralité fiscale tend à effacer les distorsions trop importantes entre les contribuables, qui pourraient résulter de mesures fiscales incitatives disproportionnées²²⁷. La définition française de la neutralité fiscale est par conséquent en étroite corrélation avec le réalisme fiscal car sa mise en œuvre impose d'étudier l'influence réelle de la fiscalité sur les choix effectués

²²² Sur ce mouvement, v. notamment : CONAN Mathieu et MUZELLEC Raymond, *Finances publiques*, 16^{ème} éd., Dalloz, Sirey, Coll. Manuel intégral concours, 2013, pp. 61-67. Sur les nuances à opérer au sujet de l'uniformité des finances publiques classiques, v. notamment : BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine et LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, *op. cit.*, pp. 57-58, pt 30.

²²³ GROSCLAUDE Jacques et MARCHESSOU Philippe, *Droit fiscal général*, 10^{ème} éd., Dalloz, Coll. Cours Dalloz. Droit public, 2015, pp. 7-8, pt 10.

²²⁴ « Toutefois, si la neutralité est une ambition elle ne peut être un absolu : justement parce que l'État est néo-libéral il ne peut pas orienter les comportements autrement qu'en édictant des incitations, c'est-à-dire des discriminations qui sont autant d'atteintes au dogme de la neutralité. Les gouvernants s'essaient au réalisme, par conséquent ils panacheront les trois ambitions qui viennent d'être décrites, dans une proportion qui variera en fonction de leurs convictions, de la nécessité d'adapter leur action à la conjoncture mais aussi des échéances électorales ! » (*ibid.*, p. 8, pt 10).

²²⁵ JAMBORT Sébastien, « L'absence de neutralité en droit fiscal des sociétés », *Revue des sociétés*, 2013, n° 3, pp. 135-149.

²²⁶ Les mesures tendant à favoriser l'accès au logement dans la Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015 (NOR: FCPX1422605L, *JORF* n°301 du 30 décembre 2014, p. 22828) en sont un exemple.

²²⁷ SERLOOTEN Patrick, « La neutralité fiscale, un principe obsolète ? », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 701-715, p. 705.

par les contribuables. Il faut rechercher quelles sont les conditions réelles de création du revenu, de réalisation des bénéfices et l'impact des modalités des prélèvements sur ceux-ci, afin de déterminer si certains contribuables auront un intérêt trop disproportionné à établir tel ou tel montage juridique afin de se placer dans le champ d'une imposition particulière.

709. — La neutralité fiscale en droit français se définit donc différemment de la neutralité fiscale telle qu'elle a été développée sous la plume des institutions de l'Union européenne, laquelle permet de lutter contre les doubles impositions du fait de la concurrence entre des législations fiscales d'origines étatiques différentes²²⁸. Elle ne recoupe pas non plus la neutralité concernant la liberté d'organisation interne des États, énoncée par l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cet article tend en effet à empêcher les mesures adoptées par l'Union européenne de priver les États de leur capacité à choisir les modes de gestion. En droit fiscal français, la neutralité tend à empêcher l'État d'inciter de façon trop disproportionnée les contribuables – qu'ils soient des personnes privées ou publiques – à se placer dans des situations juridiques qui les avantageraient trop, ou au contraire à fuir des situations qui les désavantageraient trop sur le plan fiscal. Alors que la neutralité communautaire cherche à préserver la souveraineté des États membres de contraintes en provenance de l'Union européenne, s'opposant ainsi aux intrusions de cette Union, la neutralité fiscale française rationalise les impacts des mesures incitatives étatiques sur les contribuables. Par conséquent, ce sont leurs finalités qui distinguent ces deux types de neutralité, ce qui n'est pas anodin dans leurs confrontations à la quasi-régie.

710. — Sous l'angle de la neutralité entendue au sens de l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il fut démontré que la quasi-régie constitue un frein à d'éventuelles privatisations forcées et représente ainsi l'un des seuls moyens effectifs de protection de la liberté d'organisation interne des pouvoirs adjudicateurs²²⁹. Au contraire, sous l'angle de la neutralité fiscale française, prendre en compte la quasi-régie représenterait une disproportion portant atteinte à la neutralité. Concrètement en effet, la quasi-régie pourrait faire partie de ces situations entraînant une exonération d'imposition ou du paiement d'une taxe. Il appartiendrait au pouvoir législatif ou

²²⁸ V. notamment : VAIL Morgan, *Marché intérieur et neutralité de l'impôt direct*, thèse, Université Paris II (Panthéon-Assas), thèse, dactyl., 2011, p. 18.

²²⁹ V. *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, A.1.



réglementaire – selon que serait en cause une imposition ou une redevance²³⁰ – de créer expressément une telle dérogation. Cependant, ce qu'il faut remarquer concernant les dérogations préexistantes créées par ces autorités, c'est qu'elles sont limitativement énumérées et généralement restrictives. Pour exemple, la neutralité fiscale ne s'oppose pas à une spécificité fiscale de certains types de sociétés d'économie mixte²³¹, ou encore à une telle spécificité concernant certaines constructions devant être assujetties à la taxe locale d'équipement²³². De même, certains auteurs peuvent valablement étudier les particularités fiscales des sociétés publiques locales²³³. À nouveau, c'est donc le fait que la quasi-régie soit une méta-catégorie qui l'oppose au principe de neutralité fiscale. Elle constituerait une incitation d'ampleur trop importante et surtout trop imprécise et indéterminée sur le choix des contribuables, lesquels sont principalement les pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'établir des mécanismes de quasi-régie.

711. — Alors que le droit fiscal et le droit de la commande publique se rejoignent sur le plan des dynamiques, ils se séparent indubitablement sur le plan de la quasi-régie. Les critères de la dérogation interorganique ont été créés pour saisir des situations pouvant être exclues des règles de mise en concurrence des contrats publics, non pas pour saisir des situations non créatrices de matière imposable. Ainsi, le fait que l'activité poursuive un but lucratif – ce qui entraîne notamment l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 206-1 du Code général des impôts et devrait également entraîner un assujettissement des prestataires intégrés sociétaux²³⁴ – n'est pas recherché au cours de l'examen tendant à identifier un mécanisme quasi interne. Ce n'est par conséquent pas simplement parce que le droit fiscal est une matière très cloisonnée qu'elle ne laisse pas de place à la quasi-régie. Cette discipline offre en effet de plus en

²³⁰ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne mentionnant pas les redevances au titre des domaines relevant du pouvoir législatif.

²³¹ V. notamment leurs particularités en matière d'impôt sur les sociétés (articles 207-6° bis et 207-7° du Code général des impôts) et en matière de taxe sur la valeur ajoutée depuis l'arrêt *Sté Terrabâtir* (CE, 7^e et 8^e Sous-sections réunies, 7 mai 1986, *Ministre de l'économie, des finances et du budget contre société Terrabâtir*, n° 49991 ; *Rec.*, 1986, tables, pp. 508-509). Maître Boisseau constate d'ailleurs qu'à cette fiscalité des sociétés d'économie mixte ne répond pas une fiscalité des sociétés publiques locales (BOISSEAU Bertrand, « La fiscalité des SPL », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1146-1154, p. 1146).

²³² « *Concernant les taxes et redevances d'urbanisme, le régime d'exonération de la taxe locale d'équipement et du versement de plafond de sous-densité manifeste une politique volontariste de neutralité fiscale entre les différents modes de financement des équipements collectifs* » (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 552, pt 928).

²³³ V. notamment : BOISSEAU Bertrand, « La fiscalité des SPL », *loc. cit.*

²³⁴ Sur ce point, v. l'analyse de Maître Boisseau (BOISSEAU Bertrand, « La fiscalité des SPL », *loc. cit.*)

plus de place au droit de l'Union européenne²³⁵. C'est au contraire le détail des matières que sont la fiscalité et la commande publique qui induit une séparation entre elles sous l'empire de la quasi-régie. L'indifférence du droit fiscal pour la quasi-régie n'est pas surprenante, dès lors que cette discipline n'attache pas non plus de conséquences à l'existence d'organismes en régie²³⁶. Sur ce point, le droit fiscal entraîne donc un rapprochement entre régie et quasi-régie. Comme pour les services en régie, les prestataires intégrés seront donc simplement susceptibles d'être soumis à certaines impositions. Plus encore, ils ne retireront aucun avantage automatique de leur position interorganique.

²³⁵ V. notamment : la Directive n° 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (préc.).

²³⁶ Monsieur Bahougne relève notamment l'absence d'uniformité dans la fiscalité imposée aux régies (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public, op. cit.*, pp. 74-75, pt 179).

§2. L'absence d'avantages fiscaux découlant de l'existence de la quasi-régie

712. — La quasi-régie repose sur l'idée de substitution : le prestataire intégré ne serait qu'un substitut formel à son détenteur et non une entité réellement distincte. Si elle était saisie par la discipline fiscale, cette logique pourrait avoir des conséquences avantageuses. Pourraient notamment en découler des exonérations fiscales pour les prestataires intégrés sur le seul fondement du mécanisme interorganique. La réalité fiscale de la quasi-régie pourrait donc uniquement provenir du phénomène inverse : celui permettant aux pouvoirs adjudicateurs détenteurs de transférer automatiquement des charges fiscales à leurs prestataires intégrés, sur le seul fondement du mécanisme interorganique qui les unit.

713. — Ces conséquences fiscales seraient en outre révélatrices d'une certaine réalité économique du mécanisme interorganique. La discipline fiscale emploie fréquemment les mêmes termes que ceux qui sont utilisés pour définir des notions dans d'autres branches juridiques, tout en leur donnant un sens différent, parce qu'elle recherche à identifier, « *par-dessus le fait ou l'acte juridique, [les] conséquences que ce fait ou cet acte peuvent entraîner sur le plan économique* »²³⁷. Sa capacité à appréhender les situations économiques permet de révéler ce qui se cache réellement ou, au contraire, ce qui n'est pas recouvert par les qualifications juridiques. C'est parce que le droit fiscal s'approprie une notion qu'il démontre qu'elle n'est pas une construction juridique artificielle. *A contrario*, toute situation dont le droit fiscal ne se saisit pas ne peut être considérée comme ayant une existence juridique et économique parfaite. La quasi-régie doit par conséquent y être confrontée.

714. — Or, le droit fiscal refuse de se saisir de la substitution opérée au cœur de tout mécanisme interorganique. L'absence de mention expresse à la quasi-régie ou à tous ses synonymes dans le *Bulletin officiel des finances publiques* en témoigne. Il en résulte que le droit fiscal ne vient pas requalifier le mécanisme interorganique en tant que tel. Il l'ignore et se concentre sur d'autres caractéristiques des acteurs interorganiques. La conséquence logique est qu'il s'abstient d'utiliser la situation interorganique pour conférer des droits à ses acteurs. Cette absence est remarquable tant concernant les avantages qui pourraient être retirés par les prestataires intégrés, que concernant ceux qui pourraient être conférés à leurs détenteurs : la quasi-régie n'entraîne aucune

²³⁷ BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, *op. cit.*, pp. 12-14.

exonération fiscale automatique pour les organismes intégrés **(A)** et elle ne permet pas non plus d'opérer de façon systématique des transferts de charges fiscales permettant aux détenteurs de référence de diminuer les prélèvements obligatoires dont ils sont redevables **(B)**.

A. L'absence d'exonération fiscale automatiquement applicable à tous les prestataires interorganiques

715. — En matière de fiscalité l'hétérogénéité est reine, chaque imposition étant régie par des modalités qui lui sont propres, selon les objectifs que ses créateurs lui assignent. Actuellement, il n'existe aucune imposition dont les critères d'application reproduisent à l'exacte identique les conditions d'application de la quasi-régie. Il semble d'ailleurs peu probable que cela se produise puisque ces conditions ne sont pas suffisamment précises pour conditionner l'assiette d'un prélèvement obligatoire. La seule certitude concernant la corrélation entre quasi-régie et droit fiscal concerne par conséquent les quelques prélèvements obligatoires qui ne peuvent pas être supportés par les prestataires intégrés. Il est possible de les regrouper en deux catégories.

716. — En premier lieu, il existe des prélèvements qui sont exclus parce que le prestataire intégré se sera placé dans une situation juridique qui donne lieu à cette exonération. L'exclusion du champ d'application du prélèvement obligatoire peut alors être impliquée par le mode contractuel par le biais duquel le prestataire agit. Pour exemple, un prestataire intégré d'une personne publique n'aura pas à supporter la taxe d'aménagement pour des constructions qu'il effectue dans le cadre d'un contrat de partenariat avec une personne publique – qu'elle soit son détenteur ou non²³⁸. La situation juridique donnant lieu à exonération peut également être constituée par la mission remplie par le prestataire intégré. Pour exemple, s'il œuvre dans le domaine du logement social il bénéficiera d'exonérations particulières, en raison de cette activité²³⁹. De même, les opérateurs quasi internes bénéficieront d'exonérations en matière d'impôt sur les sociétés si le service qu'ils mettent en œuvre est « *indispensable à la satisfaction des*

²³⁸ En vertu de l'article 2 du Décret n° 2012-87 du 25 janvier 2012 relatif aux exonérations de la taxe d'aménagement prévues par l'article L. 331-7 du Code de l'urbanisme (préc.).

²³⁹ L'article 1049 du Code général des impôts édicte par exemple la possibilité, pour ces organismes, de ne pas payer la taxe foncière lorsqu'ils réalisent certaines opérations juridiques. Sur les exonérations dont bénéficient les organismes dits « HLM », v. aussi : l'instruction BOI-ENR-DMTOI-10-90-20-20140917 du 17 septembre 2014, et la liste d'activités pour la mise en œuvre desquelles les prestations qui ne donnent pas lieu au versement de taxe sur la valeur ajoutée, énoncée à l'article 261 du Code général des impôts.



besoins collectifs des habitants » sur son territoire²⁴⁰. Peu importe que l'opérateur accomplissant cette mission soit un prestataire intégré ou non, il n'a pas à supporter la taxe sur la valeur ajoutée. Les exclusions qui entrent dans cette première catégorie sont par conséquent éparses, propres à chaque prélèvement obligatoire et réparties dans de nombreux textes.

717. — Au contraire, il est plus simple d'établir la liste des prélèvements obligatoires de la seconde catégorie : ceux dont le prestataire n'aura pas à s'acquitter du fait de sa nature. Il est un ensemble d'impositions qui ne seront jamais imposées aux organismes quasi internes : les impositions personnelles, c'est-à-dire toutes celles dont ne peuvent être redevables que les personnes physiques. Les personnes physiques ne pouvant être qualifiées juridiquement de prestataires intégrés, cette hypothèse est naturellement exclue. En dehors de celle-ci, la liste est réduite. C'est un panel varié d'impositions qui est applicable, du fait de la diversité des formes revêtues par les prestataires intégrés. Les structures quasi internes sont ainsi potentiellement redevables de toutes les impositions susceptibles de frapper des personnes morales. Ici, la liste des exclusions est restrictive mais c'est pour rappeler l'un des assujettissements exclus de ces exclusions qu'il est intéressant de les lister. Parmi ces versements exclus, il est en effet impossible de compter les impôts éventuellement dus par un prestataire intégré à son ou ses détenteurs interorganiques. Pour exemple, une société publique locale ne peut être exonérée de s'acquitter de la contribution économique territoriale, prévue par l'article 1447-0 du Code général des impôts, à la commune dans laquelle elle détient ses immeubles sur le seul fondement que ladite commune serait l'un de ses détenteurs²⁴¹. En tout cas, l'exonération ne peut découler de la relation interorganique qui existe entre l'organisme assujetti au prélèvement et l'organisme auquel est dû ce prélèvement. Un tel fondement pour cette exonération ferait en effet resurgir le régime des aides d'État et de ce qu'elles prohibent²⁴².

²⁴⁰ Conformément à l'interprétation de l'article 207 du Code général des impôts par les juridictions administratives, notamment rappelée par la Cour administrative de Marseille : « *qu'il résulte des dispositions du 6° du 1 de l'article 207 du code général des impôts que si le service qu'elle gère relève d'une exploitation à caractère lucratif, elle ne bénéficie de l'exonération d'impôt sur les sociétés que si la collectivité territoriale a le devoir d'assurer ce service, c'est-à-dire si ce service est indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité territoriale* » (CAA Marseille, 4^{ème} chambre, 30 avril 2013, *Cne La Ciotat*, n° 12MA02656, inédit au *Rec.* ; *CMP*, 2014, n° 3, p. 12, chron. n° 3, chron. Caroline CHAMARD-HEIM).

²⁴¹ BOISSEAU Bertrand, « La fiscalité des SPL », *loc. cit.*, p. 1148.

²⁴² *V. supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A, 3.

718. — Comme la relation interorganique ne semble pas pouvoir fonder une exonération fiscale, il faudra la dépasser pour prendre en compte d'autres éléments susceptibles d'aboutir à ce résultat. Or, ceux-ci sont diversifiés car pour chaque prélèvement obligatoire, le législateur et le pouvoir exécutif peuvent choisir de créer des hypothèses d'exonération sur les éléments qu'ils trouvent adéquats, ce qui démultiplie considérablement les facteurs d'exonération potentiels. Parmi eux, la forme revêtue est un critère potentiel d'identification des situations exonérées. Par exemple, pour l'impôt sur les sociétés, des organismes d'habitations à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte et des sociétés de coordination entre les organismes d'habitations à loyer modéré bénéficient d'exonérations sur le simple fondement de la catégorie à laquelle ils appartiennent²⁴³. Il existe donc des régimes fiscaux spécifiques liés à certaines personnes publiques. Cependant, l'appartenance à un mécanisme interorganique ne représente pas l'une de ces hypothèses – et, au vu des développements énoncés *supra*²⁴⁴, de nombreux facteurs tendent à faire perdurer cet état de fait. Il faut donc vérifier, imposition par imposition, si le prestataire intégré entre dans les hypothèses d'exonérations prévues.

719. — Une telle démarche semble en réalité être le maître mot en matière de contrat interorganique car les détenteurs ne connaissent pas non plus d'avantages fiscaux découlant de ce statut. C'est particulièrement probant en matière de transferts de charges fiscales.

B. L'absence de transfert de charges automatique au sein de la quasi-régie

720. — Les modalités du transfert de charges fiscales sont loin de recouper les conditions de la quasi-régie. C'est un constat plus global qui peut être tiré de cette absence : celui des lacunes de la quasi-régie sur le plan économique.

721. — Le droit fiscal tend généralement à proscrire les transferts de charges fiscales et à les combattre, puisque ces mouvements sont porteurs d'une possibilité de fraude. À titre d'exemple, l'article 34 de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 a modifié les conditions énoncées par l'article 1498 du Code général des impôts, dans l'optique « *d'éviter un transfert de charges fiscales entre locaux*

²⁴³ En vertu de l'article 207 du Code général des impôts. Sur son application, v. notamment : instruction BOI-IS-CHAMP-30-30-20-20120912 du 12 septembre 2012.

²⁴⁴ V. *supra*, même chapitre, §1, B.



d'habitation et locaux professionnels »²⁴⁵. Cependant, cette même discipline admet parfois qu'une personne publique n'ait pas à s'acquitter de certains prélèvements obligatoires dont elle serait naturellement redevable, grâce à la relation juridique qu'elle entretient avec un tiers. C'est ce qui est regroupé par le professeur Albert sous l'appellation « transfert de charges fiscales »²⁴⁶. Cette technique pourrait être automatiquement portée par la quasi-régie. Il ne s'agirait plus ici d'une exonération accordée par le détenteur à ses prestataires – de telles exonérations étant, comme il vient d'être développé, vraisemblablement proscrites – mais d'exonérations accordées au détenteur interorganique grâce à l'existence de son prestataire. La quasi-régie apparaîtrait effectivement comme un cadre parfait pour une telle exonération systématique. Les pouvoirs adjudicateurs délèguent la mission et donc les prélèvements obligatoires directement liés à la prise en charge d'une activité. Ils pourraient naturellement escompter déléguer plus de charges fiscales, incidemment à la délégation de missions au prestataire intégré. Pour considérer que la quasi-régie leur permet de profiter automatiquement de ce dispositif, il faudrait que la possibilité de transférer des charges fiscales repose uniquement sur des conditions identiques à celles des mécanismes interorganiques. L'étude des affaires concernant de tels transferts démontre que ce n'est pas le cas.

722. — En ce qui concerne les personnes publiques, la question du transfert de charges fiscales est principalement liée à la propriété. Plus précisément, elle se pose au sujet de la mise à disposition de leurs biens à d'autres personnes morales. L'exemple topique est celui portant sur la possibilité de transférer les taxes foncières sur la propriété bâtie ou non bâtie aux organismes utilisant leurs biens : la mise à disposition de biens par les personnes publiques à d'autres personnes morales, par le biais de conventions particulières telles que le bail emphytéotique administratif, leur permet de transférer en conséquence les taxes afférentes. L'arrêt dit *Association Lebugeur*²⁴⁷, cité par le professeur Albert²⁴⁸, en est un exemple topique, puisqu'il s'inscrivait dans ce cadre, tout en posant au Conseil d'État la question des modalités d'appréciation de

²⁴⁵ Réponse ministérielle à la question écrite de Monsieur Jean-Luc Moudenc au Ministère de l'économie et des finances, n° 22814, *JO Assemblée nationale* du 22 octobre 2013, p. 11062.

²⁴⁶ ALBERT Jean-Luc, *La fiscalité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 75.

²⁴⁷ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 24 novembre 2010, *Association Lebugeur-Lelièvre*, n° 323982 ; *Rec.*, 2010, tables, pp. 650, 651 et 727 ; *JurisData* n° 2010-022271 ; *AJCT*, 2011, p. 95, obs. Xavier CABANES ; *AJDA*, 2010, p. 2286, obs. Rémi GRAND ; *Revue de droit fiscal*, 2011, n° 4, p. 35, comm. n° 130, concl. Laurent OLLÉON.

l'exonération permise pour les immeubles affectés à un service public ou à l'utilité générale et non productifs de revenus²⁴⁹. Il en est de même avec la concession d'autoroutes, qui permet, outre le fait de voir leur construction financée par le concessionnaire, de transférer les charges fiscales qui en découlent du fait de leurs revenus et du fait des ouvrages attenants, si le cahier des charges le prévoit²⁵⁰.

723. — Pour l'heure, la quasi-régie ne semble pas entraîner de telles conséquences et il semble peu probable qu'elle le permette un jour. Cet aspect patrimonial n'a en effet pas vraiment été mis en valeur par les institutions de l'Union européenne lorsqu'elles se sont penchées sur la dérogation interorganique. Ces institutions n'ont pas fait de la détention des biens un élément de reconnaissance ou d'exclusion du mécanisme interorganique. Le simple fait qu'un pouvoir adjudicateur mette à disposition d'une autre personne juridique l'un de ses biens ne peut pas suffire à établir un mécanisme quasi interne. Au vu de l'importance de la propriété des personnes publiques et de la multitude de conventions qui permettent leur mise à disposition, un tel critère aurait causé une hypertrophie de la sphère interorganique, détruisant ainsi sa raison d'être. La gestion de ces biens peut au mieux être un indice de sa présence. Le fait qu'un pouvoir adjudicateur dispose par le biais de ses représentants au sein d'une association d'une voix déterminante pour décider de la façon dont seront gérés les biens de ladite association, constitue en effet une étape vers la reconnaissance d'un contrôle analogue. La configuration des biens peut, enfin, être un indice d'association transparente si, en plus de ne pas posséder directement ses biens, l'organisme agit uniquement grâce aux fonds

²⁴⁸ ALBERT Jean Luc, *La fiscalité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 76.

²⁴⁹ Elle portait plus précisément sur l'application de l'article 1382 du Code général des impôts, qui exonère de versement de la taxe sur les propriétés foncières bâties les biens « départementaux pour les taxes perçues par les communes et par le département auquel ils appartiennent [...], lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et non productifs de revenus ». En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que l'association concernée, si elle remplissait bien une mission d'utilité publique, percevait en vertu du bail emphytéotique qui la liait au département de l'Orne un revenu qui, même symbolique, lui fermait la possibilité de bénéficier de l'exonération de l'article 1382 du Code général des impôts (et de son équivalent en matière de propriétés non bâties, l'article 1394 du Code général des impôts).

²⁵⁰ Les voiries des autoroutes ne sont en effet pas susceptibles de faire l'objet d'une taxe foncière sur les propriétés bâties car elles font partie des immeubles qui en sont exonérés, en vertu de l'article 1382-1 du Code général des impôts (v. aussi : instruction BOI-IF-TFNB-10-40-10-60-20120912 du 12 septembre 2012). Seront au contraire passibles de cette taxe les ouvrages servant à l'utilisation de ces autoroutes, tels que les plate-formes de péages (CE, Section, 29 juin 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 262697 ; Juris-Data n° 2005-080733 ; *Rec.*, 2005, tables, p. 843 et 1114 ; *AJDA*, 2005, n° 30, p. 1701 ; *Revue de droit fiscal*, 2005, n° 46, p. 1764, comm. n° 732), concl. Laurent OLLÉON ; *Revue fiscale du patrimoine*, 2005, n° 12, p. 18, comm. n° 157).

financiers et au personnel du pouvoir adjudicateurs. Or, une telle hypothèse est clairement distincte de la quasi-régie²⁵¹.

724. — La question du transfert de charges fiscales confronte donc sous un angle nouveau la quasi-régie à la question des biens des acteurs interorganiques : la gestion des seconds permet-elle de révéler fiscalement la première et, par conséquent, permet-elle de tirer de vraies conséquences fiscales de l'existence de la quasi-régie pour les détenteurs interorganiques ?

725. — Avant tout, il existe des situations dans lesquelles le prestataire intégré disposera des biens qui lui servent à produire son activité. Dans ces situations, il utilisera ses biens propres. Ces hypothèses peuvent se présenter à de nombreuses occasions : soit parce que le prestataire détient des biens dont il était propriétaire avant sa transformation en prestataire intégré, soit parce que son ou ses détenteurs lui ont cédé – gratuitement ou à un prix juste selon les situations²⁵² – les infrastructures nécessaires à la mise en œuvre de sa mission. Dans les deux cas, nul besoin de transférer les charges foncières du pouvoir adjudicateur au prestataire intégré puisque c'est le prestataire intégré lui-même qui en sera directement redevable. Cependant, existent également des situations dans lesquelles le prestataire intégré utilisera des biens dont ses détenteurs interorganiques sont encore propriétaires. C'est dans ce cadre que se pose la question du transfert de charges et de ses conséquences fiscales. Pour qu'un tel transfert soit possible, il doit répondre aux conditions posées par l'article 1400 du Code général des impôts. Celui-ci distingue plusieurs types de situations : celles dans lesquelles le « propriétaire actuel » d'un bien est redevable de la taxe foncière à ce titre et celles dans lesquelles d'autres personnes juridiques peuvent être redevables des taxes foncières rattachées à ce bien. Sans surprise, le mécanisme interorganique n'est pas énoncé parmi ces situations. Plus encore, il n'apparaît pas comme étant amené à figurer parmi ces

²⁵¹ V. *supra*, même titre, chapitre 1, Section 2, §2, B.

²⁵² Si le pouvoir adjudicateur est une personne publique soumise au Code général de la propriété publique, il lui faudra en effet appliquer le principe d'incessibilité à vil prix et ses exceptions (v. notamment : GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*, 15^{ème} éd., LGDJ, Coll. Traités, 2014, pp. 25-29). Si le bien appartient au domaine public, il faudra en outre que la transaction mise en œuvre par ce même pouvoir adjudicateur entre dans l'une des hypothèses de dérogation au principe d'inaliénabilité prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques (v. notamment *ibid.*, pp. 193-208).

situations dérogatoires. En effet, les trois situations²⁵³ qui permettent de déroger à l'application traditionnelle des taxes foncières sont les suivantes : le fait que l'immeuble soit soumis à certaines conventions (l'usufruit, le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel), les sociétés immobilières de copropriété et le fait que l'immeuble ait été transféré en application d'un contrat de fiducie²⁵⁴.

726. — Or, la quasi-régie ne recoupe ou n'impose aucune de ces situations. Expressément, il est donc impossible d'écrire qu'elle entraîne ou puisse entraîner un transfert automatique de charges fiscales, bien que de tels transferts restent possibles, selon la configuration particulière de chaque situation juridique. Les parties sont en effet libres d'en convenir²⁵⁵. Leur absence de transfert automatique dans le cadre de la quasi-régie vient cependant démontrer que celle-ci faillit dans l'ambition d'avoir une quelconque influence sur la propriété économique des biens des acteurs interorganiques²⁵⁶. Cette absence confirme en cela l'hypothèse de l'absence d'identité fiscale de la quasi-régie.

²⁵³ La situation dérogatoire de l'Office national des forêts, prévue par le point V de l'article 1400 du Code général des impôts, a été volontairement écartée car elle ne représente par une dérogation accessible aux personnes publiques dans leur ensemble selon les situations juridiques dans lesquelles elles se placent, mais leurs relations particulières avec l'Office national de forêts.

²⁵⁴ Article 1400 du Code général des impôts, pts II à IV.

²⁵⁵ Le professeur Eckert rappelle notamment qu'une « convention peut [...] imposer au délégataire la prise en charge des impôts fonciers établis au nom de la collectivité délégante (CE, 17 nov. 1982 : RJF 1983, n° 1, p. 48) » (ECKERT Gabriel, « Conditions d'application des taxes foncières », *CMP*, 2011, n° 2, pp. 39-39, comm. n° 58, p. 39).

²⁵⁶ L'aptitude révélatrice du droit fiscal à démontrer la présence ou l'absence de la propriété économique est en effet un acquis « C'est [...] dans le traitement fiscal des modes de financement les plus divers des biens publics, que l'on retrouve le plus clairement l'existence d'une propriété économique distincte de la propriété juridique des biens publics fondée sur l'utilité et la valeur d'exploitation » (BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 453, pt 939). Sur cette notion et le fait qu'elle repose sur une dissociation entre « propriété utile » et « propriété légale, v. aussi : BIENVENU Jean-Jacques et LAMBERT Thierry, *Droit fiscal*, 4^{ème} éd., PUF, Coll. Droit fondamental. Classiques, 1987, p. 418, pt 425 (cité par : ALBERT Jean-Luc, *La fiscalité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 74).

Conclusion du Chapitre 2

727. — En matière financière, la quasi-régie ne semble pas réellement permettre des uniformisations. Qu'il s'agisse du financement au sens strict ou de ses aspects fiscaux, ce sont toujours les types de structures revêtues par les prestataires intégrés qui forment les frontières de leur identité financière. En réalité, le seul point commun que partagent les prestataires intégrés, hormis les implications en matière de mise en concurrence et les éléments strictement impliqués depuis l'arrêt *Teckal*²⁵⁷, ce sont des faiblesses en matière de sécurité juridique. La seule déduction qui peut être formée en la matière est par conséquent un conseil à donner aux acteurs des mécanismes interorganiques, celui de la prudence et de la vigilance constante. Ceux-ci doivent garder à l'esprit que la présence reconnue de tels mécanismes ne constitue pas une carte blanche financière et fiscale. Parallèlement, le droit fiscal ramène la quasi-régie sur des terrains plus concrets, comme celui du droit des biens, et rappelle qu'au simple niveau légal, la dérogation interorganique n'entraîne pas de transfert ou de démembrement automatique de la propriété. En tout cas, elle ne l'impose pas. L'indifférence que semble manifester le mécanisme de transfert de charges fiscales à son égard le démontre.

728. — Les recherches développées dans le présent chapitre confirment le constat écrasant établi au terme du premier chapitre : la quasi-régie ne constitue pas un mode organisationnel particulier et ne repose pas sur une véritable unité économique. Ces deux constats se répondent logiquement : si une matière telle que le droit fiscal franchit la quasi-régie pour étudier ce qu'elle recouvre (les formes effectives revêtues par les prestataires et les clauses qu'ils souscrivent avec leurs détenteurs interorganiques) c'est parce que ces formes et clauses servent à configurer des situations juridiques particulières. Il ne s'agit par conséquent, ici, que de la diversité juridique qui est naturellement propre à chaque situation juridique.

²⁵⁷ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

CONCLUSION DU TITRE 1

729. — La quasi-régie ne peut pas être identifiée à ces formes plus traditionnelles que sont la régie et la régie personnalisée²⁵⁸. Partant, elle semblait susceptible d'enclencher un renouvellement des catégories des modes de gestion des activités publiques. Elle aurait notamment pu permettre de dépasser la répartition traditionnelle entre régie et externalisation, en proposant un mode de gestion intermédiaire et alternatif, entraînant dans son sillage, en droit public, un mouvement similaire à celui qui a été constaté concernant l'établissement public. L'expansion de ce dernier avait « entraîné une mutation beaucoup plus profonde des principes de l'organisation administrative traditionnels »²⁵⁹. L'établissement public fut ainsi la première étape vers toutes les formes d'externalisation actuelles de l'activité des personnes publiques, créant définitivement la frontière entre les deux modes de gestion que sont la régie et l'externalisation. La quasi-régie permettait d'espérer un nouvel approfondissement de cette distinction, par la création d'un mode de gestion intermédiaire, qui représenterait plus fidèlement certaines situations charnières. Il semble néanmoins qu'elle ne suive pas cette voie. La dérogation interorganique s'inscrit bien dans la dynamique enclenchée par l'établissement public, puisqu'elle en est la résultante. Elle permet ainsi de mieux appliquer les règles de la commande publique, en les nuanciant, aux entités qui sont à un stade intermédiaire entre ces deux modes de gestion : bien qu'externalisées, les activités exercées par les prestataires intégrés le sont sous la très forte dépendance des personnes publiques et, plus largement, de pouvoirs adjudicateurs qui les détiennent. C'est pourquoi leur gestion est assimilée au mode de gestion en régie. Toutefois, il s'agit là de la seule implication organisationnelle de la quasi-régie, qui ne semble pas avoir entraîné une deuxième vague de modification des modes de gestion à disposition des personnes publiques. Elle ne dépasse pas le stade de variable d'ajustement pour devenir une véritable unité organisationnelle intermédiaire.

730. — Les conséquences qu'elle implique sur les formes que peuvent revêtir les prestataires intégrés ne peuvent en conséquence pas se départir de regroupements qui sont extérieurs au mécanisme interorganique : la différenciation entre les structures

²⁵⁸ Sur ce point, v. *supra*, notre introduction générale, Section 2, §2.

²⁵⁹ CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit public français », *loc. cit.*, p. 5, pt 1.

sociétales et les structures institutionnelles. L'absence d'identité de la quasi-régie est encore plus démontrée par l'hétérogénéité de ses conséquences au sein même de ces catégories. Il est en effet nécessaire, pour décrire son impact sur les sociétés d'économie mixte et les sociétés publiques locales, de traiter celles-ci séparément. C'est d'autant plus le cas que, par un effet de balancier, les influences positives sur l'attractivité des sociétés publiques locales ont été favorisées par ses influences dissuasives en matière d'économie mixte. De même, il est obligatoire d'observer l'ensemble des formes institutionnelles catégorie par catégorie, puisque la compatibilité des groupements d'intérêt public et des établissements publics avec la quasi-régie semble être en parfaite opposition avec les conséquences attendues de cette dérogation sur la diminution du nombre d'associations transparentes. L'absence d'identité organisationnelle de la quasi-régie est confirmée par son analyse financière et fiscale. Le réalisme du droit fiscal rend cette discipline totalement indifférente à sa présence et un mécanisme interorganique ne peut permettre au prestataire intégré de bénéficier d'un traitement privilégié en matière de financement par ses détenteurs.

731. — Pessimistes, de tels constats sont néanmoins conformes au pragmatisme qui fonde les ambitions réelles de la notion. Si les bornes de la quasi-régie s'arrêtent avant de telles considérations, c'est parce qu'elle doit saisir de situations juridiques extrêmement variées impliquant les pouvoirs adjudicateurs, sans brider leur liberté contractuelle. Par conséquent, que cette dérogation ne soit pas véritablement un nouveau mode de gestion ne peut pas réellement être considéré comme une défaite ou un objectif manqué. Son caractère supplétif sert les objectifs qu'elle remplit. La dérogation interorganique n'en est pas moins une construction juridique effective. La réunion de ses critères permet bien de reconnaître une structure particulière, qui est liée à ses détenteurs par un véritable contrat : le contrat interorganique.

TITRE 2. L'IDENTITE CONTRACTUELLE DE LA QUASI-REGIE

732. — Malgré les défauts liés à la concision de l'arrêt *Teckal*¹, il est un point qui ne semblait pas faire de doute à sa lecture : la particularité des contrats « *in house* » résiderait dans le fait qu'ils ne pourraient pas être considérés comme des contrats². Ceux-ci seraient donc l'exact pendant des contrats publics, entendus ici au sens européen³. Chaque fois qu'elle a été confrontée à une question portant sur les prestations intégrées, la Cour a procédé à un renvoi à cet arrêt⁴, de sorte que c'est encore cette logique sous-jacente qui est censée constituer les bases de la dérogation interorganique. Les critères de l'activité essentielle, du contrôle analogue et des prises de participation capitalistiques doivent permettre de réfuter l'existence d'une volonté autonome du prestataire intégré et, par conséquent, de nier la présence d'un contrat. Or, ces critères concernent plus des éléments fonctionnels et structurels que des éléments reconnus traditionnellement comme étant nécessaires à la présence d'un contrat, tels que ceux énoncés par exemple à l'article 1108 du Code civil. Si Monsieur Brameret souligne

¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

² V. notamment *supra* sur ce point, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

³ V. *supra*, Introduction de la Partie 1.

⁴ V. notamment : CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, préc., §40 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc., §47 ; CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, préc., §38 et 39 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., §56 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, préc., §42 ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, préc., §33 et 37 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Aurooux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05, préc., §62 ; CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, préc., §55 ; CJCE, Grande Chambre, 8 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-337/05, préc., §36 ; CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, préc., §34 ; CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nassa*, aff. C-573/07, préc., §36 ; CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc., §25 ; CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal*, aff. C-574/12, préc., §12.

qu'il s'agit là de l'une des « faiblesses » de la construction interorganique⁵, peu de commentateurs le soulèvent. Ce caractère non contractuel semble désormais acquis, alors même que les formulations utilisées lors des mentions à la quasi-régie sont évasives sur ce point. Ainsi, la directive « marchés » dispose-t-elle que, tout « *marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive* »⁶. La directive « concessions » emploie une formulation similaire⁷. Il semble en découler que la dérogation interorganique ne permettrait pas d'identifier une relation qui ne serait pas contractuelle mais une relation contractuelle qui n'entrerait pas dans le champ d'application de ces textes. Une présentation presque identique est utilisée dans l'ordonnance du 23 juillet 2015⁸. Cette ordonnance modifie par conséquent ce qui était énoncé par le Code des marchés publics, lequel dispose en son article 3, dans une formule presque inchangée depuis 2001, que :

« les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux [...] 1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui [...] ».

Là encore, les conditions de la quasi-régie étaient bien réceptionnées – la transformation du contrôle analogue en contrôle comparable semblant simplement cosmétique –, mais la logique fondamentale ne semblait pas être exactement similaire à celle qui a été développée par la Cour.

733. — La position expresse du Conseil d'État est plus ambiguë. L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*⁹, bien que concernant notamment la quasi-régie, ne se concentrait pas réellement sur le caractère contractuel ou non contractuel des relations en cause. Expressément, l'organisation de l'arrêt permet simplement de comprendre que le cocontractant d'une personne publique ne peut pas être considéré comme un tiers quand les conditions interorganiques sont remplies. Il en résulte qu'un contrat de délégation de service public n'a pas à être conclu, ce qui implique plus précisément que les procédures

⁵ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, op. cit., pp. 298-301, pts 510-515, spéc. pp. 300-301, pt 514.

⁶ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE préc., article 12.

⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.

⁸ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc., article 17.

⁹ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.



encadrant de telles conventions n'ont pas à être suivies pour les contrats passés entre ces deux organismes. Il est cependant impossible de déceler dans cet arrêt une négation expresse du caractère contractuel de la relation existant entre le prestataire intégré et ses détenteurs. Ce sont des déductions similaires qui peuvent être inférées à la lecture de l'arrêt *SNIS*, dans lequel le Conseil d'État énonce simplement que :

« si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public »¹⁰.

Il en est de même avec l'arrêt *Commune de Marsannay-la-côte*¹¹. Les juges s'y sont concentrés sur les organismes en cause, en énonçant dans quelles conditions une société publique locale d'aménagement peut se voir confier une opération d'aménagement sans publicité ni mise en concurrence préalable par une collectivité territoriale¹². L'aspect contractuel ne peut être totalement absent de ces arrêts, puisque les actes qui pourront finalement être passés entre les entités concernées revêtiront une forme contractuelle. Il est cependant impossible d'y trouver une réponse directe sur le fait que la quasi-régie repose ou non sur une relation contractuelle. Aucune qualification n'est expressément employée par le Conseil d'État à ce sujet.

734. — Parallèlement, la doctrine française n'est pas unanime sur cette question. Il arrive que certains auteurs n'abordent pas cet aspect et, par conséquent, ne se prononcent pas sur le caractère contractuel ou non contractuel des prestations

¹⁰ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481, préc.

¹¹ CE, Section, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, préc.

¹² Le Conseil d'État énonce en effet que : *« une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement, créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » (ibid).*

intégrées¹³. Cet aspect est parfois abordé de façon discrète. Ainsi les professeurs Koubi et Guglielmi le mentionnent-ils, afin d'expliquer que les prestations intégrées ne répondent pas à la définition première de la régie. Celles-ci seraient selon eux « *un mode contractuel de gestion déléguée* »¹⁴. La présentation la plus commune semble cependant être celle tendant à exposer que les prestations intégrées sont des contrats qui ne correspondraient ni aux critères du marché public, ni aux critères de la concession¹⁵. Cet aspect contractuel est d'ailleurs généralement mentionné brièvement en introduction ou en conclusion car lui est fréquemment préférée une explication plus approfondie des critères permettant de déterminer si un prestataire peut être considéré comme intégré. Ainsi le professeur Richer présente-t-il « *la théorie de l'« opérateur interne », selon laquelle un tiers placé sous l'entière dépendance du pouvoir adjudicateur est assimilé à un service de celui-ci, sa situation étant assimilée à une prestation « in house »* », comme étant une « *exception* » permettant à des contrats d'échapper à la transparence¹⁶. De même, le professeur Yolka énonce-t-il en introduction de son exposé de la quasi-régie que :

« [é]chappent donc aux formalités de publicité et de mise en concurrence les contrats passés entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui dont il disposerait sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour son compte. »¹⁷

Quant au professeur Nicinski, elle affirme que « [m]ême si un contrat est conclu, l'étroitesse des liens entre les deux entités peut conduire à faire abstraction des règles de la commande publique »¹⁸. Les

¹³ C'est notamment le cas des professeurs Lachaume, Boiteau et Pauliat qui, dans leur étude du service public, présentent la quasi-régie ainsi : « *Il a été cependant admis par la Cour de justice qu'il peut être dérogé à la procédure formelle de passation et qu'il était possible d'attribuer directement un service public à un organisme dès lors que la personne publique exerce, sur cet organisme tiers, un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cet organisme réalise l'essentiel de ses activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques la contrôlant. S'agissant de l'attribution d'un service public à une société d'économie mixte, une attribution directe est admise si l'actionnaire privé est choisi après une procédure de mise en concurrence conforme au principe de transparence et d'égalité de traitement.* » (LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie et PAULIAT Hélène, *Droit des services publics*, op. cit., p. 384, pt 722).

¹⁴ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 346, pt 674.

¹⁵ V. notamment : BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, op. cit., pp. 91-98. Il énonce notamment que la dérogation interorganique « *ne joue ainsi que lorsqu'un contrat présente les caractéristiques d'un marché public, est susceptible en conséquence d'être couvert par le droit des marchés publics, mais y échappe en raison du fait qu'il apparaît comme un contrat de prestations intégrées* » (*ibid.*, p. 96). De même, dans un article paru en 2010, cet auteur exposait de façon liminaire dans son article sur l'effacement du contrat dans les « contrats « in house » », que « *les contrats de prestations intégrées, ou « in house » permettent de faire échapper à la mise en concurrence les contrats que les pouvoirs adjudicateurs passent avec des entités qui leur sont tellement liées qu'elles apparaissent comme leur prolongement administratif.* » (BRACONNIER Stéphane, « L'effacement du contrat dans les « contrats » in house », *loc. cit.*, p. 43).

¹⁶ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 31, pt 38.

¹⁷ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 86, pt 154.

¹⁸ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 591, pt 1002.



prestations intégrées seraient un « *contrat échappant au droit des marchés publics* »¹⁹. De même, le professeur Rapp rappelait en 2010 que dans la quasi-régie, « *bien que conclues entre des personnes distinctes et bien qu'ayant le même objet que les autres contrats publics, les conventions dont il s'agit échappent [aux procédures de mise en concurrence ordinaires], au profit d'un régime dérogatoire, d'origine prétorienne.* »²⁰ L'aspect souvent bref de ces mentions empêche cependant d'attribuer à ces auteurs de véritables prises de position sur l'aspect contractuel ou non contractuel des relations intégrées.

735. — Cette diversité semble en réalité liée à l'ambiguïté qui constitue le point de départ du présent titre : la quasi-régie a été expressément définie comme reposant sur une absence de contrat, que ses critères d'application doivent démontrer. Or, il existe bien en pratique des actes de forme contractuelle entre les détenteurs et leurs opérateurs dédiés. De ces actes découlent des conséquences contractuelles, telles que des obligations, qui ne seront pas niées par le mécanisme interorganique. Il en résulte que, loin d'être un « non-contrat », le contrat interorganique semble bel et bien constituer un contrat particulier. C'est cette particularité qu'il faut désormais isoler et identifier.

736. — Une démarche négative sera suivie dans un premier temps, par laquelle le contrat interorganique sera comparé aux formes contractuelles ou assimilées, qui existent déjà en droit positif. Ce n'est qu'en éliminant leur concordance qu'il sera possible d'affirmer la particularité et les éléments caractéristiques du contrat interorganique (**Chapitre 1**).

737. — Tous ces éléments dégagés en filigrane permettront de mettre en œuvre dans un second temps une démarche positive. Seront ainsi exposées les raisons pour lesquelles le contrat interorganique peut être considéré comme une figure contractuelle qui, outre ses conséquences désormais connues en matière de procédures de passation des contrats de la commande publique, se singularise tant dans sa définition que son régime (**Chapitre 2**).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ RAPP Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *loc. cit.*, p. 589.

Chapitre 1. L'insolubilité du contrat interorganique dans les formes contractuelles préexistantes

738. — Les contrats publics peuvent être soumis à des qualifications contractuelles multiples. Dégager la spécialité du contrat interorganique nécessite en conséquence de démontrer qu'elle ne correspond à aucune d'entre elles. Parmi ces qualifications, la recherche d'une corrélation entre quasi-régie et un type de contrat serait vaine, qu'il s'agisse des distinctions européennes entre marché public et concession ou des distinctions françaises – entre marché public, délégation et convention d'occupation du domaine public notamment. Aucune d'entre elles ne peut valablement être considérée comme étant systématiquement superposée à la quasi-régie, et ce pour deux raisons. Premièrement, le type de contrat est la part variable des conventions. Il est la partie la plus soumise à la liberté contractuelle, puisqu'il est principalement lié à la nature des prestations fournies par le prestataire et à ses modalités de rémunération. Secondement, la raison d'être de la quasi-régie est d'écarter ces qualifications, pour considérer que les implications en matière de concurrence et de transparence qui en découlent ne s'appliquent pas. Lier la quasi-régie à l'une d'entre elles serait par conséquent un non-sens. Il n'est même pas possible de considérer qu'elle recouvre automatiquement une convention d'occupation du domaine public, puisque rien n'impose au prestataire d'occuper ou d'utiliser des biens de ses détenteurs. Quand bien même le ferait-il, rien n'impose qu'il s'agisse de biens relevant du domaine public, tant parce que les détenteurs ne sont pas automatiquement des personnes publiques, que parce que même dans ce cas, il est tout à fait possible que le prestataire occupe un bien du domaine privé.

739. — De même, il ne serait pas pertinent d'étudier la corrélation systématique avec la notion de contrat administratif : la quasi-régie n'est pas un contrat administratif par détermination de la loi, elle ne concorde automatiquement avec aucun contrat qui revêt la qualité de contrat administratif en vertu de la loi et elle ne répond pas non plus de façon automatique aux critères jurisprudentiels établis pour identifier un contrat

administratif¹. Conformément à la méthode développée par le juge administratif, il faut un critère organique et un critère matériel pour identifier un contrat administratif². Aucun des deux ne peut être automatiquement rempli par les mécanismes interorganiques. Si les détenteurs sont fréquemment des personnes publiques, ce n'est pas toujours le cas. Le critère matériel du contrat administratif ne peut pas non plus être systématiquement rempli : le prestataire intégré n'est pas toujours en charge de l'exécution d'un service public tel qu'il est défini en France³ et les clauses du contrat n'impliquent pas forcément le « régime exorbitant des contrats administratifs »⁴. Le présent chapitre tend en outre à démontrer que la quasi-régie n'est pas non plus automatiquement assimilable à un mandat administratif, ce qui exclut définitivement un recoupement automatique entre contrat interorganique et contrat administratif⁵.

740. — Aucune des catégories conventionnelles ne semble recouvrir le contrat interorganique. Il existe cependant de nombreuses catégories intermédiaires, qui concernent la création d'obligations en dehors du traditionnel accord de volontés. Puisque la quasi-régie est censée faire naître des obligations en dehors de la présence d'un contrat, il convient de la confronter à ces catégories intermédiaires. Ainsi pourra-t-il être démontré que le contrat interorganique n'est recouvert par aucune d'entre elles, qu'il s'agisse du quasi-contrat, du contrat unilatéral, du contrat avec soi-même ou encore du mandat. L'exclusion des trois premiers permettra, par opposition, d'affirmer le caractère contractuel et bilatéral de la quasi-régie (**Section 1**), alors que son absence d'assimilation au mandat vient définitivement ancrer son caractère inédit (**Section 2**).

¹ Sur les méthodes d'identification du contrat administratif *a priori* et *a posteriori*, v. notamment : FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 379-397, pts 628-661 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif, op. cit.*, pp. 226-237 ; GAUDEMET Yves, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 339-345, pts 667-678 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, pp. 80-106, pts 144-196 ; RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative, op. cit.*, 339-373 ; TRUCHET Didier, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 247-254, pts 804-826 ; WALINE Jean, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 459-465, pts 433-436.

² Sur ce point, v. notamment : *ibid.*, pp. 80-97, pts 144-174.

³ V. *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

⁴ TC, 13 octobre 2014, *Sté SA Axa France LARD contre Mutuelle Assurance des Instituteurs de France*, n° 3963 ; JurisData n° 2014-025099 ; *AJCT*, 2015, p. 48, obs. Anne-Sophie JUILLES ; *AJDA*, 2014, p. 2031, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *AJDA*, 2014, pp. 2180-2185, chron. Jean LESSI et Louis DUTHEILLET De LAMOTHE ; *CMP*, 2014, n° 12, p. 11, comm. n° 22, par Gabriel ECKERT ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 1, repère n° 5, par François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX ; *Droit administratif*, 2015, n° 1, comm. n° 3, par François BRENET ; *RFDA*, 2014, p. 1068, chron. Frédéric DESPORTES.

⁵ V. *infra*, §2, B.

SECTION 1. L'EXCLUSION DE QUALIFICATIONS PERMETTANT D'APPUYER LE CARACTÈRE CONTRACTUEL DE LA QUASI-RÉGIE

741. — L'acte administratif unilatéral n'est plus le moyen d'action privilégié de l'administration⁶, ce dont la quasi-régie témoigne puisqu'elle trouve son terrain d'élection au sein des actes contractuels. Traditionnellement défini comme étant tout acte par lequel une autorité publique peut « *décider unilatéralement et imposer aux administrés des décisions ou les autoriser à agir en fonction des exigences de l'intérêt général* »⁷, l'acte administratif unilatéral a de ce fait été principalement envisagé sous l'angle de la production de la norme ; quand bien même pourrait-il être adopté par plusieurs auteurs⁸. L'utilisation de l'acte administratif unilatéral apparaît donc inapte à résoudre l'énigme interorganique, celle de cet acte contractuel qui n'en serait pas véritablement un. Plusieurs formes intermédiaires existent néanmoins entre ce type d'acte et le contrat. C'est notamment le cas des actes mixtes, qui sont à la frontière de l'unilatéralité car ils visent les contrats contenant des clauses réglementaires⁹. Le contrat interorganique pouvant comprendre de telles clauses sans pour autant les impliquer automatiquement, le rapprochement avec les actes mixtes ne sera pas non plus approfondi.

742. — Il le sera cependant pour d'autres formes contractuelles hybrides dont la définition ne semble *a priori* pas si éloignée de la quasi-régie que l'est celle de l'acte unilatéral car elles concernent des situations créant des obligations sans véritable accord de volontés : le contrat avec soi-même (§1), le quasi-contrat (§2) et le contrat unilatéral (§3). Aucune de ces catégories ne correspond parfaitement et automatiquement au contrat interorganique, ce qui, par opposition, permettra de mettre en lumière le fait que celui-ci présente plusieurs particularités qui en font un véritable contrat.

⁶ Plusieurs auteurs l'ont d'ores et déjà constaté (v. notamment : HOEPPFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 260, 2009, pp. 163-165, pts 266-268 ; GAUDEMÉT Yves, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 307, pt 596). Le professeur Antoine développe l'une des explications de cette évolution des pratiques administratives, le procédé contractuel étant plus adapté à l'intervention économique des personnes publiques dans un cadre concurrentiel (ANTOINE Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. BDP, T. 261, 2009, pp. 67-74, pts 116-132).

⁷ FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 307, pt 499.

⁸ La notion de coauteur pouvant être définie comme désignant « *les personnes juridiques ou les organes qui créent ensemble des effets juridiques de nature unilatérale* » (BELRHALI Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 231, 2003, p. 11).

⁹ V. notamment : MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Coll. BDP, T. 103, 1971 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 62, pt 102.

§1. L'absence d'assimilation de la quasi-régie au contrat avec soi-même

743. — Parfois utilisée pour décrire les situations interorganiques¹⁰, l'expression « contrat avec soi-même » ne revêt pas une signification unique. Elle était déjà utilisée par l'Abbé Siéyès dans ses écrits sur la nation à la fin du XVIII^e siècle afin de nier la pertinence de l'existence d'une Constitution et l'étendue des prérogatives du pouvoir constituant. Selon lui, une nation ne peut pas contracter avec elle-même¹¹. Il utilisait par conséquent le contrat avec soi-même dans son sens originel, littéral, tendant à décrire un contrat passé entre une personne et elle-même afin de s'engager envers elle-même pour l'avenir. C'est à cette signification qu'il semble être fait référence par les auteurs qui mentionnent le contrat avec soi-même pour qualifier la quasi-régie, car elle représente un moyen très pédagogique de transmettre l'idée créée par les mécanismes interorganiques. Véridique en théorie puisqu'elle constitue encore aujourd'hui l'image fondatrice de la quasi-régie, la corrélation avec l'auto-contractualisme doit cependant faire l'objet d'une mise au point : l'auto-contractualisme a bien eu un rôle dans le développement de la quasi-régie mais leur assimilation est impossible du fait de l'irréductibilité de la volonté propre des prestataires intégrés **(A)**.

744. — Le contrat avec soi-même revêt ensuite une signification particulière en droit positif, laquelle n'a d'ailleurs pas réellement été réceptionnée en droit public. C'est notamment sur ce fondement de son absence de réception en droit public que Monsieur Sagne semble avoir exclu l'assimilation entre contrat avec soi-même et quasi-régie¹². Dans sa lignée, nous démontrerons que les hypothèses recouvertes par le contrat avec soi-même en droit positif n'englobent pas toutes celles correspondant aux prestations intégrées **(B)**.

¹⁰ V. notamment : DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *loc. cit.*, p. 55 ; DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *loc. cit.*, p. 180 ; BANGUI Taha, « L'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du CE relative au contrat « *in house* » depuis l'arrêt Teckal », *JCP A*, n° 22, 2010, pp. 37-41, comm. n° 2182, pt 12 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 2, *op. cit.*, p. 80.

¹¹ SIÉYÈS Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (édition critique, avec une introduction et des notes par Roberto ZAPPER), Droz, Coll. Les classiques de la pensée politique, 1970, p. 183, tel que cité in GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Presses universitaires du Septentrion, Coll. Thèse à la carte, 1997, p. 62, note 18.

¹² SAGNE Nicolas, *Le contrat in-house*, *op. cit.*, pp. 7-10.

A. L'impossible assimilation de la quasi-régie à l'auto-contractualisme

745. — Avec le développement de l'État et des services qui le composent, corrélativement à la contractualisation de l'action publique¹³, les questionnements doctrinaux concernant l'auto-contractualisme se sont naturellement déplacés vers la qualification des relations entre les services internes de l'État. Le traitement du contrat avec soi-même en droit administratif semble d'ailleurs entièrement axé sur cette problématique¹⁴. Ainsi Monsieur Delcros a-t-il milité, dans ses travaux de doctorat publiés en 1976 sur *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, pour que la qualification de contrat avec soi-même des relations entre services de l'État soit reconnue¹⁵. Après avoir écarté leur concordance avec la définition du contrat avec soi-même en droit positif, il a énoncé que pour étudier les relations au sein des personnes morales complexes, il fallait dépasser les préceptes prônés par Aubry et Rau en vertu desquels à l'unité de volonté correspond une unité de personnalité, pour se concentrer sur l'unité ou la diversité des intérêts en présence. Seuls ces derniers permettraient de révéler l'existence d'un contrat. Or, de nombreux services de l'État sont dotés de patrimoines et poursuivraient en conséquence des intérêts qui, sans être fondamentalement contradictoires, sont distincts. Les actes qu'ils passent entre eux seraient par conséquent de véritables contrats avec soi-même, de telle sorte que :

*« au plus haut niveau, il n'y a qu'un seul intérêt en présence, c'est l'intérêt de l'État. Mais, par ailleurs, il y a contrat parce que tout en étant subordonnés à l'intérêt de l'État, bien qu'en en étant distingués, on peut déceler les intérêts propres des services ayant contracté entre eux. »*¹⁶

¹³ V. notamment : Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 59, vol. 2, 2008, pp. 17-90 (pp. 277-350).

¹⁴ Hormis la confrontation opérée par Monsieur Sagne entre quasi-régie et contrat avec soi-même dans son mémoire (SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, *op. cit.*, pp. 7-10), c'est le cas de Monsieur Delcros (DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 109-113), du professeur Rolin (ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., T. 2, 1997, pp. 350-365) ou encore, plus récemment de Maître Grisoni, alors qu'il cherchait à résoudre la problématique soulevée par la nécessaire sécurisation des relations instituées par voie de contractualisation interne (GRISONI Alexis, *Le contrat avec soi-même en droit administratif*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2010).

¹⁵ DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, *op. cit.*, *ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 113.

746. — Étudiant à son tour la légalité des contrats passés entre services au sein de la personne morale constituée par l'État au cours de ses travaux de doctorat sur les *Accords de volontés et contrats dans les relations entre les personnes publiques*, le professeur Rolin a infirmé les propositions de Monsieur Delcros¹⁷. Il a notamment exposé que les exemples donnés par ce dernier n'étaient pas une preuve d'un réel auto-contractualisme. Il ne s'agirait que de démonstrations du réalisme du droit fiscal ou des réalités propres à l'application du droit de la concurrence¹⁸. Cette position est plus conforme au droit positif actuel que celle de Monsieur Delcros car plusieurs arguments, notamment l'absence de réalisme de la personnalité morale¹⁹, se sont opposés au développement de dispositions tendant à considérer que les services qui composent l'État puissent passer entre eux de véritables actes contractuels²⁰. Il ne semble pouvoir s'agir tout au plus que de « *pseudo-contrats* »²¹. Des notions plus contemporaines, telles que les conventions d'administration, répondent mieux à ces situations²². Cette qualification permet notamment de créer un régime particulier pour ces actes, qu'il peut être souhaitable de ne pas soumettre au régime commun du contrat, parce qu'une soumission pourrait s'avérer inappropriée²³. En conséquence, l'auto-contractualisme dans sa forme la plus épurée n'a pas pu trouver sa place concernant les relations entre personnes publiques ou au sein de l'État français, ce qui a eu un véritable impact sur le développement de la quasi-régie.

747. — Cette position n'est en effet pas seulement celle du droit hexagonal, puisque, comme le rappelait l'avocat général Trstenjak, « *l'exception pour « réalisation d'une*

¹⁷ ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, p. 350.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Sur les théories prônant la réalité de la personnalité morale, v. notamment : LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 14-18 ; WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 253, 1997, pp. 200-218, pts 207-228.

²⁰ V. notamment GRISONI Alexis, *Le contrat avec soi-même en droit administratif*, *op. cit.*, p. 34 ; HOURSON Sébastien, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Coll. BDP, T. 277, 2014, pp. 209-211, pts 320-323 ; ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, pp. 350-365.

²¹ Sur la diversité des paternités et des significations de cette expression, v. HOURSON Sébastien, *Les conventions d'administration*, *op. cit.*, p. 2, pt 2.

²² HOURSON Sébastien, *Les conventions d'administration*, *op. cit.* Monsieur Amilhat, quant à lui, désigne les actes à forme contractuelle passés au sein de l'administration par l'expression « *contrats d'administration* » (AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 585-491, pts 827-843).

²³ GRISONI Alexis, *Le contrat avec soi-même en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 61-62.



mission quasi interne » est fondée sur la simple idée qu'un « contrat avec soi-même » est impossible »²⁴. C'est d'ailleurs par analogie avec cette situation qu'a été fondée la quasi-régie, du fait d'un raisonnement qui peut être résumé par le syllogisme suivant : les relations entre les services internes de personnes morales – principalement l'État – ne sont pas des contrats et par conséquent ne doivent pas être soumises aux règles de la commande publique ; les relations entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs sont assimilées à des actes passés entre les services internes de ces détenteurs ; de ce fait, les actes qu'ils passent entre eux ne peuvent pas être des contrats et ne doivent pas être soumis aux procédures de passation habituellement obligatoires. Les institutions de l'Union européenne ont donc fondé la possibilité d'exonérations procédurales concernant les actes liant les prestataires intégrés à leurs détenteurs sur la similitude des relations qu'ils entretiennent avec celles nouées entre les services internes de l'État. La quasi-régie serait un intermédiaire parfait entre ces services internes et les contrats classiques passés entre deux personnes distinctes : elle permettrait de mettre en présence deux personnalités juridiques, qui entretiennent des relations contractuelles, tout en étant réunies par une seule et même volonté. L'appellation contrat-maison défendue par le professeur Delvolvé trouve ici pleinement son sens²⁵, de sorte que c'est bien l'idée d'un auto-contractualisme qui fonde l'existence de la quasi-régie. Cependant, cette unité semble critiquable, de sorte que la quasi-régie ne constitue pas une situation d'auto-contractualisme au sens originel du terme.

748. — Les détenteurs et leurs prestataires détiennent tous la personnalité juridique, c'est une condition préalable à l'établissement d'un mécanisme interorganique²⁶. En principe, leurs volontés devraient donc être distinctes car :

« le principe de la liaison de la personnalité morale et de la capacité de contracter trouve une justification essentielle dans le fait que seules deux entités différentes sont susceptibles

²⁴ L'avocat général se réfère en réalité à la première édition de l'ouvrage des professeurs Flamme et Dardenne (FLAMME Philippe, FLAMME Maurice-André et DARDENNE Claude, *Les marchés publics européens et belges : l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, Hors collection, 2005, tel que cité in : Concl. Verica TRSTENJAK sur CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 (préc.), *loc. cit.*, note 28.

²⁵ DELVOLVÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *loc. cit.*

²⁶ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A.1.

d'avoir deux volontés effectivement différentes ne se subsumant pas dans une volonté supérieure, qui leur permettent de passer des contrats. »²⁷

Cette affirmation n'est pas d'emblée incompatible avec la quasi-régie. La dérogation interorganique repose en effet sur le constat exprès que malgré la présence de deux personnalités juridiques détenant en principe des volontés distinctes, les conditions particulières du mécanisme interorganique permettent de poser un voile sur les deux volontés, ce qui participera à caractériser le contrat interorganique²⁸. Ce que nous tendons à démontrer, c'est cependant que cette affirmation ne recouvre pas une réalité systématique. Certes, les critères dégagés pour identifier une quasi-régie sont censés expliquer que malgré cette présence effective de deux personnalités juridiques, tremplins nécessaires à l'existence de deux volontés, il n'en existe qu'une. Cependant, cette unité parfaite est impossible car les critères de la quasi-régie ne suffisent pas à garantir qu'au sein de chaque mécanisme interorganique, une seule volonté sera à l'œuvre. Contrairement à ceux permettant de détecter un groupement transparent, ces critères laissent une part d'autonomie fonctionnelle aux prestataires intégrés, laquelle est couplée à l'existence d'une autonomie sur le plan de la volonté. Il apparaît en effet impossible de considérer que le prestataire intégré ne serait que le canal d'une volonté qui serait uniquement celle de son ou ses détenteurs. Pour exemple, même si la Caisse des dépôts et consignations est la détentrice principale de plusieurs opérateurs dédiés, à chaque fois qu'elle en partage la détention avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, elle doit conjuguer avec cette participation. La volonté exprimée par ses prestataires n'est jamais exactement le calque de sa propre volonté : il y a bien deux volontés distinctes. La reproduction de la volonté est ici assimilable à un mélange de couleurs primaires : quand bien même une enfant ne mélangerait que deux millilitres de peinture jaune poussin à deux litres de bleu azur, le bleu ne serait jamais exactement de la même teinte que celle qu'il présentait initialement. Il en est de même avec la volonté du prestataire intégré, surtout depuis qu'il est avéré qu'en cas de co-détention, les détenteurs doivent tous détenir des prérogatives effectives²⁹. L'hypothèse de la détention unique ne s'oppose pas à ce constat car, même dans ce cas, le prestataire est susceptible de développer une volonté autonome³⁰. Il est par conséquent impossible d'établir *a priori* une corrélation automatique entre quasi-régie et auto-contractualisme : puisque ce dernier est un contrat qui n'est conclu que par une

²⁷ ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, p. 365.

²⁸ V. *infra*, Section 2, §1, B.

²⁹ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.

³⁰ V. *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2.



seule volonté, alors la quasi-régie ne peut pas être rangée dans cette catégorie car elle n'éluide pas réellement l'existence d'une seconde volonté.

749. — L'auto-contractualisme a bien eu un impact dans la création du mécanisme dérogatoire dont bénéficient les prestataires intégrés et leurs détenteurs. Il est toutefois impossible de considérer que les critères interorganiques permettent d'établir de façon systématique des hypothèses d'auto-contractualisme. Au contraire, leur périmètre laisse la place à une certaine bilatéralité, qui participe à caractériser le contrat interorganique³¹. Cette bilatéralité est aussi ce qui permet d'écarter la corrélation entre la quasi-régie et la définition du contrat avec soi-même en droit positif français.

B. L'absence de concordance entre la quasi-régie et le périmètre du contrat avec soi-même en droit positif

750. — L'idée de l'auto-contractualisation repose sur la formation du contrat : il s'agit d'une situation dans laquelle une personne contracte avec elle-même. Si elle avait été transposée telle quelle par le droit positif, elle aurait pu être problématique sous l'angle, notamment, de l'exigence de loyauté des relations contractuelles³². C'est peut être l'une des raisons qui ont motivé le développement de la configuration actuelle du contrat avec soi-même en droit positif français. Contrairement à ce qui était prescrit par Monsieur Delcros, la doctrine civiliste majoritaire ne reconnaît pas de contrat avec soi-même reposant sur la « *dissociation des patrimoines au sein d'une même personne juridique.* »³³ Le contrat avec soi-même n'est reconnu que dans des hypothèses de représentation. Il est en conséquence défini la plupart du temps comme étant la situation dans laquelle une même personne est en position de faire naître un acte de volition entre elle-même et une

³¹ V. *infra*, Section 2, §1, B.

³² V. notamment : ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, pp. 354-355.

³³ DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 110.

autre personne qu'elle représente, ou entre deux personnes qu'elle représente³⁴. Il peut en conséquence être défini comme étant

« la situation qui se produit lorsque, par suite du jeu de la représentation, la même personne se trouve à la fois créancier et débiteur : une fois en son nom personnel, l'autre comme représentant d'autrui (par exemple, quand un mandataire désire acheter un immeuble appartenant à son mandant) ; ou bien comme représentant des deux personnes dont les intérêts sont opposés (par exemple, en cas de partage entre plusieurs enfants qui ont le même tuteur) »³⁵.

Il en résulte que, contrairement à ce que l'appellation pourrait laisser penser, le contrat avec soi-même tel qu'il est décrit en France n'implique pas qu'une même personne contracte avec elle-même, mais que la même personne doive concrètement, physiquement signer pour ou à la place d'une ou des deux parties à un même contrat. Son élément distinctif réside par conséquent dans sa formation. Une seule personne physique est nécessaire pour conclure le contrat mais elle n'est pas personnellement les deux parties au contrat. C'est pourquoi, en droit public, il arrive fréquemment que soit utilisée comme exemple du contrat avec soi-même l'hypothèse du conseiller municipal qui est en même temps conseiller général et est amené à participer sous les deux casquettes à un contrat unissant la commune et le département au sein desquels il est élu³⁶. En conséquence, si le contrat avec soi-même résulte bien d'une « démarche contractuelle réalisée par une seule personne, par un seul sujet de droit »³⁷, la définition que revêt le contrat avec soi-même en droit français ne semble pas vraiment recouvrir l'auto-contractualisme. Fréquentes en pratique³⁸, les hypothèses que recouvre cette définition du contrat avec soi-même relèvent néanmoins de la curiosité juridique, de celles qui ne

³⁴ V. notamment : TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 199, pt 182. Si le professeur Rolin mentionne bien les situations dans lesquelles il y a, exceptionnellement, une seule personne juridique à la tête de deux patrimoines, il ne cite qu'un exemple : celui d'un héritier qui choisirait de dissocier le patrimoine hérité du sien, tout en précisant qu'aucun précédent jurisprudentiel ne semble exister (ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, op. cit., T. 2, p. 354). Deux arguments peuvent en outre être cités : premièrement, il ne peut s'agir d'auto-contractualisme pur mais bien, à nouveau, d'une hypothèse de représentation car l'héritier gère bien deux patrimoines, mais le second patrimoine repose en réalité sur le prolongement de l'altérité de la personne décédée ; deuxièmement, cette même personne agira pour deux patrimoines distincts et donc sur le fondement de deux qualités distinctes, ce qui l'éloigne de l'auto-contractualisme pur.

³⁵ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 58, pt 141.

³⁶ DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, op. cit., p. 111 ; ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, op. cit., T. 2, p. 356.

³⁷ GRISONI Alexis, *Le contrat avec soi-même en droit administratif*, op. cit., p. 21.

³⁸ Il est en effet « assez fréquent, notamment par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale, qu'une même personne agisse, d'une part, en son nom propre et, d'autre part, au nom d'une personne, habituellement morale, dont elle a en charge les intérêts » (MESTRE Jacques, « Du contrat conclu avec soi-même », *RTD civ*, 1990, n° 2, pp. 265-266, 265).

sont pas envisagées lors de l'édiction des réglementations dans le cadre desquelles elles surgissent. Plus précisément ici, ce cadre est celui de la représentation.

751. — Ce système de représentation, qui est inhérent au contrat avec soi-même, est absent des hypothèses interorganiques. La quasi-régie n'implique pas que le prestataire intégré représente ses détenteurs. Il n'est pas leur mandataire³⁹. Plus encore, ces deux mécanismes correspondent à des mouvements antagoniques. Le contrat avec soi-même concerne une seule et même personne juridique qui serait amenée à passer des actes contractuels au nom de quelqu'un d'autre. La quasi-régie, quant à elle, identifie deux personnalités juridiques liées par des relations contractuelles dont on considérerait qu'elles ne sont pas réellement des contrats car, notamment du fait des trois critères nécessaires à sa mise en œuvre, elles ne forment qu'une seule et même personne. Même dans sa traduction en droit positif français, le contrat avec soi-même ne peut pas y être assimilé. La quasi-régie pourra tout au plus faire naître de nombreuses hypothèses de contrat avec soi-même au quotidien. Elle constitue par ailleurs un cadre dans lequel la survenance d'un contrat avec soi-même est plus élevée que celle qui existe ordinairement pour les personnes qui sont membres de plusieurs assemblées délibératives, puisque la quasi-régie impose aux prestataires intégrés de contenir dans leurs organes de direction des personnes représentant leurs détenteurs. Or, le droit positif proscrie plusieurs situations de contrat avec soi-même. Se pose ainsi la question de leur confrontation à la quasi-régie. Permet-elle de passer outre les dispositions prohibitives encadrant les hypothèses de contrat avec soi-même ?

752. — C'est en effet un véritable contexte de méfiance qui encadre l'anormalité des hypothèses recouvertes par le contrat avec soi-même. Celles-ci font l'objet d'un encadrement législatif rarement critiqué par la doctrine, en raison notamment du risque de conflits d'intérêts qui peut survenir en leur sein⁴⁰. En résultent plusieurs exemples de prohibition du contrat avec soi-même en droit positif : en droit privé, malgré une autorisation de principe, avec par exemple l'article 1596 du Code civil⁴¹, mais aussi en

³⁹ V. *infra*, §2.

⁴⁰ V. notamment : MESTRE Jacques, « Du contrat conclu avec soi-même », *loc. cit.*, pp. 265-266.

⁴¹ « Le contrat avec soi-même n'étant pas interdit, sauf certaines exceptions comme celle figurant à l'article 1596 du code civil concernant les ventes par adjudication (M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, p. 219, n° 292, LGDJ, 1982 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, p. 180, n° 182, Dalloz, 2002) » (ZALEWSKI Vvien, « Bail avec soi-même, vices du consentement et vente du bien loué », *AJDI*, 2006, n° 4, pp. 270-271, p. 270). V. aussi : TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 58, pt 142.

droit public où sont par exemple interdits les contrats entre un maire agissant en son nom d'une part et au nom de sa commune d'autre part, afin d'éviter la collusion et le détournement de l'intérêt général⁴². La jurisprudence n'a pas tranché au sujet de la prohibition ou la légalité des contrats avec soi-même, bien qu'une propension à appliquer les dispositions prohibitives de façon extensive soit parfois relevée⁴³. Au contraire, cette interdiction n'est pas présente dans la quasi-régie, parce qu'elle repose sur une justification : elle est une sphère dérogatoire autorisée délimitée par des critères d'appartenance qui garantissent la légalité des contrats passés sans concurrence entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs⁴⁴. Il semble cependant que cette sphère dérogatoire ne permette pas de passer outre les prohibitions préexistantes concernant les contrats avec soi-même. Si les hypothèses de contrats avec soi-même semblent vouées à être fréquentes au sein de la quasi-régie, les dispositions prohibitives qui accompagnent éventuellement ces hypothèses auront également vocation à s'appliquer sans restriction dans le cadre interorganique. L'absence de concordance entre quasi-régie et contrat avec soi-même n'en sera que confirmée.

753. — Hormis l'hypothèse de l'utilisation pédagogique, la référence au contrat avec soi-même ne semble possible qu'en considérant qu'elle correspond à une nouvelle théorisation du contrat avec soi-même en droit public, avec des pourtours qui lui seraient propres. Une telle hypothèse serait envisageable puisque les auteurs s'accordent à reconnaître que cette théorie n'a pas réellement trouvé sa place en droit administratif⁴⁵. La concordance des expressions est cependant trompeuse et il serait plus sûr de théoriser un contrat interorganique à part entière. Cette singularisation est d'autant plus nécessaire que le contrat interorganique doit également être distingué des quasi-contrats.

⁴² ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, p. 356. V. aussi : DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État*, *op. cit.*, p. 111.

⁴³ Le professeur Mestre relève par exemple une tendance à l'interprétation « très extensive » de l'article 1596 du Code civil (MESTRE Jacques, « Du contrat conclu avec soi-même », *loc. cit.*, p. 265).

⁴⁴ V. *supra*, Partie 1, Titre 2.

⁴⁵ ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*, T. 2, pp. 359-362.

§2. L'absence d'assimilation de la quasi-régie aux quasi-contrats

754. — La jurisprudence civile utilise généralement le quasi-contrat pour « pallier un vide juridique, où l'absence de règles applicables, unilatérales ou contractuelles, risque de déboucher sur une situation inéquitable »⁴⁶. La création récente d'un quatrième quasi-contrat⁴⁷ confirme ce caractère malléable⁴⁸ et rend pertinente la question d'un rapprochement avec d'autres catégories existantes. La spontanéité étant un élément essentiel du quasi-contrat⁴⁹, il est plus fréquent qu'il soit enclenché par l'action d'une personne physique, qui est par nature moins encadrée que celle des personnes morales. L'émergence de quasi-contrats n'est cependant pas exclue entre personnes morales et peut potentiellement naître entre les acteurs interorganiques. Ceci impose de se demander comment ils s'articulent avec la quasi-régie.

755. — Conçue en droit romain comme n'étant, « en bref [...], que ce qui n'est ni contrat, ni délit, ni quasi-délit »⁵⁰, et après être devenue au début du XX^{ème} siècle « une structure utile, qui ne signifie plus rien, au moins en tant que source des obligations »⁵¹, la notion de quasi-contrat s'est désormais stabilisée parmi les moyens de créer des obligations à côté

⁴⁶ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, Coll. Droit public, 1995, p. 61, pt 94.

⁴⁷ Cass., Chambre mixte, 6 septembre 2002, *M. Bossa et union Fédérale des consommateurs « Que Choisir » contre sté « Maison française de distribution »*, n° 98-22.981 ; JurisData n° 2002-015478 ; *Bull. inf. Cass.*, n° 564, 15 octobre 2002, avis Raymond De GOUTTES, rapport Jean-Pierre GRIDEL ; *Rec. Dalloz*, 2002, n° 39, p. 2963, note Denis MAZEAUD ; *Contrats, concurrence consommation*, 2002, n° 10, p. 39, comm. n° 151, obs. Guy RAYMOND ; *Communication commerce électronique*, 2002, n° 12, p. 24, comm. n° 156, note Philippe STOFFELMUNCK ; *JCP G*, 2002, II, n° 10173, note Stephan REIFEGERSTE ; *LPA*, 2002, n° 213, p. 16, note Dimitri HOUTCIEFF ; *Revue Lamy droit économique*, 2002, n° 54, n° 3427, chron. Bertrand FAGES. Il s'agirait même, selon le professeur Grimaldi, d'une nouvelle source d'obligation résultant de faits illicites et non, comme le quasi-contrat, de faits licites. V. plus précisément : le Livre premier de ses travaux de doctorat (GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, Coll. Doctorat et notariat, T. 23, 2007, pp. 47-248).

⁴⁸ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 58, pt 90.

⁴⁹ Selon le professeur Douchy, le quasi-contrat est avant tout un « déplacement de valeur spontané » (DOUCHY-LOUDOT Méline, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, Coll. Droit civil. Série Études et recherches, 1994, p. 173). Cet auteur a d'ailleurs orienté toute la conclusion de ses travaux de doctorat vers cette spontanéité (v. *ibid.*, p. 275, pt 120 et pp. 277-279, pts 121-122).

⁵⁰ DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, Paris : les presses modernes, 1931, p. 8. Sur l'évolution du quasi-contrat depuis sa création par Gaius, v. : DOUCHY-LOUDOT Méline, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *op.cit.*, pp. 6-12, pts 2-6 ; TOURNEAU (Le) Philippe, « Quasi-contrat », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014 (actualité : juin 2015), pts 3-5.

⁵¹ DOUCHY-LOUDOT Méline, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *op. cit.*, p. 178, pt 78.

du contrat, du délit, du quasi-délict et de la loi⁵². Elle regroupe quatre situations en droit positif :

« [à] côté des deux quasi-contrats du Code Napoléon – généralement dénommés (même si le nom n'apparaît pas dans le Code) « gestion d'affaires » et « paiement de l'indu » – la jurisprudence a reconnu officiellement deux autres quasi-contrats : l'enrichissement dit « sans cause », parfois aussi appelé action de in rem verso, et un quasi-contrat encore en quête d'un nom stable, le plus souvent dénommé « illusion de gain », « loterie publicitaire » ou « fausse promesse » »⁵³.

Seuls les trois premiers ont pour l'heure été accueillis en droit administratif, où le quasi-contrat a été transposé malgré certaines résistances doctrinales. Certains auteurs l'ont effectivement décrit comme étant inadapté à l'action administrative⁵⁴. Hormis quelques aménagements⁵⁵, il conserve dans cette discipline sa mécanique globale, laquelle tend à attribuer en vertu de l'article 1370 du Code civil des effets dérivant naturellement d'une convention à une situation non contractuelle⁵⁶. En ce sens, l'utilisation du préfixe « quasi » constitue un véritable point de convergence avec la quasi-régie, qui consiste quant à elle à isoler des situations qui ne correspondent pas à des régies⁵⁷ et à leur en attribuer certains de ses effets. Ici s'arrête cependant le rapprochement entre ces deux figures juridiques, notamment parce qu'elles diffèrent par leur naissance.

756. — En vertu de l'article 1371 du Code civil, « l'obligation quasi contractuelle naît d'une situation juridique à la fois non conventionnelle et licite »⁵⁸. C'est leur processus de formation qui constitue le « dénominateur commun » des quasi-contrats et fait leur unité⁵⁹. Bien que pouvant recouvrir des formes multiples, ce fait générateur ne peut pas être considéré comme susceptible de recouvrir les événements donnant naissance à une

⁵² *Ibid.*, p. 175. Le professeur Noguellou considère néanmoins que le quasi-contrat est l'une des quatre grandes catégories de sources d'obligations, à côté de la loi qui est considérée comme une source particulière (NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 241, 2004, p. 7).

⁵³ V. notamment : DESCHEEMAERKER Éric, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ*, 2013, n° 1, pp. 1-26, p. 2.

⁵⁴ DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁵ V. notamment : DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, *op. cit.*, p. 94 ; MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 61-63 ; MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 173-190.

⁵⁶ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁷ Sur ce point, v. *supra*, notre introduction générale, Section 2, §1, C et §2, A.

⁵⁸ TERRIER Emmanuel, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 17, pp. 1179-1185, p. 1179.

⁵⁹ DOUCHY-OUDOT Méline, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *op. cit.*, p. 15, pt 9.



situation interorganique⁶⁰. Créer un prestataire intégré de toutes pièces ou transformer un organisme préexistant en prestataire intégré est forcément la résultante d'un acte juridique ou d'un ensemble d'actes juridiques. La quasi-régie naît donc de la mise en œuvre d'une volonté ou de plusieurs volontés, alors que le quasi-contrat « *se différencie du contrat en ce qu'il ne suppose aucun accord de volontés générateur d'obligations* »⁶¹. Certes, ce sont les faits purement volontaires qui sont visés par l'article 1371 du Code, nonobstant, ce fait volontaire « *ne s'entend pas de l'intention de son auteur, mais de la liberté dont il jouissait de le poser ou non* »⁶². Il s'agit simplement de vérifier que cet auteur n'a pas été soumis à une « *force coercitive externe* »⁶³ telle que la force majeure. Ainsi la volonté, quand bien même serait-elle unique, n'est pas la source des obligations quasi-contractuelles : premièrement, l'action de l'auteur du fait n'est pas analysée comme une manifestation de volonté ; secondement, la personne engagée n'a pas pu exprimer sa volonté, car elle n'a « *eu qu'un rôle réceptif* »⁶⁴. En revanche, c'est parce qu'ils le décident que les acteurs établissent les paramètres de la quasi-régie, et donc ses conséquences.

757. — Ces conséquences ne visent pas non plus l'objectif qui représente un « *élément fondationnel* » du quasi-contrat : l'équité⁶⁵. C'est l'asymétrie dans les mouvements économiques et juridiques qui a mené à la création des quasi-contrats. Économiques, parce que la « *naissance de l'obligation dans le quasi-contrat résulte du caractère injustifié du déplacement de valeurs* »⁶⁶. Le fait à l'origine du quasi-contrat entraîne un déséquilibre économique entre les patrimoines en présence, déséquilibre que le quasi-contrat vient corriger dans l'optique de satisfaire un but social⁶⁷. Au contraire, la quasi-régie ne suppose pas le déséquilibre économique que les quasi-contrats ont pour fonction de

⁶⁰ « *Le fait de l'homme peut revêtir une multitude de sens. [...] Il s'agit du transfert d'un bien ou de l'accomplissement d'un service* » (*ibid.*, p. 62, pt 28). La création de l'annonce de gain a d'ailleurs encore élargi les faits pouvant faire naître un quasi-contrat (pour une opinion contraire, v. GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, *op. cit.*, pp. 47-248).

⁶¹ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 2. De même, Monsieur Antippas rappelle que « *pour tout quasi-contrat, ce n'est assurément pas la volonté de l'individu qui crée des obligations à sa charge ; et c'est d'ailleurs précisément en cela que les quasi-contrats se distinguent des contrats* » (ANTIPPAS Jérémy, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.*, 2013, n° 1, pp. 27-45, p. 38).

⁶² DOUCHY-OUDOT Méline, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *op. cit.*, p. 62, pt 28.

⁶³ *Ibid.*, p. 62, pt 28.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 173.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 8, pt 3. V. aussi : GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, *op. cit.*, pp. 221-222, pts 469-471.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 188, pt 82.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 20, pt 11 et p. 280, pt 123.

résorber et ne prétend pas remplir cette même fonction. Elle vient certes rétablir un déséquilibre dû à la surcharge de publicité et concurrence imposée aux détenteurs⁶⁸. Cependant, il ne s'agit pas ici de rétablir un équilibre au sein de la relation interorganique. Cette distinction est capitale car la raison d'être des quasi-contrats est de remédier à ce déséquilibre interrelationnel. Ils ouvrent principalement la voie à des régimes de responsabilité permettant l'indemnisation de personnes ayant agi de bonne foi en dehors d'un contrat⁶⁹. L'action *in rem verso* en est la preuve la plus flagrante. Prolongement juridictionnel de l'enrichissement sans cause⁷⁰, elle repose sur ce « latinisme intraduisible [...] qui] signifie, mot à mot, « concernant ce qui a été tourné dans la chose » (du demandeur) – autrement dit : qui l'a enrichi »⁷¹. En permettant un mouvement économique « en retour »⁷², elle constitue « l'ultime remède contre l'injustice des divers moyens de transmettre les biens »⁷³. Rien ne semble en revanche indiquer que le contrat interorganique soit voué à donner lieu à un régime de responsabilité particulière.

758. — Le caractère subsidiaire du régime découlant du quasi-contrat⁷⁴ vient encore ancrer la distinction entre cette catégorie et la quasi-régie. Cette subsidiarité implique en effet que la présence d'un contrat de bonne foi exclut l'enrichissement sans cause⁷⁵, par application traditionnelle du principe de primauté de la responsabilité contractuelle⁷⁶. En conséquence, si rien ne semble s'opposer à la recherche de

⁶⁸ V. *supra*, nos développements sur l'interdépendance entre neutralité et quasi-régie (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, A).

⁶⁹ Concl. Henri SAVOIE sur CE, Section, 20 octobre 2000, *Sté Citécable Est contre Cne de Vittel*, RFDA, 2001, n° 2, pp. 359-370.

⁷⁰ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 37, pt. 50.

⁷¹ DESCHEEMAEKER Éric, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *loc. cit.*, p. 3.

⁷² DOUCHY-OUDOT Méлина, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *op. cit.*, p. 44, pt 20.

⁷³ DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁴ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 115-125. Pour un exemple de la mise en œuvre de ce principe, v. : CE, Section, 5 octobre 2005, *Cne de Maurepas contre Syndicat de l'agglomération nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 256362 ; *Rec.*, 2005, tables, pp. 960 et 1088 ; *Juris-Data* n° 2005-068989 ; *AJDA*, 2006, p. 110 ; *CMP*, 2006, n° 1, p. 20, comm. n° 17, note Gabriel ECKERT). Le Conseil d'État, refusant d'appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause, y est simplement venu « faire application du principe selon lequel l'existence d'un contrat empêche l'invocation des responsabilités extracontractuelles ou quasicontractuelles » (ECKERT Gabriel, « Contrat et quasi-contrat », *CMP*, 2006, n° 1, pp. 20-21, comm. n° 17, p. 21). V. aussi : CAA Marseille, 6^{ème} Chambre, 30 juillet 2007, *Cne de Mention contre Compagnie générale des eaux contre Cne de Menton*, n° 05MA02555, inédit au *Rec.* ; *JurisData* n° 2007-344762 ; *CMP*, 2007, n° 11, p. 29, comm. n° 311, note Éric DELACOUR.

⁷⁵ En droit administratif comme en droit privé (MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 51-52, pt 79).

⁷⁶ Sur ce principe, v. notamment : BERGEAL Catherine et LÉNICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, *op. cit.*, p. 191 ; TERNEYRE Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, Coll. Science et droit administratifs, 1989, pp. 17-69 ; TERNEYRE Philippe, « Responsabilité contractuelle », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, avril 2012 (actualité : juin 2015), pts 110-128.



l'enrichissement sans cause par un prestataire intégré qui se serait spontanément appauvri au profit de ses détenteurs – en effectuant une prestation par exemple –, la présence du contrat interorganique avec lesdits détenteurs est susceptible d'entraîner une irrecevabilité de l'action. Seule la nullité de ce contrat pourrait permettre d'envisager la reconnaissance d'un enrichissement sans cause. Cette prise en compte du contrat interorganique démontre à nouveau les limites de la théorie interorganique, celle-ci n'arrivant pas réellement à innover d'autres domaines que celui de la passation. En dehors de la nullité du contrat interorganique, seules les dérogations à la subsidiarité de l'action *in rem verso*, telle la théorie des travaux non supplémentaires prévus au contrat⁷⁷, laissent envisager la reconnaissance d'une situation extracontractuelle. Concrètement, si un prestataire intégré met en œuvre de tels travaux, il ne sera pas possible d'obtenir de façon automatique une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Les juges administratifs devront, auparavant, rechercher si le contrat qui le lie à ses détenteurs prévoyait cette sujétion, afin de mettre en œuvre les procédés suffisants de la responsabilité contractuelle, ce qui tend à démontrer la réalité d'une relation contractuelle. C'est parce qu'il représente une vraie altérité contractante que le prestataire intégré devra démontrer que les procédés de responsabilité contractuelle ne suffisent pas à indemniser son action.

759. — Ce n'est donc pas dans le quasi-contrat que le contrat interorganique trouve sa catégorie d'appartenance. Il ne la trouve pas non plus dans le contrat unilatéral, une figure si alternative au quasi-contrat qu'avant de consacrer l'illusion de gain comme quasi-contrat, le juge civil a hésité à en faire un contrat unilatéral⁷⁸.

⁷⁷ TERNEYRE Philippe, « Responsabilité contractuelle », *ibid.*, pt 60.

⁷⁸ V. notamment : SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ*, 2006, n° 2, pp. 209-238, p. 213, pt 5.

§3. L'absence d'assimilation de la quasi-régie au contrat unilatéral

760. — La principale caractéristique du contrat unilatéral réside dans le fait qu'il crée des obligations pour un seul des protagonistes, ce qui ne correspond pas à la quasi-régie (A). Ce constat est confirmé par la confrontation entre le contrat interorganique et la principale traduction du contrat unilatéral en droit public : l'offre de concours (B).

A. La bilatéralité de la quasi-régie, frein à son identification au contrat unilatéral

761. — Contradictoire et *a priori* antinomique⁷⁹, l'expression « contrat unilatéral » recouvre des mécanismes diversifiés, tels que : la donation, le prêt et le dépôt non rémunérés, le pacte de préférence, la promesse unilatérale de contrat, le cautionnement, les contrats réels de restitution et la promesse de payer une dette préexistante⁸⁰. Il constitue une structure contractuelle singulière. Actuellement régi par l'article 1103 du Code civil, il implique notamment des conséquences en matière de preuve⁸¹. Il rejoint la quasi-régie concernant sa formation mais s'en sépare résolument dans ses effets.

762. — Si le Code civil ne retient pas la nécessité d'un consentement de deux parties au contrat unilatéral, jurisprudence et doctrine considèrent que : « [...] *'acceptation du créancier [...] est toujours requise ; elle est une condition de validité du contrat ; c'est elle qui lui donne naissance. Le bilatéralisme est « consubstantiel au contrat »* »⁸². Comme les prestations interorganiques, le contrat unilatéral naît d'une convention entre deux personnes juridiques distinctes. Contrat par sa formation, il ne se distingue pas sur ce point de la quasi-régie, qui n'est effective que lorsque les modalités de l'activité exercée par le prestataire intégré pour ses détenteurs sont définitivement actées. C'est cependant dans leurs effets que ces deux mécanismes divergent car au sein du contrat unilatéral, « *si deux*

⁷⁹ « L'expression « contrat unilatéral » d'abord, paraît contenir une contradiction, la notion de contrat véhiculant une idée de bilatéralité qui s'accorde mal, a priori, avec l'affirmation de son unilatéralité » (BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 552, 2014, p. 1, pt 2). « Il intrigue [...] car il porte en lui une apparente contradiction, inscrite dans les deux termes qui le composent ; la notion de contrat n'est-elle pas réfractaire à l'unilatéralité [...] ? Parce qu'il est un « contrat », deux ou plusieurs consentent ; parce qu'il est « unilatéral », un seul s'oblige. » (SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, pp. 209-238, p. 211, pt 4).

⁸⁰ BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, *op. cit.* ; TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 85, pt 64.

⁸¹ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 84-85, pt 65.

⁸² SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, pp. 232-233, pt 29.



consentent, un seul s'oblige. »⁸³ Le contrat unilatéral crée bien des obligations, c'est-à-dire des liens de droit personnel entre un débiteur et un créancier⁸⁴ mais celles-ci sont à sens unique. Elles ne peuvent pas être réciproques et interdépendantes, sous peine de le transformer *a minima* en contrat synallagmatique imparfait ou *a maxima* en contrat synallagmatique⁸⁵. Le curseur de différenciation entre ces types de contrats réside par conséquent dans la réciprocité et l'interdépendance. Ce qui fait l'aspect synallagmatique, c'est bien la réciprocité des obligations et leur indépendance, le fait que les deux parties tiennent « *le double rôle de créancier et de débiteur* »⁸⁶. Au contraire, le contrat unilatéral peut tout au plus faire naître des effets non obligationnels réciproques⁸⁷.

763. — Rien n'impose une telle asymétrie dans la quasi-régie : les contrats passés en son sein font bien naître des obligations. Si le prestataire intégré subit une prérogative exorbitante d'un détenteur qui serait une personne publique, c'est parce que ce dernier bénéficie de cette deuxième qualité et des pouvoirs afférents, ce n'est pas parce qu'il est un détenteur interorganique. De même, les détenteurs n'ont pas le pouvoir d'octroyer plus d'avantages à leurs prestataires qu'un actionnaire, qu'un associé ou qu'un membre classique d'un groupement public, sous peine de voir cette action analysée comme une aide d'État⁸⁸. C'est encore plus flagrant dans le cas d'un mécanisme interorganique inhabituel, tel qu'une association intégrée détenue par un organisme de droit public, une association par exemple, qui serait elle-même détenue par une autorité publique. Cas d'école par excellence, cette situation reste probable, notamment en ce que l'association interorganique détentrice dans la présente hypothèse devient automatiquement un pouvoir adjudicateur (du fait de l'hypothèse prévue par les directives et reprise à l'article 10 de l'Ordonnance du 23 juillet 2015) et peut, en conséquence, devenir elle-même la détentrice d'une association quasi interne. Rien n'impose à ces deux associations une asymétrie dans les obligations qu'elles souscrivent, au contraire : l'absence d'obligations mutuelles et réciproques, au profit de celle tenant le rôle de prestataire intégré, risquerait

⁸³ *Ibid.*, p. 212, pt 4. V. aussi : TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 84, pt 64.

⁸⁴ Pour une définition, v. notamment : NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 5-6, pts 12 et 13.

⁸⁵ V. notamment : LAUBADÈRE (De) André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, 2^{ème} éd., LGDJ, T. 1, 1983, p. 242, pt 184.

⁸⁶ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 84, pt 64.

⁸⁷ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, p. 391, pt 428.

⁸⁸ V. *supra*, Titre 1, Chapitre 2.

d'être perçue comme un avantage injustifié. Ce serait notamment le cas si l'association détentrice consentait un prêt non rémunéré à son association dédiée. Les obligations existent et sont forcément réciproques, venant teinter la quasi-régie du bilatéralisme dans ses effets. Conformément au contrat synallagmatique,

« *« les contractants [s'y] obligent réciproquement les uns envers les autres ». Le rapport d'obligation – multilatéral – est ici parfaitement cohérent dans sa formation et son exécution : deux ou plusieurs consentent ; les contractants sont obligés les uns envers les autres. »*⁸⁹

La confrontation avec le contrat unilatéral met alors en lumière le fait que la quasi-régie respecte les deux étapes nécessaires à la construction d'un contrat synallagmatique : le consentement bilatéral et l'engagement bilatéral. Ce n'est pas le cas du contrat unilatéral, non plus que de l'engagement unilatéral.

764. — Pouvant être défini comme « *un acte juridique unilatéral générateur d'obligations* »⁹⁰, l'engagement unilatéral est problématique au regard du droit positif français. Sa place n'est effectivement pas encore totalement figée mais plusieurs auteurs s'accordent à en percevoir des consécutions légales et jurisprudentielles⁹¹. La mécanique de l'engagement unilatéral de volonté est donc connue et la question de sa corrélation avec la quasi-régie peut être posée⁹². Si dans le contrat unilatéral deux personnes consentent mais une seule s'engage, l'engagement unilatéral est entièrement teinté d'unilatéralité⁹³. Distinct du simple acte unilatéral en ce qu'il n'est censé créer d'obligations que pour celui qui s'engage, il implique qu'une seule personne consent et s'engage, ce qui explique que l'accord de la personne qui bénéficiera éventuellement de l'engagement n'a pas à être recherché⁹⁴. C'est, par exemple, le cas d'un entrepreneur qui,

⁸⁹ SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, p. 212, pt 4

⁹⁰ AUBERT Jean-Luc et GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », *Répertoire de droit civil*, juin 2012 (actualité : juin 2013), pt 4.

⁹¹ V. notamment : BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, *op. cit.*, p. 1, note 3 ; SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, pp. 233-234, pt 30 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 66-72, pts 50-54. Le projet de réforme du droit des contrats ne semble pas le consacrer expressément, ce qui est expressément regretté par certains auteurs (AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, FLOUR Jacques, *Droit civil. Les obligations*, T. 1, 16^{ème} éd., Dalloz Sirey, Coll. Série université. Série Droit privé, 2014, p. 512, pt 500).

⁹² AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, FLOUR Jacques, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 512-515, pt 501.

⁹³ « *De même, dans l'engagement unilatéral, qui consiste en une « manifestation de volonté unilatérale en vue de créer une obligation à la charge de l'auteur de l'engagement »*, le rapport d'obligation – unilatéral – est en totale symétrie dans sa formation et dans son exécution : un seul consent, un seul s'oblige. » (SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, p. 212, pt 4).

⁹⁴ SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, p. 227, pt 24.



après avoir commis une erreur de confection dans un bien immobilier, s'est engagé par lettre à réparer sa méprise⁹⁵. L'engagement unilatéral ne peut pas être assimilé à la théorie interorganique dans sa logique globale car il ne nie pas la présence d'un tiers – comme la quasi-régie le fait en réfutant l'existence d'une seconde volonté. Il reste néanmoins possible d'opérer un rapprochement entre engagement unilatéral et une partie de la création de la quasi-régie lorsque celle-ci repose sur un prestataire intégré revêtant une forme sociétale. L'engagement unilatéral est en effet parfois utilisé pour qualifier l'achat d'actions d'une société en cours de création par une personne tierce⁹⁶. Cette théorie ne fait cependant pas l'unanimité⁹⁷ et ne peut tout au plus concerner qu'une partie de la formation du mécanisme interorganique. D'autres étapes doivent être respectées antérieurement, parallèlement et postérieurement à la prise de participation au sein du prestataire intégré, afin que la quasi-régie soit réellement effective, de sorte que sa logique dépasse celle de l'engagement unilatéral. Enfin, utiliser l'engagement unilatéral ne serait possible que quand un seul pouvoir adjudicateur crée un prestataire intégré. Dès lors que le prestataire intégré est détenu par deux pouvoirs adjudicateurs ou plus, il y a une action commune qui exclut l'unilatéralité. L'engagement unilatéral ne peut donc pas être considéré comme une catégorie englobant la quasi-régie. Parallèlement, cette dernière ne peut pas non plus être identifiée au mécanisme qui se trouve à l'autre frontière du contrat unilatéral : le contrat synallagmatique imparfait. Celui-ci recouvre les situations dans lesquelles au cours du contrat synallagmatique une obligation à charge du cocontractant apparaît, mais qu'il n'y a toujours pas interdépendance des obligations⁹⁸. Cette dissonance dans les obligations ne correspond pas à la quasi-régie, qui ne justifie aucune rupture dans la réciprocité et l'interdépendance des obligations.

⁹⁵ V. notamment : Cass., 1^{re} Chambre civile, 28 novembre 2012, n° 11-20674 ; *Revue des contrats*, 2013, n° 3, p. 865, note Thomas GÉNICON.

⁹⁶ « La personne qui souscrit des actions d'une société en formation ne contracte pas avec une société qui n'existe pas encore et dont elle veut faire partie. Elle ne contracte pas davantage avec les fondateurs qui ne peuvent lui céder des droits qui ne leur appartiennent pas. Elle déclare sa volonté d'entrer dans la société qui sera créée. Cette déclaration de volonté prend une valeur juridique en ce qu'elle est remise aux fondateurs et que cette remise la rend irrévocable. Elle est, de plus, aujourd'hui donnée sous une forme déterminée qui la soutient » (GERMAIN Michel et MAGNIER Véronique (dir.), *Traité de droit commercial*, Georges Ripert et René Roblot, 20^{ème} éd., LGDJ-Lextenso, Coll. Traités, T. 2. *Les sociétés commerciales*, 2011, n° 1425, *Adde infra*, n° 35, tel que cité *in* : AUBERT Jean-Luc et GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », *loc. cit.*, pt 26).

⁹⁷ AUBERT Jean-Luc et GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », *loc. cit.*, pts 18-28.

⁹⁸ V. notamment : BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Dalloz Sirey, Coll. Sirey université, 2014, p. 249, pt 666.

765. — Un dernier point doit être abordé avant d'écarter définitivement le rapprochement entre quasi-régie et contrat unilatéral : la cause de l'obligation. Utilisée pour juger de la licéité d'un contrat en identifiant le *cur debetur*⁹⁹, elle n'est pas absente du contrat unilatéral. L'unilatéralisme empêche cependant de rechercher la cause du contrat dans une contrepartie convenue par la convention¹⁰⁰. Il en résulte, pour Maître Simon, que la cause serait le critère idéal de distinction entre le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral¹⁰¹. Les contrats unilatéraux reposeraient sur une cause extérieure au contrat, alors que les contrats synallagmatiques seraient caractérisés par une cause interne au contrat¹⁰². Un tel critère de distinction serait plus pertinent que la condition de réciprocité ou celle de l'interdépendance des obligations, lesquelles se révéleraient trop obscures dans leurs définitions. Selon Monsieur Barbaud cependant, il n'existe aucune définition unitaire de la cause dans les contrats unilatéraux¹⁰³. La seule différence dans la cause entre contrat synallagmatique et unilatéral résiderait uniquement dans la forme qu'elle revêt¹⁰⁴. La sanction de la cause dans le contrat unilatéral par exemple, ne diffère pas de sa sanction dans les contrats synallagmatiques¹⁰⁵. Il semble donc difficile de reconnaître dans la cause le critère de différenciation entre contrat unilatéral et contrat synallagmatique et, par conséquent, de l'utiliser pour distinguer le premier du contrat interorganique. La mention de la cause permet toutefois de souligner que rien dans ce dernier ne suppose l'absence de cause, à l'instar de la réciprocité des obligations et leur interdépendance. Il est donc impossible de refuser automatiquement la qualité de contrat au contrat interorganique sur ce fondement.

766. — Présente dans le contrat unilatéral sans pour autant le caractériser, la cause trouve aussi sa place dans l'offre de concours¹⁰⁶, principale traduction du contrat unilatéral en droit public. Cependant, elle ne participe pas non plus à la singularisation de ce mécanisme, c'est donc sur le fondement d'autres éléments que l'offre de concours devra être différenciée de la quasi-régie.

⁹⁹ LOMBARD Frédéric, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 77, 2008, p. 12, pt 13

¹⁰⁰ GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Hors collection, 2006, p. 4, pt 3.

¹⁰¹ SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, pp. 219-227, pts 15-23.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 219-220, pts 15 et 16.

¹⁰³ BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral*, *op. cit.*, pp. 115-133, pts 220-249.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 165, pt 330.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 151-164.

¹⁰⁶ V. LAUBADÈRE (De) André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, T. 1, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 559, pt 518. V. aussi : LOMBARD Frédéric, *La cause dans le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 63, pt 69.



B. La bilatéralité de la quasi-régie, frein à son identification à l'offre de concours

767. — L'offre de concours est un contrat issu de l'acceptation, par une personne publique, d'une offre de contribution en matière de travaux publics formée par un pollicitant¹⁰⁷. Elle regroupe concrètement des « *contributions volontaires quelle que soit leur nature, apportées par une personne physique ou morale à une opération de travaux publics* »¹⁰⁸. Ce mode de financement privé d'opérations immobilières en matière de travaux publics¹⁰⁹ constitue une libéralité intéressée propre au droit administratif. Il constitue une libéralité car il est interdit de permettre à l'offrant de bénéficier d'une prestation équivalente à l'apport qu'il propose. Cette libéralité est intéressée, puisque c'est uniquement parce qu'il sait que sa contribution favorisera l'exécution de travaux publics qui lui seront utiles, que le pollicitant propose ses services¹¹⁰. Comme aucune forme de contribution n'est imposée, l'offre peut être pécuniaire ou en nature¹¹¹. Le pollicitant peut donc être un particulier acceptant de prendre en charge l'entretien d'un chemin communal qui, tout en étant construit pour le compte d'une commune dans un but d'intérêt général, désenclaverait sa propriété. Ce peut encore être une société acceptant de construire un carrefour giratoire desservant un ouvrage public qu'un département s'est engagé à construire et dans lequel il est prévu que cette société dispose de bureaux¹¹². L'offre de concours est donc un contrat qui, quand il est conclu, s'inscrit dans une opération de

¹⁰⁷ Sur la diversité des pollicitants, v. POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, pp. 1625-1652, pp. 1628-1630.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 1628.

¹⁰⁹ Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* considéraient que l'offre de concours n'était pas réduite aux travaux publics (ils affirmaient notamment que l'offre de concours était « *un contrat par lequel une personne privée ou publique s'engage à fournir une prestation en argent ou en nature à une collectivité publique en vue de l'organisation d'un service public* » (LAUBADÈRE (de) André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, T. 1, p. 267, pt 208 et p. 268, pt 208). Cependant, ce champ d'application est depuis devenu caractéristique de l'offre de concours, principalement sous l'influence de la jurisprudence (v. notamment : AUBY Jean-Marie, « Offre de concours », *Juris-Classeur administratif*, fasc. n° 684, 2013 (dernière mise à jour au 12 février 2013), pt 7 ; POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc. cit.*, p. 1633 ; POUJADE Bernard, « Retour sur l'offre de concours », in : BIENVENU Jacques, DEGOFFE Michel et FATÔME Étienne (coord.), *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ-Lextenso, Coll. Les Mélanges, 2013, pp. 284-290, p. 287 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 74, pt 132 ; SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.* p. 361).

¹¹⁰ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc. cit.*, pp. 1631-1632. Pour des exemples récents, v. : du même auteur, « Retour sur l'offre de concours », *loc. cit.*, p. 286.

¹¹¹ Sur la diversité des formes de la contribution, v. : POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc. cit.*, pp. 1630-1632 ; SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, p. 362.

¹¹² Pour des exemples plus récents, v. notamment : POUJADE Bernard, « Retour sur l'offre de concours », *loc. cit.*, pp. 284-286 ; SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, pp. 361-364.

travaux publics plus large. La nécessaire existence de cette opération donne une importance au contenu et à l'ampleur de la mission effectuée, dont l'offre de concours est en réalité l'accessoire. Cet aspect accessoire est d'ailleurs propre au contrat unilatéral dans son ensemble, qui s'inscrit souvent dans un « *rapport synallagmatique plus large* »¹¹³. Il ne correspond pas à la quasi-régie, qui se concentre peu sur la nature de l'opération et principalement sur les relations des acteurs en présence¹¹⁴. Si le contrat interorganique est bien constitué de la convention qui, passée entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs, a pour objet les missions que les premiers exercent pour les second, il ne s'y limite pas. Il repose plus largement sur la globalité des relations institutionnelles et matérielles que ces acteurs entretiennent. Alors que l'offre de concours – et, plus largement, le contrat unilatéral – est généralement l'accessoire d'une opération ou d'une relation contractuelle plus large, le contrat entre le prestataire intégré et ses détenteurs forme la partie indivisible d'un tout formé par une configuration particulière de données institutionnelles – le contrôle analogue ou conjoint et le type de participations au capital – et matérielles – l'activité essentielle.

768. — C'est d'ailleurs parce que la quasi-régie forme ce tout indivisible que le contrat qui scelle sa création et ceux qui sont passés en son sein, entre les acteurs du mécanisme interorganique, peuvent l'être sans mise en concurrence préalable. Le fait que l'offre de concours se caractérise également par une telle exonération – aucune disposition ne soumettant expressément ces offres à une procédure particulière – ne peut donc pas être interprété comme un point commun. Cette conséquence semble en effet entraîner une mauvaise presse pour l'offre de concours, en ce qu'elle pourrait notamment être utilisée pour dissimuler un marché public¹¹⁵. Rarement mise en œuvre¹¹⁶, l'offre de concours est en conséquence appelée à être de moins en moins utilisée car il existe une véritable tendance du législateur à adopter des mesures visant à limiter le recours à ce mécanisme, comme il l'a notamment fait avec l'article L. 1414-11 du Code général des collectivités territoriales¹¹⁷. De même, si elle doit porter sur des travaux publics, l'offre de concours est proscrite en droit de l'urbanisme concernant les permis de construire. Son utilisation dans ce cadre serait effectivement contraire au caractère limitatif de ce qui peut être exigé de la part d'un bénéficiaire d'un permis de construire.

¹¹³ SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *loc. cit.*, pp. 23-24, pt 22.

¹¹⁴ Sur l'absence d'importance de la nature de l'activité, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1.

¹¹⁵ SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, p. 364.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 361 ; v. aussi : AUBY Jean-Marie, « Offre de concours », *loc. cit.*, pts 2-3.

¹¹⁷ EMERY Cyrille et PEYRICAL Jean-Marc, « Contrats de partenariat », *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, septembre 2013 (actualisation septembre 2013), pt 104.



Une telle solution résulte de l'interprétation fournie par le Conseil d'État de l'article L. 332-6 du Code de l'urbanisme, ce que le juge administratif sanctionnera d'ailleurs systématiquement car c'est un moyen d'ordre public¹¹⁸. Alors que la quasi-régie semble être une dérogation conforme aux lignes directrices du droit des contrats publics contemporains, l'offre de concours apparaît comme l'un de ces mécanismes anachroniques qui perdurent envers et contre celui-ci. Outre ces considérations permettant de distinguer quasi-régie et offre de concours sur le fondement de leurs logiques sous-jacentes, il peut également être relevé que la première diffère de la seconde du fait de son appartenance à la catégorie des contrats unilatéraux et du fait de sa très forte administrativité.

769. — Il importe de ne pas se laisser tromper par la construction successive de l'offre de concours. Elle débute bien par une offre formulée unilatéralement par le pollicitant mais elle ne prend réellement vie que lorsque l'administration l'a acceptée. Deux personnes juridiques distinctes consentent à sa création. Cette définition de l'offre de concours découle de la proposition formulée par le professeur Poujade en 1985. Constatant que la jurisprudence laissait subsister une équivoque entre la promesse de concours et le contrat d'offre de concours¹¹⁹, il militait pour que l'offre de concours désigne le produit final, celui qui résulte de l'offre acceptée, ce qui correspond au contrat de concours dans sa totalité. Ainsi énonçait-il que l'offre de concours « *se situe au-delà de la pollicitation* » car « *sa concrétisation implique la concordance reconnue des volontés des deux parties.* »¹²⁰ Si les expressions doctrinales varient – d'aucuns utilisant l'expression « offre de concours », d'autres la locution « contrat d'offre de concours » –, cette vision semble désormais partagée par la doctrine. Ce que les auteurs appellent désormais l'offre de

¹¹⁸ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 octobre 2007, *Cne de Biot contre Sté Deviq Rhône-Alpes*, n° 268205 ; *Rec.*, 2007, tables, p. 1123 ; *Juris-Data* n° 2007-072508 ; *AJDA*, 2008, n° 16, p. 889, note Bernard POUJADE ; *Droit administratif*, 2007, n° 11, comm. n° 163 ; *JCP N*, 2007, n° 43, act. n° 670, note Marie-Christine ROUAULT ; *Gaz. Pal.*, 19 février 2008, n° 50, p. 22 ; *RDI*, 2007, n° 5, p. 456, note Pierre SOLER-COUTEAUX. Le Conseil d'État a en réalité tiré ici les conséquences de l'arrêt *SNC Cœur Défense* en matière de participation des bénéficiaires d'autorisations de construire (CE, Section, 4 février 2000, *Epad contre SNC Cœur Défense*, n° 202981 ; *Juris-Data* n° 2000-060068 ; *Rec.*, 2000, p. 31 ; *JCP G*, 2000, IV, 2119, obs. Marie-Christine ROUAULT ; *Droit administratif*, 2000, comm. n° 77 ; *Collectivités – Intercommunalité*, 2000, comm. n° 31, note Jacques MOREAU). V. notamment : AUBY Jean-Marie, « Offre de concours », *loc. cit.*, pt 34 ; POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *BJCP*, 2006, n° 44, pp. 2-6, p. 4.

¹¹⁹ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc cit.*, p. 1652. V. aussi, du même auteur, « L'offre de concours », *BJCP*, *loc. cit.*, p. 4.

¹²⁰ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc cit.*, p. 1651.

concours, c'est en effet le mécanisme contractuel dans son ensemble¹²¹. Ainsi ne nient-ils pas le caractère contractuel du mécanisme, en opposition expresse avec ce qui était exprimé par Gaston Jèze, pour qui l'offre de concours n'était qu'une « *manifestation unilatérale de volonté créatrice d'obligations* »¹²². Ces auteurs se rejoignent également concernant son caractère unilatéral, dans la lignée des auteurs du *Traité des contrats administratifs*, qui y voyaient « *l'exemple le plus typique [du contrat unilatéral] en droit administratif* »¹²³. Son appartenance à cette catégorie se manifeste effectivement dans l'asymétrie des obligations¹²⁴ : seul le pollicitant s'engage. À ce stade, l'offre de concours ne doit pas être confondue avec la promesse unilatérale de contrat, dont le stéréotype est la promesse de vente. Dans la promesse unilatérale de contrat, le promettant formule une offre aux conditions délimitées, qui débouchera sur la conclusion d'un contrat synallagmatique classique si celui à qui cette offre est adressée lève l'option. En conséquence, dès lors que la promesse unilatérale de contrat est formulée, le promettant s'engage à mettre en œuvre ce qu'elle implique, ce qui distingue sa position de celle du « simple pollicitant »¹²⁵. Au contraire, l'offre de concours n'engage le pollicitant que lors de l'acceptation de son offre. Cette offre ne doit donc pas être confondue avec une levée d'option.

770. — L'unilatéralité de l'offre de concours, nouveau point cardinal de différenciation avec la quasi-régie, ne débute réellement que lors de la formation du contrat de concours. Une fois ce dernier conclu, le pollicitant ne peut plus retirer son offre et est dans l'obligation de réaliser la contribution qu'il a proposée. À l'inverse, l'administration reste libre de ne pas exécuter les travaux après avoir accepté l'offre de concours¹²⁶. Si elle décide de ne pas effectuer les travaux qui ont motivé la contribution, le contrat sera caduc, ce qui empêchera le pollicitant d'engager sa responsabilité contractuelle. Il pourra simplement réclamer une indemnisation des travaux éventuellement engagés¹²⁷. Cette asymétrie relève d'un privilège de l'administration, qui

¹²¹ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 74, pt 132 ; GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, 3^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2011, p. 62, pt 56.

¹²² LAUBADÈRE (De) André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, T. 1, p. 267, pt 208.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, *loc. cit.*, p. 1650. Maître Symchowicz qualifie l'offre de concours de contrat administratif « sui generis qui reçoit habituellement la dénomination équivoque de « contrat unilatéral » » (SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, p. 362).

¹²⁵ « À la différence d'un simple pollicitant, le promettant est obligé, et cela même s'il devient ultérieurement incapable ou s'il décède avant la levée de l'option » (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 138, pt 117).

¹²⁶ POUJADE Bernard, « Retour sur l'offre de concours », *loc. cit.*, pp. 289-290.

¹²⁷ SYMCHOWICZ Nil, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.*, p. 363.



permet à celle-ci de rester juge de l'opportunité à réaliser les travaux¹²⁸. Il en résulte que, dans l'offre de concours, l'asymétrie du contrat unilatéral est motivée par un élément qui n'existe ni dans les contrats unilatéraux de droit privé, ni dans le contrat interorganique : l'aspect inégalitaire du droit administratif. C'est cette singularité qui explique que le caractère administratif de l'offre de concours soit peu contesté¹²⁹. Le fait que la personne publique conserve un pouvoir d'opportunité est ici justifié par sa qualité. Certes, les détenteurs interorganiques peuvent retirer leur participation à tout moment. Toutefois, ils le peuvent de la même manière qu'une personne privée peut se retirer d'une association ou qu'un actionnaire classique revendant ses parts d'une société. Parallèlement, tout contrat synallagmatique conclu avec le prestataire intégré doit être exécuté, ce qui exclut l'assimilation à l'offre de concours et ses mécanismes si particuliers.

771. — Par opposition, l'administrativité de l'offre de concours permet de faire ressortir le caractère commun de la quasi-régie : cette dérogation ne permet de réserver une sphère particulière pour les pouvoirs adjudicateurs et leurs opérateurs dédiés que sur le fondement de principes qui ne ressortissent pas de l'exorbitance du droit public. Le processus de singularisation par la publicisation qui se retrouve notamment dans le mandat administratif¹³⁰ en est absent.

772. — Le contrat interorganique repose sur la négation de la présence d'un tiers et non sur l'extension de la sphère administrative. L'exclusion du quasi-contrat tendait déjà à démontrer une certaine bilatéralité de la quasi-régie. Cette bilatéralité est confirmée par la confrontation entre le contrat interorganique, le contrat unilatéral et ses manifestations en droit public. L'impossible assimilation entre la quasi-régie et des mécanismes semblant *a priori* très proches que sont les différentes manifestations conventionnelles du mandat confirment encore cette hypothèse, tout en affirmant le caractère inédit de la quasi-régie.

¹²⁸ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, *loc. cit.*, pp. 1640-1641 et pp. 1648-1650.

¹²⁹ *Ibid.* V. aussi : POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, *loc. cit.*, p. 1649.

¹³⁰ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, LGDJ, Coll. BDP, 2001, T. 216, p. 555.

SECTION 2. L'ABSENCE D'ASSIMILATION DU CONTRAT INTERORGANIQUE AUX MANDATS RECONNUS PAR LE DROIT PUBLIC

773. — La quasi-régie ne peut être englobée ni par la catégorie des quasi-contrats, ni par celles des contrats unilatéraux, des contrats synallagmatiques imparfaits ou des engagements unilatéraux, non plus que par le contrat avec soi-même. Le présent chapitre tendant à démontrer qu'elle constitue un mécanisme contractuel inédit, il reste néanmoins une dernière exclusion à opérer : celle des mandats conventionnels ou assimilés. Le premier d'entre eux est naturellement le mandat de l'article 1984 du Code civil, essentiellement transposé en droit administratif par le juge¹³¹. Rien ne semble s'opposer à ce qu'une telle convention se superpose à un contrat interorganique – il est d'ailleurs fréquent que ces mandats soient conclus en sus d'autres contrats passés entre les mêmes parties pour d'autres objets.

774. — Il serait néanmoins erroné de considérer qu'ils sont automatiquement entremêlés (§1). Les modifications subies par le mandat au contact du droit administratif ne permettent pas non plus d'aboutir à une telle compatibilité (§2).

¹³¹ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 17-18.

§1. L'absence d'assimilation au mandat civiliste

775. — Le mandat dit civiliste reçoit en droit public une définition *a priori* similaire à celle qui lui est donnée en droit privé, le mandat étant « *le contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre personne (le mandataire), le pouvoir d'accomplir un acte juridique pour son compte et en son nom.* »¹³² Il est impossible de considérer que ce mécanisme est automatiquement mis en place par le contrat interorganique, tant concernant le mandat civiliste exprès **(A)**, que le mandat tacite **(B)** ou le mandat apparent **(C)**.

A. L'absence d'assimilation au mandat civiliste exprès

776. — La superposition automatique d'un mandat tel que celui décrit à l'article 1984 du Code civil aux contrats interorganiques pourrait être financièrement intéressante pour les prestataires intégrés. Un opérateur dédié mandataire d'une collectivité locale pourrait par exemple l'utiliser pour obtenir des avantages lors de la négociation de garanties d'emprunts auprès de créanciers¹³³. Il faudrait, pour ce faire, que le contrat interorganique remplisse les trois éléments imposés par l'article 1984 du Code civil : l'accomplissement d'actes juridiques par le mandataire, au nom du mandant et pour son compte. La mention « au nom de » implique la substitution du mandataire à la personne du mandant et la mention « pour le compte de » fait référence à la représentation des intérêts du mandant par le mandataire¹³⁴. Aucun de ces deux éléments ne se retrouve dans la quasi-régie **(1)**. Au sein du mécanisme interorganique, il est également impossible de retrouver la relation de confiance artificiellement créée par la convention de mandat **(2)**. La concordance entre quasi-régie et mandat civiliste exprès devra donc être écartée.

1) L'introuvable pouvoir de représentation et de substitution automatique des opérateurs dédiés

777. — « *La représentation est le mécanisme en vertu duquel un acte juridique accompli par une personne (le représentant), produit directement ses effets sur la tête d'une autre personne (le représenté)* »¹³⁵. Sa mise en œuvre nécessite des circonstances particulières qui ne peuvent être automatiquement présentes dans une situation quasi interne, pas plus que ses effets.

¹³² PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1994, p. 2.

¹³³ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, *op. cit.*, p. 442, pt 552.

¹³⁴ PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 2.

778. — Trois conditions préalables sont effectivement nécessaires à une représentation effective : l'attribution d'un pouvoir de représentation au mandataire, l'intention du mandataire de représenter le mandant et le fait de tenir les tiers informés de sa qualité de mandataire¹³⁶. Les critères de la quasi-régie n'impliquent aucune d'entre elles. Ils tendent à s'assurer de la véracité des relations entre prestataires intégrés et détenteurs, sans leur imposer un comportement particulier auprès des tiers. En outre, les deux autres conditions sont intrinsèquement liées à l'intention propre de chaque mandataire. Ce dernier doit avoir la volonté de mettre en œuvre le mandat, il doit ensuite la manifester et en informer les tiers. Déterminer si un mandataire fait preuve de cette volonté – notamment en le décidant dans la convention de mandat – est une démarche casuistique, qui ne peut faire l'objet d'une systématisation *a priori*. Il est alors impossible de considérer qu'une telle intention est automatiquement présente chez les acteurs du mécanisme interorganique, d'autant plus que cette volonté n'est pas artificiellement créée par une condition nécessaire à l'établissement d'une telle structure.

779. — Ne trouvant pas automatiquement dans la quasi-régie les conditions préalables qui sont nécessaires à sa réalisation, la représentation n'y retrouve pas non plus ses manifestations. Celles-ci sont au nombre de deux : les actes réalisés par le mandataire peuvent être considérés comme ayant été réalisés par le mandant, ce qui engage directement sa responsabilité auprès des tiers¹³⁷. En découle la transparence du mandat : les actes du mandataire passés en cette qualité sont immédiatement considérés comme des actes passés par le mandant¹³⁸ et leur légalité sera appréciée au vu des compétences du mandant¹³⁹. Or, aucune de ces conséquences n'est automatiquement impliquée par le contrôle analogue, le critère de l'activité essentielle ou les exigences en matière de participation au capital interorganique. Il faudrait donc superposer un mandat exprès au contrat interorganique pour que le prestataire intégré puisse devenir le représentant de ses détenteurs ou de l'un d'entre eux.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 2

¹³⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹³⁷ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹³⁸ Ainsi que l'affirme le professeur Canedo-Paris, « on ne peut véritablement parler pour autant d'« assimilation » des actes du mandataire à ceux du mandant car les deux se confondent en réalité : il n'y a pas à proprement parler d'actes « du » mandataire car ceux-ci, au moment, même où ils naissent, sont les actes du mandant lui-même. » (*Ibid.*, p. 50).

¹³⁹ LANGELIER Élise, *L'office du juge et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 42.

780. — Le même constat s'impose pour la substitution qui caractérise les contrats de mandat. Celle-ci se manifeste à travers le fait que la présence du mandant peut être relevée aussi bien derrière le mandataire « acteur » que derrière le mandataire « destinataire », de sorte que, par exemple, une action en justice contre le mandataire interrompt la prescription quadriennale à l'égard du ou des entrepreneurs mandants¹⁴⁰. Une telle situation n'est pas impossible dans le cadre d'un mécanisme interorganique qui, par exemple, passé un entre groupement d'intérêt public et une région, reposerait également sur un mandat. Elle n'est néanmoins pas automatiquement impliquée par la quasi-régie, les critères sur lesquels elle repose ne permettant pas d'effacer la personne du prestataire intégré auprès des tiers. Ainsi, dans l'exemple précité, si le groupement d'intérêt public forme un recours en justice, c'est en son nom propre, en tout cas tant qu'il n'est pas titulaire d'un mandat exprès ou éventuellement tacite pour la région qui le détient. Après des tiers, l'altérité perdure, le prestataire intégré restant une personne distincte de ses détenteurs.

781. — Sur le plan interne cependant, c'est-à-dire au sein du mécanisme interorganique, cette altérité est censée être absente, prestataires et détenteurs étant regroupés sous la même identité. Cette absence de dissociabilité se prolonge d'ailleurs sur le plan patrimonial, rendant impossible l'assimilation entre quasi-régie et fiducie telle que résultant de la loi du 19 février 2007¹⁴¹. Cette loi permet à une même personne d'être à la tête de deux patrimoines pendant une durée limitée, parce qu'une personne lui confie la gestion d'une partie de son patrimoine¹⁴². La logique de la fiducie semble s'opposer frontalement à la logique interorganique, qui tendrait plutôt à nier l'existence d'une dissociation patrimoniale résultant de la présence des deux personnalités juridiques (celle du prestataire intégré et celle de son détenteur). Les mêmes raisons empêchent toute idée de substitution au sein du mécanisme interorganique et entraînent une dernière divergence capitale entre ce mécanisme et le mandat. En effet, la substitution et la transparence qu'elle implique reposent sur le fait que la personnalité juridique du

¹⁴⁰ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 42-47.

¹⁴¹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *JORF* n° 44 du 21 février 2007, p. 3052 ; *AJDI*, 2007, p. 280, obs. Stéphane PRIGENT ; *Rec. Dalloz*, 2007, n° 22, p. 1492, actualité législative par Christophe JAMIN ; *Rec. Dalloz*, 2007, n° 20, pp. 1347-1374, Dossier sur la fiducie ; *RTD civ.*, 2007, n° 2, p. 412, obs. Judith ROCHFELD.

¹⁴² CHAMPAUD Claude et DANET Didier, « La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique », *RTD com.*, 2007, n° 4, pp. 734-737 ; CHAUMEILLE Alain, « Le *trust* en droit français », *AJDI*, 2011, n° 10, pp. 679-684 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ-Lextenso, Coll. Droit civil, 7^{ème} éd., 2014, p. 285.



mandataire est censée s'effacer derrière celle du mandant¹⁴³. Ceci implique un « *don d'ubiquité* » du mandataire¹⁴⁴ car le mandat réunit « [d]eux têtes pensantes »¹⁴⁵. Ainsi, le mandataire n'est pas censé être

*« le pur instrument du mandant, [il n'est] ni ce que les Anglais appellent un conduit-pipe, le canal, le pipe-line par lequel se déverse la volonté du mandant, ni ce que les Romains appelaient le nuntius, le messager, le porte-plume ou le porte-parole, qui n'ont aucune volonté distincte de celui pour lequel ils agissent »*¹⁴⁶.

Au sein du mandat, la personnalité juridique ne s'efface donc que lorsque le mandataire agit en tant que mandataire. Au contraire, la personnalité juridique du prestataire intégré est censée être effacée de façon permanente, même si ses effets dérogatoires ont été circonscrits à ses relations avec ses détenteurs ou à celles qu'il entretient avec d'autres prestataires intégrés de son détenteur interorganique dans le cadre de la quasi-régie horizontale. La volonté des prestataires intégrés ne peut jamais être totalement dissociée de celle de leurs détenteurs : elle en sera toujours dépendante, ce qui contribue au caractère inédit de l'articulation des volontés au sein de la quasi-régie.

782. — Cette relation particulière entretenue par les acteurs interorganiques entraîne naturellement l'impossible transposition automatique, en leur sein, de la confiance artificielle qui se crée entre le mandant et le mandataire.

2) L'impossible transposition de la relation de confiance artificiellement créée par le mandat

783. — Initialement service d'ami permettant de remédier à l'absence d'une personne, le mandat a perdu cette caractéristique lors de sa professionnalisation, c'est-à-dire lorsqu'il est devenu une possibilité de recourir à un spécialiste pour l'exécution d'une tâche trop complexe¹⁴⁷. Il a subi d'autres modifications lors de sa transposition en

¹⁴³ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 277, pt 523.

¹⁴⁴ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 11

¹⁴⁵ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 277, pt 523.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 277, pt 523.

¹⁴⁷ PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, pp 4-5.V. aussi : CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 7-8.

droit administratif¹⁴⁸. Néanmoins, le thème de la confiance caractérise encore le mandat¹⁴⁹ : la confiance que le mandataire représentera les intérêts du mandant et sera bien son « double »¹⁵⁰ ; la confiance, pour le mandataire, qu'il sera bien remboursé des frais et avances engagés et indemnisé des pertes subies¹⁵¹. Cette confiance est cependant limitée et encadrée ; des limites qui témoignent d'une discordance réelle entre le mandat et la quasi-régie.

784. — La confiance est matériellement limitée concernant les actions que peuvent engager les mandataires, notamment du fait de la mécanique de représentation. Celle-ci implique que « *les règles qui s'appliquent au contrat conclu par le mandataire et la nature de cette convention dépendent de ce qu'il en aurait été si le mandant avait directement agi* »¹⁵². Le mandataire ne peut par conséquent engager que des actes qui sont également de la compétence du mandant, sous peine de voir ses actions annulées¹⁵³. Cette limite est absente au sein de la quasi-régie telle qu'elle est définie en droit européen, même si les controverses que traversent actuellement les sociétés publiques locales sur ce point ne sont pas sans appeler certaines précisions¹⁵⁴. La situation est aussi nuancée par une autre caractéristique du mandat : le fait que le mandant ne consent à être engagé par les actes de son mandataire que dans les limites déterminées par la convention de mandat. Son engagement cesse en conséquence dès que le mandataire outrepassé ses pouvoirs ou commet des actes délictuels ou quasi-délictuels¹⁵⁵. Cette limite est largement compréhensible sous l'angle du mandat : elle vient délimiter les bornes de la confiance entre mandant et mandataire, qui restent deux personnes distinctes. Elle est néanmoins difficilement transposable au sein de la quasi-régie. Comment un détenteur interorganique pourrait-il affirmer qu'il n'avait pas connaissance de l'action délictuelle commise par son prestataire intégré ? En pratique c'est amplement concevable, du fait des aspects bureaucratiques de la gestion d'une personne morale, ce qui pourrait par ailleurs entraîner des problématiques contentieuses concernant la délimitation de la loyauté des relations contractuelles dans le cadre de la mise en œuvre de recours tels que

¹⁴⁸ V. CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 41-85.

¹⁴⁹ « *Le mot « mandat » vient du latin : manum dare, donner la main. [...] C'est dire que la relation juridique entre mandant et mandataire est placée sous le signe de la confiance* » (PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 1).

¹⁵⁰ « *Le mandataire constitue en quelque sorte « le « double » du mandant, lequel doit dès lors avoir une totale confiance en la personne de son représentant.* » (CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 9).

¹⁵¹ Il l'est d'autant plus que le Code civil garantit ces remboursements (*ibid.*, pp. 10-11).

¹⁵² LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵³ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴ Sur les controverses actuellement traversées par les sociétés publiques locales concernant les transferts de compétences, v. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B.2.

¹⁵⁵ V. notamment : CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 15-17.



celui créé par l'arrêt dit « *Commune de Béziers II* »¹⁵⁶. Cependant, sans pour autant s'opposer à la passation d'un mandat exprès entre les acteurs interorganiques, les critères devant permettre de repérer un contrôle analogue semblent voués à freiner la reconnaissance juridique d'une telle méconnaissance.

785. — Cette confiance est ensuite limitée en ce qu'elle est artificielle, puisque le mandataire civiliste en droit administratif est rémunéré, dans la lignée de la professionnalisation du mandat qui a caractérisé le droit commun¹⁵⁷. Or, une telle rémunération n'existe pas dans la quasi-régie. Seul un mandat gratuit pourrait être retenu mais celui-ci entrerait alors dans la catégorie des contrats unilatéraux¹⁵⁸. L'assimilation à la quasi-régie pourrait de ce fait être écartée sur le fondement des réserves qui ont été formulées *supra* concernant le contrat unilatéral¹⁵⁹. Il semble que pourrait tout au plus être retenu un mandat ne donnant pas lieu à rémunération apparente. Il faudrait alors considérer que le fait, pour les détenteurs, d'avoir investi au capital du prestataire intégré est une forme de rémunération, mais ce serait exagérer ce rapport financier et lui donner une signification qu'il ne revêt pas réellement. C'est d'autant plus le cas que la contrepartie de cette rémunération est absente de la quasi-régie. En réponse au paiement et afin de voir celui-ci perdurer, le mandataire remplit en effet une tâche de reddition de comptes : il a l'obligation d'informer le mandant de la bonne mise en œuvre de sa mission et de « *lui restituer les sommes reçues en vertu de sa procuration* »¹⁶⁰. Cette tâche est absente de la quasi-régie : le contrôle analogue est censé rendre inutile cette caractéristique, notamment parce que des agents des détenteurs sont présents au sein des organes dirigeants de leurs prestataires intégrés. Aucune des implications de la confiance artificielle créée par le mandat n'est donc présente dans le contrat interorganique.

¹⁵⁶ CE, Section du contentieux, 21 mars 2011, *Cne de Béziers contre Cne de Villeneuve-lès-Béziers*, n° 304806, ECLI:FR:CESEC:2011:304806.20110321 ; *Rec.*, 2011, p. 117 ; *AJCT*, 2011, n° 6, p. 591, obs. Jean-David DREYFUS ; *AJDA*, 2011, n° 12, p. 670, chron. Alexandre LALLET ; *CMP*, 2011, n° 5, p. 36, comm. n° 150, note Jean-Aul PIETRO ; *Droit administratif*, 2011, n° 5, p. 28, comm. n° 46, note François BRENET et Fabrice MELLERAY ; *Rec. Dalloz*, 2011, p. 954, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *Revue contrats publics*, note Gilles LE CHATELIER ; *RDI*, 2011, n° 5, p. 270, note Stéphane BRACONNIER ; *RFDA*, 2011, n° 3, p. 507, note Emmanuelle CORTOT-BOUCHER.

¹⁵⁷ V. notamment : MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, pp. 293-296.

¹⁵⁸ Sur le fait que le mandat, quand il est passé à titre gratuit, est un contrat unilatéral, v. notamment : BOURDELOIS Béatrice, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Dalloz, Coll. Les Mémentos Dalloz, 2015, p. 113.

¹⁵⁹ V. *supra*, Section 1, §3.

¹⁶⁰ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 317, pt 568.

786. — Il n'existe par conséquent aucune concordance automatique entre ces deux mécanismes, qui reposent sur deux logiques distinctes, tout au plus superposables. Ce constat entraîne l'absence de concordance entre contrat interorganique et mandat tacite.

B. L'absence d'assimilation au mandat tacite

787. — De l'exclusion du mandat civiliste exprès découle naturellement l'absence de coïncidence automatique entre quasi-régie et mandat tacite, puisque le mandat tacite ne diffère du mandat exprès que dans sa formation¹⁶¹. Il ne repose pas sur une convention mais se développe, conformément à l'article 1985 du Code civil, « *lorsqu'une personne fait acte au nom et pour le compte d'autrui, qui y consent en silence* ». Or, l'étude des conditions de reconnaissance d'une telle situation démontre qu'en créant des prestataires intégrés, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas être considérés comme ayant exprimé leur volonté de les laisser contracter à leur place.

788. — Introduit en droit administratif par le juge, le mandat tacite y est repéré comme en droit civil, par la méthode du faisceau d'indices¹⁶², ce qui témoigne de son caractère circonstancié et propre à chaque affaire. Il faut rechercher dans chaque situation le consentement du mandant en dehors de son expression conventionnelle¹⁶³. Le mandat tacite ne peut donc être repéré qu'*a posteriori*, ce qui semble difficile à concilier avec un étiquetage automatique des structures quasi internes. Les critères du contrôle analogue, de l'activité essentielle et celui lié aux participations interorganiques, ne peuvent suffire, puisque comme cela vient d'être développé au sujet du mandat exprès, ils ne permettent pas de caractériser une représentation et une substitution du prestataire intégré à ses détenteurs. Si un contrat interorganique contient un mandat, ce n'est pas automatique et c'est parce que les acteurs interorganiques auront choisi de superposer les deux mécanismes. Dès lors qu'il est impossible de considérer qu'un mandat tacite se superpose automatiquement à la quasi-régie, il conviendra, pour les juges, d'utiliser comme à l'accoutumée en matière de mandats tacites un ensemble d'indices présents à côté de ceux créant la structure quasi interne.

789. — Il est important pour la sécurité juridique des acteurs interorganiques qu'ils aient conscience de l'absence de concordance entre quasi-régie et mandat tacite ou

¹⁶¹ V. notamment : CANEDO-PARIS, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 22-26.

¹⁶² *Ibid.*, p. 23, note 8.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 23



exprès. Une telle connaissance des contrats qui les lient devrait naturellement empêcher des erreurs. Elle doit aussi être conseillée aux tiers qui contractent avec les acteurs interorganiques, afin de diminuer le risque de reconnaissance de mandats apparents. Certes, ceux-ci ne sont pas automatiquement impliqués par le contrat interorganique mais leur survenance reste possible en son sein.

C. L'absence d'assimilation au mandat apparent

790. — Créé par la Cour de cassation en 1962¹⁶⁴, le mandat apparent a été transposé par le Conseil d'État en droit public¹⁶⁵ mais il est également susceptible d'être reconnu à l'encontre de l'administration par le juge judiciaire¹⁶⁶. Rarement utilisé par les deux ordres de juridiction concernant les personnes publiques¹⁶⁷, le mandat apparent consiste à reconnaître la présence d'un mandat lorsqu'un tiers de bonne foi démontre qu'il existait pour lui la croyance légitime¹⁶⁸ qu'une personne avec laquelle il a contracté était le mandataire d'une troisième personne morale ou physique. Ce mandat apparent est par conséquent « *manifestement dérogatoire à l'esprit et à la logique même du mandat en cela qu'il reste indifférent à la volonté réelle du mandant et qu'il constitue un mandat sans consentement* »¹⁶⁹. À nouveau, il est impossible de trouver ici un genre dans lequel « l'espèce quasi-régie » s'intégrerait. Comme le mandat tacite, le mandat apparent est trop circonstancié pour être automatiquement entremêlé à toute autre figure contractuelle existante, ce qui implique des problématiques particulières concernant la sécurité juridique pour les acteurs des mécanismes quasi internes et leurs interlocuteurs.

¹⁶⁴ Cass., Ass. plénière, 13 décembre 1962, n° 57-11.569 ; *Bull. Ass. plénière*, n° 2 ; *JCP G*, 1963, II, n° 13105, note Paul ESMEIN ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 277, note Jean CALAIS-AULOIS ; *RTD civ*, 1963, p. 572, obs. Gérard CORNU.

¹⁶⁵ V. notamment : CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif, op. cit.*, pp. 18-22 ; WEISS Jean-Pierre, *L'apparence en droit administratif français*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 2009, T. 1, pp. 115-117.

¹⁶⁶ C'est par une application *a contrario* que le juge judiciaire a consacré cette application (Cass., 1^{ère} Chambre civile, 12 novembre 1998, *Madame Amélia Dos Santos, veuve Henriques, Monsieur Eligio Lopez Mendes et Madame Eudisia Barja, épouse Lopez Mendes contre Commune de Moulins*, n° 96-16.407 ; *RFD A*, 1999, n° 1, note Dominique POUYAUD). V. aussi : DANIS-FATÔME Anne, *Apparence et contrat*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 414, 2004, pp. 176-178, pts 267-270 ; WEISS Jean-Pierre, *L'apparence en droit administratif français, op. cit.*, T. 1, pp. 118-120, pts 122-123.

¹⁶⁷ WEISS Jean-Pierre, *ibid.*, p. 116, pt 119 et p. 118, pt 122.

¹⁶⁸ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 324, pt 580.

¹⁶⁹ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif, op. cit.*, p. 22.

791. — La notion de croyance légitime est fondée sur une volonté d'équité¹⁷⁰. Elle permet d'identifier des situations dans lesquelles une personne était en situation de considérer qu'elle contractait avec le mandataire d'une tierce personne, parce que le prétendu mandataire se comportait comme tel¹⁷¹. La définition de la confiance légitime permet au mandat apparent de recouvrir les hypothèses les plus diverses. Il peut s'agir de situations dans lesquelles il n'y a pas de mandat entre le mandant apparent et le mandataire ou encore d'un cas dans lequel un mandat a réellement existé entre ces deux personnes mais a pris fin, de sorte qu'un tiers a légitimement pu penser que le mandataire apparent était encore lié par un contrat de mandat au mandant¹⁷². Peut également être concernée une hypothèse dans laquelle ce mandat existe mais ne recouvre pas l'action particulière au cœur du litige. À titre d'illustration, peut être citée la croyance, par des personnes physiques, que le maire disposait du pouvoir pour leur vendre un bien au nom de la commune, alors qu'en réalité une illégalité administrative l'en empêchait¹⁷³. Outre les relations entre personnes physiques, il concerne également des cas dans lesquels une personne physique passe un acte pour une personne morale alors qu'elle n'y a pas été habilitée¹⁷⁴. Ainsi, en droit administratif, le mandat apparent peut permettre la validation par le juge de situations dans lesquelles une personne physique a mis en œuvre sans y être habilitée une compétence détenue par une personne publique, alors même que cette habilitation fait partie des moyens d'ordre public¹⁷⁵.

792. — La quasi-régie et les imbrications auxquelles elle donne lieu semblent en conséquence susceptibles d'entraîner des hypothèses de mandat apparent, surtout lorsqu'un prestataire intégré exécute une mission qui revient naturellement à l'un de ses détenteurs : le directeur d'un établissement public peut prendre un acte concernant un bien utilisé par le prestataire mais détenu en réalité par l'un de ses détenteurs, créant ainsi pour les tiers la croyance légitime qu'il a le droit d'adopter cet acte. La problématique peut notamment se poser concernant la gestion des biens, dont le régime

¹⁷⁰ Sur le lien entre équité et croyance légitime, v. notamment : GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, op. cit.*, pp. 222-223, pts 472-473-I.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 19-20.

¹⁷² PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat, op. cit.*, p. 47.

¹⁷³ C'est la situation qui se présentait dans l'affaire dite « Lopez », même si la Cour de cassation a refusé de reconnaître la présence d'un mandat apparent car la requérante disposait de documents tendant à l'informer de la situation (Cass., 1^{ère} Chambre civile, 12 novembre 1998, n° 96-16.407, préc.).

¹⁷⁴ V. notamment : MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 325.

¹⁷⁵ V. notamment : Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 2005, *Commune de Matoury contre Sté UNIMAT*, n° 03-15.385 ; *Bull. inf. Cass.*, 2005, I, n° 284, p. 236 ; *AJDA*, 2005, p. 2124, note Jean-David DREYFUS ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2005, n° 12, p. 16, note Laurent LEVENEUR ; *Revue Lamy droit civil*, 2005, n° 20, p. 8, note Cécile Le GALLOU



d'appartenance n'est pas toujours clair¹⁷⁶. Plus largement, la relation interorganique semble faciliter la survenance de ces situations car elle fait fréquemment participer les mêmes personnes physiques au fonctionnement de deux personnes juridiques différentes. Elle est susceptible de faire naître chez les tiers la croyance légitime que le prestataire intégré peut, par exemple, passer un contrat de vente ou de location portant sur un bien appartenant à l'un de ses détenteurs. Ainsi, au cours d'une sous-concession passée entre un tiers et une société d'économie mixte qui serait un prestataire intégré grâce aux dispositions des directives concernant les participations privées directes¹⁷⁷, il pourrait être décidé de permettre à la personne privée d'occuper un bien qui est habituellement occupé par la société d'économie mixte pour la même mission mais qui appartient en réalité à l'un de ses détenteurs. Les agents appartenant à la société d'économie mixte et à ses détenteurs peuvent croire qu'ils détiennent ce pouvoir. Le tiers cocontractant, au vu de l'imbrication entre la société d'économie mixte intégrée et ses détenteurs, peut légitimement croire qu'il en a légitimement obtenu le titre d'occupation (en tout cas tant qu'il n'est pas avéré qu'il a été informé du contraire). Le détenteur propriétaire du bien pourrait, ultérieurement, vouloir utiliser son bien pour une autre situation et la question du mandat apparent pourrait se poser. Contrat interorganique et mandat apparent sont donc susceptibles de se rencontrer en pratique. Leur concordance systématique est néanmoins inenvisageable, puisque les décisions de justice portant sur le mandat apparent constituent un bloc de « *jurisprudence circonstanciée* »¹⁷⁸. Chaque cas sera particulier, les circonstances de l'affaire devront être décortiquées par le juge pour en déduire la présence d'un mandat apparent. Cette hypothèse du mandat apparent n'apparaît que de façon épisodique, elle ne constitue pas un mode habituel, quotidien de contrat, et ne peut donc englober le contrat interorganique.

793. — L'éventualité de sa survenance au sein des structures quasi internes semble cependant accrue du fait de la complexité desdites structures. Or, le mandat apparent reste une situation à éviter puisqu'il repose sur des situations juridiques chancelantes. Il faut par conséquent procéder à une bonne information des personnes concernées au sein du mécanisme interorganique, mais également des tiers qui sont amenés à passer des

¹⁷⁶ V. notamment : BOSGIRAUD Catherine, « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », *JCP A*, 2006, n° 43, pp. 1374-1376, comm. n° 1248, p. 1374, pt 2.

¹⁷⁷ Sur ce point et les incertitudes qui existent encore à ce sujet : v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Section 1, §2, B.

¹⁷⁸ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 325.

conventions avec ses acteurs. Cette information est importante tant pour les tiers que pour les détenteurs interorganiques, qui risquent d'être engagés par des actions de leurs prestataires intégrés. Certes, ces détenteurs participent à la prise de décision de leurs structures quasi internes mais si l'exécutif du prestataire intégré agit exceptionnellement sans l'agrément de son organe délibératif¹⁷⁹ et qu'au cours de ce cheminement, l'un de ses détenteurs ou aucun d'entre eux n'est informé, ces détenteurs peuvent être engagés *a posteriori*. Des actions ultérieures telles que l'action récursoire restent envisageables¹⁸⁰. Cependant, il s'agit là d'une perte de temps et d'argent qui peut très largement être évitée par une bonne information de tous les acteurs.

794. — Non assimilable aux hypothèses de mandat civiliste, la quasi-régie ne l'est pas non plus à un mécanisme qui est bien plus utilisé en droit public : le mandat administratif¹⁸¹.

¹⁷⁹ Pour un exemple, v. notamment : Cass., 1^{ère} Chambre civile, 28 juin 2005, *Commune de Matoury contre Sté UNIMAT*, n° 03-15.385 ; *AJDA*, 2005, p. 2124, note Jean-David DREYFUS.

¹⁸⁰ Sur sa mise en œuvre, v. notamment : KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 250, 2007, pp. 202-203, pts 525-526.

¹⁸¹ Le professeur Langelier, citant les propos de conseiller d'État Boulouis (Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 février 2010, *Cne d'Oz-en-Oisans et société Territoires 38*, n° 306039 ; JurisData n° 2010-000428 ; *Rec.*, 2010, p. 854 ; *BJCP*, 2010, p. 18), rappelle en effet que « le mandat civil « pur » n'est que rarement utilisé » (LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 44).

§2. L'impossible assimilation automatique au mandat administratif

795. — Définitivement consacrée depuis les travaux de doctorat du professeur Canedo-Paris, qui réfutait l'idée selon laquelle existerait seulement un « *mandat administratif civiliste* »¹⁸², la notion de mandat administratif se distingue des mandats venant d'être étudiés. Ainsi serait-il inapproprié de rechercher si ce mandat administratif peut être tacite ou apparent, puisque par principe, le mandat administratif est toujours implicite¹⁸³. Ceci explique qu'il soit parfois appelé « *mandat tacite* »¹⁸⁴ ou encore « *mandat apparent* »¹⁸⁵. Le mandat administratif remplit une fonction claire : déceler le caractère administratif d'un contrat alors qu'il ne répond pas au critère organique normalement imposé par la jurisprudence pour obtenir cette qualification. C'est d'ailleurs un point qui participe par ricochet à la diminution de son importance, puisque la distinction française entre contrat administratif et privé, parfois dénoncée comme étant artificielle¹⁸⁶, concerne surtout la répartition des compétences juridictionnelles¹⁸⁷. Il en résulte qu'une concordance parfaite entre mandat administratif et quasi-régie impliquerait une assimilation parfaite entre contrat interorganique et contrat administratif, dont découlerait une soumission de droit commun au juge administratif. Une telle assimilation semble cependant impossible. Pour qu'il y ait mandat administratif, et c'est une distinction nette avec le mandat civiliste, une condition organique doit être remplie : le mandat administratif est passé au nom d'une personne publique¹⁸⁸. À ce titre, le mandat administratif est une résurgence de la « *conception organiciste de l'action administrative* »¹⁸⁹, ce qui est fondamentalement contraire à la logique interorganique. Les détenteurs interorganiques étant automatiquement des pouvoirs adjudicateurs mais pas

¹⁸² CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 826.

¹⁸⁴ V. notamment : SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », *CMP*, 2015, n° 22, pp. 28-31, comm. n° 2156, p. 29. Comme le souligne le professeur Canedo-Paris, l'utilisation de cette appellation risque néanmoins d'entraîner une confusion avec le mandat tacite civiliste (CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 143).

¹⁸⁵ DREYFUS Jean-David, « Juge civil, mandat apparent et personnes publiques », *AJDA*, 2005, n° 38, pp. 2124-2125, p. 2124.

¹⁸⁶ AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 226, pt 366. Sur l'atténuation de la distinction entre contrats administratifs et contrats privés, v. plus largement : *ibid.*, pp. 229-232, pts 371-377 ; BRENET François, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, *op. cit.*

¹⁸⁷ SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p. 2156 ; CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise *Peyrot* : la fin », *RFDA* 2015, n° 2, pp. 273-292, p. 284.

¹⁸⁸ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 827.

¹⁸⁹ LACHAUME Jean-François, in CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, préface, p. 1.

nécessairement des personnes publiques, une concordance parfaite entre quasi-régie et mandat administratif est strictement impossible.

796. — La plupart des détenteurs étant amenés à être des personnes publiques, d'autres arguments sont néanmoins nécessaires pour exclure l'assimilation entre les mécaniques de ces deux instruments. Il s'avère que de nombreux éléments permettent de distinguer la quasi-régie du mandat administratif, tant lorsque celui-ci est envisagé dans sa définition extensive qui était selon le professeur Canedo-Paris représentée par l'hypothèse *Entreprise Peyrot*¹⁹⁰ (A), que lorsqu'il est appréhendé dans sa définition restrictive (B).

A. L'absence d'assimilation entre la quasi-régie et la conception extensive du mandat administratif

797. — La notion de mandat administratif n'a pas toujours fait l'objet d'un accord sur son périmètre. L'un des principaux désaccords tenait au fait de savoir si elle recouvrait la solution résultant de la décision *Entreprise Peyrot*¹⁹¹. La situation transitoire dans laquelle se trouve actuellement cette jurisprudence nécessite d'en rappeler les tenants et aboutissants, avant d'exposer pourquoi la trop grande importance qu'elle confère à l'objet du contrat permet d'exclure sa concordance avec la quasi-régie.

798. — La décision *Entreprise Peyrot*¹⁹² a permis de soumettre au juge administratif les contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes à une époque où ceux-ci étaient principalement des sociétés d'économie mixte. Mu par des considérations d'opportunité¹⁹³, le Tribunal des conflits a justifié sa décision par le motif que ces contrats relevaient « par nature de l'État » et étaient par conséquent passés pour son compte. C'est la théorisation de cet apport sous l'angle du mandat administratif qui n'a pas toujours fait l'objet d'un consensus. Pour la doctrine majoritaire, il était impossible de ranger cette décision parmi celles portant sur le mandat, l'utilisation de l'expression

¹⁹⁰ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804 ; *Rec.*, 1963, p. 787 ; *AJDA*, 1963, p. 463, note Michel GENTOT et Jean FOURRÉ ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 534, avec les concl. du Commissaire Claude LASRY, note Pierre JOSSE ; *JCP G*, 1963, II, n° 13375, note Jean-Marie AUBY ; *RDP*, 1964, p. 767, note Francis FABRE et Laurent MORIN.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Pour l'exposé de ces raisons, v. notamment : BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence Peyrot », *Droit administratif*, 2015, n° 5, pp. 37-41, comm. n° 34, p. 38.



« pour le compte de » étant une hérésie¹⁹⁴. En revanche, selon le professeur Canedo-Paris, cette décision, fondée sur l'objet et applicable en l'absence d'influence concrète d'une personne publique, constituait un premier pan du mandat administratif¹⁹⁵. Cet auteur fondait son argumentation sur l'utilisation de l'expression « pour le compte de » et en tirait une déduction résumée en ces termes par le professeur Brenet : « *alors que le mandat administratif est identifié à partir d'un critère matériel dans la jurisprudence Peyrot, il est identifié à partir d'un critère relationnel dans la jurisprudence SERM et Commune d'Agde* »¹⁹⁶. Conformément aux développements du professeur Canedo-Paris, l'arrêt rendu par le Conseil d'État au sujet de la Société d'équipement de la région montpelliéraine¹⁹⁷, accueilli par le Tribunal des conflits la même année¹⁹⁸, serait donc le pendant de la décision *Entreprise Peyrot*. Cette théorisation ne fut pas retenue par la doctrine majoritaire, qui tend à reconnaître dans la jurisprudence *SERM* la seule et véritable naissance du mandat administratif, même si le mandat n'y est pas expressément invoqué¹⁹⁹. Elle ne serait donc pas une voisine mais une « concurrente »²⁰⁰ de la décision *Entreprise Peyrot*²⁰¹. La présentation la plus commune semble par conséquent être la suivante : en dehors de la stricte application des critères matériel et organique dégagés par la jurisprudence pour identifier un contrat administratif, un contrat peut être administratif : du fait de la loi ;

¹⁹⁴ V. notamment : *ibid.*, p. 38 ; CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : stop ou encore ? », *RFDA*, 2015, n° 1, pp. 32-46, p. 36 ; SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p. 2156.

¹⁹⁵ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, spéc. pp. 99-142.

¹⁹⁶ BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p.38.

¹⁹⁷ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738 ; *Rec.*, 1975, p. 326 ; *Rec. Dalloz*, 1976, jurisprudence, p. 3, note Franck MODERNE.

¹⁹⁸ TC, 5 juillet 1975, *Commune d'Agde*, n° 02013 ; *Rec.*, 1975, p. 798.

¹⁹⁹ Selon le professeur Canedo-Paris, il ne le sera qu'en 1982 (TC, 8 novembre 1982, *Sté civile immobilière Résidence Lucas et M. Rouch contre Sté d'équipement de Toulouse*, n° 02269 ; *Rec.*, 1982, p. 461) (CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 159). Il est néanmoins devenu constant que les hypothèses de mandat administratif au sens strict ne sont pas toujours reconnues expressément par les juges comme étant des mandats. Ainsi le professeur Noguellou souligne-t-elle, dans sa note sous l'arrêt *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse* (CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse contre Sté Seba Méditerranée*, n° 330722, ECLI:FR:CESSR:2011:330722.20110311 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 1003 ; *JurisData* n° 2011-003196 ; *AJCT*, 2011, p. 238, chron. Olivier DIDRICHE ; *AJDA*, 2011, p. 534, obs. Rémi GRAND ; *CMP*, 2011, n° 5, p. 21, comm. n° 130, note Pascal DEVILLERS ; *JCP A*, 2011, n° 23, p. 25, comm. n° 2205, note Claude DEVÈS ; *RJEP*, 2011, n° 689, p. 11, étude n° 4, par François LLORENS ; *RDI*, 2011, n° 5, p. 278, note Rozen NOGUELLOU), que la mention explicite à la notion de mandat dans cette décision est notable, compte tenu de sa rareté (NOGUELLOU Rozen, *ibid.*, p. 279).

²⁰⁰ DEVILLERS Pascal, « Jurisprudence *Peyrot*, une page se tourne », *CMP*, 2015, n° 5, pp. 21-23, comm. n° 110, p. 22.

²⁰¹ Pour un rappel de cette opposition, v. notamment : BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p. 38 ; LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 47-49.

dès lors qu'est partie un « faux-nez » de l'administration, une personne mandataire d'une personne publique en vertu de l'article 1984 du Code civil ; et dans deux hypothèses prétoriennes : celle dégagée dans la décision *Entreprise Peyrot* et celle du mandat administratif, dégagée depuis l'arrêt *SERM*²⁰².

799. — La décision *Rispal*, rendue par le Tribunal des conflits le 9 mars 2015²⁰³, est en passe de mettre fin à ces divergences doctrinales, puisqu'elle est presque unanimement dépeinte comme devant entraîner l'extinction progressive de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*²⁰⁴. Applicable aux contrats passés depuis cette date conformément au principe en vertu duquel le contrat doit être étudié à la lumière du droit en vigueur lors de sa conclusion²⁰⁵, cette sentence est peu critiquée puisque la plupart des auteurs s'accordaient à décrire l'hypothèse *Entreprise Peyrot* comme « une « bizarrerie » juridique relevant en quelque sorte du « folklore » du droit des contrats mais impossible à

²⁰² V. notamment : Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *AJDA*, 2014, n° 43, pp. 2479-2485, pp. 2480-2481 ; concl. Nathalie ESCAUT sur TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3992, *RFDA*, 2015, n° 2, pp. 270-271, p. 270.

²⁰³ TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984, *JurisData* n° 2015-005026 ; *AJCT*, 2015, n° 7, p. 403, obs. Jean-David DREYFUS ; *AJDA*, 2015, n° 9, p. 481, obs. Jean-Marc Pastor ; *AJDA*, 2015, n° 11, p. 601, obs. Guylain CLAMOUR ; *AJDA*, 2015, n° 21, p. 1204, chron. Jean LESSI et Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *CMP*, 2015, n° 4, p. 1, repère n° 4, par François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 21, comm. n° 110, note Pascal DEVILLERS ; *Droit administratif*, 2015, n° 5, p. 40, comm. n° 34, note François BRENET ; *JCP A*, 2015, n° 12, act. 259, veille par Lucienne ERSTEIN ; *JCP A*, 2015, n° 14, p. 3, act. n° 310, par Julien MARTIN ; *JCP A*, 2015, n° 22, p. 28, comm. n° 2156, note Jean-François SESTIER ; *JCP A*, 2015, n° 22, p. 32, comm. n° 2157, note Sylvain HUL ; *LPA*, 2015, n° 123, p. 15, note Maxime BOUL et Arnaud DURANTHON ; *ACCP*, 2015, n° 155, p. 71, note Nicolas LAFAY et Emilie GRZELCYK ; *RFDA*, 2015, n° 2, p. 265, avec les concl. du Rapporteur Nathalie ESCAUT, note Marguerite CANEDO ; *RTD com.*, 2015, p. 247, note Gilbert ORSONI.

²⁰⁴ Ainsi le professeur Canedo-Paris écrit-elle qu'il « ne peut y avoir de doute sur le constat de la mort de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* » (CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : la fin », *loc. cit.*, p. 277). De plus, les titres des commentaires et notes au sujet des décisions de mars 2015 sont plus que parlantes sur l'annonce de la fin de la jurisprudence *Peyrot* : BOUL Maxime et DURANTHON Arnaud, « Et *Peyrot* périt : oraison funèbre d'un quinquagénaire incompris », *LPA*, 22 juin 2015, n° 123, pp. 15-21 ; DEVILLERS Pascal, « *Jurisprudence Peyrot*, une page se tourne », *loc. cit.* ; DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis et LESSI Jean, « Fin d'un splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* », *AJDA*, 2015, n° 21, pp. 1204-1209 ; LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Feue la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* », *CMP*, 2015, n° 4, pp. 1-2, repère n° 4 ; PASTOR Jean-Marc, « La jurisprudence *Entreprise Peyrot* a vécu », *AJDA*, 2015, n° 9, p. 481. Il faut cependant noter que le professeur Brenet, tout en constatant l'abandon de la jurisprudence *Peyrot*, voit dans la réserve des « conditions particulières » une potentialité de survie de cette jurisprudence (BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, pp. 40-41).

²⁰⁵ Le Tribunal des conflits ne serait donc pas venu créer un nouveau pouvoir de modulation, mais il serait venu faire application du principe en vertu duquel le contrat est étudié à la lumière du droit en vigueur lors de sa conclusion (v. notamment : BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, pp. 39-40 ; CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : la fin », *loc. cit.*, p. 278).



expliquer rationnellement »²⁰⁶. Ainsi le professeur Canedo-Paris a-t-elle salué le fait que cette décision ait mis fin aux ambiguïtés nées de l'utilisation impropre de l'expression « pour le compte de »²⁰⁷. La fin de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* étant annoncée mais non encore effective, il faut cependant la confronter à la quasi-régie.

800. — C'est principalement parce que la décision *Entreprise Peyrot*²⁰⁸ fait la part belle à l'objet du contrat qu'elle ne peut représenter une catégorie contractuelle dans laquelle la quasi-régie serait englobée. Elle repose entièrement sur la nature de l'activité exercée et pas sur la logique institutionnelle et structurelle qui entoure les personnes qui la mettent en œuvre. La question de la soumission de ces contrats aux règles de la commande publique témoigne de cette logique divergente. Un point de convergence pourrait effectivement être relevé : les contrats interorganiques et les contrats qualifiés d'administratifs sous l'empire de jurisprudence *Entreprise Peyrot* n'entrent pas dans les critères imposant la soumission aux procédures de passation des marchés publics ou des concessions de service public, non plus qu'à celles imposées aux délégations de service public. Cependant, ce point de convergence repose sur des raisons différentes, propres à chacun de ces deux mécanismes. C'est le fait que la jurisprudence *Entreprise Peyrot* ne joue qu'en matière de sous-traitance, qu'il s'agisse de subdélégations ou de sous-traitance, qui permet une exonération de mise en concurrence pour les contrats concernés²⁰⁹. L'exemple de la décision *Rispa*²¹⁰, qui a pu donner lieu à une mise en œuvre de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* puisqu'elle concernait un contrat passé avant la décision du 9 mars 2015, le démontre. La convention à l'origine du litige découlait certes de l'obligation faite par l'État à la société privée de consacrer une part du montant des travaux à la production d'œuvres d'art²¹¹. Toutefois, elle était passée entre une personne physique – une sculptrice – et une société privée concessionnaire d'autoroutes. Aucune

²⁰⁶ CANEDO-PARIS Marguerite, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p. 280. Pour une critique de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*, v. notamment : *ibid.*, pp. 280-284 ; Concl. Nathalie ESCAUT sur TC, 9 mars 2015, *Mme Rispa contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984 (préc.), *RFDA*, 2015, pp. 265-269, p. 267 ; SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, pp. 29-30.

²⁰⁷ Le professeur Canedo-Paris relève ainsi que « la formule « pour les ambiguïtés le compte de » [perd] une partie de son ambiguïté liée à sa polysémie puisqu'elle ne semble désormais susceptible de viser que la présence d'un mandat, qu'il s'agisse d'un mandat au sens de l'article 1984 du code civil ou d'un « mandat administratif », implicite, au sens de la jurisprudence *SERM*. » (CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société *Entreprise Peyrot* : la fin », *loc. cit.*, p. 283).

²⁰⁸ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804, préc.

²⁰⁹ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁰ TC, 9 mars 2015, *Mme Rispa contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984, préc.

²¹¹ SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* », *loc. cit.*, p. 28.

raison ne devait pousser à la soumettre aux règles de la commande publique, la jurisprudence *Entreprise Peyrot* concernant des contrats qui, tout en étant administratifs, ne pouvaient être qualifiés ni de marchés publics, ni de délégations de service public²¹². Il ne s'agit donc pas, comme c'est le cas dans la quasi-régie, de contrats qui pourraient entrer dans le champ de la commande publique mais en sont pourtant exonérés.

801. — La divergence avec la quasi-régie est d'autant plus grande que cette absence de soumission à la concurrence apparaissait injustifiée. Les marchés de travaux conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroute, qui constituaient le champ d'application de prédilection de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*²¹³, ont notamment été désignés par le Conseil de la concurrence comme étant passés dans un contexte opaque et nuisible à la bonne concurrence²¹⁴. L'État et les sociétés concessionnaires ont en conséquence adapté les procédures préalables à ces conventions et les cahiers des charges les encadrant²¹⁵. En 2014, l'Autorité de la concurrence a cependant à nouveau mis en avant les insuffisances de ces conventions sur le plan de la publicité et de la concurrence²¹⁶. De nouveaux ajustements devront donc être mis en œuvre. Une telle adaptation, indispensable pour rétablir la libre-concurrence dans le cadre des contrats qualifiés d'administratifs du fait de la décision *Entreprise Peyrot*, n'est pas nécessaire dans le cadre de la quasi-régie, dès lors que les exonérations de mise en concurrence sont en son sein pleinement justifiées²¹⁷.

802. — Inexistante de façon automatique dans la quasi-régie, l'hypothèse *Entreprise Peyrot*²¹⁸ rejoint en cela les hypothèses qui sont recouvertes par la définition stricte du mandat administratif.

²¹² *Ibid.*, p. 30.

²¹³ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804, préc.

²¹⁴ Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes.

²¹⁵ V. Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, p. 2480.

²¹⁶ Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, pp. 52-89, pts 284 à 383.

²¹⁷ Sur ce point, v. notamment : *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²¹⁸ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804, préc.



B. L'absence de concordance automatique entre quasi-régie et mandat administratif au sens strict

803. — La décision *Rispat*²¹⁹ semble s'inscrire uniquement dans la lignée de la décision *Entreprise Peyrot*²²⁰. En conséquence, le mandat administratif tel qu'il découle de la jurisprudence *SERM*²²¹ serait vouée à lui survivre²²². Moins polémique, cette jurisprudence n'est pas exclusivement fondée sur l'objet du contrat. Elle ne compte cet objet que comme un indice parmi d'autres²²³. Alors que la jurisprudence *Entreprise Peyrot* écartait le critère organique, le mandat administratif découlant de l'arrêt *SERM* est présenté comme étant un prolongement de ce critère²²⁴. À ce titre, « *la sortie de scène* » de la décision *Entreprise Peyrot* a été considérée comme permettant de « *remettre la jurisprudence SERM sous le feu des projecteurs* »²²⁵ et comme une revalorisation du critère organique du contrat administratif²²⁶. Il résulte également de ces philosophies distinctes, que l'exclusion de l'assimilation entre quasi-régie et mandat administratif conçu strictement ne peut pas être opérée sur le fondement d'un raisonnement strictement similaire à celui utilisé *supra* pour nier la concordance entre quasi-régie et l'hypothèse issue de la décision *Entreprise Peyrot*. Cette absence de concordance peut cependant être déduite de la confrontation entre le périmètre du mandat administratif et celui de la quasi-régie. Le lien de subordination, élément désormais essentiel du mandat administratif, ne semble pas recouvrir les modalités d'application de la quasi-régie et révèle ainsi que leurs mécaniques sont fondamentalement différentes.

804. — Malgré l'ouverture récente du mandat administratif aux contrats conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, pressentie grâce à l'extinction programmée de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*²²⁷, il faut rappeler que la tendance concernant le périmètre de la jurisprudence *SERM*²²⁸ est au « *net recul* »²²⁹ du. Ainsi, en

²¹⁹ TC, 9 mars 2015, *Madame Rispat contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984, préc.

²²⁰ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804, préc.

²²¹ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, préc.

²²² V. notamment : CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 276.

²²³ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 167

²²⁴ V. notamment : BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence Peyrot », *loc. cit.*, pp. 37-38 ; SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence Peyrot », *loc. cit.*, p. 29).

²²⁵ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 285

²²⁶ *Ibid.*, p. 282.

²²⁷ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 286.

²²⁸ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86 738, préc.

vertu de l'arrêt *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse*²³⁰, des travaux réalisés en matière d'aménagement et d'équipement mais non remis à la personne publique au terme de leur achèvement ne peuvent pas faire l'objet d'un mandat administratif. Ceci a des conséquences sur l'applicabilité du mandat administratif : sa présence sera en effet exclue « *lorsque la personne privée réalise également des travaux dans son propre intérêt ou se voit en outre confier une mission de service public* »²³¹. De même, sont exclues les prestations mises en œuvre dans le cadre d'une délégation de service public et les contrats concernant des travaux réalisés pour une personne privée exploitant un ouvrage public²³². Cette réduction du champ d'application du mandat administratif – qui laisse déjà poindre une très forte importance de la nature de l'activité ne correspondant pas du tout à la quasi-régie – semble liée à une volonté de simplification de la part du juge administratif²³³. Elle atteste également d'une évolution de la démarche qu'il met en œuvre pour détecter un mandat administratif. Initialement en effet, il utilisait pour ce faire la méthode du faisceau d'indices, prenant ainsi en compte des éléments divers liés à la situation contractuelle et aux textes la réglementant. Ainsi dans l'arrêt *SERM*, les contrats d'aménagement en cause ont-ils été qualifiés d'administratifs, parce que la société d'économie mixte concernée était placée

*« sous le contrôle étroit de la personne publique, qu'elle recevait directement pour son exécution les prêts et subventions accordés aux collectivités publiques, qu'elle devait remettre les voies et ouvrages construits dès leur achèvement à la collectivité et que celle-ci était substituée de plein droit à la société pour toute action en garantie décennale »*²³⁴.

Peuvent par conséquent être perçus dans ces critères les deux éléments clefs du mandat : la représentation, puisque la société agissait dans l'intérêt de la collectivité publique, et la substitution, notamment pour la perception des prêts en lieu et place de la collectivité publique qui la contrôlait. Il faut cependant se garder d'en déduire une prégnance de ces deux éléments car le juge administratif n'applique pas ces conditions phares du mandat civil que sont la représentation et la substitution de la même manière que le fait le juge

²²⁹ DEVILLERS Pascal, « Jurisprudence Peyrot, une page se tourne », *loc. cit.*, p. 22.

²³⁰ CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse contre Sté Seba Méditerranée*, n° 330722, préc.

²³¹ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 286.

²³² Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, pp. 2482-2483.

²³³ *Ibid.*, p. 2484.

²³⁴ *Ibid.*, p. 2482.



judiciaire²³⁵. Ceci explique que sa méthode de reconnaissance du mandat administratif n'ait pas évolué vers une concordance parfaite avec celle utilisée par ce dernier.

805. — Initialement évolutifs en fonction des espèces contentieuses²³⁶, les indices recueillis par le juge se sont peu à peu précisés, notamment depuis les conclusions du Rapporteur public Dacosta sur l'arrêt *Aéroports de Paris*²³⁷. Étaient en cause les contrats par lesquels cette société anonyme confie à d'autres entreprises privées les prestations de sécurité aéroportuaire. Pour convaincre le Conseil d'État de reconnaître une hypothèse de mandat administratif²³⁸, le Rapporteur public a identifié un lien de subordination²³⁹, caractérisé en l'espèce par le contrôle très poussé de l'État sur la mission d'inspection et de filtrage des passagers²⁴⁰. Ladite mission devait donc être considérée comme étant exercée pour le compte de l'État. Selon le professeur Canedo-Paris, ce critère peut également être décelé dans d'autres décisions parmi lesquelles celle nommée *Garage des Pins*²⁴¹, de sorte qu'il serait devenu un « véritable critère du mandat administratif »²⁴².

806. — Ce lien de subordination ne peut pas être assimilé aux modalités de contrôle des détenteurs interorganiques sur leurs prestataires, mais il s'agirait là d'un raccourci regrettable. Que le lien de subordination nécessaire à la reconnaissance d'un mandat administratif surpasse le simple contrôle présent dans toutes les délégations de service public est indéniable²⁴³. Qu'il soit pertinent d'en faire un critère suffisant du mandat administratif l'est donc aussi²⁴⁴. Qu'il soit possible d'en déduire que les critères

²³⁵ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, pp. 566-594. V. aussi : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 44-47.

²³⁶ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 286.

²³⁷ CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594 ; JurisData n° 2009-075555 ; *Rec.*, 2009, p. 216, concl. Bertrand DACOSTA ; *AJDA*, 2009, p. 1127, obs. Jean-Marc PASTOR ; *CMP*, 2009, n° 8, comm. n° 268, Note Willy ZIMMER ; *RJEP*, 2009, n° 670, p. 19, comm. n° 53, avec les concl.

²³⁸ Malgré les difficultés d'interprétation, c'est en effet pour le professeur Canedo-Paris une mise en œuvre de l'hypothèse *SERM*, dans la lignée des conclusions du Rapporteur public (CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 287-288).

²³⁹ DACOSTA Bertrand, concl. sous CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594, préc., *Rec.*, 2009, pp. 216-222, p. 221.

²⁴⁰ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 287.

²⁴¹ TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3992 ; JurisData n° 2015-005041 ; *ACCP*, 2015, n° 153, p. 16, note Catherine RIBOT ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 23, comm. n° 111, note Pascal DEVILLERS ; *RFDA*, 2015, n° 2, p. 270, concl. Nathalie ESCAUT, note Marguerite CANEDO-PARIS ; *RTD com.*, 2015, n° 2, p. 247, obs. Gilbert ORSONI.

²⁴² CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, p. 288.

²⁴³ *Ibid.*, p. 288.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 289.

de la quasi-régie impliquent automatiquement un mandat administratif serait pourtant hâtif, car ce lien de subordination n'est pas suffisamment focalisé sur des considérations institutionnelles et structurelles. Pour identifier un contrôle analogue par exemple, une grande importance est donnée aux modalités concernant la détention du capital²⁴⁵. Cette priorité n'est pas perceptible dans l'identification du lien de subordination. Ce qui importe pour le reconnaître, c'est qu'il y ait une invasion de la personne publique mandante dans la mise en œuvre de l'activité, mais pas dans la structure du mandataire. Il s'agit de vérifier que l'activité est encadrée par le mandant, plutôt que de rechercher si la personne mandataire est structurellement indissociable de la personne publique mandante. Ainsi le Rapporteur public Dacosta rappelle-t-il que pour reconnaître un mandat administratif, le Conseil d'État s'est appuyé sur la nature de la mission, l'agrément préalable des agents par le préfet et le procureur de la République, ainsi que sur le contrôle d'officiers de police judiciaire ou d'agents des douanes au cours de la mise en œuvre de ladite mission²⁴⁶. Ce n'est qu'au terme de ce raisonnement que le Conseil d'État a pu conclure qu'« être placé sous l'autorité ou sous la responsabilité du représentant de l'État, ce n'est pas simplement être placé sous son contrôle »²⁴⁷. De même, si la détention du capital a déjà été retenue en tant qu'indice permettant de caractériser le lien de subordination entre l'exploitant d'une centrale nucléaire et l'établissement public Électricité de France²⁴⁸, ce n'était pas pour se focaliser sur l'aspect institutionnel. Le but était de vérifier que la centrale remplissait bien les mêmes objectifs que son mandant²⁴⁹ et, par conséquent, de mieux appréhender la façon dont était encadrée l'activité en cause. Le mandat administratif envisagé sous l'angle de la jurisprudence *SERM*²⁵⁰, bien que faisant une place plus importante aux aspects organiques que la jurisprudence *Entreprise Peyrot*²⁵¹, reste donc trop focalisé sur l'activité exercée pour concorder parfaitement avec la quasi-régie.

807. — Un constat similaire s'impose à la lecture des conclusions du Rapporteur public Escaut sur l'affaire *Garage des pins*²⁵². Avant d'écarter l'hypothèse du mandat

²⁴⁵ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

²⁴⁶ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, p. 2483.

²⁴⁷ DACOSTA Bertrand, concl. sous CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594, *préc.*, *loc. cit.*, p. 221.

²⁴⁸ TC, 10 mai 1993, *Sté Wanner Isofi Isolation et Sté Nersa*, n° 2840 ; *Rec.*, 1993, p. 399.

²⁴⁹ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, p. 2483.

²⁵⁰ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86 738, *préc.*

²⁵¹ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01804, *préc.*

²⁵² TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3993, *préc.*



administratif, elle y retrace en effet certains éléments tendant à démontrer sa présence : l'existence d'un service public grâce à l'activité de dépannage ; les contraintes de sécurité routière qui pèsent sur cette activité et qui relèvent du pouvoir de police générale du Premier ministre ; et l'encadrement par l'État du choix des sociétés de dépannage²⁵³. Plus probants encore sont ses arguments tendant à ne pas conférer à l'activité de dépannage le caractère de mandat administratif en l'espèce. Le Rapporteur public relève en effet « *la nature intrinsèque de l'activité de dépannage, qui est une activité commerciale* » ne pouvant emporter la qualité de mandat administratif, contrairement aux « *prestations de sûreté* »²⁵⁴ concernées dans l'arrêt *Aéroports de Paris*²⁵⁵. De même, pour écarter l'hypothèse du mandat administratif au sujet des prestations de dépannage dans ses conclusions sur l'affaire *Autoroutes du sud de la France*²⁵⁶, le Rapporteur public Dacosta s'est appuyé sur le fait que la police administrative n'était plus l'objet mais un simple encadrement des prestations de dépannage²⁵⁷. L'importance de l'objet de l'activité n'en est que confirmée. Il en résulte que la présence d'un contrat interorganique, si elle pourrait participer à caractériser un lien de subordination, ne semble pas suffisante pour le caractériser entièrement et systématiquement. La quasi-régie n'englobe pas assez la nature de l'activité, cette dernière n'étant envisagée en son sein que de façon quantitative et non qualitative²⁵⁸. Le statut des personnes employées pour l'exécution de telle ou telle activité n'est par exemple pas envisagé dans le détail. Certes, des incertitudes persistent sur la notion de mandat administratif, de sorte que le Conseiller d'État Dacosta s'inquiète de l'« *impressionnisme* »²⁵⁹ entourant les suites de l'arrêt *SERM*²⁶⁰. Ces incertitudes ne font cependant que valider la thèse de l'absence de concordance entre la logique interorganique et celle du mandat administratif. Elles concernent principalement les

²⁵³ Concl. Nathalie ESCAUT sur TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 992 (*ibid*), *loc. cit.*, p. 271.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 270-271.

²⁵⁵ CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594, préc.

²⁵⁶ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, ECLI:FR:CESSR:2014:374557.20141114 ; JurisData n° 2014-028826 ; inédit au *Rec.* ; *AJDA*, 2014, n° 43, p. 2479, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2015, n° 1, comm. n° 1, obs. Marion UBAUD-BERGERON ; *RFD-A*, 2015, n° 1, p. 32, note Marguerite CANEDO-PARIS.

²⁵⁷ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, p. 2484.

²⁵⁸ Seule la nécessaire présence d'un service public, au sens européen du terme, semble être imposée (v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1).

²⁵⁹ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *loc. cit.*, p. 2483.

²⁶⁰ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86 738, préc.

conventions d'aménagement²⁶¹, ce qui démontre à nouveau que cette jurisprudence est très axée sur l'objet et la nature de l'activité, une particularité qui ne caractérise pas la quasi-régie.

808. — Il importe nonobstant de ne pas surestimer cette focalisation de l'objet dans le lien de subordination : il ne s'agit pas de considérer que sur ce point le mandat administratif rejoindrait la jurisprudence *Entreprise Peyrot*²⁶². Le fait que le lien de subordination se concentre sur l'objet ne fait que révéler la logique sous-jacente propre au mandat et met à nouveau en surbrillance une différence fondamentale avec la quasi-régie. Ses modalités découlent en effet du fait que le mandat est censé créer un lien limité et déterminé entre deux personnalités différentes. Dans le mandat administratif, c'est la mission qui détermine le périmètre et les limites de ce mandat, mission qui fait donc l'objet du lien de subordination. Le mandat administratif n'est pas et n'a jamais été en droit administratif un service d'ami au sens strict²⁶³ mais il reste un service donné, circonscrit, octroyé par une personne à une autre. Il ne se focalise pas sur l'aspect institutionnel mais matériel. Si, comme dans la quasi-régie, l'idée de dépendance est présente, dans le mandat administratif cette dépendance s'exerce en présence de deux personnes juridiques. Ce lien de subordination est donc un lien de subordination consenti, l'adjectif « consenti » mettant ici en valeur le fait que le subordonné est dans la capacité d'accepter cette situation et de continuer à y consentir, puisqu'il est traité comme une personne juridique disposant d'une volonté propre. La subordination ne pouvant se focaliser que sur l'activité exercée et pas sur la structure du mandataire, c'est l'encadrement de la première qui fait l'objet de l'attention du juge. Au contraire, et il s'agit ici de rejoindre les propos développés *supra* au sujet du mandat civiliste²⁶⁴, la quasi-régie est supposée reposer sur l'indissociabilité structurelle entre le prestataire intégré et ses détenteurs. Le lien de subordination consenti rend donc son assimilation au mandat administratif impossible, et ce même si nous considérons que cette unité de volonté n'est qu'une fiction²⁶⁵, puisque cette fiction tend précisément à considérer que deux personnes agissent dans des domaines différents par le biais d'une seule volonté. Le mandat administratif, quant à lui, suppose qu'une seule personne met en œuvre une activité déterminée, dans le cadre de la réglementation édictée par une autre personne juridique.

²⁶¹ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *loc. cit.*, pp. 289-290.

²⁶² TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01804, préc.

²⁶³ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁴ V. *supra*, A.1.

²⁶⁵ V. *infra*, Chapitre 2, Section 2, §1.



809. — Il en résulte que la quasi-régie ne peut se fondre dans le mandat administratif, pas plus qu'elle ne le pouvait dans les mandats civilistes, parce que c'est la logique d'ensemble sur laquelle repose l'idée de mandat, quelles que soient ses manifestations, qui rend cette assimilation impossible. Le mandat fait donc partie des figures contractuelles particulières qui ne correspondent pas au contrat interorganique, celui-ci devant en réalité être identifié comme une figure contractuelle à part entière.

Conclusion du Chapitre 1

810. — Au cours de la comparaison entre la quasi-régie et d'autres catégories de contrats sont apparus plusieurs éléments tendant à démontrer que le contrat interorganique ne repose pas sur une unité volitive stricte. Le prestataire intégré semble susceptible de disposer d'une volonté qui lui est propre.

811. — Parfois, c'est simplement la logique sous-jacente et les dynamiques inhérentes au contrat interorganique qui l'empêchent d'entrer dans le moule d'une structure contractuelle préexistante. C'est notamment ce qui explique son absence de correspondance avec le contrat avec soi-même. En revanche, sa concordance avec l'auto-contractualisme semble exclue parce que le contrat interorganique repose sur une certaine bilatéralité, qui écarte dans le même temps sa correspondance avec le contrat unilatéral et le quasi-contrat. Cette bilatéralité le caractérise. Elle se manifeste tant pour sa passation (dès lors qu'une convention est nécessaire), que dans son encadrement (puisque'il y a bien deux volontés différentes, en tout cas la volonté du prestataire intégré ne se fonde que très rarement dans celle de son ou ses détenteurs) et dans ses effets (le contrat interorganique n'impliquant jamais l'absence d'obligations réciproques).

812. — Parallèlement, sa confrontation au mandat démontre que la quasi-régie repose sur un mécanisme d'assimilation et non de dissociation entre deux volontés, ce qui confirme son caractère inédit. C'est à partir de ces données qu'il est possible de théoriser la particularité du contrat interorganique en tant que contrat spécial.

Chapitre 2. La spécialité du contrat interorganique

813. — La doctrine privatiste s'est inquiétée du développement des contrats spéciaux, parce qu'il mettait en doute la réalité et la survie de la théorie générale des contrats¹. Ce développement démontre cependant la richesse et la vivacité du droit des contrats, qui permettent son évolution perpétuelle. Logiquement, le droit public suit le même mouvement². Pourtant, il semble encore manquer en droit public une théorie du contrat spécial, ce qui peut être regretté³ car aux deux contrats spéciaux qui ont longtemps suffi à l'administration pour nouer des relations contractuelles – le marché et la concession – se sont ajoutés de nombreux procédés contractuels⁴. Ils se sont encore démultipliés sous l'impact de l'expansion de la coopération public-privé⁵. En conséquence, plusieurs contrats spéciaux sont d'ores et déjà reconnaissables : l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, le bail emphytéotique administratif, la concession d'aménagement, la concession funéraire, le contrat de gérance, le contrat de partenariat ou encore l'offre de concours, autant d'illustrations dont les particularités sont désormais connues. Certes, ces exemples démontrent également la difficulté à trouver un critère pour cibler le droit commun et celui qui y déroge : faut-il se fonder sur les modalités financières des contrats ou sur les formalités, celles concernant la passation des contrats ou d'un autre type, qui doivent être appliquées ? Cette diversité est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles le professeur Noguellou se prononçait clairement pour mettre « de côté cette idée qu'il existerait un « droit commun » et des dérogations, [...] en consacrant celle selon laquelle le droit des contrats publics offre le choix entre plusieurs contrats spéciaux. »⁶

¹ SAVAUX Éric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 264, 2007, p. 5.

² V. notamment : BRENET François, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », *AJDA*, 2003, n° 18, pp. 919-924.

³ V. notamment : ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, n° 10, pp. 7-15, pp. 14-15, pts 32-33 ; GAUDEMET Yves, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in BONTEMPS Claude (dir.), *Nonagesimo anno : Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, pp. 613-627, pp. 625-626.

⁴ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, *op. cit.* pp. 7-10.

⁵ HOEPFFNER Hélène, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 », *CMP*, 2010, n° 12, étude n° 11, pp. 6-20, p. 10, pt 6.

⁶ NOGUELLOU Rozen, « Les dérogations au « droit commun » de la commande publique », *Droit administratif*, 2009, n° 3, p. 3, alerte n° 15, p. 3.

814. — Malgré l'absence actuelle d'une telle théorisation, il est d'ores et déjà possible de constater que ces contrats se caractérisent par le fait d'être des actes contractuels, tout en se singularisant sur le plan du régime, de telle sorte que l'opposition entre règles générales et règles spéciales, « *antinomie* » caractéristique de la théorie privatiste des contrats spéciaux⁷, est déjà présente en droit public. Resituées dans le cadre de la quasi-régie, ces considérations ne sont que partiellement problématiques. Le deuxième aspect des contrats spéciaux, celui d'une singularité du contrat concerné, est en effet aisé à identifier pour le contrat interorganique, puisqu'il déroge au régime de passation des contrats publics. Ce régime participe à son caractère spécial. La consécration de cette qualification nécessite cependant de démontrer en quoi cet acte singulier est bien structurellement un contrat, qui plus est spécial.

815. — Puisqu'il ne correspond à aucune forme contractuelle hybride existante – qu'il s'agisse du contrat avec soi-même ou du mandat ; du quasi-contrat, de l'engagement unilatéral, de la fiducie ou du contrat unilatéral – il faut, pour démontrer sa qualité de contrat spécial, commencer par établir que le contrat interorganique est bien un objet juridique contractuel (**Section 1**).

816. — De cette démonstration découleront des précisions sur son régime. S'il est en effet acquis qu'il bénéficie de dérogations en matière de modalités de passation, les limites de ce régime ne sont pas encore totalement maîtrisées. La quasi-régie aura nécessairement une influence, par ricochets, sur les modalités d'exécution des contrats interorganiques, mais il n'en demeure pas moins que ceux-ci semblent en grande partie voués à être soumis au régime ordinaire d'exécution des contrats publics (**Section 2**).

⁷ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 3.

SECTION 1. UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE CONTRACTUELLE

817. — Affirmer que le contrat interorganique est bien un contrat nécessite de démontrer qu'il en remplit les conditions formelles et matérielles. Sa passation n'implique, il est vrai, aucune considération de forme particulière. Elle présente une configuration spéciale. Le contrat interorganique ne repose effectivement pas sur un contrat unique isolable des données institutionnelles qui l'entourent, ce qui ne le rend pas pour autant incompatible avec la qualification de contrat. Malgré sa forme particulière, mêlant aspects institutionnels et contractuels, on y trouve toutes les caractéristiques formelles nécessaires à l'existence d'un contrat (§1).

818. — Les considérations formelles écartées, il conviendra de s'intéresser au contenu matériel du contrat. Exposer que le contrat interorganique remplit les conditions du contrat ravive nécessairement la question de l'existence d'un critère d'identification du contrat, la recherche du critère distinguant l'acte administratif unilatéral du contrat ayant fait l'objet de nombreuses discussions⁸. Cette question doit cependant être écartée : il ne s'agira pas, dans la présente section, d'approfondir ces réflexions car il importe de se focaliser sur le raisonnement qui entoure la quasi-régie. De l'arrêt *Teckal*⁹, il faut retenir que si les prestations interorganiques ne reposent pas sur un contrat, c'est parce que le prestataire intégré ne dispose pas d'une volonté distincte de ses détenteurs. L'élément contractuel qui est censé faire défaut, celui qui fait la différence entre présence et absence d'un contrat est donc déjà ciblé. Il résulte néanmoins des développements du chapitre précédent, notamment ceux portant sur le quasi-contrat et le contrat avec soi-même que, contrairement à ce qu'implique la logique sous-jacente de la quasi-régie, il est impossible de nier totalement la présence d'une altérité en la personne du prestataire intégré. Les critères interorganiques ne permettent pas de considérer que celui-ci ne disposera jamais d'une volonté qui lui est propre. Il ne s'agit pas là d'une méprise de la part des institutions de l'Union européenne.

819. — Ce qu'il faut comprendre, au contraire, c'est qu'elles ont construit cette étape du raisonnement sur le fondement d'une construction juridique, celle de la fiction :

⁸ V. notamment : ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *op. cit.*

⁹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

l'absence de volonté du prestataire intégré est une fiction créée à partir des trois critères interorganiques. Cette fiction caractérise le contrat interorganique (§2).

§1. L'existence d'une forme interorganique répondant aux exigences formelles de la qualification de contrat

820. — L'encadrement de la quasi-régie est, de façon générale, assez peu formaliste. Sur le plan institutionnel d'abord, le prestataire intégré peut revêtir de nombreuses formes et la détention de la personnalité morale n'est qu'un postulat¹⁰. Ce qui prime concernant la reconnaissance de la qualification quasi interne, ce sont ses conditions matérielles de détention et de fonctionnement. Cette absence de formalisme se manifeste également sur le plan des actes fondant le mécanisme interorganique : les institutions européennes n'ont édicté aucune condition de forme à ce sujet. De même, alors que dans les affaires soumises à la Cour de justice en la matière, un contrat formel avait été passé, ce n'est jamais sur la forme de ces contrats que ses juges se sont basés pour admettre ou réfuter des hypothèses quasi internes. Il est donc impossible de considérer que le contrat interorganique se caractérise par des critères formels incompatibles avec la qualification de contrat.

821. — La mise en œuvre du contrat interorganique implique cependant des particularités formelles qui le singularisent **(A)**, tout en étant compatibles avec la qualification de contrat **(B)**.

A. La forme particulière du contrat interorganique

822. — Le contrat interorganique ne débute qu'à partir du moment où tous ses critères sont remplis. Il ne se réduit ni aux modalités de formation de l'entité quasi interne, ni au contrat qui la lie à ses détenteurs. Il est constitué par leur réunion. En conséquence, deux types d'actes peuvent être distingués au sein du mécanisme interorganique.

823. — Premièrement, doivent être mentionnés les contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs forment l'impulsion de créer un prestataire intégré en décidant de prendre le contrôle d'une entité préexistante ou de créer une entité qui sera intégrée à leur organisation. Par cet acte, ils vont par exemple acheter des parts d'une société, ou encore ils vont passer avec un groupement préexistant qu'ils détiennent avec d'autres

¹⁰ Cette indifférence pour la forme semble cependant connaître des limites (v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, B).

pouvoirs adjudicateurs un contrat de quasi-exclusivité entre ce groupement et lesdits pouvoirs adjudicateurs, créant ainsi une co-détention interorganique.

824. — Secondement, interviennent les actes par lesquels ces pouvoirs adjudicateurs se lient à leur prestataire intégré pour l'activité que ce dernier devra mettre en œuvre. Quelle que soit la nature de la quasi-régie, celle-ci ne peut en effet être totalement validée qu'*a posteriori*, après la création de l'organisme intégré et une fois que ses conditions de fonctionnement ont été définies, par une démarche similaire à celle du « service fait » qui gouverne la comptabilité administrative. Il faut donc connaître les modalités structurelles du prestataire quasi interne mais aussi l'activité qu'il exercera pour ses détenteurs. Pour ce faire, il doit nécessairement avoir des relations conventionnelles avec ceux-ci, ne serait-ce que pour déterminer l'ampleur de leur mission. Malgré le fait que la quasi-régie repose sur l'absence d'une seconde volonté, rien ne permet aux détenteurs d'un prestataire intégré de lui imposer l'exercice d'une activité sans son consentement exprès, hormis les cas où ils le peuvent grâce à des prérogatives de puissance publique qu'ils détiennent mais qui ne découlent pas de la relation interorganique.

825. — Ces deux types d'actes ne peuvent être dissociés au sein de la quasi-régie et c'est conjointement qu'ils forment une opération contractuelle d'ensemble : le contrat interorganique.

826. — Certes, parmi ces actes, seul celui conclu entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs pour déterminer la nature et l'ampleur de la mission que les uns effectueront pour les seconds répond à ce que le droit positif identifie habituellement comme un contrat. Dans ce cadre, il pourrait sembler tentant de ne pas s'attarder sur les dispositions statutaires, d'autant plus que ce qui importe aux yeux des institutions de l'Union, c'est la passation du contrat. Pour considérer qu'une attribution de mission est valide, ces institutions observent si l'acte de création d'un organisme, s'il emporte aussi attribution d'une mission – comme c'était par exemple le cas pour l'AGAC dans l'arrêt *Teckal*¹¹ –, a bien été adopté après la mise en œuvre des procédures de passation adéquates. Cet acte attribuant la mission fait l'objet de toutes les attentions car ce n'est pas la création d'une entité distincte qui porte atteinte à la concurrence, mais le fait de lui confier une mission particulière sans appliquer les procédures de mise en concurrence

¹¹ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc., v. §11 et 12.



préalables. Par exemple, c'est parce qu'une société d'économie mixte, qui est partiellement détenue par des personnes privées qui ne correspondent pas aux conditions établies par les directives concernant les prestations interorganiques, se voit confier une mission sans qu'ait au préalable été mise en œuvre une procédure de mise en concurrence, qu'une atteinte au bon fonctionnement du marché est constituée, quand bien même cette société d'économie mixte viendrait d'être créée¹². Peu importe l'ancienneté de l'organisme ou encore que la mission lui soit confiée simultanément à sa création. Ce qui compte, c'est qu'il s'agisse d'une entité tierce et qu'elle ait été avantagée par rapport aux autres opérateurs. De même, l'acte confiant une mission au prestataire intégré conditionne le bénéfice de la dérogation interorganique car la qualification quasi interne disparaîtra si le prestataire intégré n'exerce plus une part importante de son activité pour ses détenteurs. Il pourrait donc sembler logique de se concentrer sur lui. Cependant, il est impossible, dans le cadre d'une étude visant à déterminer si la quasi-régie repose sur des relations contractuelles et leur type, de se fonder sur une telle dissociation entre les actes pertinents. Sous cet angle, les deux types d'actes évoqués *supra* ne peuvent pas être dissociés car tous participent à l'établissement, puis au maintien du mécanisme intégré. Lors de la création d'une quasi-régie, il y a superposition entre l'acte de création et d'attribution d'une mission. C'est parce que tout au long de l'existence du mécanisme interorganique, se superposeront des dispositions statutaires particulières et des relations particulières entre le quasi-régisseur et ses détenteurs, que ce quasi-régisseur pourra continuer à bénéficier de la qualification de prestataire intégré. Se concentrer uniquement sur l'acte de création n'est pas pertinent, dès lors qu'un pouvoir adjudicateur est libre de créer un organe sans lui attribuer de missions : aux yeux des institutions de l'Union européenne, cela ne troublera pas la libre-concurrence¹³. À l'inverse, un organisme qui s'est vu attribuer une mission qu'il effectuera essentiellement pour un pouvoir adjudicateur ne pourra obtenir l'étiquette interorganique que si ce dernier exerce sur lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

¹² Ce qui présente d'ailleurs une certaine incohérence, comme l'a notamment soulevé le professeur Boiteau (BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *loc. cit.*, p. 1320). De même, le professeur Delacour soulève que soumettre à la concurrence « une société d'économie mixte locale est candidate à une délégation dont le délégant est l'actionnaire principal voire majoritaire » présente un caractère « fictif » (DELACOUR Éric, « Économie mixte : Une réforme du cadre juridique des SEM locales. Analyse de la Loi numéro 2002-1 du 2 janvier 2002 », *JCP A*, 2002, n° 22, pp. 890-898, pt 31, tel que cité *in* : COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *loc. cit.*, p. 940, note 17).

827. — Pour que la quasi-régie soit effective, il faut donc une superposition entre les conditions institutionnelles et l'existence d'une relation contractuelle réelle entre le prestataire intégré et ses détenteurs. Il en résulte qu'elle forme une opération contractuelle d'ensemble, qui nécessite la mise en œuvre d'un ensemble d'actions et de conditions dont la disparition entraînerait la suppression de la qualification interorganique. Ceci démontre que, même si la quasi-régie ne se réclame pas de l'administrativité qui existe par exemple dans l'offre de concours¹⁴, elle est entourée par une complexité similaire à celle qui est inhérente à l'expression de la volonté des personnes publiques¹⁵. Certes, ce « *singularisme du droit administratif* »¹⁶, en vertu duquel ce droit « *connait des opérations contractuelles beaucoup plus que des contrats* »¹⁷, concerne le fait que l'expression de la volonté des personnes publiques est une opération complexe caractérisée par la multitude d'organes intervenant et d'actes unilatéraux nécessaires à la passation du contrat¹⁸. La superposition constante entre données institutionnelles et relation contractuelle permet cependant le rapprochement avec la quasi-régie. Celle-ci constitue en effet une opération contractuelle interorganique qui est par ailleurs compatible avec les exigences formelles imposées aux actes bénéficiant de la qualification de contrat.

B. La compatibilité formelle du contrat interorganique avec la qualification de contrat

828. — En droit romain, la forme des contrats revêtait une importance cardinale dans leur définition : seuls étaient reconnus comme étant des contrats les actes « *« noués » par « l'airain et la balance », conclus par une « stipulation orale* »¹⁹. Le formalisme était alors le

¹³ Cela est néanmoins fortement déconseillé, dès lors que c'est illogique sur le plan de la gestion administrative et comptable. Ce sera en outre très certainement utilisé pour des activités frauduleuses et sanctionné en conséquence (v. *supra* nos développements sur les sociétés écran et les sociétés en sommeil : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, B.2).

¹⁴ V. *supra*, Chapitre 1, Section 1 §1.

¹⁵ DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1997, pp. 266-267.

¹⁶ *Ibid.*, p. 266.

¹⁷ PAYRE Jean-Paul, « Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif », in ROUSSILLON Henri (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Montané de La Roque*, Presses de l'Institut d'étude politiques, 1986, pp. 505-518, tel que cité par le professeur Dreyfus (DREYFUS Jean-David, *ibid.*, p. 266, note 548).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 480, 2007, p. 23, pt 21.



principe, imposant de suivre des formes prédéterminées pour que les actes juridiques soient valides et effectifs²⁰. Dans ce cadre, la forme particulière du contrat interorganique, qui constitue une opération contractuelle mêlant éléments institutionnels et relation contractuelle, n'aurait que difficilement pu obtenir la qualification de contrat. Le formalisme est cependant censé être devenu l'exception au profit du consensualisme²¹, lequel aurait supprimé la forme des conditions de validité du contrat et permettrait en conséquence sa conclusion par l'échange des consentements en dehors de formes prédéterminées²². Le droit des contrats (publics et privés) atteste néanmoins du fait que la place du consensualisme n'est pas conforme à ce que la dissociation entre principe et exception semblerait impliquer. Consensualisme et formalisme sont – et ont en réalité presque toujours été – en équilibre²³. En droit privé, le consensualisme fait l'objet de nombreuses dérogations, de sorte que « [l']*assimilation du contrat au pacte nu ne semble qu'une abstraction bien pâle, alors qu'abondent les cas de contrats formels.* »²⁴ Quant au droit public, il suit un mouvement similaire. La validité de l'accord de volontés y est subordonnée à la réunion de toutes les conditions de forme, de procédure et de compétence imposées par les textes²⁵. Formalisme et consensualisme, souvent décrits comme « *deux conceptions concurrentes du rôle de la forme* »²⁶, semblent ainsi complémentaires. S'il est possible d'envisager le contrat interorganique en tant que nouvelle forme de contrat, c'est ainsi parce que le consensualisme le permet, comme il permet à de nouveaux montages complexes de voir le jour quotidiennement. Parallèlement, si de nombreux contrats voient leur forme encadrée, c'est parce que l'expansion de nombreux objectifs, tels que celui de concurrence, ont entraîné un regain du formalisme dans le champ de la commande publique²⁷. En conséquence, il existe obligatoirement des exigences formelles minimales préalables à la qualification de contrat que le contrat interorganique doit respecter pour pouvoir être qualifié de contrat.

²⁰ *Ibid.*, p. 171, pt 237.

²¹ *Ibid.*, pp. 23-24, pt 22.

²² *Ibid.*, p. 23, pt 21.

²³ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 72-74, pts 103-104.

²⁴ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 1, pt 1.

²⁵ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 90-105, pts 121-131.

²⁶ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 23, pt 21.

²⁷ V. notamment : AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 252-296.

829. — L'un des premiers avantages de la quasi-régie est précisément d'éviter de nombreuses exigences de forme, tant au sens large qu'au sens strict. La dérogation interorganique permet en effet des exonérations concernant l'apparence du document contractuel, permettant ainsi d'échapper à la rigueur des dispositions encadrant la forme des marchés publics et des concessions, mais aussi celle des délégations de service public depuis l'arrêt *Commune d'Aix en Provence*²⁸. À titre d'illustration, lorsqu'un prestataire intégré et son détenteur passent un contrat qui aurait dû, en dehors de la sphère interorganique, être qualifié de marché public, la transgression d'une règle gouvernant les documents types²⁹ ne pourra pas être sanctionnée.

830. — La quasi-régie permet en outre des exonérations sur le plan de la forme définie au sens large. En son sein, détenteurs et prestataires intégrés (ainsi que les prestataires du même détenteur unique depuis 2014) peuvent contracter sans mettre en œuvre de nombreuses formalités, c'est-à-dire les actes matériels, notamment procéduraires, qui doivent nécessairement être accomplis pour élaborer l'acte juridique en cause³⁰. Il s'agit d'une exonération non négligeable car ces règles ont acquis une importance considérable. Il en résulte que, de la même manière que ces règles transformeraient le libre choix du contractant en exception, elles inverseraient la donne en faisant du formalisme la règle et du consensualisme l'exception³¹. Leur absence dans la quasi-régie n'est pas une entorse au formalisme très marqué qui encadre les contrats publics : elles ne sont absentes que parce que le droit positif le permet. Légale, cette diminution du formalisme concurrentiel est également légitime : l'information des tiers peut être atténuée – sans pour autant être totalement supprimée dès lors que les préceptes de l'arrêt *Telaustria*³² s'appliquent – puisque la situation porte moins atteinte à leur situation que si les pouvoirs adjudicateurs contractaient avec de vrais tiers³³. Dès lors que les critères sont respectés, c'est donc légalement et légitimement que les acteurs du mécanisme interorganique bénéficient de ces exonérations formelles. Se pose cependant la question de savoir si, au vu de l'équilibre entre formalisme et consensualisme gouvernant actuellement le droit public, les exonérations qu'il permet s'opposent à la qualification contractuelle du contrat interorganique dans son ensemble.

²⁸ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, préc.

²⁹ Sur ces pièces constitutives du marché public, v. notamment : BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 28-31 et pp. 382-385.

³⁰ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 173, pt 239.

³¹ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 84-89

³² CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

³³ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, B.



Autrement dit, la forme particulière du contrat interorganique répond-elle aux conditions que les actes doivent actuellement respecter sur le plan formel pour correspondre à la définition du contrat ? Une réponse positive peut être fournie, tant concernant l'apparence du contrat interorganique que les formalités nécessaires à sa formation.

831. — Concernant tout d'abord l'apparence du contrat, le consensualisme permet une certaine souplesse dans le silence des textes imposant des formes pour de nombreuses catégories contractuelles préexistantes. Il impose simplement que le contrat soit extériorisé, de sorte que les éléments substantiels du contrat, en premier lieu le consentement, puissent être identifiés³⁴. Le fait que le droit public impose fréquemment l'écrit est d'ailleurs parfois considéré comme une manifestation du formalisme utilisée pour protéger le consensualisme³⁵. Si les contrats verbaux sont admis³⁶, il ne semble pas nécessaire d'en arriver à cette souplesse pour reconnaître que le contrat interorganique remplit les formes minimales nécessaires à l'existence d'un contrat. La reconnaissance d'un mécanisme quasi interne nécessite effectivement une superposition entre des conditions institutionnelles et l'existence d'une relation contractuelle réelle entre le prestataire intégré et ses détenteurs, lesquelles nécessitent de passer par l'écrit. Concrètement, le contrat interorganique ne peut se matérialiser que lorsque tous les éléments formels nécessaires pour l'existence d'un accord de volontés sont présents, et ce quand bien même la présence de ce dernier est censée être exclue.

832. — La situation des formalités encadrant les contrats est plus nuancée. En dehors de celles qui concernent strictement la mise en concurrence et la publicité et qui, en dehors des exigences minimales dégagées par l'arrêt *Telaustria*³⁷, n'ont pas à être mises en œuvre grâce à la quasi-régie, le droit public a multiplié les formalités et leur importance sur l'existence du contrat. L'expression du consentement d'une personne publique s'entoure par conséquent de plusieurs règles de procédure, de compétence et de forme. Si elles visent tant la protection de leur consentement que l'information des

³⁴ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 169, pt 235. V. aussi : MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 57-58, pts 82-83.

³⁵ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 365-366.

³⁶ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 131-132, pts 246-247.

³⁷ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

tiers³⁸, ces règles sont tellement nombreuses qu'en droit public le consensualisme ne semble réellement effectif que dans le silence des textes³⁹. Or, la quasi-régie n'a pas de conséquences sur les procédures liées aux compétences. Celles-ci perdurent et sont appliquées par les pouvoirs adjudicateurs qui créent des entités interorganiques. Ainsi, même si une collectivité locale a créé un groupement d'intérêt public intégré, il faut l'autorisation de son organe délibérant pour lui confier une mission. Il en résulte que la quasi-régie n'empêche pas la mise en œuvre de ce qui caractérise très fortement le contrat en droit public : la multitude des opérations d'encadrement.

833. — Le contrat interorganique remplit donc toutes les exigences formelles gouvernant l'apparence du contrat. Il peut prétendre à une qualification contractuelle au fond car ces exigences formelles sont le postulat à la présence de certains éléments fondamentaux du contrat. Ainsi présente-t-il les conditions nécessaires pour identifier deux parties, un créancier et un débiteur, ainsi que leur accord sur les éléments qui sont déterminants pour que le juge administratif identifie un accord de volontés, notamment « *la prestation (la chose) et la contre-prestation (le prix) qui sont les éléments de l'accord* »⁴⁰. De même, ces conditions seront le présupposé à l'existence d'un effet obligatoire du contrat interorganique, puisque « *le contenu des clauses d'un contrat doit être assez précis pour produire des effets juridiques* »⁴¹. Il en résulte que l'objet ou la cause ne peuvent être exclus de façon automatique par le mécanisme interorganique, puisqu'ils gravitent autour de l'accord ou en découlent.

834. — Il semble alors qu'un seul élément semble être absent du contrat interorganique pour qu'un accord de volontés puisse s'y matérialiser, excluant corrélativement la qualification de contrat : l'existence d'une volonté propre du prestataire intégré. Les critères fondant la quasi-régie ne sont cependant pas suffisants pour considérer que celle-ci sera toujours absente, de telle sorte que cet obstacle à la qualification contractuelle du contrat interorganique peut être levé.

³⁸ *Ibid.*, pp. 71, pt 102.

³⁹ *Ibid.*, p. 70, pt 98.

⁴⁰ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, p. 56, pt 81.

⁴¹ DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 111.

§2. L'absence de volonté propre du prestataire intégré : une fiction caractéristique du contrat interorganique

835. — Dans sa démarche de création d'une nouvelle catégorie constituée par les conventions d'administration, Monsieur Hourson a démontré qu'elles diffèrent des actes conventionnels. Pour ce faire, il a établi que les conventions d'administration se distinguent du contrat sur le plan normatif et par le fait qu'elles ne remplissent pas la même fonction que le contrat⁴². Ce n'est pas le cas des conventions interorganiques. Elles créent de réelles relations contractuelles entre deux personnalités juridiques distinctes et ne sont susceptibles de faire naître que des effets normatifs contractuels découlant soit du droit commun des contrats, soit du droit particulier des contrats publics si elles en remplissent les critères. Ces conséquences découlent naturellement de la présence, au sein du contrat interorganique, de tous les éléments nécessaires à la présence du contrat, au premier titre desquels doit être comptée la présence de deux volontés aptes à s'engager.

836. — Les critères de la quasi-régie ne permettent en effet pas de garantir automatiquement que le prestataire intégré ne disposera pas d'une volonté distincte de celle de ses détenteurs **(A)**, alors même que le raisonnement entourant les prestations intégrées depuis l'arrêt *Teckal*⁴³ repose sur l'absence de cette seconde volonté. Il en résulte que le contrat interorganique se caractérise par l'édition d'une fiction, celle en vertu de laquelle le prestataire intégré ne disposerait pas d'une volonté propre **(B)**.

A. L'absence d'unité volitive systématique au sein du mécanisme interorganique

837. — Bien que la volonté ait le consentement pour « *fiis* »⁴⁴, elle se définit comme une faculté d'opposition⁴⁵. Cette faculté d'opposition constitue par conséquent le premier élément permettant de déterminer si les prestataires intégrés disposent d'une

⁴² HOURSON Sébastien, *Les conventions d'administration*, *op. cit.*, notamment sa conclusion générale, pp. 533-538, pts 867-874.

⁴³ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

⁴⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*, 1995, n° 3, pp. 573-578, p. 577, pt 10.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 574, pt 2.

volonté propre. S'ils ont la possibilité de refuser ce qui leur est suggéré par leurs détenteurs, il sera possible de considérer qu'ils disposent d'une faculté d'opposition et donc d'une volonté propre. Pour ce faire, il faut également qu'une deuxième caractéristique soit remplie : que les entités quasi internes puissent mettre leur volonté au service de leur propre liberté contractuelle. La liberté contractuelle se compose de la liberté de contracter, c'est-à-dire de choisir son contractant et de choisir de passer ou de ne pas passer un contrat, ainsi que de la liberté de déterminer le contenu du contenu du contrat, qui permet aux parties de créer un nouveau type de contrat ou d'aménager les règles gouvernant un contrat existant⁴⁶. En conséquence, afin de reconnaître la présence d'une liberté contractuelle des prestataires intégrés, il importe de relever qu'ils ont la possibilité : d'influencer le contenu des contrats qu'ils passent avec leurs détenteurs, de choisir de ne pas passer d'autres contrats avec eux (mettant ainsi en œuvre leur liberté de contracter) et de déterminer le contenu du contrat. Il faudrait encore, par une application extensive de ce que serait la libre sortie du contrat⁴⁷, qu'ils soient dans la possibilité de ne pas maintenir le contrat interorganique quand se présentera le moment de renouveler les conventions les liant à leurs prestataires.

838. — Théoriquement, une telle dissociation entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs est impossible. Les critères interorganiques sont censés garantir que les structures quasi internes ne disposent que d'une autonomie fonctionnelle, sans pour autant détenir une volonté autonome⁴⁸. Ces critères attesteraient du fait que malgré l'existence d'une volonté externe, exprimée, la volonté interne des opérateurs dédiés ne se distinguerait pas réellement de celle de leurs détenteurs car la force de coercition interne exercée par ceux-ci serait trop prégnante pour laisser place à une seconde volonté. Le fait d'apprécier la volonté du prestataire intégré de façon fonctionnelle, en évitant une approche personnaliste qui aurait consisté à se reposer uniquement sur l'existence d'une personnalité juridique, participe au souhait de mieux appréhender cette

⁴⁶ LEVENEUR Laurent, « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité... », *AJDA*, 1998, n° 9, pp. 676-682. C'est aussi le cas pour les personnes publiques, même si leur liberté contractuelle peut encore être considérée comme étant limitée (v. notamment : FLEURY Thibaut, « La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *RFDA*, 2012, n° 2, pp. 231-240).

⁴⁷ De la liberté contractuelle tend en effet progressivement à se dégager une possibilité de libre sortie (v. notamment : LEMAY Pierre, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2014, pp. 157-158 ; v. aussi : GAHDOUN Pierre-Yves, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 76, 2008, pp. 302-312). Elle n'a pour l'heure pas encore été reconnue pour tous les types de contrats mais elle permet de rappeler que le prestataire intégré n'est pas dans l'obligation de maintenir le contrat interorganique, pas plus qu'il n'est dans l'obligation de passer d'autres contrats avec ses détenteurs.

⁴⁸ Sur ces conditions d'application, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.



situation. Censés être plus efficaces que de simples considérations organiques, ces critères sont pourtant loin de garantir automatiquement l'absence d'une volonté propre des prestataires intégrés. La plupart d'entre eux semblent en effet voués à disposer d'une volonté qui leur est propre, à l'exception d'entités qui ont déjà été abordées dans les présents travaux : les organismes transparents.

839. — Il semble impossible de considérer qu'aucun des prestataires intégrés ne dispose de la faculté de refuser ce qui lui serait dicté par ses détenteurs. L'unité volitive entre les acteurs interorganiques ne serait envisageable que si le prestataire intégré fonctionnait intégralement avec les moyens et le personnel de son détenteur, ce que les trois critères de la quasi-régie n'imposent pas. Lorsqu'il fait l'objet d'un contrôle conjoint, cette hypothèse est d'ailleurs clairement inenvisageable. Quand la direction est partagée entre un pouvoir adjudicateur A et un pouvoir adjudicateur B, les moyens du prestataire ne peuvent que difficilement être détenus que par l'un ou par l'autre. En outre, il est impossible de considérer que la volonté de deux personnes morales n'en forme qu'une seule, la volonté du prestataire intégré ne correspondant ni totalement à celle du détenteur A, ni totalement à celle du détenteur B, mais à un résultat C, lequel représente une autre volonté, qui est par conséquent distincte des deux précédentes. C'est d'autant moins le cas que, dès lors que les opérateurs dédiés exercent leur activité pour d'autres entités ou sont détenus par plus d'un pouvoir adjudicateur, leurs intérêts sont la résultante de tous ces facteurs. Ils ne peuvent plus être la reproduction exacte de ceux de leur unique détenteur. En cas de contrôle conjoint, les directives imposent d'ailleurs une absence d'incompatibilité entre les intérêts des prestataires et de leurs co-détenteurs⁴⁹ et non une compatibilité parfaite car c'est théoriquement inenvisageable. Cette divergence d'intérêts est plus flagrante lorsque les pouvoirs adjudicateurs détenteurs sont des personnes publiques et leur prestataire intégré une personne privée, le second étant alors naturellement moins enclin à se tourner vers l'intérêt général car sa volonté n'est pas « *déterminée par [ce] but* »⁵⁰. L'artificialité de la construction interorganique est d'ailleurs confirmée par la condition de l'activité essentielle et non exclusive, plus encore depuis que celle-ci est devenue un critère chiffré à 80% par les

⁴⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.

⁵⁰ FLEURY Thibaut, « La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *loc. cit.*, p. 234.

directives⁵¹. À quel titre une association exerçant 72% de son activité avec ses détenteurs est-elle plus à même de détenir une volonté propre que celle qui exerce 89% de son activité avec les siens ? La fixation d'un taux, attendue par les praticiens, confirme donc l'artificialité des considérations tendant à réfuter l'existence d'une volonté propre du prestataire intégré. Certes, cette problématique ne se pose pas pour les sociétés publiques locales, qui ont pour obligation légale de n'exercer leur activité que pour leurs détenteurs. Cependant, ces mêmes sociétés publiques locales doivent également être *a minima* détenues par deux pouvoirs adjudicateurs. Le problème de la seconde volonté propre se pose donc encore, démontrant que les critères de la quasi-régie ne suffisent pas à l'éradiquer de façon systématique.

840. — L'impossibilité de considérer qu'une seule volonté lie les acteurs interorganiques est moins probante dans le cadre des détentions uniques. Pourtant, dès lors que celles-ci ne concernent pas uniquement des groupements transparents, la participation de personnes physiques extérieures au détenteur dans les organes dirigeants de l'entité intégrée crée la même équation. Cette situation est en effet très fortement envisageable, puisqu'il est fréquent que des personnes disposant de compétences qui ne sont pas détenues par les élus, les dirigeants, les membres du personnel ou les agents de ses détenteurs soient placées dans les organes dirigeants du prestataire intégré. La présence de ces personnes qui ne sont pas des représentants des détenteurs interorganiques peut introduire une lecture différente des intérêts du prestataire intégré. Sans pour autant créer des intérêts contraires à ceux du pouvoir adjudicateur ces personnes non tributaires du détenteur du prestataire intégré pourront impulser une orientation différente de la volonté dudit détenteur. Est ainsi mise en valeur l'absence d'assimilation parfaite entre les volontés des acteurs interorganiques, même dans les hypothèses de détention unique (et hormis l'hypothèse du groupement transparent). Cela ne retire pas l'influence des représentants du pouvoir adjudicateur au sein des organes de direction, laquelle fait partie des éléments essentiels dans le cadre d'un contrôle conjoint depuis l'arrêt *Econord*⁵². Il s'agit cependant d'un paramètre pouvant orienter différemment les décisions prises par le prestataire intégré, mettant ainsi en exergue sa volonté distincte de celle de ses détenteurs. De plus, un tel pouvoir n'est pas insurmontable par d'autres procédés. Si le pouvoir adjudicateur voulant l'exercer est un

⁵¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.1.b et 17.3.b ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), article 12.1.b et 12.3.b.

⁵² CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), préc.



détenteur minoritaire d'un prestataire sociétal, il sera par exemple éventuellement possible de mettre en œuvre la procédure du transfert des titres d'actionnaires minoritaires aux actionnaires majoritaires prévue par l'article L. 433-4 II du Code monétaire et financier⁵³. L'existence de ce pouvoir d'influence ne peut donc pas être considérée comme suffisante pour anéantir la volonté du prestataire intégré. Sa présence garantit le contrôle du détenteur sur ce dernier, elle ne permet pas de considérer que le détenteur aurait agi seul à travers son prestataire.

841. — Un exemple permet de le démontrer. S'il y avait réellement unité volitive, il semblerait admissible que les détenteurs du prestataire intégré se substituent à lui pour des prises de décision, notamment concernant l'acceptation de nouvelles missions ou l'aménagement de contrats en cours. Or, l'opportunité de la prise d'une décision ne peut pas être appréciée par les détenteurs du prestataire intégré indépendamment du consentement exprès dudit prestataire. En conséquence, en cas de contentieux concernant les contrats qui lient les prestataires intégrés à leurs détenteurs, les juges pourront éventuellement avoir à rechercher que la volonté externe, mais aussi la volonté interne du prestataire intégré, a été exprimée de façon ni viciée, ni dolosive – et ce qu'il s'agisse de juges judiciaires ou administratifs, puisqu'ils protègent l'intégrité du consentement avec la même minutie⁵⁴. Une telle recherche risque d'être complexifiée par l'interdépendance créée par le mécanisme interorganique mais elle doit être mise en œuvre, dès lors que ses acteurs sont deux personnes morales dont les volontés ne peuvent pas concorder de façon systématique. En conséquence, la liberté des prestataires intégrés d'utiliser leur volonté n'est pas automatiquement annihilée, sauf dans le cas des groupements transparents. Ces derniers ne laissent en effet aucune place pour l'existence d'une seconde volonté, parce que leur composition, leurs fonds et leurs moyens

⁵³ C'est cette procédure qui était concernée dans l'arrêt par lequel la Cour de cassation a récemment pu préciser le champ d'application du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques (Cass., Chambre commerciale, 21 janvier 2014, *Département de Saône-et-Loire contre Sté des autoroutes Paris Rhin-Rhône*, n° 12-29.475, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00089 ; *Bull. inf. Cass.*, 15 avril 2014, n° 800, p. 10, n° 701 ; *JurisData* n° 2014-000574 ; *AJCT*, 2014, n° 5, p. 273, obs. Florian MOKHTAR ; *AJDA*, 2014, n° 4, p. 191, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *AJDA*, 2014, n° 8, p. 460, chron. Philippe YOLKA ; *Droit administratif*, 2014, n° 6, p. 44, comm. n° 26, note Jean-François GIACUZZO ; *Revue des sociétés*, 2014, n° 6, p. 394, note Frank MARTIN LAPRADE).

⁵⁴ V. notamment : MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, p. 63-69, pts 90-97 ; PLESSIX Benoît, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, pp. 12-18 ; POUYAUD Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, Coll. BDP, T. 158, 1991, pp. 98-175 ; WEBER Yves, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in : AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-Marie et BIENVENU Jacques (dir.), *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 315-343.

proviennent entièrement de leurs détenteurs. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'avoir des intérêts différents de leurs détenteurs : entièrement investis par leur créateur, ils ne peuvent avoir d'intérêts que ceux de ce dernier. Il semble par conséquent logique que leur prise de décision découle naturellement de ce qui est décidé par leur créateur. Dans tous les autres cas recouverts par le contrat interorganique, il paraît difficile d'envisager qu'un détenteur puisse passer outre la volonté de son prestataire intégré si celle-ci est différente. Il dispose certes d'un contrôle sur ses prestataires mais en dehors des groupements transparents, la possibilité de négociation au sein des organes dirigeants du prestataire resurgit, entraînant l'expression d'une volonté qui est la résultante de plusieurs autres volontés et non leur reproduction. Le contrat interorganique rejoint ici les propos de l'Abbé Siéyès sur la nation qui, émanant du contrat social entre tous les individus, ne peut être identifiée comme l'addition de leur volonté. Elle crée une volonté indépendante, tout en conservant une part d'interdépendance⁵⁵.

842. — Dans ce cadre, le simple fait que le prestataire intégré ne soit pas toujours en position de force pour les négociations n'est pas un argument suffisant pour remettre en cause sa volonté. En effet, l'autonomie de la volonté de l'un des cocontractants n'est pas remise en cause par l'absence d'égalité entre les cocontractants depuis que l'autonomie de la volonté n'est plus envisagée comme étant absolue⁵⁶. Ce qui importe, c'est l'accord de volontés. De telles considérations sont extrêmement importantes concernant la création du contrat interorganique à partir d'un organisme créé par ses détenteurs : peu importe que celui-ci n'ait pas vraiment pu négocier le contrat lorsqu'il était en cours de création ; il importe simplement qu'il y ait adhéré en apposant le sceau de sa volonté sur le contrat lui confiant la part d'activité suffisante à l'établissement du mécanisme interorganique, permettant l'instauration de celui-ci. Son consentement est donc juridiquement présent et devra toujours être recherché dans ses relations avec son ou ses détenteurs.

843. — Seules les entités transparentes semblent pouvoir automatiquement être considérées comme ne disposant jamais d'une volonté propre. Survient donc cette situation paradoxale où les seules hypothèses qui correspondent réellement à ce que la quasi-régie essaie de mettre en œuvre sont généralement pénalisées par le droit positif

⁵⁵ SIÉYÈS Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, *op. cit.*

⁵⁶ V. notamment : MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 119-132, pts 147-157.



français⁵⁷. Les entités transparentes sont en effet uniquement traitées en France sous l'angle de l'association transparente et sont en conséquence sanctionnées par le juge administratif. Tous les autres opérateurs dédiés – qui constituent en réalité la plus grande partie d'entre eux – tout en remplissant légitimement les critères de la quasi-régie, ne correspondent pas réellement à ce qu'elle tendrait à démontrer. Il est effectivement très difficile de considérer qu'une entité qui n'est pas détenue totalement et contrôlée entièrement par la même personne morale n'a pas de volonté distincte. En l'absence d'une transparence parfaite, il existe par conséquent de nombreuses possibilités pour la volonté du prestataire intégré de s'émanciper de celle de ses détenteurs. Il y aura certes interdépendance entre leurs volontés mais une telle interdépendance est ordinaire concernant les personnes morales qui, contrairement aux personnes physiques, ne peuvent pas tirer leur volonté d'elles-mêmes⁵⁸. Il en résulte que l'interdépendance persistant au sein de la quasi-régie ne peut être considérée comme suffisante pour nier la volonté des prestataires intégrés. Tout au plus est-il possible d'énoncer que dans tous les cas, cette volonté sera bridée. Comme la quasi-régie englobe aussi les groupements transparents, il est forcément des cas où l'unité de volonté est bien réelle. Cette hypothèse reste néanmoins minoritaire. Si les institutions de l'Union européenne ont décidé de retirer à la quasi-régie la qualification contractuelle, elles ne lui ont donc pas pour autant retiré totalement son venin contractuel. Ce n'est que par la construction d'une fiction qu'il est possible de considérer que les prestations intégrées impliquent systématiquement une unité volitive.

B. La fiction de l'unité volitive interorganique

844. — Le rapprochement entre contrat interorganique et fiction a d'ores et déjà été proposé par Monsieur Brameret⁵⁹. Il peut sembler paradoxal, dès lors que le développement des prestataires intégrés comme, avant lui, celui de la transparence par le

⁵⁷ Sur ce point, v. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2.

⁵⁸ PONTIER Jean-Marie, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 2013, n° 15, pp. 837-839, p. 839.

⁵⁹ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ? Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, p. 301, pt 515. V. aussi : CORTÈS Thomas, « Les fictions juridiques en droit administratif. Linéaments pour une théorie des formes juridiques », *RDP*, 2014, n° 4, pp. 915-944, pp. 936-938.

juge administratif, participent à « *une forme de retour à la réalité au détriment de la fiction* »⁶⁰. L'utilisation de la méthode développée par Madame Costa dans ses travaux sur *Les fictions juridiques en droit administratif* confirme cependant que le fait, pour les institutions de l'Union européenne, de considérer que les critères entourant la quasi-régie garantissent l'identification d'un prestataire sans volonté propre, est une fiction endogène centrifuge. Si une telle déduction peut être formulée, ce n'est pas parce que la quasi-régie constitue une dérogation. Fiction et dérogation pouvant se croiser sans pour autant se recouper systématiquement⁶¹, le simple caractère dérogatoire de la quasi-régie ne peut pas suffire à démontrer la présence d'une fiction juridique. Ce sont ses conditions d'apparition et ses effets qui permettent ce rapprochement.

845. — La fiction juridique se caractérise en effet par son apparition, puisqu'elle apparaît dans une situation d'inadéquation, caractérisée par une « *absence de coïncidence entre deux termes* »⁶². Plus précisément, Madame Costa a démontré que malgré l'unité de la fiction juridique, la diversité des circonstances dans lesquelles elle peut survenir entraîne une dualité entre fiction juridique endogène et exogène, auxquelles sont rattachées des conséquences juridiques distinctes⁶³. Seule la fiction endogène est généralement appréhendée par les juristes, car elle

*« permet de soulever et de lever une absence de coïncidence entre deux éléments de la réalité juridique, soit qu'elle feigne, positivement, que ce qui n'existe pas existe, comme dans le cas des lacunes, soit qu'elle feigne négativement que ce qui existe n'existe pas, comme dans le cas des antinomies. »*⁶⁴

Pour repérer une fiction endogène, il faut par conséquent vérifier que la fiction est interne à la réalité juridique et qu'elle vient résoudre une antinomie ou une lacune en son sein⁶⁵. Étant donné que la quasi-régie vient contredire les effets naturels de la présence de deux personnes morales, des constructions juridiques n'existant pas à l'état naturel⁶⁶,

⁶⁰ PIROU Xavier, « Transparence, *in house* et caractère fictif : réflexion autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, p. 255.

⁶¹ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 165 ; WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 13, pt 3.3.

⁶² COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 65.

⁶³ *Ibid.*, p. 165.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 86-91.

⁶⁶ V. notamment : PIROU Xavier, « Transparence, *in house* et caractère fictif : réflexion autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, p. 254.



la fiction d'unité volitive se situe bien dans le cadre de la réalité juridique. Elle vient en outre résoudre une antinomie interne à cette réalité juridique. La situation de ces entités ne permettait pas de les considérer comme des régies, alors même que la très forte interdépendance avec leurs détenteurs permettait de considérer que les soumettre aux procédures de passation n'était pas entièrement justifié sur le plan de la protection du marché intérieur. Leur situation particulière ne pouvait donc pas être niée par l'Union européenne⁶⁷. Il fallait résoudre cette contradiction⁶⁷ par un procédé fictionnel, ce qui fut consacré avec l'arrêt *Teckal*⁶⁸ et son postulat en vertu duquel des personnes tierces aux pouvoirs adjudicateurs disposant de la personnalité juridique sont susceptibles de ne pas disposer d'une volonté qui leur est propre. En niant l'existence d'une volonté, la Cour est venue résoudre la contradiction, permettant à la quasi-régie de remplir la fonction dogmatique et pragmatique désormais reconnue à la fiction⁶⁹. C'est grâce à cette fiction qu'il est désormais possible de considérer qu'il n'y a pas de relation contractuelle parce qu'il n'y a pas accord de volontés, alors même que cet accord est matériellement présent. La construction de cette fiction explique d'ailleurs que le contrôle analogue ait pu être étendu de façon artificielle pour devenir un contrôle conjoint⁷⁰. Les co-détentions ne sont cependant pas les seules à être recouvertes par la fiction car, comme démontré dans le point précédent, l'existence d'une seconde volonté est aussi palpable dans les détentions uniques. La seule situation qui correspond réellement à une unité volitive est donc celle des groupements transparents. La fiction a alors pour périmètre toutes les situations qui remplissent les critères interorganiques sans pour autant constituer des groupements transparents, et elles sont nombreuses.

846. — Les institutions de l'Union européenne auraient pu établir leur raisonnement sur le fondement d'une fonction centripète⁷¹, en partant d'une définition

⁶⁷ « Certes, la jurisprudence communautaire aura tendance, en application des principes qui régissent la compétence de l'Union européenne, à limiter toute entrave à la concurrence mais elle ne pourra nier certaines situations particulières qu'elle tentera d'ailleurs de limiter au maximum. » (PIROU Xavier, « Transparence, *in house* et caractère fictif : réflexion autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, p. 268).

⁶⁸ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, préc.

⁶⁹ Sur ces fonctions dogmatique et pragmatique de la fiction, v. COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 558.

⁷⁰ Sur cette extension artificielle du contrôle analogue au contrôle conjoint, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, §3.B.

⁷¹ La fiction centripète étant celle qui « procède à un rapprochement de deux catégories juridiques qui ne partagent pas la même nature juridique [...] et] permet de plier au même régime juridique ces deux catégories » (COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 137).

de la notion de régie et en y incluant les situations de quasi-régie. C'est cependant le raisonnement inverse qui a été suivi. En extirpant le contrat interorganique du champ d'application des marchés et concessions, les institutions européennes ont suivi la méthode de la fiction endogène centrifuge qui, « *pour ne pas appliquer la règle à une hypothèse qui devrait ordinairement s'y soumettre, [...] reviendra à faire sortir cette hypothèse de la catégorie concernée.* »⁷² Le mouvement centrifuge provient du fait que la quasi-régie sort du champ de la catégorie des contrats de la commande publique des situations qui, pourtant, remplissaient les conditions pour y entrer. Seules les structures transparentes ne nécessitent pas cette action centrifuge. L'unité de volonté censée exister au sein de la quasi-régie admet par conséquent une part de « *fausseté* » évoquée par Madame Costa : tous les prestataires intégrés ne voient pas automatiquement leur volonté propre annihilée. Seuls qui remplissent ces critères de façon maximale (c'est-à-dire les entités transparentes) sont dans cette situation. Cette caractéristique rapproche à nouveau la quasi-régie de la fiction car, comme celle-ci, elle est une « *fausseté* » consciente, conventionnelle et légitime⁷³.

847. — Elle est légitime juridiquement et économiquement parlant car elle permet aux pouvoirs adjudicateurs d'économiser des coûts superflus tout en restant dans le giron des principes de l'Union européenne⁷⁴. Elle l'est d'autant plus qu'elle est suffisamment encadrée pour ne pas impliquer des situations abusives⁷⁵. Dans son travail de précision des prestations intégrées, la Cour a en effet créé une sphère minutieusement délimitée, au sein de laquelle ne peuvent entrer que les situations correspondant aux critères, afin que les conséquences de la fiction établie ne puissent pas porter atteinte à la non-discrimination⁷⁶. C'est un système sous contrôle, encadrant tant les personnes concernées que leurs relations, puisque les exonérations de mise en concurrence ne couvrent que les transactions entre des acteurs interorganiques. Est ici à l'œuvre une utilisation classique de la notion de fiction, celle permettant d'identifier des circuits fermés, qui peuvent être isolés parce qu'ils restent intérieurs à une institution donnée. Cette caractéristique explique par ailleurs la prudence avec laquelle il faut utiliser le

⁷² Sur l'utilisation de la fiction pour distinguer des situations internes ou externes en matière institutionnelle, v. CORTÈS Thomas, « Les fictions juridiques en droit administratif. Linéaments pour une théorie des formes juridiques », *loc. cit.*, pp. 936-938. Il cite expressément la quasi-régie en tant qu'illustration et rappelle notamment que la fiction en droit administratif est fréquemment utilisée pour isoler des actes censés ne pas avoir d'impact en dehors de l'administration, telles que les mesures d'ordre intérieur.

⁷³ Contrairement à la dissimulation juridique (v. COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif, op. cit.*, pp. 58-62).

⁷⁴ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁷⁵ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁷⁶ V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, C.



procédé des sociétés publiques locales : les critères des prestations interorganiques sont censés fixer un cadre dans lequel ne sont intégrés que des prestataires placés dans une situation particulière ; le fait, pour une entité, de ne plus respecter ces critères, fait naturellement resurgir le risque d'atteinte à la non-discrimination. En conséquence, ces critères sont d'application stricte : la moindre inadéquation entraîne un retrait de la qualification interorganique. Les sociétés publiques locales doivent par conséquent être maniées avec précaution, dès lors que cette forme ne remplit pas automatiquement tous les critères interorganiques⁷⁷. La quasi-régie, si elle est bien une fiction, ne crée en effet aucune présomption de présence des critères interorganiques. Elle entretient d'ailleurs à ce titre les mêmes rapports avec la présomption que ceux qui lient fiction et présomption : la présomption simple permet de considérer que certains éléments de fait sont présents⁷⁸, alors que la quasi-régie et la fiction permettent d'établir, à partir de la présence de certains faits, l'existence de certaines conséquences juridiques. Il faut donc démontrer que ces éléments factuels sont présents pour y attacher les effets juridiques attendus. Présomption simple, quasi-régie et fiction n'interviennent donc pas au même niveau du raisonnement. De même, comme les fictions, les prestations intégrées se rapprochent de la présomption irréfragable car elles « *dispensent d'apporter la preuve de faits qui ne sont pas considérés comme pertinents* »⁷⁹. En effet, dès lors que les critères de la quasi-régie sont établis, l'absence de volonté est acquise, sans qu'il soit besoin d'analyser des critères tels que ceux énoncés à l'article 1108 du Code civil. Il faut cependant souligner que, les critères étant parfois un cumul d'indices, la corrélation avec la présomption irréfragable n'est pas absolue.

848. — La quasi-régie est enfin une « *fausseté* » consciente et conventionnelle, puisqu'elle ne constitue pas une erreur sur la réalité juridique, mais une construction juridique. Ceux qui l'utilisent savent qu'elle repose sur une telle construction et la présentent comme telle aux tiers, tout comme la fiction⁸⁰. L'information aux tiers sur la situation du mécanisme interorganique reste cependant essentielle pour que cette dernière caractéristique soit systématiquement remplie. Ces aspects conscient et conventionnel distinguent la quasi-régie du mécanisme fictif des associations

⁷⁷ V. notamment : *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

⁷⁸ La fiction juridique diffère de la présomption légale, qui est « [f]ondée sur la probabilité de certains faits » (WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 12, pt 3.2).

⁷⁹ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 51. V., plus largement, *ibid.*, pp. 51-52.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 54-58.

transparentes. Ces dernières sont en effet des simulations juridiques, des « *fausseté[s] consciemment opérée[s] dans l'intention de tromper.* »⁸¹ Elles relèvent de la fictivité, qui n'est pas le produit de la loi *lato sensu* mais d'une volonté individuelle qui crée une apparence trompeuse⁸². L'étude de la fiction fondatrice de la quasi-régie permet par conséquent d'affirmer à nouveau la distinction avec ce mécanisme.

849. — Les institutions de l'Union européenne ont créé une fiction au sein de laquelle une part de variabilité est admise : dans le cadre des critères fixés par la Cour, il est considéré que le second organisme dispose de la marge de manœuvre restreinte d'un groupement transparent, alors même que seuls les prestataires intégrés qui répondent véritablement aux critères de l'association transparente fixés par le Conseil d'État correspondent à cette réalité. Une certaine élasticité est à l'œuvre, puisque les effets d'une situation somme toute assez réduite, ceux des entités transparentes, sont considérés comme étant présents dans toutes les situations où sont remplis les critères interorganiques. Cette élasticité connaît cependant ses bornes au stade du régime d'exécution du contrat, puisque malgré les nombreuses incertitudes qui encadrent encore ce point, il semble que le contrat interorganique soit voué à être en grande partie soumis au régime commun des contrats publics.

⁸¹ *Ibid.*, p. 58.

⁸² WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 12, pt 3.1. Sur la transparence en droit administratif, v. aussi : PIROU Xavier, « Transparence, *in house* et caractère fictif : réflexion autour de la personne morale en droit administratif », *loc. cit.*, pp. 255-266.

SECTION 2. UN CONTRAT VOUE A ETRE SOUMIS A UN REGIME D'EXECUTION ORDINAIRE

850. — Reposant toujours sur des documents contractuels et constituant un contrat, le contrat interorganique implique doublement des problématiques concernant son évolution. Chacune d'entre elles ne peut pas être entièrement réglée par le droit de l'Union européenne. Le régime de l'exécution du contrat ne fut effectivement pas une préoccupation originelle des institutions européennes et ce n'est que depuis récemment qu'il s'y intéresse expressément⁸³, le fait que les directives « marchés » et « concessions » consacrent des dispositions à la modification du contrat étant d'ailleurs considéré comme l'une de leurs « *innovations les plus remarquables* »⁸⁴. Cette réglementation se mêlant aux règles qui, en droit public, sont applicables selon les types de contrat ou dans le silence du contrat, il en résulte que la réglementation de l'exécution contractuelle en droit public est actuellement en transition. Confrontées à une notion émergente telle que la quasi-régie, ces règles pourraient encore s'adapter, afin de traduire la particularité du contrat interorganique par un régime d'exécution hors du commun.

851. — Il semble cependant qu'une telle adaptation soit peu probable : si une telle marge de manœuvre semble encore ouverte en matière d'avenants (§1), les bornes clairement délimitées de la quasi-régie entraînent la soumission des sous-contrats passés en son sein à la plupart des règles ordinaires gouvernant ces opérations (§2). Les incertitudes entourant actuellement les cessions passées au sein du contrat interorganique laissent présager un sort semblable (§3). Un tel maintien des règles ordinaires entourant les contrats, dès lors qu'il sera maîtrisé, ne doit cependant pas être considéré comme systématiquement nuisible aux acteurs interorganiques, notamment lorsqu'un contrat passé au sein du contrat interorganique remplira les conditions du contrat administratif. Dans une telle situation en effet, les détenteurs du prestataire intégré qui seraient aussi des personnes publiques – et ce sera souvent le cas – pourront alors mettre en œuvre leurs pouvoirs unilatéraux. La protection des cocontractants de l'administration, qui est garantie par la réglementation de tels contrats, semble applicable

⁸³ V. notamment : ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *loc. cit.*, pp. 10-11, pt 18 ; NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 853-859, p. 853.

⁸⁴ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *CMP*, 2014, n° 11, pp. 1-2, repère n° 10, p. 1.

aux prestataires intégrés. En tant que véritables cocontractants, ils devraient avoir droit aux mêmes modalités d'indemnisation qu'un cocontractant classique, et ce quelle que soit la fiction créée par la quasi-régie, ce qui implique des problématiques particulières quant à la confrontation entre la quasi-régie et ces règles (§4).

§1. Les incertitudes encadrant les avenants interorganiques : une occasion d'adapter les règles générales concernant les avenants en présence du contrat interorganique

852. — Les contrats passés au sein de la sphère interorganique sont, comme tout acte contractuel, des « *photographie[s], nécessairement figée[s], d'un état donné* »⁸⁵, qui appelleront fréquemment des évolutions ; de telle sorte qu'il est possible de paraphraser les propos du professeur Langelier en affirmant que : « [c]omme tout contrat, le contrat [interorganique] est la manifestation d'un engagement entre des parties qui se sont entendues pour satisfaire chacune ses besoins propres, tels qu'identifiés au moment de la conclusion. »⁸⁶ Prestataires intégrés et détenteurs seront en effet presque systématiquement amenés à renégocier certaines clauses et à les amender par le biais d'avenants, d'autant plus que lorsque l'intérêt général est en cause, de telles modifications sont indispensables⁸⁷. Un avenant n'étant rien d'autre qu'un « *contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours* »⁸⁸, il conviendra de déterminer dans quelle mesure ces acteurs pourront en conclure sans avoir à se plier aux règles de passation des contrats de la commande publique. Derrière cette question se cachent de nombreux enjeux. La moindre rigidité encadrant la passation des avenants peut en effet entraîner l'obligation, pour les détenteurs qui seraient des personnes publiques, de mettre fin au contrat par une résiliation, ce qui entraîne la nécessaire indemnisation du cocontractant, des frais qui n'auraient pas existé si le contrat avait pu être amendé⁸⁹. Ces enjeux sont d'autant plus importants que déterminer la mesure dans laquelle un avenant entraîne un effet novatoire pour le contrat⁹⁰ est loin d'être aisé, alors qu'en découlent de nombreuses conséquences procédurales et matérielles⁹¹. Les règles encadrant les avenants se sont effectivement très

⁸⁵ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire. À propos des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* », *RFD*, 2011, n° 1, pp. 98-114, p. 99, pt 3.

⁸⁸ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 220, pt 453.

⁸⁹ SANTONI Laetitia et COUTON Xavier, « Avenants aux concessions d'aménagement « mutabilité versus stabilité », *Construction – Urbanisme*, 2011, n° 12, pp. 6-12, étude n° 14, pts 6 et 10.

⁹⁰ Cet effet n'est pas assimilable à la novation de l'obligation (HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 9, pt 13) et correspond en réalité à un avenant qui viendrait « *provoquer la rupture du lien contractuel originnaire* » (HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 99, pt 4).

⁹¹ Sur ces difficultés, v. notamment HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, v. notamment pp. 9-22.

fortement accrues sous l'impact de « l'idéologie concurrentielle du moment »⁹², afin d'empêcher que leur passation ne permette de contourner les modalités de passation encadrant les contrats initiaux⁹³. Il en résulte que cette réglementation repose actuellement sur un équilibre complexe entre les impératifs de mutabilité imposés par l'intérêt général, de protection du cocontractant et ceux liés à la commande publique⁹⁴.

853. — Puisque la base du contrat interorganique est précisément de créer une sphère au sein de laquelle des actes contractuels pourront être passés entre deux parties sans nouvelle mise en concurrence, il pourrait paraître logique de considérer que ces règles n'ont pas à être respectées en son sein. La réponse est plus nuancée, plusieurs incertitudes existant sur ce point au niveau interne **(A)**. La nécessaire application des règles générales gouvernant les avenants aux avenants interorganiques devra par conséquent être envisagée, ce qui mettra à nouveau en exergue la particularité du contrat interorganique **(B)**.

A. Les imprécisions concernant l'encadrement des avenants interorganiques

854. — La question de l'applicabilité des règles européennes aux avenants interorganiques est désormais résolue. Si ni l'arrêt *Pressetext*⁹⁵, ni l'arrêt *Wall AG*⁹⁶ ne mentionnaient leur inapplicabilité à la quasi-régie, de sorte qu'il fallait s'en remettre aux conclusions de l'avocat général pour y trouver une référence⁹⁷, l'adoption des directives « marchés » et « concessions » a définitivement sécurisé sa position en la matière. Ces textes excluent expressément les situations interorganiques de leur champ d'application, qu'il s'agisse des détentions uniques ou des co-détentions, mais aussi des situations dans lesquelles deux prestataires intégrés faisant l'objet d'un contrôle analogue par le même

⁹² HOEPPFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 99, pt 4.

⁹³ V. notamment : LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, *op. cit.*, p. 101 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 220, pt 453.

⁹⁴ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 248.

⁹⁵ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc.

⁹⁶ CJUE, Grande Chambre, 13 avril 2010, *Wall AG contre La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 ; *Rec.*, 2010, p. I-2815 ; *AJDA*, 2010, n° 17, p. 937, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; *CMP*, 2010, n° 6, p. 32, comm. n° 222, par Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2010, n° 7, p. 25, comm. n° 109 par Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2011, n° 2, p. 429, obs. Ann Lawrence DURVIAUX ; *RDI*, 2010, n° 7, p. 385, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2011, n° 1, p. 98, note Hélène HOEPPFNER.



détenteur contractant⁹⁸. Il n'y a donc pas lieu, en vertu des règles européennes, de conclure un nouveau contrat en cas d'avenant à un contrat passé entre les acteurs interorganiques. Cette situation procure d'ailleurs une véritable attractivité aux formes bénéficiant de la quasi-régie concernant certains contrats pour lesquels la réglementation des avenants s'avère particulièrement difficile à mettre en œuvre⁹⁹. Il faudra cependant veiller à appliquer les principes du droit primaire dégagés dans l'arrêt *Telaustria*¹⁰⁰. Pour exemple et par souci de transparence, maintenir des procédures telles qu'un exposé préliminaire publié est clairement un facteur de sécurité juridique. Tout en informant les tiers, une telle procédure peut permettre de faire le point sur la situation pour s'assurer que le bénéfice de la qualification interorganique est encore légitime.

855. — La certitude que les règles européennes ne sont pas applicables au contrat interorganique ne constitue pas un exposé complet de l'encadrement des avenants interorganiques. Deux règles générales semblent en effet avoir été développées sous la plume des juges administratifs. Il s'agit de celles prohibant la modification de l'objet du contrat initial et de celle interdisant la modification substantielle de l'un de ses éléments essentiels. En développement depuis les années 1990 et permettant de détecter l'effet novatoire des avenants, ces règles seraient applicables à tous les contrats de la commande publique selon le professeur Hoepffner¹⁰¹, alors qu'elles découleraient selon d'autres auteurs¹⁰² de l'avis rendu par le Conseil d'État le 19 avril 2005¹⁰³. Les questions

⁹⁷ Concl. Juliane KOKOTT Juliane sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06 (préc.), *loc. cit.*, pt 57.

⁹⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.), article 12.

⁹⁹ C'est notamment le cas en matière d'aménagement, le critère de l'objet de l'aménagement étant difficile à mettre en œuvre puisque par nature, il est difficile de déterminer les limites de l'objet de l'aménagement (SANTONI Laetitia et COUTON Xavier, « Avenants aux concessions d'aménagement « mutabilité versus stabilité » », *loc. cit.*, pts 30-48). La création des sociétés publiques locales d'aménagement montre que les acteurs français ont déjà su s'approprier cet avantage.

¹⁰⁰ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, préc.

¹⁰¹ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 100, pt 8.

¹⁰² V. notamment : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 256.

qui étaient soumises à ce dernier portaient sur l'application des règles gouvernant les délégations de service public. Toutefois, il ne semble pas avoir réellement restreint le champ d'application de ses réponses à ces seuls contrats¹⁰⁴. Cet avis est cependant le seul à énoncer de façon claire ces règles et il n'a depuis lors pas entièrement fait l'objet d'une consécration normative. Simplement énoncées par la Section des travaux publics, ces règles appelaient « *une confirmation au contentieux* »¹⁰⁵ qui n'est que partiellement intervenue avec l'arrêt *Vélib*¹⁰⁶. Plus encore, l'arrêt *Association Paris Jean Bouin*¹⁰⁷ a parfois été interprété comme étant en opposition avec une telle consécration¹⁰⁸. Le champ d'application de ces règles dites « générales » reste par conséquent incertain, *a fortiori* concernant les prestations intégrées.

856. — Des précisions supplémentaires quant à ces règles sont souhaitables, d'autant plus concernant les contrats passés au sein du contrat interorganique, puisque les soumettre à ces règles est critiquable. En effet, ces règles concernent surtout des problématiques de mise en concurrence des contrats publics. Elles répondent à la volonté de vérifier que l'avenant ne dissimule pas un contrat qui, répondant à des caractéristiques différentes de celles du contrat initial, aurait en réalité dû être passé selon des modalités de passation différentes¹⁰⁹. De telles préoccupations sont néanmoins stériles dans le cadre de la quasi-régie car cette dérogation permet d'exonérer la

¹⁰³ CE, Section des travaux publics, avis du 19 avril 2005, n° 371234, EDCE, n° 57, 2006, p. 197, obs. Rémy SCHWARTZ et Philippe TERNEYRE ; *BJCP*, 2006, n° 45, p. 107, obs. Rémy SCHWARTZ ; *AJDA*, 2006, n° 25, p. 1371, note Nil SYMCHOWICZ et Philippe PROOT ; *CMP*, 2006, n° 12, pp. 6-12, étude n° 19 par Hélène HOEPFFNER ; *Droit administratif*, 2010, n°8, pp. 3, obs. Rozen NOGUELLOU. V. aussi : LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 403-404, pt 769.

¹⁰⁴ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 256. Sur les incertitudes concernant le périmètre, v. aussi : HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public. À propos de l'avis du CE du 19 avril 2005 », *CMP*, n° 12, 2006, étude n°19, pts 48-52.

¹⁰⁵ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2006, n° 25, pp. 1371-1376, p. 1376.

¹⁰⁶ CE, Section, 11 juillet 2008, *Ville de Paris contre Sté Clear Channel France*, n° 312354 ; *JurisData* n° 2008-073859 ; *Rec.*, 2009, p. 270 ; *AJDA*, 2008, n° 33, p. 1816, chron. Édouard GEFFRAY et Sophie-Justine LIÉBER ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 361, concl. Nicolas BOULOUIS ; *Droit administratif*, 2008, n° 8, p. 29, comm. n° 10 ; *JCP A*, 2008, n° 36, comm. n° 2189, note Florian LINDITCH ; *LPA*, 10 septembre 2008 n° 182, p. 7, note Adrien LEDORÉ ; *RDP*, 2009, n° 2, p. 505 chron. Christophe GUETTIER ; *RJEP*, 2008, n° 658, p. 14, comm. n° 46, par Nicolas BOULOUIS ; *RTD com.*, 2009, n° 1, p. 87, chron. Gilbert ORSONI.

¹⁰⁷ CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin contre Sté Paris Tennis*, n° 338272 et 338527, préc.

¹⁰⁸ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 242-243.



conclusion d'un contrat de l'application de ces modalités de passation dès lors qu'il est passé de façon non frauduleuse¹¹⁰. De même, ce sont notamment de ces règles générales que découlerait l'interdiction de l'adossement¹¹¹ ; or l'impossibilité d'adosser des prestations dans le cadre d'un contrat interorganique est-elle aussi pertinente qu'en dehors de ce cadre ? Il n'est pas sûr que la réponse soit positive, puisqu'une telle interdiction tient à des considérations liées à la commande publique que résout la sphère interorganique.

857. — En l'absence d'une réponse claire du droit positif sur la question, les règles énoncées par le Conseil d'État devraient être appliquées par les acteurs interorganiques, ce qui devrait présenter des problèmes de pertinence et d'adaptabilité et ne devrait pas manquer de mettre en exergue la singularité du contrat quasi interne. Il peut en effet être envisagé que les avenants créant une nouvelle relation contractuelle soient ceux qui entraînent une perte de la qualification interorganique, ce qui, pour être efficient, nécessiterait une lecture très particulière des deux règles générales applicables aux avenants.

B. La nécessaire adaptation des règles générales concernant l'effet novatoire des avenants

858. — Les critères de la prohibition du changement d'objet et celui de l'interdiction des modifications substantielles ont été établis pour garantir que les modifications opérées par avenants seront « *limitées aussi bien quantitativement que qualitativement : elles ne doivent ni être importantes du point de vue de leur volume ni porter sur les éléments fondamentaux du contrat, sur le « noyau dur » du contrat initial.* »¹¹² Leur application aux avenants passés dans le cadre du contrat interorganique nécessitera cependant plusieurs adaptations, propres à chacun de ces trois critères, tout en reposant sur la particularité de la quasi-régie.

¹¹⁰ Sur les hypothèses de passation frauduleuse d'un contrat interorganique, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹¹¹ Le professeur Langelier énonce en effet que ce sont les règles générales formalisées en 2005 qui motivaient déjà le choix de la Section des travaux publics de se prononcer pour l'interdiction de cette technique en 1999 (CE, Section des travaux publics, avis, 16 septembre 1999, n° 362908 ; *BJCP*, 2000, n° 10, p. 199, obs. Rémy SCHWARTZ ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 7, p. 89, note Christian BETTINGER) (LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 256).

¹¹² HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 103, pt 13.

859. — Le critère de la prohibition du changement d'objet tend à rechercher si l'objet du contrat initial a été « *dénaturé* »¹¹³, par la mise en œuvre d'un double examen. Il faut d'abord identifier l'objet du contrat initial et celui de l'avenant, puis rechercher si ce dernier diffère de celui du contrat initial, *ergo* s'il en est dissociable¹¹⁴. Appliquer cette méthode aux avenants interorganiques nécessite cependant de la resituer dans le contexte plus large de la quasi-régie, ce qui doit nécessairement avoir des conséquences sur son application. Ce repositionnement implique en effet de déterminer si le mécanisme interorganique doit être pris en compte dans cet objet. Selon que ce mécanisme est, ou non, pris en compte, deux lectures sont envisageables.

860. — C'est avant tout à une lecture stricte de l'identité de l'objet qu'il est possible de procéder. Elle consisterait à se concentrer uniquement sur le type de prestation faisant l'objet du contrat, en considérant que le contrat interorganique n'a pas d'objet type. Modulable par définition, cet objet peut correspondre tant à celui d'une délégation de service public qu'à celui d'un marché public, mais qui serait passé avec un prestataire intégré. Il s'agirait d'appliquer la règle telle qu'elle est usuellement mise en œuvre, en vérifiant que les prestations nouvelles sont « *fongibles avec les prestations anciennes* » parce qu'il existe entre elles une « *équivalence objective* »¹¹⁵. Une telle lecture conduirait à appliquer la règle de la dissociabilité de l'objet de façon indifférente à la présence du contrat interorganique, oubliant la singularité de celui-ci. En outre, en mettant en avant le type de prestation exercée, cette hypothèse constituerait une négation de l'une des caractéristiques de la quasi-régie : son indifférence pour le type d'activité exercée par le prestataire¹¹⁶.

861. — Contrairement à cette hypothèse, la seconde lecture consisterait à partir de la prémisse que le contrat interorganique peut être identifié par son objet : celui tendant à créer une relation particulière entre un pouvoir adjudicateur et une entité, afin qu'ils puissent contracter dans une sphère mise à l'écart des modalités concurrentielles. La présence du contrat interorganique pourrait alors permettre de dépasser la simple prise en compte de l'objet de la prestation du contrat en cause pour s'intéresser, plus largement, à l'objet du contrat interorganique en tant que tel. En conséquence, tout avenant entraînant la disparition des critères interorganiques pourrait être

¹¹³ *Ibid.*, p. 100, pt 8.

¹¹⁴ V. notamment : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 256.

¹¹⁵ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc cit.*, p. 104, pt 17.

¹¹⁶ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.



automatiquement assimilé à un motif de dissociabilité entre l'objet du contrat initial et celui de l'avenant. En revanche, un avenant concernant une prestation dont l'objet est dissociable des prestations prévues par le contrat initial mais n'emportant pas l'extinction du contrat interorganique pourrait ne pas être considéré comme une atteinte à la prohibition du changement de l'objet du contrat initial. Si les avenants interorganiques se voyaient définitivement soumis aux règles énoncées dans l'avis de 2005¹¹⁷, ce recentrage sur l'examen des critères de la quasi-régie pour apprécier la dissociabilité de l'objet consacrerait corrélativement la singularité du contrat interorganique. Sous cet angle, la dérogation interorganique conférerait une plus grande marge de manœuvre à ses acteurs.

862. — Concernant ensuite la règle de la prohibition des modifications substantielles du contrat initial, il peut être constaté que bien que n'ayant pas été édictée par les institutions de l'Union européenne, elle reproduit l'idée que l'effet novatoire est entraîné par une prestation qui franchit à la hausse un certain seuil¹¹⁸. L'arrêt concernant les *Vélib*¹¹⁹ correspond d'ailleurs à la situation classiquement appréhendée à l'aune de cette règle. Si cette affaire a déclenché un contentieux, c'est parce que pour les requérants, l'acte passé entre la ville de Paris et la société dépassait les limites de ce qui peut naturellement être accepté dans le cadre d'un avenant. Rares – voire inexistants – sont les cas où la situation inverse se produit : parce que les candidats évincés n'en tireraient aucun profit mais aussi parce que de tels changements sont probablement plus fréquemment opérés par le biais de résiliations unilatérales. Il en résulte que l'étude des modifications substantielles sous la plume du Conseil d'État, tout en restant d'application casuistique¹²⁰, est taillée à la mesure des dépassements à la hausse de ce qui est tolérable dans le cadre d'un avenant. L'idée que le bouleversement des équilibres fondamentaux du contrat proviendrait forcément d'une modification qui ne serait pas « *raisonnable, mesurée* »¹²¹ semble effectivement entièrement tournée vers l'accroissement déraisonnable. En résulte un oubli des hypothèses dans lesquelles les prestations sont diminuées.

¹¹⁷ CE, Section des travaux publics, avis, 19 avril 2005, n° 371234, préc.

¹¹⁸ Cette idée a notamment été détaillée par le professeur Hoepffner (HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 100, pt 8).

¹¹⁹ CE, Section, 11 juillet 2008, *Ville de Paris contre Sté Clear Channel France*, n° 312354, préc.

¹²⁰ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 245.

¹²¹ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 101, pt 8.

863. — Cette philosophie et la méthode qui en résulte nécessiteront par conséquent une acclimatation lors de leur application au sein du contrat interorganique. L'encadrement des avenants interorganiques par la règle de la modification substantielle ne peut être pertinent que s'il permet d'appréhender le fait qu'au sein de la quasi-régie, ce ne sont plus les avenants augmentant les obligations du prestataire intégré qui seront suspects mais ceux qui les réduisent. Ce sont effectivement ces derniers qui pourront faire passer la part d'activité nécessaire à l'existence du contrat interorganique en dessous du taux de 80% désormais fixé par les directives « marchés » et « concessions »¹²². L'existence de ce pourcentage emporte d'ailleurs pour conséquence que cette diminution n'a même pas à être importante pour entraîner une perte de la qualification quasi interne. Une diminution de 8 % de la part d'activité d'une activité fixée initialement à 85% est suffisante. Il s'agit là d'une preuve de la perte en souplesse que la fixation de ce pourcentage, bien que très attendue, entraîne dans la mise en œuvre du contrat interorganique.

864. — Pour aider les pouvoirs adjudicateurs à prévenir les conséquences d'une perte de la qualification interorganique – ce qui est d'autant plus dommageable qu'elle est très fréquemment opérée *a posteriori* –, il peut leur être conseillé de s'entourer de multiples précautions en matière de lisibilité, notamment en multipliant les documents explicatifs. Afin de s'assurer que l'avenant permet de conserver cette part d'activité et qu'il est passé dans des conditions qui n'annihilent pas le contrôle analogue ou conjoint dont fait l'objet le prestataire intégré, ces acteurs pourraient par exemple adosser aux avenants des exposés expliquant leur impact sur le contrat interorganique dans son ensemble. Un modèle pourrait notamment être trouvé dans les modalités du rapport de présentation prévu par l'article 79 du Code des marchés publics. La présence d'un tel document pourrait notamment faciliter une défense des acteurs interorganiques ainsi que l'œuvre du juge éventuellement saisi en cas de contentieux, puisqu'il serait plus aisé de vérifier si au moment de la passation de l'avenant, les conditions interorganiques étaient toujours remplies. La systématisation de ce type de document, même en matière de diminution de la prestation exercée par le prestataire intégré, permettrait d'ancrer pour tous le fait que cette situation est en réalité la plus dangereuse pour le mécanisme interorganique. Certes, les avenants augmentant les obligations du cocontractant impliqueront bien quelques problématiques. En cas d'avenant à un contrat passé dans le

¹²² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.1.b) ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.1.b).



cadre d'une de pluri-détention par exemple, il faut qu'à l'augmentation de la prestation réponde aussi un maintien des exigences institutionnelles, sous peine de tomber dans le cadre d'une simple relation de clientèle ne respectant pas les conditions interorganiques fixées par les directives. Ces problématiques restent cependant mineures dès lors que c'est la question de la diminution de la part d'activité qui sera le plus souvent susceptible d'entraîner une modification substantielle de la relation contractuelle entre les acteurs interorganiques.

865. — Si l'applicabilité des règles générales encadrant les avenants était confirmée concernant la quasi-régie, il faudrait prendre soin de valoriser des éléments de reconnaissance des effets novatoires des avenants qui seraient en parfaite adéquation avec les particularités du contrat interorganique. L'encadrement des sous-contrats interorganiques ne semble pas laisser la place à une telle marge de manœuvre.

§2. L'improbabilité d'un régime particulier des « sous-contrats interorganiques »

866. — Contrairement à la cession partielle de contrat, qui consiste à procéder à une découpe horizontale du contrat pour céder une partie des obligations qui en naissent pour le titulaire du contrat, le sous-contrat consiste à créer des strates verticales au sein du contrat initial pour ne déléguer qu'une partie de son exécution¹²³. Celui qui sous-contracte maintient donc la responsabilité de l'exécution¹²⁴ et reste lié à son cocontractant initial, de sorte qu'après le sous-contrat, ce sont trois acteurs qui sont présents : les deux cocontractants initiaux et le sous-traitant (ou subdéléguant si est en cause une délégation de service public), chacun pouvant tirer des avantages de cette situation¹²⁵. Le titulaire du contrat initial peut notamment utiliser ce procédé pour respecter les délais très serrés qui lui sont imposés ou encore pour une gestion plus souple et prudente que ne le serait une expansion de ses propres moyens¹²⁶. Ces motifs d'utilisation du subcontrat, qui expliquent la fréquence importante à laquelle ce procédé est actuellement utilisé, mèneront nécessairement les acteurs interorganiques à s'en saisir. Les prestataires intégrés seront en effet susceptibles de subir ces contraintes car leur statut ne les place pas dans une situation financière privilégiée¹²⁷. Ce constat existe également en matière de sous-concession, laquelle constitue une variable d'ajustement.

867. — Le sous-contrat questionne cependant les bornes de la dérogation interorganique. Les exonérations qu'elle implique se prolongent-elles aux sous-contrats passés dans son cadre ? Permet-elle de s'affranchir des règles européennes mais également internes, qui s'imposent en matière de subdélégation de service public ou de sous-traitance de marchés ? Il convient de se garder d'avoir une vision trop extensive de la quasi-régie. Si elle ne semble pas prohiber la conclusion de sous-contrats en son sein, rien n'indique que ces derniers seraient exclus du champ d'application des directives **(A)** ou des règles nationales gouvernant les sous-contrats, qu'il s'agisse de celles gouvernant la subdélégation de services publics ou la sous-traitance. Dans ce dernier cas, il semblerait d'ailleurs imprudent de considérer que le contrat interorganique permet d'assouplir le régime d'acceptation et d'agrément du cocontractant initial **(B)**.

¹²³ V. notamment : NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 110, pt 185.

¹²⁵ Les avantages pouvant être tirés par ces trois acteurs, alors nommés le client, le donneur d'ordre et le sous-traitant, en matière de sous-traitance – ce qui est plus restreint que le sous-contrat qui contient également la subdélégation de service public –, sont listés *in* : SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance dans la construction*, 7^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, 2012, pp. 17-19.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹²⁷ V. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.



A. L'autorisation encadrée des sous-contrats interorganiques

868. — Aucune prohibition de principe ne semble avoir été édictée par le droit de l'Union européenne concernant les sous-contrats passés au sein du contrat interorganique, même si son existence aurait pu se produire sous l'impact d'un regain de *l'intuitu personae*. En vertu de ce dernier, un contrat est attribué à une personne en fonction de ses qualités personnelles¹²⁸, ce qui est particulièrement vrai concernant le contrat interorganique. C'est parce que le prestataire intégré revêt une physionomie particulière, décidée par ses détenteurs, que la sphère interorganique existe. Dans ce cadre, les conséquences de *l'intuitu personae* auraient pu être importantes. En matière de sous-traitance en effet, celui-ci a longtemps revêtu une importance particulière. Ce n'est que depuis récemment qu'il n'est plus interprété comme empêchant la sous-traitance de marchés publics et, plus récemment encore, la subdélégation de services publics¹²⁹. Il semble désormais n'être que le facteur d'un encadrement, sans pour autant prohiber les sous-contrats¹³⁰. Cette progression empêche la transformation du contrat interorganique en terrain de prédilection de *l'intuitu personae* et de ses conséquences prohibitives en matière de sous-contrat. Le fait que les sous-contrats soient en principe autorisés reste conforme à la tendance actuelle visant à favoriser l'intervention économique des petites et moyennes entreprises¹³¹, dont le sort préoccupe les autorités publiques puisqu'elles représentent 98% des entreprises privées en France¹³². Cette tendance est par ailleurs largement encouragée par la Commission¹³³, malgré un équilibre toujours complexe

¹²⁸ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, 23^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexiques, 2015, p. 588.

¹²⁹ V. notamment : ANTOINE Aurélien, « *L'intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, n° 5, pp. 879-892 (concernant son objectivisation en matière de concessions, v. pp. 887-888 ; v. aussi : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 258-262. En matière de marchés privés, la doctrine n'est d'ailleurs toujours pas unanime sur le fait que *l'intuitu personae* ne puisse pas entraîner une interdiction de sous-traiter (v. notamment : SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *La sous-traitance dans la construction*, *op. cit.*, pp. 44-55).

¹³⁰ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 258.

¹³¹ V. notamment : BOIZARD Martine, « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992 (actualisation : avril 2015), pt 11.

¹³² RAPP Lucien, « L'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics : *un small business act* ? », *CMP*, 2014, n° 6, pp. 52-55, dossier n° 12, p. 52, pt 1.

¹³³ *Ibid.*, pt 29. C'est également une préoccupation du Parlement et du Conseil (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., pts 1 et 9 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., pts 2, 59 et 66 de l'exposé des motifs ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc., pt 4 de l'exposé des motifs).

avec les principes de la commande publique¹³⁴. Cette possibilité permettra ainsi aux détenteurs interorganiques qui seraient des personnes publiques de continuer, par le biais de leurs prestataires intégrés, à favoriser la sous-traitance à de telles entreprises. L'absence de prohibition des sous-contrats interorganiques n'entraîne cependant pas une adaptation des règles européennes en la matière, hormis dans une situation : celle des contrats passés entre prestataires intégrés d'un même détenteur.

869. — Dans cette situation en effet, il existe un véritable régime européen du sous-contrat interorganique : le prestataire intégré A, qui sous-traiterait à un prestataire intégré B, un contrat passé avec leur détenteur commun¹³⁵, agit dans la « maison interorganique ». L'application des règles européennes concernant la passation des sous-contrats semble en conséquence pouvoir être levée, conformément à l'exclusion de ces contrats, par les directives, de leur champ d'application. Cette exclusion n'entraîne cependant pas automatiquement l'inapplicabilité des dispositions françaises en matière de sous-contrats, notamment celles de l'agrément du sous-traitant¹³⁶.

870. — En dehors de cette hypothèse particulière, la dérogation interorganique ne concerne qu'un seul type de contrats : ceux passés entre les prestataires et leurs détenteurs. Le seul cas dans lequel le contrat interorganique semble pouvoir permettre une dérogation à la réglementation des sous-contrats concerne par conséquent la situation dans laquelle un pouvoir adjudicateur sous-traite l'exécution d'un contrat qu'il a conclu avec un tiers à l'un de ses prestataires intégrés. Dans ce cas néanmoins, le sous-contrat entre dans le cadre du contrat interorganique qui les lie mais il ne concerne pas un sous-contrat passé dans le cadre du contrat interorganique.

871. — En outre, la relation intégrée ne régularise la situation que sur le plan du choix du sous-contractant – le prestataire intégré – et laisse persévérer des incertitudes quant aux modalités encadrant les sous-traités. Les directives prescrivent en effet des

¹³⁴ Sur ce difficile équilibre entre le fait de favoriser l'intervention des petites et moyennes entreprises et les objectifs du droit de la commande publique, tels que celui de neutralité, v. notamment : BAECKE (de) Pierre, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, n° 28, pp. 1505-1512, p. 2506.

¹³⁵ Le singulier étant ici essentiel, puisque les directives n'ouvrent cette hypothèse que pour les prestataires faisant l'objet d'un contrôle analogue et non pour ceux faisant l'objet d'un contrôle conjoint (Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2).

¹³⁶ V. *infra*, B.



obligations concernant l'information du titulaire du contrat initial par le sous-traitant¹³⁷, des obligations auxquelles il semble difficile de considérer que la quasi-régie permette de déroger. De même, si l'article 3.1 du Code des marchés publics exclut l'application du Code des marchés publics, notamment son article 115 imposant le paiement direct du sous-traitant en cas de dépassement d'un certain seuil¹³⁸, au sein de la relation interorganique, rien n'indique que la relation entre le prestataire intégré bénéficiaire du sous-contrat et son détenteur permette de déroger aux dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Les implications d'une relation interorganique qui se calquerait sur un sous-contrat semblent donc limitées, les droits et obligations des cocontractants au contrat initial et du sous-contractant, quand bien même celui-ci serait un prestataire intégré, restant probablement en partie conditionnés par la réglementation des sous-contrats.

872. — À l'inverse, ce n'est plus simplement d'une limitation de ces implications qu'il est question lorsque le prestataire intégré souhaite sous-traiter à un véritable tiers une partie d'un marché qui le lie à l'un de ses détenteurs ou subdéléguer à un tiers une partie du service public qu'il exerce pour ces derniers. Ces situations ne sont pas recouvertes par l'exclusion du champ d'application des directives. Les règles que celles-ci édictent en matière de sous-contrats seront donc applicables. Une telle interprétation résulte du principe même de la quasi-régie : entre les acteurs interorganiques, les modalités de passation des contrats n'ont pas à être respectées, ce qui comprend les contrats passés entre prestataires détenus par le même détenteur. Or, dès lors que le prestataire intégré contracte avec un tiers, il lui faudra mettre en œuvre toutes les procédures qui encadrent la passation des contrats des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'il est un pouvoir adjudicateur. C'est l'une des raisons fondamentales pour lesquelles il est cardinal que tous les prestataires intégrés revêtent la qualité de pouvoir adjudicateur (ce qui n'est pour l'heure pas totalement le cas)¹³⁹. Du fait de cette qualification, ils devront automatiquement soumettre leurs contrats aux mêmes procédures que celles que doivent mettre en œuvre leurs détenteurs pour choisir un cocontractant. Il en est de même pour

¹³⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 42.3 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE préc., article 71.5.

¹³⁸ V. notamment : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 462, pt. 1093. Sur la réglementation du paiement direct, v. aussi : SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *La sous-traitance dans la construction*, op. cit., pp. 116-130.

¹³⁹ Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

la passation de sous-contrats, dont les modalités seront déterminées tant par leur contenu, qu'eu égard au marché ou à la concession dans laquelle ils s'inscrivent. Concernant les procédures de passation, peu importe par conséquent que le marché passé par un prestataire intégré avec un tiers soit de même nature que l'un des contrats qui lie le prestataire intégré à son ou ses détenteurs¹⁴⁰, qu'il trouve son objet dans ce contrat et qu'il s'inscrive dans un rapport de superposition avec celui-ci¹⁴¹. En revanche, lorsque ces conditions seront remplies, faisant ainsi du contrat un sous-contrat, il faudra en outre respecter les modalités européennes et, en sus, celles propres au droit interne. Il est donc essentiel d'identifier clairement les sous-contrats interorganiques, ce qui impose à nouveau une lisibilité parfaite concernant les contrats liant le prestataire intégré à ses détenteurs ainsi que leurs avenants¹⁴².

873. — Ici, la logique du cercle clôt formé par le contrat interorganique joue pleinement. Une telle solution s'impose car la prolongation de la dérogation interorganique aux sous-contrats passés par les prestataires intégrés avec de véritables tiers neutraliserait totalement la légitimité de ce système. Ainsi, tout en permettant au sous-contractant de « *prend[re] part à l'exécution des marchés, alors même qu'il n'a pas été retenu par le client* »¹⁴³, le sous-contrat respectera les impératifs concurrentiels. La situation du prestataire intégré neutralise donc tout un pan des problématiques qui se posent traditionnellement en matière de sous-contrat¹⁴⁴. Certes, les manœuvres frauduleuses ne sont pas exclues. Un prestataire intégré pourrait notamment enchaîner la passation de contrats de faible ampleur qui ne dépasseraient pas les seuils, détournant ainsi les modalités du contrat interorganique, pour passer outre les modalités de la commande publique. Nul besoin, néanmoins, de créer de nouvelles règles sur ce point car l'affaire *Mödling*¹⁴⁵ et les règles contentieuses qui peuvent en être tirées suffiront à détecter et dénoncer ce genre de manœuvre¹⁴⁶.

¹⁴⁰ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 458, pt. 1082.

¹⁴¹ SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *La sous-traitance dans la construction*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴² Sur la nécessaire prudence à appliquer sur ce point, v. *supra*, §1 de la présente section.

¹⁴³ SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *La sous-traitance dans la construction*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ Le professeur Noguellou rappelle en effet que les préoccupations phares en la matière consistent à « *protéger les prestataires qui interviennent comme sous-traitants et s'assurer que le processus de sélection du titulaire du contrat ne soit pas vidé de son sens par un recours incontrôlé à la sous-traitance* » (NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *loc. cit.*, p. 858).

¹⁴⁵ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, aff. C-29/04, préc.

¹⁴⁶ Sur ces règles, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.



B. Le maintien vraisemblable de la nécessité d'agrément des sous-traitants au sein du contrat interorganique

874. — Puisque la dérogation interorganique ne recouvre que le contrat initial, les prestataires intégrés qui sous-traitent une partie d'un marché qui les lie à leurs détenteurs devront, lorsque ledit marché correspondra aux conditions qu'elle prescrit, respecter le mécanisme prévu par la loi du 31 décembre 1975¹⁴⁷. En vertu de son article 3, tout marché privé ou public de sous-traitance ne peut être valide que sous réserve de l'obtention cumulative de l'acceptation de chaque sous-traitant par le maître de l'ouvrage et de son agrément pour leurs conditions de paiement. Une double dynamique est ici à l'œuvre : l'acceptation protège le maître d'ouvrage, qui peut ainsi connaître le sous-traitant, et l'agrément protège le sous-traitant, en permettant notamment au maître d'ouvrage de vérifier que « *les rapports entre l'entrepreneur principal et son (ses) sous-traitant(s) sont équilibrés par rapport au marché principal* »¹⁴⁸. Également inscrit à l'article 112 du Code des marchés publics, l'accomplissement de cette formalité est également prescrit pour tous les contrats d'entreprise¹⁴⁹, démultipliant ainsi les hypothèses dans lesquelles il devra être mis en œuvre par les prestataires intégrés qui décideront de sous-traiter. Il constitue le « *véritable pivot du mécanisme de la sous-traitance* »¹⁵⁰ car le défaut d'agrément ou d'acceptation entraîne l'irrégularité du contrat de sous-traitance¹⁵¹. Les conséquences sont principalement importantes pour le sous-traitant, qui perd le bénéfice des droits issus de la loi de 1975¹⁵², et l'entrepreneur principal, qui encourt la résiliation du marché principal et l'impossibilité de se prévaloir du contrat de sous-traitance devant le juge administratif¹⁵³. La légalité de cette formalité est donc cardinale.

¹⁴⁷ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *JORF* du 3 janvier 1976, p. 148.

¹⁴⁸ GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *ACCP*, 2011, n° 106, pp. 39-46, p. 39.

¹⁴⁹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 459, pt 1085.

¹⁵⁰ GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *loc. cit.*, p. 39.

¹⁵¹ CE, Section, 13 octobre 1982, *Sté Ascinter-Otis et Société routière Colas*, n° 22054 ; *Rec.*, 1982, p. 339 ; *AJDA*, 1982, p. 729 ; *Droit administratif*, 1982, n° 376 ; *LPA*, 24 janvier 1983, p. 11, note Franck MODERNE. Sur la sous-traitance dite occulte ou irrégulière, v. également : BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 219-220 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 463-464, pts 1095-1100.

¹⁵² CE, Section, 13 octobre 1982, *Sté Ascinter-Otis et Société routière Colas*, n° 22054, préc.

¹⁵³ CE, Section, 7 novembre 1980, *SA Schmid Valenciennes contre Département de la Charente-Maritime*, n° 12060 ; *Rec.*, 1980, p. 416 ; *AJDA*, 1982, p. 155, chron. Christine BRÉCHON-MOULÈNES. Sur les conséquences du défaut d'agrément pour tous les acteurs en présence, v. notamment : GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *loc. cit.*, pp. 44-45.

875. — Puisque la dérogation interorganique ne recouvre que les contrats passés entre les détenteurs et leur prestataire intégré, la recherche d'un agrément et d'une acceptation des sous-traitants doit être effectuée par tout prestataire intégré qui sous-traiterait un marché conclu avec son détenteur à une personne tierce. La présence du contrat interorganique pourrait cependant permettre d'adapter les modalités de cette acceptation : il pourrait en effet être considéré que la participation des représentants des détenteurs interorganiques au sein des organes dirigeants de leurs prestataires au processus de choix d'un sous-traitant vaut acceptation et agrément de ce sous-traitant par le détenteur en question. Plusieurs éléments permettent néanmoins de présumer qu'un tel raisonnement ne serait pas validé par le juge administratif.

876. — Cette supposition repose avant tout sur le fait que ce n'est pas une simple autorisation qui est requise mais une réelle acceptation. Celle-ci n'est pas uniquement présente pour démontrer que l'administration a eu connaissance du sous-contrat mais pour vérifier que le choix de celui-ci ainsi que de ses conditions de paiement ont été acceptées par la personne publique contractante¹⁵⁴. Malgré son encadrement croissant depuis la circulaire du 8 octobre 1976¹⁵⁵, qui semble avoir créé un principe d'acceptation du sous-traitant¹⁵⁶, il est encore admis que le maître de l'ouvrage dispose là d'un véritable pouvoir discrétionnaire qu'il doit manifester¹⁵⁷. Ainsi le juge administratif ne se satisfait-il pas d'une prétendue acceptation implicite, alors même que des ordres de service du maître de l'ouvrage démontreraient que le maître de l'ouvrage avait connaissance du sous-traitant¹⁵⁸. Dès lors que de tels éléments probants existaient, les désagréments financiers impliqués par un agrément rétroactivement imposé au maître d'ouvrage ne peuvent pas être considérés comme le seul motif du comportement du juge¹⁵⁹. Cette situation atteste par conséquent de la rigueur appliquée par le juge administratif dans son examen. Poussant encore la vérification du formalisme de l'acceptation et de l'agrément, celui-ci n'admet en outre de reconnaître leur présence que lorsque leur octroi a été effectué dans le cadre bien délimité qu'est celui de la sollicitation par l'entrepreneur

¹⁵⁴ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 460, pt 1088.

¹⁵⁵ Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics, *JORF* du 7 novembre 1976, p. 6472.

¹⁵⁶ LANGELIER Élise, *Le juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁷ V. notamment : *ibid.* V. aussi : GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *loc. cit.*, p. 41.

¹⁵⁸ CE, 10^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 1984, *OPHLM de Paris contre Entreprise Olivo*, n^o 27584 et 41569 ; *Rec.*, 1984, tables, p. 669.

¹⁵⁹ Les désagréments financiers sont en effet souvent mentionnés en tant qu'ils justifient la rigueur du juge (v. notamment : DEVAUX Jean-François, « L'acceptation et l'agrément tacite du sous-traitant », *LPA*, 7 septembre 1998, n^o 107, pp. 4-5, p. 4).



principal. Le juge administratif veille en effet au respect du principe en vertu duquel la décision de sous-traiter appartient à l'entrepreneur principal¹⁶⁰, l'expression du pouvoir discrétionnaire du maître d'ouvrage ne pouvant exister qu'après avoir été sollicité par cet entrepreneur¹⁶¹. Il en résulte que la démonstration du manquement de l'entrepreneur principal conduit quand même à l'invalidité du contrat de sous-traitance¹⁶², ce qui constitue une jurisprudence très sévère car elle a pu impliquer, paradoxalement, que le manquement de l'entrepreneur principal à des obligations censées protéger le sous-traitant conduisait à sanctionner ce sous-traitant¹⁶³.

877. — Il ne s'agit pas, ici, de disserte sur le sort des sous-traitants qui subissent de plein fouet ce paradoxe. La sévérité du juge était d'ailleurs conforme à la volonté du législateur de créer une sanction « *à la fois exemplaire et dissuasive.* »¹⁶⁴ Le paysage juridique a changé depuis lors, dans le sens d'une meilleure protection des sous-traitants : l'article 186 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a inséré l'obligation de vigilance des maître de l'ouvrage à l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975¹⁶⁵ et l'article 114 du Code des marchés publics prévoit depuis 2001 la possibilité d'agrément et d'acceptation tacite. Celle-ci peut se manifester tant lors de la conclusion du contrat – la sélection d'une offre mentionnant un sous-traitant entraîne acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement – qu'en cours de contrat – le

¹⁶⁰ Le fait que l'article 48 du Code des marchés publics et l'article 71.2 de la directive « marchés » (Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.) permettent aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats à l'attribution de marchés s'ils souhaitent sous-traiter n'a en effet pas modifié le principe en vertu duquel la décision de sous-traiter appartient à l'entrepreneur principal (en vertu notamment des articles 1 et 3 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance). La Cour de cassation applique également ce principe (v. notamment : Cass., 3^{ème} Chambre civile, 11 mars 1992, *Sté Pascal contre Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de l'Hérault*, n° 90-18.150 ; *Bull. inf. cass.*, 1992, n° 80, p. 48 ; *JurisData* n° 1992-000339 ; *RDI*, 1992, p. 216, chron. Philippe MALINVAUD et Bernard BOUBLI ; *Rec. Dalloz*, 1994, p. 150).

¹⁶¹ CE, Section, 7 novembre 1980, *SA Schmid-Valenciennes contre Département de la Charente-Maritime*, n° 12060, préc.

¹⁶² CE, Section, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger contre Sté nouvelle de constructions industrialisées*, n° 65631 ; *JurisData* n° 1989-643368 ; *Rec.*, 1989, tables ; *Rec. Dalloz*, 1990, jurisprudence, p. 229, note Alain BÉNABENT.

¹⁶³ « *Il existe un véritable paradoxe dans le dispositif de l'agrément du sous-traitant puisque cet agrément, mis en place pour protéger le sous-traitant notamment vis-à-vis de l'entrepreneur principal, dépend en réalité totalement de ce dernier.* » (GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *loc. cit.*, p. 40).

¹⁶⁴ SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance dans la construction*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁶⁵ Cette modification a été opérée par l'article 186 de la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (NOR : JUSX0400017L, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12187).

silence gardé pendant vingt jours après la sollicitation du maître d'ouvrage valant acceptation et agrément implicites.

878. — Au contraire, c'est la rigueur probable du juge administratif qu'il s'agit ici de mettre en avant. Malgré l'ancienneté des décisions citées¹⁶⁶, il y a en effet lieu de croire qu'il appliquera une sévérité similaire lorsqu'il aura affaire à des prestataires intégrés souhaitant sous-traiter une partie d'un marché conclu avec leurs détenteurs. Il semble que ceux-ci devront former expressément une demande d'acceptation et d'agrément de leurs sous-traitants à leurs détenteurs et, éventuellement, attendre que ceux-ci apparaissent tacitement, conformément au Code des marchés publics. Il faudra donc, pour que l'acceptation et l'agrément tacites soient considérés comme existants, que la procédure soit suivie. Le respect du formalisme paraît en effet être le biais par lequel le juge a choisi d'identifier et de vérifier que chacun des acteurs remplit réellement le rôle qui est le sien. Il apparaît en conséquence difficile d'envisager qu'il accepte le développement d'acceptations et d'agréments tacites du simple fait de l'interdépendance liant le prestataire intégré à ses détenteurs.

879. — Des précisions seraient néanmoins souhaitables, car la présence des représentants d'un détenteur au sein des organes dirigeants de son prestataire intégré et leur nécessaire information du choix du sous-traitant ne peut que difficilement être appréhendée comme une autorisation tacite. Le détenteur consent ici expressément en ne s'opposant pas, alors qu'il en a la possibilité car les directives l'exigent. L'acceptation devant porter sur le choix du sous-contractant, il faudra néanmoins qu'il puisse être prouvé que les détenteurs ont eu connaissance du nom du sous-traitant, de ses capacités et de ses conditions de paiement. En outre, si le prestataire intégré dispose des documents prouvant la participation des représentants de ses détenteurs à la prise de décision lorsqu'ils existent, ce n'est pas nécessairement le cas de ses sous-traitants. Une autorisation expresse des détenteurs reste donc la meilleure assurance de la légalité de leur situation. La même prudence semble s'imposer dans le cadre de marchés privés car la jurisprudence de la Cour de cassation, si elle est moins sévère que celle du Conseil d'État, implique également qu'il est très difficile de prouver une acceptation tacite devant le juge judiciaire¹⁶⁷.

¹⁶⁶ La plupart d'entre elles datent en effet des années 1980, de telle sorte qu'il n'est pas sûr que ce « *rigorisme* » serait encore appliqué tel quel aujourd'hui (LANGELIER Élise, *L'office du juge et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 261).

¹⁶⁷ DEVAUX Jean-François, « L'acceptation et l'agrément tacite du sous-traitant », *loc. cit.*, pp. 4-5.



880. — En matière de sous-traitance comme, plus largement, en matière de sous-contrats, la réglementation existant en matière d'exécution semble par conséquent vouée à être appliquée dans la quasi-indifférence du contrat interorganique. Il s'agit d'une sévérité qui ne peut pas être décrite comme étant également caractéristique des cessions de contrats opérées dans le cadre du contrat interorganique. Celles-ci font actuellement l'objet de trop d'incertitudes.

§3. Les incertitudes entourant les cessions impliquant des prestataires intégrés

881. — Si certaines catégories de conventions sont incompatibles avec la cession¹⁶⁸, aucune disposition n'empêche sa survenance au sein de la quasi-régie. Cependant, la cession de contrat, entendue comme « *le cas où un cocontractant reprend les droits et obligations d'un autre, sans que soit établi un nouveau lien contractuel* »¹⁶⁹ et hormis les situations où elle n'est que partielle¹⁷⁰, représente logiquement la fin d'une relation contractuelle entre deux personnes juridiques. Envisager sa survenance au sein des relations quasi internes peut donc surprendre : pourquoi, rechercher comment le contrat interorganique manifeste sa singularité dans un mécanisme qui aura très certainement pour conséquence de mettre fin à son existence ? Plusieurs particularités doivent en réalité être soulevées concernant cette confrontation, au premier titre desquelles le fait que la cession d'un contrat passée au sein du mécanisme interorganique par le prestataire intégré ne peut pas être considérée comme entraînant automatiquement la fin du contrat interorganique **(A)**. Cependant, la présence des prestations intégrées entraîne à l'heure actuelle de multiples incertitudes concernant la nécessité d'obtenir une autorisation préalablement à la cession **(B)**. Ce n'est que très marginalement que la quasi-régie semble susceptible d'alléger le régime encadrant actuellement les cessions **(C)**.

A. La nécessaire dissociation entre la survenance d'une cession au sein du contrat interorganique et l'extinction de celui-ci

882. — Le contrat interorganique, véritable toile tissée à partir de plusieurs éléments entre deux ou plusieurs personnes morales, n'est pas simplement composé d'un document contractuel et, plus largement, des documents contractuels liant les acteurs interorganiques. S'il peut simuler le contrat entre services d'une personne morale, c'est justement parce qu'à la situation contractuelle s'ajoute une configuration institutionnelle particulière¹⁷¹. En conséquence, la survenance d'une cession de contrat au sein du mécanisme interorganique ne peut être considérée comme mettant automatiquement un terme à la relation quasi interne que lorsqu'un seul contrat lie le prestataire intégré à son détenteur ou à la totalité de ses détenteurs. Dans le cas contraire, la cession d'un contrat passé entre les acteurs interorganiques peut survenir sans porter atteinte à la survie du

¹⁶⁸ V. notamment : ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *loc. cit.*, p. 14, pt 32.

¹⁶⁹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 216, pt 442.

¹⁷⁰ V. notamment : NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 109-111.

¹⁷¹ V. *supra*, §1 de la présente section.



contrat interorganique. Cette technique pourra alors être utilisée comme un mode d'exécution ordinaire du contrat interorganique et pourra, par exemple, être utilisée par ses acteurs pour en remodeler les contours. Plusieurs hypothèses sont envisageables.

883. — Le premier cas dans lequel contrat interorganique et cession pourraient se rencontrer est celui dans lequel un pouvoir adjudicateur serait intégré à un contrôle conjoint. La cession d'un contrat peut en effet entraîner l'ajout d'un nouveau détenteur à ceux d'un prestataire intégré préexistant si le contrat contient des clauses de participation au sein de la structure intégrée. Ce pourrait notamment être le cas si une entreprise de ramassage de déchets ménagers intervenant dans une seule commune cédait la gestion du service public qui la lie à ladite commune à une société publique locale interorganique assurant une mission similaire et détenue par plusieurs communes voisines. Il est vrai que pour que le mécanisme interorganique concerne également la nouvelle ville, il faudrait que cette cession soit accompagnée d'une prise de participation de ladite ville dans la société publique locale cessionnaire. Dans cette hypothèse, le contrat interorganique perdurerait tout en subissant des modifications corrélativement à la cession.

884. — La cession d'un contrat au sein du contrat interorganique peut ensuite se rencontrer lors de la modification du type d'activité exercée par le prestataire intégré pour son ou ses détenteurs. Un pouvoir adjudicateur peut, par exemple, constater que la diversification trop importante de l'un de ses prestataires intégrés nuit à la bonne mise en œuvre de l'activité première qui lui était confiée et, par un processus de recentrage, donner l'impulsion pour une cession du contrat par le prestataire intégré à un autre opérateur. La probabilité qu'une telle hypothèse se produise semble par ailleurs favorisée par le fait que les directives aient permis aux prestataires intégrés ayant les mêmes détenteurs de contracter librement entre eux¹⁷². Ceux-ci peuvent par conséquent être envisagés comme ayant des relations privilégiées, puisqu'ils agissent dans un cercle fermé commun, ce qui pourrait favoriser les cessions de contrat entre eux. En revanche, cette hypothèse permet de souligner l'insécurité créée par l'extension de la dérogation interorganique en matière de mise en concurrence aux contrats passés entre les prestataires intégrés d'un même détenteur : la cession d'un contrat peut en effet

¹⁷² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.2. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12.2.

entraîner la rupture de la chaîne et, par conséquent, fragiliser la sécurité des relations juridiques en son sein. Certes, un pouvoir adjudicateur détenant deux entités aura connaissance des relations contractuelles qu'elles entretiennent et il pourra prêter attention au maintien des conditions de la relation interorganique. Néanmoins, les données ne sont pas toujours aussi simples, dès lorsqu'il n'est pas nécessairement lié à chacun des deux prestataires par un seul contrat. Dans une situation où plusieurs contrats le lient à l'un de ces prestataires, la cession de l'un d'entre eux à un autre pouvoir adjudicateur peut causer la fin du mécanisme interorganique et, *ergo*, entraîner des complexifications juridiques concernant les relations de l'opérateur dédié avec d'autres entités interorganiques. La cession, qui correspond en réalité à des hypothèses multiples, doit donc être envisagée avec précaution.

885. — Il peut encore être envisagé qu'un détenteur constate que d'autres pouvoirs adjudicateurs mettent en commun des moyens pour exercer une mission que son prestataire intégré exerce pour lui, et considérer que cette activité serait mieux exercée dans ce contexte que dans les mains de son prestataire intégré ; parce qu'une telle mise en commun pourrait par exemple entraîner une exécution plus adaptée aux demandes de ses usagers. S'il estime que le mécanisme de la cession est plus adéquat – il en est libre – il peut donner l'impulsion à son prestataire intégré pour la mise en œuvre d'une telle cession, tout en prenant bien soin de maintenir un niveau d'activité suffisant avec celui-ci (c'est-à-dire équivalent ou supérieur à 80%¹⁷³) pour qu'il reste intégré.

886. — Dans un mouvement inverse, un pouvoir adjudicateur participant à une co-détention peut souhaiter voir la mission exercée par un autre opérateur. Il peut pour ce faire préférer employer la technique de la cession. Dans cette hypothèse, le mécanisme interorganique existant entre le prestataire intégré et ses autres détenteurs perdure et, si ces transactions ne sont pas opérées dans un délai révélant une démarche frauduleuse¹⁷⁴, il n'y a aucune usurpation de la dérogation dont a bénéficié le détenteur qui quitte la sphère quasi interne pour conclure le contrat initial. Au contraire, la relation interorganique se termine avec le pouvoir adjudicateur lié par le contrat cédé si le prestataire intégré n'exerce plus d'activité pour lui au terme de la cession. Si aucune résistance interne au prestataire intégré n'est opposée – on peut imaginer, par exemple,

¹⁷³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE préc., article 12.

¹⁷⁴ La temporalité étant cardinale pour détecter des malversations (v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).



des représentants de certains personnels qualifiés pour exercer l'activité qui ne sera plus exercée par le prestataire –, c'est la délicate question de l'autorisation expresse du pouvoir adjudicateur lié par le contrat cédé qui se posera.

B. La position incertaine du contrat interorganique en matière d'autorisation de cession

887. — Ni les arrêts de la Cour, ni les directives ne semblent imposer un nécessaire accord préalable du pouvoir adjudicateur cocontractant avant une cession. En France en revanche, tout détenteur qui serait une personne publique doit donner un tel agrément à la cession, comme c'est traditionnellement requis depuis la décision *Compagnie départementale des eaux*¹⁷⁵. Cette nécessité d'agrément rejoint sur le principe celui qui doit être donné en matière de sous-contrat, en ce qu'il emporte des conséquences similaires : toute cession non autorisée est nulle et le cessionnaire est requalifié en gestionnaire de fait¹⁷⁶. Il implique par conséquent une question similaire : l'interdépendance du prestataire intégré à l'égard de ses détenteurs permet-elle de passer outre le caractère exprès de cette autorisation ?

888. — La réponse à cette question ne peut cependant pas suivre le même cheminement qu'en matière de sous-contrat car l'autorisation donnée à la cession ne s'analyse pas de la même manière que l'acceptation de sous-contracter. Dans le cadre du sous-contrat, c'est une acceptation subjective de la personne du sous-contractant et de ses modalités de rémunération qui doivent être expressément octroyées. Il faut en conséquence que la personne publique manifeste expressément cette autorisation pour que le juge administratif accepte de reconnaître sa présence. En matière de cession cependant, l'agrément devant être donné par l'administration s'analyse comme une véritable autorisation objective de céder le contrat au cessionnaire. La personne publique est d'ailleurs plus encadrée dans son autorisation : elle peut être dans l'obligation d'autoriser la cession et ne peut s'opposer à l'identité du cessionnaire que dans des cas

¹⁷⁵ CE, 20 janvier 1905, *Compagnie générale des eaux et services municipaux contre Ville de Langres* ; *Rec.*, 1905, p. 57, concl. Jean ROMIEU. Sur les hypothèses correspondant à une cession, v. notamment : LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 408, pt 778 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 216, pt 442.

¹⁷⁶ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1979, *Ville de Châlons-sur-Marne contre Groupement d'intérêt économique Publicitor*, n° 01881 ; *Rec.*, 1980, tables, p. 752.

strictement délimités¹⁷⁷. De plus, en matière d'autorisation de cession, la jurisprudence – dont le maintien semble moins incertain que celui de la position du juge administratif concernant les sous-contrats¹⁷⁸ – semble plus souple. Elle permet en effet de distinguer les cas dans lesquels l'autorisation n'a pas été donnée expressément – laissant ainsi exister l'hypothèse de l'autorisation implicite –, de celle dans laquelle l'autorisation n'a pas pu être donnée par la personne publique, parce qu'elle n'a pas été informée de la cession¹⁷⁹.

889. — C'est que l'autorisation est ici surtout présente pour vérifier que la personne publique a connaissance du processus de cession. C'est pourquoi, dans le cadre interorganique, il y a lieu de supputer que les modalités d'octroi de l'autorisation ne peuvent pas être indifférentes au fait que le cédant soit en réalité l'un de ses prestataires intégrés. La présence de représentants de la personne publique détentrice dans ses organes dirigeants implique que ces représentants soient mis en position de participer à la décision de la cession. S'il est possible de démontrer que cette participation a bien eu lieu concernant tant le choix de céder le contrat que celui du concessionnaire, il pourra être considéré que les détenteurs du prestataire intégré ont bien eu connaissance de ces deux choix et, en participant à leur adoption, ont procédé à leur autorisation *a priori*. Il est donc difficile d'envisager une cession invalidée par le juge dans le cadre d'une quasi-régie. La part de fiction sur laquelle la dérogation interorganique repose dans la plupart des cas laisse néanmoins persister la probabilité de rupture dans la connexion entre un détenteur et son prestataire intégré. Comme en matière de sous-contrat, une autorisation expresse du pouvoir adjudicateur reste donc souhaitable pour éviter toute déconvenue. Elle l'est d'autant plus que la cession reste susceptible de mettre fin au contrat interorganique, faisant ainsi du prestataire intégré et de son ou ses détenteurs des personnes réellement tierces, avec des intérêts réellement distincts, démultipliant le risque de contentieux éventuels.

890. — Rien ne semble laisser penser que la quasi-régie pourrait modifier les motifs pour lesquels les détenteurs-personnes publiques peuvent refuser la cession. L'impératif de prise de connaissance qui se cache derrière l'autorisation de cession pourrait donc permettre d'envisager certaines exonérations au sein du contrat

¹⁷⁷ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 263-264. V. aussi : NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 169-173, pts 288-297.

¹⁷⁸ LANGELIER Élise, *ibid.*, p. 264.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 264. V. aussi : MICHEL Jérôme et CESSAC Marianne, « Cession de contrat et silence de la personne publique », *AJDA*, 2008, n° 20, pp. 1073-1076.



interorganique. En revanche, en matière d'encadrement européen des cessions, aucune dérogation ne semble pouvoir découler du fait que le contrat faisant l'objet de la cession ait initialement été passé dans le cadre d'une relation interorganique, bien au contraire.

C. La nécessaire mise au point quant au faible nombre d'allègements au régime européen des cessions impliqués par le contrat interorganique

891. — La quasi-régie est une sphère au sein de laquelle des dérogations sont permises. Ses frontières doivent être d'autant plus surveillées. C'est justement à sa frontière que se situent les cessions qui, si elles ne faisaient pas l'objet d'une attention particulière, pourraient éventuellement permettre des opérations frauduleuses. En conséquence, toute cession opérée en son sein, quand bien même ne concernerait-elle qu'une partie de l'activité exercée par le prestataire intégré, devra être opérée dans la maîtrise parfaite de la réglementation européenne applicable. Or, cette réglementation fait l'objet d'incertitudes. Il semble que même si les directives « marchés » et « concessions » établissent une réglementation *a priori* plus favorable aux cessions que celle établie par la jurisprudence de la Cour¹⁸⁰, les modifications qu'elles opèrent, sans fixer clairement le sort des cessions interorganiques, laissent présumer que la soumission des cessions dans le cadre du contrat interorganique aux règles qu'elles édictent est très probable. Un rappel de l'évolution de cette réglementation et du sort corrélatif de la quasi-régie le démontre.

892. — En 2008, la Cour de justice rendait la décision *Pressetext*¹⁸¹, qui s'opposait clairement à ce qui avait été préconisé par ce qui « *a constitué pendant longtemps la référence juridique unique* »¹⁸² en France : l'avis rendu par le Conseil d'État le 8 juin 2000¹⁸³. Dans cet avis favorable à la circulation du contrat et à la patrimonialisation des actes administratifs¹⁸⁴, la Haute juridiction administrative avait en effet « *omis* »¹⁸⁵ de

¹⁸⁰ Sur cet assouplissement par les directives, v. notamment : NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *loc. cit.*, pp. 853-859, pp. 858-859.

¹⁸¹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc.

¹⁸² RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1925-1928, p. 1925.

¹⁸³ CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n° 141654 ; *AJDA*, 2000, n° 9, p. 758, note Laurent RICHER ; *CMP*, 2000, n° 2, p. 4, chron. n°1, chron. François LLORENS.

¹⁸⁴ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 96, pt 170.

mentionner la substitution de l'identité du cocontractant parmi les modifications substantielles du contrat, consacrant ainsi « l'effet translatif du contrat qui n'affecte pas, en principe, le contenu de celui-ci »¹⁸⁶. C'est donc une définition particulière de la cession qui a déterminé cette solution, celle en vertu de laquelle la cession ne serait que la reprise des obligations du titulaire du contrat initial par le cessionnaire¹⁸⁷. Cette solution n'avait d'ailleurs pas été unanimement critiquée par la doctrine car elle trouvait une explication au vu du champ d'application de la commande publique. Monsieur Sirinelli rappelle ainsi que « si l'application des règles de passation des contrats administratifs permet de choisir non un candidat mais une offre, il paraît illogique de soumettre aux exigences de publicité et de concurrence une offre demeurée identique. »¹⁸⁸. Au contraire, l'arrêt *Pressetext*¹⁸⁹ et sa confirmation par l'arrêt *Wall AG*¹⁹⁰ manifestaient une sévérité certaine de la Cour de justice à l'égard de la cession. Cette rigueur se manifestait par l'inclusion de la substitution de l'identité du cocontractant parmi les modifications substantielles entraînant l'obligation de passer un nouveau contrat¹⁹¹. À première vue, il pourrait être tentant d'affirmer que l'opposition entre le Conseil d'État et la Cour sur ce point n'était qu'une question de modalités. Il pourrait notamment être considéré, par la transposition de ce qui peut notamment être observé en matière de modification pure, que leurs raisonnements « obéissent [...] à la même logique : seule une modification suffisamment substantielle du contrat peut s'apparenter à un nouveau contrat et exiger, en conséquence, une nouvelle procédure formalisée de passation. »¹⁹² Seulement, l'effet translatif de la cession est désormais acquis devant le juge administratif¹⁹³, de sorte que la cession de contrat n'est pas considérée comme équivalente à la novation des obligations¹⁹⁴. Il en résulte que l'assimilation de la cession à une modification substantielle du contrat est apparue comme une aberration, dont

¹⁸⁵ Le terme est employé par le professeur Langelier (LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 265).

¹⁸⁶ SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 285, pt 310.

¹⁸⁷ CE, Section des finances, avis, 8 juin 2000, n° 141654, préc.

¹⁸⁸ SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 285, pt 310.

¹⁸⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc.

¹⁹⁰ Celui-ci contient bien des assouplissements en matière de cession mais ils ne concernent que les modalités de substitution des sous-contractants (HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 109, pt 31).

¹⁹¹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc.

¹⁹² SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 284, pt 309.

¹⁹³ V. NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 190-194, pts 334-341.

¹⁹⁴ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 9, pt 13.



l'application trop rigoureuse aurait pour conséquence de « *condamn[er ce] mécanisme essentiel pour la vie des entreprises* »¹⁹⁵ qu'est la cession.

893. — Il faut cependant souligner qu'en dehors de l'incohérence de l'arrêt de la Cour quant à l'aspect nécessairement translatif de la cession, sa solution se comprend parfaitement dans le cadre de la quasi-régie. Le contrat interorganique sera formé la plupart du temps pour permettre à des situations qui auraient dû répondre à la qualification de contrats soumis à la commande publique, d'échapper aux modalités de passation afférentes. C'est donc là son principal avantage : permettre au contrat initial d'être passé sans appliquer ces formalités. Dans ce cadre, qui est en réalité celui de l'effet utile des directives, l'identité est primordiale : c'est uniquement parce que le cocontractant est un prestataire intégré que le contrat a pu être passé sans mise en concurrence préalable. La question de sa cession entraîne par conséquent une modification substantielle créant un nouveau contrat. Le seul fait que le contrat initial ait été passé au sein d'un mécanisme interorganique ne devrait donc entraîner aucune exonération dans le cadre de cessions.

894. — La position plus nuancée adoptée dans les directives « concessions » et « marchés » ne devrait pas entraîner une solution différente pour les acteurs interorganiques. Sans fixer le principe que les cessions correspondent automatiquement à des modifications substantielles, comme le faisait la décision *Pressetext*¹⁹⁶, celles-ci énoncent quand même qu'une cession n'est envisageable que dans trois situations : « [si elle a] été prévu[e] à l'avance ; en cas de succession liée à une restructuration ; quand la loi nationale prévoit la subrogation du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice envers les prestataires du contractant sortant. »¹⁹⁷ La troisième dérogation porte sur une hypothèse manifestement extérieure au contrat interorganique et la première dérogation ne pose que des problématiques quant à ce dernier, sans pour autant la permettre de le singulariser. Elle concerne en effet la présence d'une clause de réexamen ou une option sans équivoque dans le contrat initial. Si les acteurs interorganiques décident d'insérer de telles clauses dans les contrats qui les lient, il faudra donc qu'elles prévoient de façon

¹⁹⁵ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 109, pt 30.

¹⁹⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc., §40.

¹⁹⁷ RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *loc. cit.*, p. 1926.

expresse une cession éventuelle et ses modalités de mise en œuvre, ce qui devra faire l'objet d'une particulière attention dans le cadre de la quasi-régie. Il faudra en effet déterminer comment choisir un prestataire autre que le prestataire intégré et n'envisager aucune procédure de passation semble compliqué, sauf dans les cas où d'autres prestataires intégrés du pouvoir adjudicateur cocontractant sont en cause.

895. — La deuxième dérogation semble ouvrir plus de possibilités quant au positionnement du contrat interorganique. Elle concerne la « *réorganisation des titulaires de contrats* », autrement nommée « *restructuration interne* » dans les directives « marchés », ce changement d'appellation ne paraissant « *pas significatif* »¹⁹⁸. Il pourrait être tentant d'y inclure les situations dans lesquelles un prestataire intégré cèderait un contrat qui le lie à l'un de ses détenteurs à l'un de ses prestataires intégrés, ou à un autre prestataire intégré de ce détenteur. Cependant, malgré la reprise des termes utilisés dans l'arrêt *Pressetext*¹⁹⁹, les directives ne semblent pas en avoir repris la même signification, ce qui amène à des conclusions différentes sur le sort des cessions interorganiques.

896. — L'affaire *Pressetext* concernait effectivement une filiale détenue à 100% par le cédant²⁰⁰, ce qui a amené l'avocat général Kokott à développer son raisonnement sur les réorganisations internes par analogie avec la quasi-régie. Ce faisant, elle se positionnait également comme étant favorable à la possibilité, pour les titulaires de contrats, de céder lesdits contrats²⁰¹. Si cette position n'a pas été reprise expressément pas par la Cour, il n'empêche que sous sa plume, « [l']*éventualité de la réorganisation interne a été entendue de manière très large* »²⁰², de sorte que c'est l'absence de tiers véritable du fait de « *la continuité de la même personne morale [qui] exclut l'existence d'une cession* »²⁰³. En se basant sur la structure de l'entité, les juges ne faisaient ici que continuer à passer outre des considérations trop personalistes et, dans la droite lignée de leurs développements en matière de quasi-régie, continuaient à « *lever le voile de la personnalité morale* »²⁰⁴. Il semble

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 1926.

¹⁹⁹ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc., §40.

²⁰⁰ *Ibid.*, §39 à 54. Pour un exposé de la modification que ça entraîne pour le juge administratif de passer outre l'opacité de la personnalité morale, v. LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 265.

²⁰¹ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06 (préc.), *loc. cit.*, pts 57 et 58.

²⁰² LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 265.

²⁰³ SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 286, pt 310.

²⁰⁴ RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *loc. cit.*, p. 1926.



d'ailleurs que la Cour ait entretenu l'interdépendance entre ces deux jurisprudences. Dans l'arrêt *Pressetext*, elle précisait que l'existence d'une éventualité que l'actionnariat puisse évoluer n'empêchait pas la cession, dès lors qu'aucune hypothèse frauduleuse n'était mise en œuvre²⁰⁵. Il s'agit là d'une position qu'elle a renouvelée quelques mois plus tard au sujet de l'évolution de l'actionnariat d'un prestataire intégré dans l'arrêt *Sea Srl*²⁰⁶. Sans vouloir attribuer à la Cour une volonté d'uniformisation qu'elle n'a pas directement exprimée, il est difficile de ne pas voir là une certaine continuité²⁰⁷. Si le paysage juridique n'avait pas été modifié, il pourrait être considéré que les prestations quasi internes entrent dans l'hypothèse de la réorganisation interne.

897. — Seulement, de nouvelles directives sont intervenues en 2014 et, « contrairement à ce qu'elles font sur de nombreux points, [elles] n'ont pas procédé, en ce qui concerne la question du changement de contractant, à une codification de la jurisprudence »²⁰⁸. Elles ne reprennent pas exactement le raisonnement de la Cour et se focalisent sur les restructurations de sociétés, ce qui correspond principalement à des situations de rachat, de fusion et d'acquisition²⁰⁹. La possibilité d'y inclure les prestations intégrées est donc devenue incertaine, même si selon le professeur Richer, « il serait concevable d'admettre que la cession d'un contrat à une entité contrôlée par le contractant initial n'est pas une modification substantielle. »²¹⁰ Étant donné que la quasi-régie repose sur une fiction permettant de constater qu'une seule personne juridique est à l'œuvre, il semblerait logique de compter parmi les hypothèses de réorganisation interne du cocontractant celles dans lesquelles un prestataire intégré cède un contrat passé avec l'un de ses détenteurs à l'un de ses prestataires intégrés. La mesure dans laquelle cette interprétation serait permise reste néanmoins floue.

²⁰⁵ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, préc., §51. Il s'agit ici d'une allusion implicite aux montages artificiels et à leur prohibition depuis l'arrêt *Mödling* (CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, aff. C-29/04, préc. ; sur son application et son influence sur la quasi-régie, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

²⁰⁶ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, aff. C-573/07, préc., §51.

²⁰⁷ Comme le souligne notamment Maître Proot (PROOT Philippe, « Cession de contrat : où en est-on un an et demi après l'arrêt *Pressetext* ? », *JCP A*, 2010, n° 8, pp. 17-21, étude n° 2071, p. 19, pts 22-23).

²⁰⁸ RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *loc. cit.*, p. 1925.

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 1926-1927. Le professeur Richer rappelle qu'une liste qui semble exhaustive « figure dans le rapport 2013 de l'Europa Restructuring Monitor (<http://www.eurofound.europa.eu>) : relocalisation (à l'intérieur des frontières) ; - délocalisation (hors des frontières) ; - externalisation ; - banqueroute ; - fusion, acquisition ; - restructuration interne (suppression d'emplois) ; - création de nouvelles branches d'activité. » (*ibid.*, p. 1927).

²¹⁰ *Ibid.*, p. 1928.

898. — Le fait que seules des opérations de restructuration soient concernées par les directives implique-t-il que de telles cessions ne seraient possibles que lorsqu'elles sont opérées à des prestataires intégrés qui sont en cours de création ? Une réponse positive manquerait de pertinence : à détenteurs égaux, il n'y a en effet aucune différence objective entre un prestataire intégré préexistant et un prestataire intégré en cours de création. En revanche, il existe bien une différenciation entre les prestataires faisant l'objet d'un contrôle analogue et ceux faisant l'objet d'un contrôle conjoint²¹¹. Bien que l'avocat général Kokott ne les ait pas mentionnés de façon différenciée dans ses conclusions sur l'arrêt *Pressetext*²¹², il faut reconnaître que le cadre d'une co-détention l'absence de seconde volonté est systématiquement une fiction. Permettre aux prestataires intégrés co-détenus de voir céder un contrat auquel leur détenteur est partie sans publicité, ni mise en concurrence préalable, constituerait par conséquent une interprétation encore plus extensive des dispositions des directives. Une telle attitude extensive constitue cependant désormais le mode traditionnel d'existence du contrôle conjoint. C'est d'ailleurs cette démarche qui a permis aux institutions de l'Union européenne d'attribuer à la co-détention interorganique les mêmes effets qu'à la détention de prestataires intégrés par un seul pouvoir adjudicateur²¹³.

899. — Pour passer outre ces incertitudes issues des modifications subies par le traitement des cessions dans les directives, une dernière interprétation serait envisageable. Il s'agit de celle consistant à considérer que par principe, toute transaction entre un pouvoir adjudicateur et son prestataire intégré est exclue du champ d'application des directives sur le fondement de leurs articles 12 et 17²¹⁴. En conséquence, si un détenteur souhaite céder à l'un de ses prestataires intégrés l'exécution d'un contrat qui le lie à un autre pouvoir adjudicateur, cette transaction serait recouverte par la dérogation interorganique et les dispositions des directives n'auraient pas à s'y appliquer. Dans ce cadre, la substitution de contractant ne pourrait être considérée comme une modification substantielle et la cession serait possible. Une telle interprétation pourrait se justifier par une lecture des directives. Elle tendrait en effet à donner à la dérogation interorganique le champ d'application le plus large car elle ne

²¹¹ Sur cette distinction, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §3.

²¹² Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06 (préc.), *loc. cit.*, pt 57.

²¹³ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²¹⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc., article 12 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc., article 17.



nécessiterait pas de distinguer les prestataires détenus par un pouvoir adjudicateur de ceux faisant l'objet d'une co-détention. Cette interprétation n'est cependant pas garantie, de sorte qu'il n'est pas certain que les cessions de contrat à des opérateurs dédiés ne soient pas envisagées comme une atteinte à l'effet utile des directives.

900. — Actuellement, seuls des facteurs extérieurs au contrat interorganique assurent un assouplissement des modalités européennes encadrant les cessions. Les cessions dans le cadre de la quasi-régie doivent en conséquence faire l'objet d'une vigilance particulière et ce à deux titres : d'abord parce qu'elles peuvent mettre fin au contrat interorganique et modifier totalement la nature des relations entre les acteurs interorganiques ; ensuite, parce que le contrat interorganique encadrant le contrat initial n'est pas du tout un facteur de souplesse concernant les cessions à d'autres opérateurs, bien au contraire. Il semble que, pour le bon fonctionnement des prestataires intégrés, il ne faille pas non plus considérer qu'il permet d'assouplir les règles générales gouvernant leur indemnisation lorsqu'ils subissent de la part de leurs détenteurs des pouvoirs unilatéraux tirés de la présence d'un contrat administratif.

§4. L'indispensable indemnisation du prestataire intégré en contrepartie de l'usage de pouvoirs unilatéraux par ses détenteurs publics

901. — Résultante de leur présence fréquente dans les cahiers des charges²¹⁵, les « règles générales applicables aux contrats administratifs »²¹⁶, fondées sur le principe de mutabilité, garantissent et encadrent les pouvoirs unilatéraux que les contractants publics peuvent utiliser lorsque le contrat administratif est silencieux – ce qui tend à se raréfier puisque les contrats sont désormais d'une précision millimétrée. Malgré les craintes de plusieurs auteurs de voir le droit de l'Union européenne entraîner leur disparition²¹⁷, la compatibilité de ces règles générales avec le droit européen permet leur maintien²¹⁸. Elles sont donc compatibles avec la quasi-régie, sans pour autant être applicables en son sein de façon systématique. Certes, des arguments pourraient être avancés pour que ce soit le cas. En premier lieu, le contrat interorganique sera formé la plupart du temps autour de contrats qui, s'il n'y avait pas les particularités institutionnelles de la quasi-régie, entreraient dans le champ d'application des marchés publics ou des concessions et auraient dû, en conséquence, être qualifiés de contrats administratifs. En second lieu, la tendance des règles générales est à l'expansion depuis leur création et il n'est pas improbable que cette expansion contamine le contrat interorganique²¹⁹. Cependant, considérer que les règles générales des contrats administratifs doivent en conséquence automatiquement être appliquées au sein de la quasi-régie reviendrait à étendre de façon injustifiée les pouvoirs unilatéraux dont peuvent user les personnes publiques, tout en contribuant encore à la dilution des règles générales des contrats administratifs²²⁰. Une telle hypothèse semble donc devoir être écartée. Il n'empêche qu'au sein du contrat interorganique, les conditions d'application du contrat administratif seront fréquemment

²¹⁵ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 205.

²¹⁶ Pour une définition, v. TERNEYRE Philippe, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, n° spécial, 1996, pp. 84-91, p. 90.

²¹⁷ Ce fut d'ailleurs l'objet des recherches du professeur Hoepffner dans ses travaux de doctorat (HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*).

²¹⁸ AMILHAT Mathias, *Les incidences du droit de l'Union européenne sur le concept de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 465-469.

²¹⁹ Le professeur Eckert rappelle notamment que le troisième temps du développement de ces règles générales est leur débordement sur le droit commun des contrats (ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *loc. cit.*, pp. 7-8, pt 2). Sur le rapprochement entre l'unilatéralisme en droit privé et en droit administratif, v. aussi : GONOD Pascale, MELLERAY Philippe et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 1, Dalloz, Coll. Traités, 2011, pp. 631-633 ; GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 424-430 ; HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 163-165, pts 266-268. Sur le développement de l'unilatéralisme en droit privé, v. LEMAY Pierre, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, pp. 47-139.

²²⁰ Sur ce phénomène, v. notamment : ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *loc. cit.*, pp. 7-8, pt 2.



réunies²²¹. Tout contrat qui, passé au sein du contrat interorganique, remplirait de telles conditions, devra donc être soumis aux règles générales gouvernant les contrats administratifs, ce qui implique de se demander si ces règles seront amenées à se transformer à son contact, notamment en ce qui concerne la protection du prestataire intégré.

902. — Ces règles viennent en effet protéger les cocontractants des personnes publiques à un contrat administratif en prescrivant leur droit à « *la contrepartie de toute intervention de l'administration contractante dans l'exécution du contrat* »²²² : l'indemnisation. Or, la quasi-régie implique justement que le prestataire intégré n'est pas réellement considéré comme un tiers. Il pourrait en être inféré qu'il est incohérent de lui permettre de bénéficier de ces règles, puisque cela reviendrait à protéger la personne publique détentrice d'elle-même. Un tel raisonnement serait nonobstant nuisible aux prestataires intégrés : puisqu'au sein du contrat interorganique, rien ne s'oppose à ce qu'un détenteur revêtant la qualité de personne publique conserve les pouvoirs que lui procure la présence d'un contrat administratif, tout prestataire intégré doit par principe pouvoir être indemnisé, dans la mesure où ces règles le permettent, s'il subit de la part de ses détenteurs la mise en œuvre d'un tel pouvoir. Les prestations intégrées ne justifient pas d'écarter le principe en vertu duquel « *la contrepartie du pouvoir de modification unilatérale réside « naturellement » dans la possibilité pour le cocontractant d'exiger le versement de la contrepartie financière des conséquences des modifications opérées* »²²³. La situation contraire ne pourrait être justifiée que si les prestataires intégrés étaient systématiquement des groupements transparents intégrés financièrement à leurs détenteurs, ce qui n'est pas le cas²²⁴. Leur droit à indemnisation doit par conséquent être maintenu, ce qui impose de maintenir une application classique des règles générales du contrat administratif en matière de modification unilatérale **(A)** et une application plus singulière de ces règles en matière de résiliation unilatérale **(B)**.

²²¹ La quasi-régie pourrait d'ailleurs être un facteur de regain d'utilité pour les critères jurisprudentiels qui, sous l'impact du développement des qualifications législatives, trouvent de moins en moins à s'appliquer, ce qui est notamment rappelé *in* : AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 208-222, pts 336-359.

²²² LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 205.

²²³ *Ibid.*, p. 225.

²²⁴ V. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

A. Une application classique des règles générales gouvernant la modification unilatérale

903. — Faisant partie des règles générales applicables aux contrats administratifs de façon certaine depuis 1983²²⁵, le pouvoir de modification unilatérale a été encadré par le juge, qui sanctionne toute modification aboutissant à dénaturer l'objet de la convention qu'il concerne²²⁶. En matière de modification unilatérale, les détenteurs ne peuvent donc pas outrepasser les limites qui leur seront prescrites en matière d'avenant, sous peine de voir la mesure annulée par le juge administratif²²⁷. En outre, si celui-ci ne contrôle pas les motifs de la modification mais ses conséquences, il pourra par exception annuler une décision de modification qui concernerait un contrat passé entre deux personnes publiques²²⁸. Une telle jurisprudence est cependant subordonnée à la présence conjuguée de deux personnes publiques et d'un service public²²⁹, des caractéristiques qui ne sont pas systématiquement remplies au sein des mécanismes intégrés. Elle aura donc matière à s'appliquer indifféremment à la présence de la quasi-régie. Le seul facteur déterminant sera le fait que le prestataire intégré et ses détenteurs soient ou non des personnes publiques.

904. — Dès lors que la modification unilatérale semble pouvoir être mise en œuvre, l'enjeu, si la mesure est valide, résidera dans ses conséquences indemnitaires. Sur ce point, la position des prestataires intégrés eu égard à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales mérite d'être abordée, afin d'exposer pourquoi à l'application traditionnelle des règles de modification unilatérale entre acteurs interorganiques, doit répondre une indemnisation adéquate (1).

²²⁵ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux (UTPUR)*, n° 34027 ; *Rec.*, 1983, p. 33 ; *RDP*, 1984, p. 212, note Jean-Marie AUBY ; *RFDA*, 1984, p. 45, note François LLORENS.

²²⁶ V. LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 218-220. V. aussi : HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 166-182.

²²⁷ V. *supra*, A.

²²⁸ D'abord dégagée concernant les contrats conclus entre personnes publiques en application de l'article 26 de la Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (CE, Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, n° 57000 et 60384 ; *Rec.*, 1989, p. 105 ; *AJDA*, 1989, p. 315, chron. Edmond HONORAT et Éric BAPTISTE ; *RFDA*, 1989, n° 5, p. 466, avec les concl. du Commissaire Marc FORNACCIARI ; *Revue administrative*, 1989, p. 341, note Philippe TERNEYRE ; *RDP*, 1989, p. 1171, note François LLORENS), cette règle a ensuite été étendue à tous les contrats conclus entre personnes publiques et portant sur l'organisation d'un service public (CE, 10^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine contre Préfet du Val-de-Marne*, n° 101578 ; *Rec.*, 1992, p. 197 ; *AJDA*, 1992, p. 532 ; *ibid.*, p. 480, chron. Christine MAUGÛÉ et Rémy SCHWARTZ ; *RTD civ.*, 1993, p. 113, obs. Jacques MESTRE).



Il est vrai que les directives ont permis la quasi-régie ascendante²³⁰, c'est-à-dire l'attribution par les prestataires intégrés de contrats à leur détenteur lorsqu'ils n'ont qu'un seul détenteur. En conséquence, chacun d'entre eux est susceptible, s'il est une personne publique et qu'un contrat administratif est en cause, de mettre en œuvre une modification unilatérale. Néanmoins, c'est plus particulièrement le droit des prestataires intégrés à obtenir une indemnisation qui sera étudié car leurs détenteurs disposent de tout ou partie de leur capital et seront ainsi susceptibles de faire jouer la mécanique de substitution, arguant qu'ils n'ont pas à indemniser leurs propres services. Au contraire, les prestataires intégrés ne peuvent pas prétendre posséder leurs détenteurs, dont la personnalité juridique n'est pas niée par le mécanisme interorganique. C'est donc plus précisément leur droit à indemnisation qui sera ici défendu (2).

1) *La position nuancée des prestataires intégrés concernant le bénéfice des droits de la Convention européenne des droits de l'Homme*

905. — La Cour a déduit du 1^{er} article du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une obligation de compensation en matière de modification unilatérale²³¹. Seule une loi répondant aux conditions permettant la privation de propriété, au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, pourrait restreindre ce droit²³². Or, le droit positif ne contient

²²⁹ Le Conseil d'État affirme en effet que « *si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* » (CE, 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine contre Préfet du Val-de-Marne*, n° 101578, préc.).

²³⁰ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.2 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.) et l'article 12.2.

²³¹ CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, n° 13427/87, §72 ; *Rec. vol. 301*, p. 65 ; *AJDA*, 1995, p. 124, chron. Jean-François FLAUSS ; *Rec. Dalloz*, 1996, p. 329, note Dominique FIORINA ; *RTD civ.*, 1995, p. 652, obs. Frédéric ZENATI ; *RTD. Civ.*, 1996, p. 1019, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD.

²³² Sur l'application de cette possibilité de privation de propriété par la loi, v. CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, n° 7151/75 ; *Annuaire français de droit international*, 1985, p. 415, note Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 228-230, note Gérard COHEN-JONATHAN ; *Journal de droit international*, 1985, p. 205, note Paul TAVERNIER ; *Journal des tribunaux*, 1983, p. 701, note Pierre LAMBERT.

aucune loi de ce type²³³ concernant les prestataires intégrés, qui ne se voient donc pas retiré d'office le droit à une telle indemnisation. Leur droit à bénéficier de ces dispositions semble néanmoins devoir être approfondi.

906. — La formulation de l'article ne suffit pas pour se prononcer. Portant sur le respect des biens, cet article bénéficie à « toute personne physique ou morale ». Il semblerait donc reposer sur un critère personnaliste, ce qui impliquerait que toute personne juridique aurait droit au respect de ses biens. De par leur personnalité juridique, les prestataires intégrés remplissent ce critère, il y aurait donc lieu de croire qu'ils peuvent se prévaloir de cet article. Cependant, l'applicabilité de cette disposition est subordonnée à la compétence de la Cour, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Convention. Dans l'application qu'elle fait de cet article, la Cour européenne des droits de l'Homme tend à opérer une distinction entre les personnes publiques et les personnes privées, par une jurisprudence qui reste néanmoins « empreinte de nuances »²³⁴. L'article implique en effet de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que seules sont habilitées à formuler une requête devant la Cour « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ». Il convient alors, pour considérer que les prestataires intégrés peuvent invoquer l'article 1^{er} du Protocole additionnel devant la Cour, de démontrer qu'ils constituent une organisation non gouvernementale. Quant aux organisations gouvernementales, elles sont privées de leur droit à faire valoir leur droit de propriété devant la Cour. Dans l'affaire des *Saints Monastères*²³⁵, la Cour semble avoir établi un curseur de distinction. Lorsque des personnes publiques sont en cause, il faut rechercher si l'entité bénéficie d'une autonomie et de prérogatives de puissance publique²³⁶. C'est néanmoins ce critère des prérogatives de puissance publique qui semble « déterminant »²³⁷. Or, les détenteurs interorganiques, s'ils seront très fréquemment des pouvoirs adjudicateurs, ne seront pas systématiquement des autorités publiques et ne confient pas automatiquement de telles prérogatives à leurs prestataires. Quant aux opérateurs quasi internes, ils ne sont pas toujours des personnes publiques et les situations dans lesquelles ils sont amenés à être

²³³ Pour qu'une telle loi soit valide, il faudrait cependant invoquer un motif impérieux d'intérêt général, ce que la dépendance liant le prestataire à ses détenteurs ne semble que difficilement pouvoir constituer.

²³⁴ ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 79, pt 105.

²³⁵ CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères contre Grèce*, n° 13092/87 et 13984/88 ; RDI, 1996, p. 359, obs. Jean-Bernard AUBY et Christine MAUGÛÉ ; *Rec. Dalloz*, 1996, p. 329, note Dominique FIORINA.

²³⁶ *Ibid.*, §49.

²³⁷ PAVAGEAU Stéphanie, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, Coll. De la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2006, p. 79, pt 110.



détenus par différentes personnes morales, même en cas de contrôle analogue, se sont multipliées avec l'ouverture de leur capital aux prises de participations directes et indirectes²³⁸.

907. — Enfin, les juridictions administratives semblent enclines à reconnaître aux personnes publiques le bénéfice de ces droits fondamentaux²³⁹ dans des situations particulières : lorsque « [d]errière l'écran » de la personnalité publique se cachent les « *intérêts patrimoniaux* » de personnes privées²⁴⁰. L'accroissement des participations privées au sein des prestataires interorganiques qui sont des personnes publiques pourrait par conséquent favoriser leur droit au bénéfice des dispositions de la Convention car, en ce cas, les juges pourraient lever « l'écran » de la qualité de la personnalité morale du prestataire pour révéler, derrière lui, les intérêts patrimoniaux des personnes privées.

908. — Le bénéfice de l'article 1^{er} du Protocole additionnel ne semble donc pas devoir être exclu d'office pour les prestataires intégrés, de nombreux éléments semblent même favoriser l'extension de ce droit. Il semblerait par ailleurs logique de considérer que, dès lors qu'ils sont de véritables cocontractants qui peuvent se voir appliquer des mesures de modification unilatérale, ils bénéficient d'un droit à indemnisation.

2) Le nécessaire maintien de l'indemnisation du prestataire intégré

909. — Il importe de veiller à ce que l'interdépendance qui lie le prestataire intégré à ses détenteurs ne soit pas un prétexte pour écarter le droit du prestataire intégré à être indemnisé du fait d'une modification unilatérale, notamment parce que la mise en œuvre de mesures unilatérales semble pouvoir être envisagée dans le cadre d'un échec de cette

²³⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (préc.), article 17.1.c et 17.3.c ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (préc.) et l'article 12.1.c et 12.3.c.

²³⁹ ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 78, pt 105.

²⁴⁰ CHAMARD-HEIM Caroline, « Droit de propriété », *JurisClasser Libertés*, fasc. n° 710, 25 janvier 2011, (dernière mise à jour au 25 janvier 2011), pt 47, telle que citée in : ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 79, pt 106. Le professeur Chamard-Heim cite notamment les arrêts suivants : CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre (formation à 5), 2 juin 2009, *Monsieur Mongaboure contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 08BX00816 ; *AJDA*, 2009, n° 30, p. 1659, concl. Marie-Pierre VIARD ; CAA Lyon, 3^{ème} Chambre (formation à 3), 24 novembre 2009, *Madame Guérin contre Préfet de la Haute-Loire* (n° 07LY02310) et, *Fédération des ayants droit des sections de communes Haute-Loire contre Préfet de la Haute-Loire* (n° 07LY02325) ; inédit au *Rec.* ; *AJDA*, 2010, n° 10, p. 559, note Philippe YOLKA ; *JCP A*, 2010, n° 8, p. 33, comm. n° 2076, note Jacques Moreau.

interdépendance. Il y a en effet de fortes probabilités pour que les détenteurs, avant d'en arriver à l'exorbitance de la modification unilatérale, tentent de mettre en œuvre l'adoption d'un avenant par le biais de leurs représentants au sein de leurs prestataires intégrés, conformément à l'habitude des personnes publiques de privilégier la bilatéralité à l'unilatéralité²⁴¹. Il peut donc être considéré que dans de nombreux cas, quand un détenteur envisage de modifier unilatéralement un contrat, c'est précisément parce qu'il n'a pas réussi à obtenir le même résultat par le biais de la bilatéralité. En conséquence, si une telle modification était opérée par ledit détenteur, ce serait précisément parce que ce n'est pas souhaité par le prestataire intégré. Cette hypothèse est l'une de celles dans lesquelles les acteurs interorganiques n'agissent pas d'une même voix. L'interdépendance existant au sein des prestations intégrées ne peut donc pas être un argument pour la disparition de la règle de l'indemnisation au sein du contrat interorganique.

910. — Il convient par conséquent de veiller au respect du droit du prestataire intégré à son équilibre contractuel²⁴². Ceci implique son droit à l'équation financière, ce mécanisme dont la « paternité »²⁴³ est attribuée à Léon Blum dans ses conclusions sur la décision *Compagnie générale française des tramways*²⁴⁴. Ce principe ne revêt pas exactement la même signification selon qu'il est invoqué en matière de résiliation ou de modification unilatérale²⁴⁵ mais dans tous les cas il protège le cocontractant. Il le fait d'abord en prohibant certaines actions des personnes publiques. Il interdit notamment de bouleverser l'économie générale du contrat²⁴⁶, cette notion sans définition figée²⁴⁷, qui

²⁴¹ « En pratique, l'Administration fait un usage modéré de son pouvoir de modification unilatérale, préférant favoriser la collaboration avec ses cocontractants. » (HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, op. cit., p. 164, pt 267).

²⁴² V. notamment : OUM OUM Joseph Franck, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ-Lextenso, Coll. BDP, T. 270, 2014, pp. 135-139, pts 191-195.

²⁴³ DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *JCP A*, 2012, n° 51-52, pp. 11-17, étude n° 2395, p. 12, note 26.

²⁴⁴ CE, Section, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178 ; *Rec.*, 1910, p. 224, concl. Léon BLUM.

²⁴⁵ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, op. cit., pp. 220-221.

²⁴⁶ L'apparition exacte de cette implication au sein des règles générales du contrat administratif ne semble pas réellement faire l'objet d'un consensus. Si le professeur Lichère rappelle qu'on peut en trouver une application dans la décision *Société d'entreprise coopérative française* (CE, 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, n° 9673 et 11673, *Rec.*, 1934, p. 222) (LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, op. cit., p. 112), le professeur Hoepffner situe son apparition dans la doctrine administrative en 1972 et dans la jurisprudence « dans les années 1980 » (HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, op. cit., p. 200, pt 326). Enfin, le professeur Richer mentionne l'arrêt *CITREM* (CE, 5^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 14 mars 1980, *Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques (CITREM) contre Recteur de l'Académie de Lille*, n° 03417 ; *Rec.*, 1980, p. 495, note Jean-Pierre THÉRON) (RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 234, pt 486) et les professeurs Lachaume, Pauliat et Boiteau situent sa consécration en tant que règle générale dans l'arrêt « *UPTUR* » (CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1983, *UTPUR*, n° 34027, préc.) (LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, op. cit., p. 453, pt 879).



établi, avec la prohibition de dénaturer l'objet du contrat, un cadre matériel dans lequel les modifications sont envisageables. Ce principe interdit ensuite de modifier unilatéralement les seules clauses financières du contrat²⁴⁸, de sorte que, hormis le cas particulier des délégations de service public²⁴⁹,

*« la modification ne peut porter sur les seules clauses financières car en ce cas, il y a rupture de l'équation financière ; en revanche, une modification à la hausse ou à la baisse des prestations demandées peut entraîner une modification des clauses financières plutôt que le versement d'une somme compensatoire »*²⁵⁰.

Non applicable aux délégations de service public²⁵¹, cette règle doit être maintenue pour les prestataires intégrés, tout comme ses aménagements concernant notamment les conventions d'occupation du domaine public quand la personne publique se conduit en gestionnaire du domaine public²⁵². Ces prestataires devront enfin avoir droit à la réparation intégrale des préjudices subis du fait de la modification²⁵³. Consacré en 1978, ce droit doit être mis en œuvre, même dans le silence du contrat ou des réglementations l'encadrant, dans les conditions traditionnelles de la responsabilité sans faute²⁵⁴. Il doit être ouvert aux prestataires intégrés comme à tous les autres cocontractants des personnes publiques à un contrat administratif. Son droit à indemnisation serait alors limité dans les mesures habituelles, ce qui écarte l'indemnisation des « *menues modifications* »²⁵⁵, qui sont considérées comme la part d'aléa normal devant être supportée par tout cocontractant d'une personne publique.

911. — Il ne semble par conséquent exister aucune singularité liée au contrat interorganique en matière de modification unilatérale. Tout au plus peut-on supposer

²⁴⁷ V. sur ce point : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 220-221.

²⁴⁸ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1983, *UTPUR*, n° 34027, préc.

²⁴⁹ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 190, pt 309.

²⁵⁰ LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, *op. cit.*, p. 112. V. aussi : HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, pp. 187-196 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 234, pt 487.

²⁵¹ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 190, pt 309.

²⁵² V. notamment : *ibid.*, pp. 192-196, pts 311-321 ; v. aussi : RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 234, pt 487.

²⁵³ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 109, pt 202.

²⁵⁴ CE, Section, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo contre Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 05722 ; *Rec.*, 1978, p. 401.

²⁵⁵ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 205.

qu'en pratique, la mise en œuvre de ce pouvoir sera moins importante en son sein que dans les autres situations car les personnes publiques détentrices participent de ce fait aux organes dirigeants de leurs prestataires intégrés. Elles peuvent donc œuvrer à une acceptation desdits prestataires pour opérer des modifications contractuelles de façon consensuelle, par le biais d'avenants. Il ne s'agit cependant pas là d'une certitude puisque, la volonté des prestataires intégrés n'étant pas la reproduction exacte de celle de leurs détenteurs hormis des situations résiduelles²⁵⁶, ils ne sont pas automatiquement acquis à la cause de leurs détenteurs, pour qui la modification unilatérale reste une solution. Les seules particularités qui pourraient donc éventuellement avoir lieu dans la mise en œuvre de ce pouvoir de modification restent donc incertaines. La mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale devrait en revanche présenter quelques spécificités.

B. Une application plus singulière des règles concernant la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général

912. — Règle générale applicable aux contrats administratifs depuis 1958²⁵⁷, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une renonciation par les personnes publiques parties à de tels contrats²⁵⁸. Celles-ci ne peuvent qu'en aménager les conditions d'exercice²⁵⁹. Tout prestataire intégré lié à ses détenteurs par un contrat administratif ne sera donc « *jamais à l'abri d'une fin anticipée et impromptue de ses relations contractuelles, et ce, en dehors de tout comportement fautif de sa part.* »²⁶⁰ Le sort des prestataires intégrés lorsque leurs détenteurs sont des personnes publiques n'est sur ce point pas différent de celui de tous les autres cocontractants des personnes publiques car si les détenteurs interorganiques participent à la prise de décision de leurs prestataires intégrés, l'inverse n'est pas vrai. Le pouvoir de résiliation unilatérale constitue par conséquent une épée de Damoclès pesant sur les prestataires intégrés, comme sur tous les autres cocontractants des personnes publiques. Certes, la condition en vertu de laquelle la personne publique doit arguer d'un motif d'intérêt général permet

²⁵⁶ V. *supra*, même section, §1.

²⁵⁷ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval contre Ministre des finances et des affaires économiques, Ministre de l'agriculture, Ministre de l'intérieur, Secrétaire d'État au budget et Secrétaire d'État aux affaires économiques*, n° 32401 ; *Rec.*, 1958, p. 246 ; *AJDA*, 1958, p. 282, concl. Jean KAHN ; *Rec. Dalloz*, jurisprudence, p. 730, note André De LAUBADÈRE.

²⁵⁸ CE, Section, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n° 41589 et 41699, préc. Le professeur Richer émet par ailleurs des doutes sur la possibilité pour le pouvoir réglementaire de supprimer ce pouvoir (RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 222, pt 458).

²⁵⁹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 223-224, pt. 461.

²⁶⁰ DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 12, pt 6.



de distinguer la résiliation pour motif d'intérêt général d'un pouvoir de droit commun, ou même de la résiliation pour faute, moins exorbitante²⁶¹. Elle ne peut cependant pas être considérée comme une garantie de limitation de ce pouvoir de résiliation unilatérale pour ses cocontractants. Le juge vérifie bien la présence d'un tel motif pour s'assurer que la qualification juridique de résiliation pour motif d'intérêt général est justifiée²⁶², en vertu d'un contrôle qui est d'ailleurs assez « poussé »²⁶³. Il ne semble toutefois que très rarement enclin à annuler des mesures de résiliation²⁶⁴, d'autant plus qu'il laisse aux personnes publiques une véritable marge de manœuvre²⁶⁵. Ainsi le changement de mode de gestion est-il notamment un motif d'intérêt général suffisant²⁶⁶, au même titre que le changement de la structure financière du cocontractant²⁶⁷. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État a considéré que, dès lors que « la société d'économie mixte concessionnaire d'une commune était désormais contrôlée par une autre commune »²⁶⁸, il existait un motif valable de résiliation pour intérêt général. Il y a donc lieu de croire que le fait de mettre fin au contrat interorganique au sein duquel le contrat est passé pourrait potentiellement être considéré comme un motif d'intérêt général légitime justifiant une résiliation unilatérale. Un pouvoir adjudicateur co-détenteur d'un prestataire intégré de distribution d'eau pourrait notamment décider de passer à un mode de gestion en régie et, après avoir décidé de retirer ses participations du prestataire intégré, résilier unilatéralement le ou les contrats qui les lient pour la gestion de ce service public. La fin

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 11-12, pt 3.

²⁶² CE, 23 janvier 1952, *Secrétaire d'État aux forces armées contre Monsieur Chambouvet*, n° 11778 ; *Rec.*, 1952, p. 50.

²⁶³ « L'intérêt général comme motif de résiliation offre une grande souplesse à l'administration mais, latitude ne pouvant signifier arbitraire, le motif retenu doit toujours être légal. [...] L'appréciation des faits à l'origine de la mesure relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui suppose un simple contrôle de dénaturation au stade de la cassation. En revanche la qualification juridique retenue (résiliation-sanction ou pour motif d'intérêt général) fait l'objet d'un contrôle plus poussé. » (LANGELIER Élise, « Nouveautés et continuités de la résiliation unilatérale des marchés publics », *Complément territorial*, avril 2013, pp. 9-15).

²⁶⁴ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 487, pt 947.

²⁶⁵ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 224-225, pts 462-464 ; GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 439, pt 547.

²⁶⁶ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 19 janvier 2011, *Cne de Limoges*, n° 323924 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 1012 ; *JurisData* n° 2011-000410 ; *AJDA*, 2011, n° 3, p. 136, obs. Rémi GRAND ; *AJDA*, 2011, n° 11, p. 616, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2011, n° 75, p. 105, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2011, n° 3, p. 31, comm. n° 87, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 4, p. 32, comm. n° 38, note François BRENET ; *JCP-A*, 2011, n° 30, p. 36, comm. n° 2101, note Jean-Baptiste VILA.

²⁶⁷ Dans l'arrêt *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, le Conseil d'État a ainsi considéré que constituait un motif d'intérêt général la résiliation d'une concession avec une société d'économie mixte, après que 74% des actions de celle-ci aient été cédées à une société d'économie mixte détenue par une autre commune (CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 31 juillet 1996, *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n° 126594 ; *AJDA*, 1996, p. 788, note Jean-Paul GILI ; *Rec. Dalloz* 1996, p. 202).

²⁶⁸ LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, *op. cit.*, p. 112.

du contrat interorganique pourrait donc entraîner son lot de résiliations unilatérales validées par le juge. Elle n'en retirerait pas pour autant le droit du cocontractant à indemnisation.

913. — Comme en matière de modification unilatérale, le prestataire intégré doit avoir droit au principe de l'équation financière²⁶⁹. En matière de résiliation, celui-ci se traduit par une obligation pour la personne publique qui use de son pouvoir, de « reconstituer l'équation financière qui aurait dû s'appliquer si le contrat avait été maintenu »²⁷⁰. Dans le silence du contrat, le prestataire intégré doit donc avoir droit à la réparation des préjudices subis. Fondée sur la théorie du fait du prince²⁷¹, l'indemnisation est en réalité envisagée comme un « [m]oyen alternatif d'exécution du contrat »²⁷² pour la personne publique, ce qui explique qu'elle indemnise l'intégralité des dommages, impliquant tant la perte subie (*damnum emergens*) que le gain manqué (*lucrum cessans*)²⁷³. Pour que cette réparation intégrale soit réellement due, il faudra néanmoins vérifier de façon casuistique que le prestataire intégré respecte les conditions traditionnelles d'indemnisation sans faute, telles qu'un préjudice direct et certain²⁷⁴, ce qui est donc indifférent à l'existence du contrat interorganique. Celui-ci ne pourra *a maxima* que faire partie des éléments que

²⁶⁹ V. notamment : OUM OUM Joseph Franck, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2014, pp. 135-139, pts 191-195.

²⁷⁰ BRACONNIER Stéphane, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, n° 37, pp. 2035-2043, p. 2040.

²⁷¹ BERGEAL et LÉNICA, *Le contentieux des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 194-195 ; DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 13, pt 6 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOÏTEAU Claudie, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 410, pt 781 ; OUM OUM Joseph Franck, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2014, pp. 139-143, pts 196-199 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 235, pt 489 ; TERNEYRE Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 163-166.

²⁷² RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *CMP*, n° 1, 2014, pp. 6-12, étude n° 1, p. 12, pt 35.

²⁷³ « Or, l'intégralité du dommage suppose la prise en compte de la valeur non amortie des éventuels investissements financés par le contractant. Cela recouvre le manque à gagner, apprécié compte-tenu du montant des travaux garantis par le contrat et non encore exécuté – le *lucrum cessans* (le gain dont il a été privé) – mais aussi du *damnum emergens* (la perte subie, les dépenses exposées) » (LANGELIER Élise, « Nouveautés et continuités de la résiliation unilatérale des marchés publics », *loc. cit.*). Le cocontractant a donc potentiellement droit à la réparation de trois types de préjudices : celui « correspondant aux pertes qu'il a subies du fait de la résiliation anticipée du contrat (CE 24 févr. 1971, *Société des téléphériques français et Cne de Guillaumes*, req. n° 76101, *Lebon* 163) [...] ; celui dû aux] bénéfices dont il a été indûment privé (le « manque à gagner », CE 6 mai 1955, *Société Chabal et Cie*, *Lebon* 244) [et celui lié à] la part non amortie des ouvrages à la date de la résiliation. » (CHATELIER (le) Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *AJDA*, 2013, n° 19, pp. 1092-1101, p. 1093). V. aussi : DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 14, pts 13-17 ; RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 225-227.

²⁷⁴ CE, Section, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo contre Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 05722, préc. V. également : LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 226 ; DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, pp. 14-15, pts 18-21. V. aussi : BERGEAL et LÉNICA, *Le contentieux des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 196-197.



le juge observera pour déterminer l'indemnisation. Dans la perspective actuelle d'une « *protection concrète, souple et attentive des volontés contractuelles* »²⁷⁵, le contrat interorganique peut être pris en compte par le juge pour apprécier le montant de l'indemnisation qui a été accordé au prestataire intégré. Il ne peut cependant ni constituer un frein aveugle et automatique à cette indemnisation, ni entraîner l'érection au rang de principe la non-indemnisation du prestataire intégré. Lorsque le contrat interorganique rencontre le contrat administratif, la règle en vertu de laquelle « [l]e droit à indemnisation est donc posé comme principe, indépendamment d'une faute de l'administration »²⁷⁶ devrait être maintenue. Conformément à ce qui a été prescrit par le Conseil d'État en matière de modulation des indemnités par contrat, notamment dans la décision *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*²⁷⁷, seule une disposition législative ou une stipulation contractuelle devrait par conséquent pouvoir moduler à cette indemnisation²⁷⁸.

914. — Cette application, qui permettrait de consacrer le droit des prestataires intégrés à bénéficier, dans la même mesure que les autres cocontractants des personnes publiques, à une indemnisation en cas de résiliation unilatérale, permettra également une compatibilité avec ce qui est prescrit par l'article 1^{er} du Protocole 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet déduit de cet article l'existence d'un devoir de compensation par les personnes publiques, en contrepartie des résiliations unilatérales pour motif d'intérêt général qu'elles mettent en œuvre²⁷⁹. En découle une interdiction de prohiber les indemnisations en contrepartie d'une résiliation unilatérale, en dehors des

²⁷⁵ LANGELIER Élise, « Nouveautés et continuités de la résiliation unilatérale des marchés publics », *loc. cit.*

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Grau-du-Roi*, n° 334280, ECLI:FR:CESSR:2011:334280.20110504 ; JurisData n° 2011-007660 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 205 ; *AJDA*, 2011, n° 17, p. 929, obs. Rémi GRAND ; *BJCP*, 2011, n° 77, p. 285, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2011, n° 7, p. 25, comm. n° 216, par Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 7, p. 23, comm. n° 67, note François BRENET ; *JCP A*, 2011, n° 20-21, act. n° 358 ; *RDI*, 2011, n° 7, p. 396, note Stéphane BRACONNIER ; *RJEP*, 2011, n° 692, p. 36, comm. n° 55, avec les concl.

²⁷⁸ Ainsi le contrat peut-il prévoir un aménagement des conséquences pécuniaires d'une résiliation unilatérale, et les clauses en la matière ne manquent pas (pour une liste non exhaustive, v. notamment : DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 15, pt 23).

²⁷⁹ CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, req. n° 13427/87, §72, préc. V. sur ce point : CHATELIER (Le) Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* ? », *loc. cit.*, pp. 1094-1095 ; RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *loc. cit.*, p. 6, pt 2.

cas où le cocontractant y renonce de lui-même par stipulation contractuelle²⁸⁰ ou, dans des conditions particulières, par la loi²⁸¹. Ces protections, les prestataires intégrés ne peuvent pas en être exclus automatiquement, car ils ne sont pas automatiquement exclus du champ d'application de la Convention susmentionnée²⁸². Une interdiction de principe pour les prestataires intégrés, sans nuances, pourrait donc potentiellement être sanctionnée sous l'angle du droit européen des droits de l'Homme. Le Conseil d'État, dans une dynamique qui semble compatible avec les prescriptions européennes²⁸³, considère d'ailleurs que les règles générales des contrats administratifs commandant l'indemnisation du cocontractant ne s'opposent pas à ce que ce dernier renonce à ce droit²⁸⁴. En dehors d'une telle renonciation ou d'un aménagement contractuel du montant de la réparation qui lui sera due, seul le défaut de préjudice direct et certain pourra s'opposer devant lui à l'indemnisation intégrale du cocontractant²⁸⁵.

915. — Ces dispositions posent néanmoins la question de la liberté de la renonciation à l'indemnisation par stipulation contractuelle : les cocontractants sont susceptibles d'accepter des clauses de diminution ou de renonciation à leur indemnité car cela peut leur octroyer un avantage pour obtenir les contrats. Si Madame Rakotondrahaso rappelle que ce n'est pas toujours un choix²⁸⁶, cette liberté est encore réduite pour les prestataires intégrés. Les détenteurs étant également partie prenante dans les organes dirigeants de leurs prestataires, ils pourraient œuvrer pour qu'une telle clause soit inscrite. Il semble cependant que les implications de la jurisprudence *Mergui*²⁸⁷ doivent être considérées comme freinant une telle possibilité. Faisant de l'interdiction

²⁸⁰ RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *loc. cit.*, pp. 9-10, pt 21.

²⁸¹ La Cour européenne des droits de l'Homme admet en effet une possible privation de propriété, à « trois conditions [...] (CEDH 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, req. n° 7151/75) dans des conditions particulières : si cette intervention poursuit un but d'utilité publique ; si cette privation intervient dans des conditions prévues par la loi ; s'il existe un lien de proportionnalité entre le but poursuivi et la privation de propriété décidée » (CHATELIER (Le) Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *loc. cit.*, p. 1094). Selon le professeur Braconnier, seules des circonstances exceptionnelles devraient justifier la privation de l'indemnisation pour être valables eu égard à ces prescriptions (BRACONNIER Stéphane, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », *loc. cit.*, p. 2043).

²⁸² V. *supra*, D.1.

²⁸³ DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 17, pt 35.

²⁸⁴ CE, 7^e et 2^e Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Gran-du-Roi*, n° 334280, préc.

²⁸⁵ RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *loc. cit.*, p. 10, pt 22.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 10-11, pts 24-25.

²⁸⁷ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962 ; *Rec.*, 1971, p. 235 ; *AJDA*, 1971, p. 274, chron. Daniel LABETOULLE et Pierre CABANES ; *RDP*, 1972, p. 234, note Marcel WALINE.



des libéralités un moyen d'ordre public, cet arrêt innerve le droit des contrats administratifs depuis l'arrêt *SARL Levaux*²⁸⁸. Ses implications en la matière ont été énoncées plus précisément par la décision *Commune de Draveil*²⁸⁹, de sorte que désormais, « si une clause contractuelle constitue une libéralité [octroyée par une personne publique], elle méconnaît une règle d'ordre public dont la protection doit primer sur la liberté contractuelle des parties »²⁹⁰. Il en résulte que l'indemnisation prévue pour le cocontractant ne peut pas être disproportionnée, que ce soit à la hausse ou à la baisse²⁹¹. Cette règle s'applique toutefois de façon asymétrique : conformément à la décision *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*²⁹², elle ne protège pas les cocontractants qui seraient des personnes privées. En conséquence, rien n'empêche la modulation à la baisse de leur indemnisation par les stipulations contractuelles, non plus que par la loi ou le pouvoir réglementaire²⁹³. Or, il y a lieu de soulever sur ce point une particularité pour les prestataires intégrés. Ces derniers sont majoritairement constitués de participants publics puisque tout en admettant des exceptions, les directives ont conservé le principe des capitaux entièrement publics. Leur capital est par conséquent voué à être principalement composé de deniers publics, ce qui devrait entraîner des conséquences sur le plan des implications de la jurisprudence *Mergui*.

916. — Certes, le juge administratif, lorsqu'il reprend cette interdiction, énonce systématiquement qu'« une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne

²⁸⁸ CE, Section, 14 décembre 1998, *SARL Levaux contre Régie immobilière de la Ville de Paris*, n° 171861 ; Juris-Data n° 1998-051420 ; *Rec.*, 1998, tables, p. 837 ; *BJCP*, 1999, n° 4, p. 332, concl. Henri SAVOIE ; *RDI*, 1999, p. 240, obs. François LLORENS.

²⁸⁹ CAA Versailles, Formation plénière, 7 mars 2006, *Cne de Draveil contre Sté Via NetWorks France*, n° 04VE01381 ; Juris-Data n° 2006-297552 ; *Rec.*, 2006, p. 591 ; *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1044, concl. Patrick BRESSE ; *CMP*, 2006, n° 5, p. 19, comm. n° 136, note Éric DELACOUR ; *Droit administratif*, 2006, n° 5, p. 23, comm. n° 74, note Antoine ALSONSO GARCIA et Amélie MAILLARD ; *LPA*, 2008, n° 16, p. 6, chron. Hugues LEBERRE.

²⁹⁰ DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 16, pt 27. Sur l'application de ce principe au droit des contrats publics, v. *ibid.*, pp. 15-16, pts 26-30.

²⁹¹ Les modalités de l'indemnité contractuelle sont « encadrée[s] et enserrée[s] entre ces deux seuils, plancher et plafond, laissant une latitude fort mince aux rédacteurs des contrats administratifs. » (DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *loc. cit.*, p. 16, pt 30). V. aussi : RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *loc. cit.*, p. 12, pt 34.

²⁹² CE, 7^e et 2^e Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Gran-du-Roi*, n° 334280, préc.

²⁹³ *Ibid.*

doit pas »²⁹⁴, ou encore qu'elle découle de « l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités »²⁹⁵. Expressément, le Conseil d'État s'est donc fondé sur un critère organique, de sorte qu'un « effet miroir » s'applique en présence de deux personnes publiques, alors que l'asymétrie règne lorsque le contrat administratif est passé avec une personne privée²⁹⁶. Il semble néanmoins que ce soit bien la protection des deniers publics qui justifie cette solution²⁹⁷. Déjà critiquée en ce qu'elle ne protège pas les personnes privées, notamment par le professeur Braconnier, pour qui « la nature, publique ou privée de la victime, [...] paraît, dans cette perspective, devoir demeurer indifférente à la question du montant de l'indemnisation »²⁹⁸, cette jurisprudence ne pourrait maintenir sa cohérence actuelle si elle n'était pas appliquée aux organismes dont les participations sont entièrement publiques. C'était précisément le cas de tous les prestataires intégrés depuis l'arrêt *Stadt Halle*²⁹⁹ : leur ossature devait être financée entièrement par des autorités publiques, ce qui impliquait que leur capital était entièrement composé de deniers publics. Ces deniers étaient donc protégés par les mêmes fondements constitutionnels que ceux qui gouvernent habituellement la gestion des deniers publics. La protection de ceux-ci commanderait donc de passer outre leur qualité de personne publique ou privée et de leur appliquer la règle issue de l'arrêt *Mergui*³⁰⁰. Il en résulterait que le prestataire intégré ne pourrait pas renoncer à son indemnisation par une stipulation contractuelle, ce qui permettrait de rééquilibrer les forces en présence. Le fait que ses détenteurs aient un avantage lors de la négociation des clauses contractuelles qui les lient aurait effectivement pu entraîner une multiplication de clauses de renonciations contractuelles à l'indemnisation par les prestataires intégrés. Cette situation, l'application extensive,

²⁹⁴ V. notamment : CAA Versailles, Formation plénière, 7 mars 2006, *Cne de Draveil contre Sté Via NetWorks*, n° 04VE01381, préc.

²⁹⁵ V. notamment : CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Grau-du-Roi*, n° 334280.

²⁹⁶ BRACONNIER Stéphane, « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *RDI*, 2011, n° 7, pp. 396-397, p. 397.

²⁹⁷ Le professeur Braconnier rappelle par exemple que ce principe est « [d]estiné à protéger les deniers publics » (BRACONNIER Stéphane, « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *loc. cit.*, p. 387). De même, Monsieur Arvis affirme-t-il au sujet de l'interdiction des libéralités que « parfois l'administration verse trop, c'est-à-dire qu'elle verse une somme qu'elle ne doit pas, ce qui est, à peu de choses près, aux finances publiques ce que le sacrilège est à la religion » (ARVIS Benoît, « Le contentieux de la décision attribuant un avantage financier au fonctionnaire : droits des agents ou sauvegarde des deniers publics ? », *Actualité juridique des fonctions publiques*, 2012, n° 3, pp. 130-141, p. 130).

²⁹⁸ BRACONNIER Stéphane, « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *loc. cit.*, p. 397. V. aussi, du même auteur : « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », *loc. cit.*, pp. 2040-2043. Selon lui, « ni l'équation économique ni l'équité, n'autorisent l'érosion du droit à indemnisation qui découle de toute extinction anticipée d'un contrat public, lorsque celle-ci ne trouve pas son origine dans une faute du cocontractant de l'administration. » (*ibid.*, p. 2040).

²⁹⁹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

³⁰⁰ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962, préc.



mais cohérente et justifiée, de la jurisprudence *Mergui*, peut l'empêcher. La quasi-régie trouverait donc ici l'une de ses particularités avec l'interdiction des libéralités : il semble y avoir lieu de considérer que face à un prestataire intégré, il y a parallélisme de cette réglementation, alors que ce n'est pas le cas en présence d'une personne privée ne revêtant pas la qualité de structure interorganique. S'en dégagerait une véritable particularité interorganique.

917. — Une nuance s'impose évidemment au regard de l'extension, par les directives « marchés » et « concessions »³⁰¹, aux participations privées³⁰². Néanmoins, cette évolution ne semble pas s'opposer à ce que tous les prestataires intégrés constitués avant cette extension se voient appliquer cette jurisprudence. Concernant les opérateurs dédiés créés depuis cette extension, l'absence de capitaux publics est loin de constituer une généralité attendue : les directives conservent le principe des capitaux publics et les organismes de droit public revêtant une forme de droit privé – qui semblent être ceux qui sont principalement concernés par l'ouverture implicite aux participations privées indirectes – peuvent eux-mêmes comporter des fonds publics. L'applicabilité des principes dégagés dans l'arrêt *Mergui*³⁰³ semblerait par conséquent pouvoir leur être étendue, notamment en ce que dans ce cas également, la question de la renonciation contractuelle à l'indemnisation, influencée par les détenteurs lors de la conclusion du contrat initial, est une véritable problématique.

918. — Ce n'est donc pas dans l'impossibilité d'appliquer les règles générales gouvernant les contrats administratifs que la quasi-régie semble pouvoir se singulariser dans l'exécution du contrat, mais bien par une lecture particulière de certaines de ces règles générales. Son caractère hybride est effectivement perceptible dans sa confrontation avec les règles gouvernant l'exécution des contrats, sans pour autant le rendre incompatible avec leurs grandes lignes.

³⁰¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc. ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc.

³⁰² V. *supra*, Partis 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2.

³⁰³ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962, préc.

Conclusion du Chapitre 2

919. — La plupart des données constituant le contrat interorganique le rendent compatible avec la qualification contractuelle. Il contient systématiquement l'ensemble des éléments formels et matériels nécessaires à l'existence d'un contrat. Formellement, il répond aux exigences de la combinaison entre consensualisme et formalisme qui guide actuellement le droit des contrats. Matériellement, le contrat interorganique est plus artificiel. En théorie, son mécanisme consiste à passer outre l'existence de deux personnalités qui ne seraient qu'une apparence de dualité volitive ; en réalité cependant, les prestataires intégrés disposeront la majeure partie du temps d'une possibilité d'exprimer une volonté qui leur est propre, dissociable de celle de leurs détenteurs. Se révèle ainsi une véritable distinction au sein de la quasi-régie : celle existant entre les entités transparentes et tous les autres prestataires intégrés. Cette scission n'a pas d'impact sur la mise en œuvre du mécanisme interorganique en tant que telle mais elle est perceptible dans la construction à l'origine de ce mécanisme. Les entités transparentes sont en effet ce que le mécanisme interorganique est censé révéler de façon constante. Or, ce ne sera le cas que lorsqu'il se couple à cette transparence, ce qui constitue la part maigre de la quasi-régie. Il pourrait même être considéré que la quasi-régie n'est que supplétive dans ce cas.

920. — Dans toutes les autres situations, l'unité volitive qu'est censée révéler la quasi-régie repose sur une fiction. Cette fiction constitue le fondement du mécanisme interorganique et permet de jeter le voile interorganique sur deux personnalités pourtant distinctes sans réellement vérifier de façon systématique que le prestataire intégré ne dispose pas d'une volonté propre. Les critères interorganiques sont censés en attester. C'est en ce sens que le contrat interorganique repose sur une fiction endogène centrifuge qui, tout en le caractérisant au sein des contrats, lui permet de rester un contrat parmi d'autres : puisque l'absence de volonté n'est qu'une fiction créée par les critères interorganiques, l'élément fondamental à l'existence d'un contrat, qu'est la présence de deux volontés, n'est donc pas absent.

921. — En conséquence, peu importe que l'objet du contrat interorganique puisse être considéré comme fluctuant. Ce n'est pas un obstacle, dès lors que les critères de classification des contrats ne sont pas figés : ils peuvent fluctuer des parties au type



d'obligation, tout en passant par l'objet³⁰⁴. L'absence d'objet caractéristique n'est donc pas une entrave. De plus, il est possible de dégager un objet du contrat interorganique comme permet de le souligner notre étude des avenants : cet objet serait l'existence d'une relation d'interdépendance particulière entre les acteurs interorganiques. En tout état de cause, le critère de l'objet ne semble pas être une entrave à la qualification contractuelle du contrat interorganique. Il en est de même avec l'absence de cause particulière à ce contrat : tout contrat interorganique trouvera une cause particulière selon sa configuration, mais l'absence de cause du contrat ou d'obligations qui seraient caractéristiques du contrat interorganique ne constitue pas une entrave à son aspect contractuel. De ces caractéristiques contractuelles devraient logiquement pouvoir être déduites des conséquences en matière de régime, quand bien même serait-ce pour rattacher le contrat interorganique au droit commun de l'exécution des contrats publics sur certains points, notamment concernant l'indemnisation du prestataire intégré. Un tel rattachement confirmerait l'existence de la quasi-régie, tout en sécurisant la position de l'ensemble de ses acteurs par l'existence de principes auxquels s'en remettre pour son exécution.

922. — La situation n'est pas similaire concernant l'ensemble des étapes clefs de l'exécution d'un contrat. En matière d'avenants par exemple, les règles générales qui semblent s'appliquer aux contrats publics dans leur ensemble en France seraient susceptibles de s'appliquer au contrat interorganique. Le critère de la dissociabilité de l'objet pourrait néanmoins trouver en son sein une application plus souple, dès lors qu'il est possible de dissocier le contrat interorganique dans son ensemble des contrats passés en son sein. Le contrat interorganique serait par conséquent l'occasion d'entraîner un véritable assouplissement dans la recherche de l'effet novatoire de l'avenant aux contrats passés entre ses acteurs. La situation se présente différemment en matière de cession, ce qui confirme encore la nécessité de précisions normatives concernant expressément le mécanisme interorganique. Il faut en effet rappeler que, les cessions pouvant intervenir en son sein, il est cardinal d'entériner le fait que seuls des facteurs extérieurs semblent aptes à permettre aux prestataires intégrés de céder des contrats qui les lient à leurs détenteurs sans mettre en œuvre les procédures prévues pour ce faire. Il en est de même en matière de sous-traitance, la qualification de prestataire intégré ne semblant pas réellement entraîner d'assouplissements concernant notamment le nécessaire agrément

³⁰⁴ V. notamment : MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, pp. 45-47, pt 69.

d'une personne publique cocontractante qui serait un détenteur. Les incertitudes concernant le contrat interorganique concernent en outre la mesure dans laquelle les règles générales applicables aux contrats administratifs et, plus largement, aux contrats publics, s'y appliquent. La question se posera notamment lors de la mise en œuvre de pouvoirs unilatéraux par des personnes publiques à l'égard de leurs prestataires intégrés. Le droit à indemnisation de ces prestataires semble tout particulièrement en question. Il semble en effet que, notamment au vu de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les prestataires intégrés ne puissent pas être automatiquement privés de ce droit en matière de modification unilatérale ou de résiliation unilatérale en dehors des conditions expressément prévues par cet article. De même, les implications de l'arrêt *Mergui*³⁰⁵ pourraient aboutir à l'impossibilité, pour les opérateurs quasi internes, de renoncer à leur indemnisation en contrepartie d'une résiliation lorsqu'ils contractent avec des personnes publiques.

923. — Dès lors que la présence d'un contrat interorganique est établie, il faut préciser l'ensemble de ces considérations, afin de déterminer dans quelle mesure le régime qui lui est applicable relève de la singularité ou, *a contrario*, du droit commun des contrats publics.

³⁰⁵ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962, préc.

CONCLUSION DU TITRE 2

924. — Les difficultés à établir si la quasi-régie est un contrat à la lecture des écrits doctrinaux, jurisprudentiels ou normatifs la concernant sont éclairées par la confrontation de cette dérogation aux différents dispositifs contractuels existants, ainsi que par sa confrontation aux conditions dites nécessaires à la reconnaissance d'un contrat. La complexité à établir s'il s'agit d'un contrat résulte en effet de la construction particulière sur laquelle repose la quasi-régie : il s'agit d'un contrat construit sur une fiction permettant de considérer qu'il n'en est pas un. Partant, les deux qualifications semblent possibles. Il serait tant possible de considérer qu'elle n'est pas un contrat, que de prendre parti pour la position inverse.

925. — C'est néanmoins la seconde option qui a été choisie dans les présents travaux car il ressort de la comparaison entre le contrat interorganique et d'autres mécanismes, tels le mandat, le contrat avec soi-même, le contrat unilatéral ou encore le quasi-contrat, qu'il présente des caractéristiques contractuelles. Cette vision est encore confirmée par son analyse à l'aune des conditions considérées comme étant indispensables à l'existence d'un contrat. Bien que particulier, le contrat interorganique semble par conséquent représenter une véritable construction juridique contractuelle, qui devrait donner lieu à une exécution contractuelle. Celle-ci pourra tant se singulariser au travers de règles particulières, que par une affiliation au droit commun des contrats publics, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de pouvoirs liés à la présence d'un contrat administratif.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

926. — La quasi-régie ne représente pas une unité organisationnelle tendant à supplanter ou, *a minima*, à compléter les catégorisations actuelles des modes de gestion. Ce constat relève tant de l'inconvénient que de l'avantage pour sa mise en œuvre.

927. — C'est avant tout un avantage car de cette caractéristique résulte une véritable malléabilité au service de l'objectif interorganique : desserrer l'étreinte sur les pouvoirs adjudicateurs en leur redonnant une marge de manœuvre en matière de neutralité sans pour autant entraîner une neutralisation des impératifs de la commande publique. Ainsi ses conséquences hétérogènes sur les différentes formes des prestataires intégrés permettent-elles d'assurer que la quasi-régie ne dévoie pas ces formes.

928. — Il s'agit ensuite d'un inconvénient car cette flexibilité empêche la création de dispositifs propres à la quasi-régie, qui puissent être mis en œuvre de façon uniforme par tous les prestataires intégrés. Le respect des conditions interorganiques est soumis à la réglementation de chaque forme d'intervention prise individuellement. De plus, l'absence de prise en compte du mécanisme interorganique en matière financière et fiscale entraîne plusieurs facteurs d'insécurité juridique pour les acteurs interorganiques, mais celle-ci devrait être compensée par une bonne information desdits acteurs.

929. — Le fait que la quasi-régie ne constitue pas un mode de gestion à part entière peut par ailleurs faire oublier que le contrat interorganique constitue une construction juridique contractuelle. Il est à ce titre doublement singulier, dès lors qu'il est une construction à la fois institutionnelle et contractuelle. Il n'aura en conséquence d'existence concrète que dans une configuration structurelle particulière afin de simuler le contrat interinstitutionnel, c'est-à-dire le contrat au sein d'un pouvoir adjudicateur, entre ses services propres.

CONCLUSION

GENERALE



930. — Le dédoublement de la quasi-régie, entre dérogation interorganique et contrat interorganique, se rejoint en réalité pour constituer les deux composantes complémentaires d'une même construction juridique.

931. — Présenter la quasi-régie comme une dérogation aux contrats publics impose de démontrer qu'elle remplit des conditions dérogatoires. L'étude de sa consécration et de son développement prouve qu'elle correspond à cette description : elle a été imaginée dans le cadre italien en tant que moyen d'écarter les règles tenant aux procédures de mise en concurrence puis a été réceptionnée, en tant que telle, par le droit de l'Union européenne et a entièrement été façonnée par lui pour remplir cet objectif. Les institutions européennes ont alors modelé cette dérogation pour la légaliser et la légitimer, au vu notamment des principes fondamentaux régissant le marché intérieur. La quasi-régie s'insère de ce fait aisément au sein du dispositif européen préexistant, aux côtés des autres exonérations dont peuvent bénéficier les pouvoirs adjudicateurs en matière de contrats publics.

932. — Présenter la quasi-régie comme une dérogation aux contrats publics nécessite ensuite d'exposer que son champ d'application recouvre bien celui des contrats publics tel qu'il est défini par le droit de l'Union. Il fallait alors constater que, par un effet miroir, elle permet d'identifier des cas dans lesquels certaines règles devant naturellement être appliquées aux contrats publics n'ont pas à l'être. Or, il est un point sur lequel cet effet miroir a longtemps été inexistant : le champ d'application organique de la quasi-régie. Alors même que seule la présence d'un pouvoir adjudicateur est nécessaire pour inclure une relation contractuelle dans le champ des règles de la commande publique européenne, celle d'une autorité publique était exigée par la Cour pour l'acquisition de la qualité de détenteur interorganique¹. L'analyse des écrits portant sur la quasi-régie démontre que c'est le point qui a été le plus critiqué concernant les différents resserrements imposés par la Cour lors de la politique restrictive qui a caractérisé sa jurisprudence au cours des premières années de la quasi-régie. Resituer ce choix dans un contexte dérogatoire plus global démontre que ces critiques étaient justifiées. En optant pour une telle restriction, la Cour semble avoir renié la vision fonctionnelle caractéristique du développement européen des contrats publics, alors même qu'elle devait caractériser la quasi-régie et lui permettre de constituer une véritable

¹ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, préc.

manifestation de la liberté d'organisation des pouvoirs adjudicateurs. Sous l'empire de cette jurisprudence, la fonction dérogatoire de la quasi-régie ne pouvait être que partielle, en dépit des nombreuses évolutions admises par la Cour au terme de sa politique jurisprudentielle restrictive. Le développement du critère de l'activité essentielle et l'élargissement du champ d'application interorganique à la co-détention quasi interne par une extension artificielle du contrôle analogue constituaient bien des assouplissements. Ils n'étaient toutefois pas susceptibles de combler cette lacune organique originelle qu'était la restriction de la qualité de détenteur interorganique aux autorités publiques.

933. — Tel n'est désormais plus le cas. Le Parlement européen et le Conseil ont réhabilité la vision fonctionnelle de la quasi-régie, afin que celle-ci puisse enfin remplir réellement les objectifs pour lesquels elle a été créée. Depuis que les directives ont implicitement ouvert la qualité de détenteur interorganique aux organismes de droit public – une interprétation qui, tout en restant soumise à confirmation contentieuse, semble partagée par les commentateurs –, la quasi-régie peut être considérée comme une dérogation réelle au régime européen de la passation des contrats publics. Le Parlement européen et le Conseil lui ont donc assuré une meilleure adéquation à ses objectifs originels. Depuis 2014, elle peut enfin être présentée comme une dérogation proportionnée et adéquate, permettant d'exclure la mise en œuvre des procédures de mise en concurrence imposées par le droit dérivé aux pouvoirs adjudicateurs sans pour autant entraîner une atteinte à des principes fondamentaux du Traité, tels que la transparence ou la non-discrimination. Il importera néanmoins de veiller à ce que les autres extensions prévues par les directives, principalement la quasi-régie horizontale et les participations privées directes au sein de prestataires intégrés, soient interprétées justement. Une interprétation trop large de ces évolutions serait susceptible de dévoyer la logique interorganique. Il est en conséquence cardinal de veiller à ce que l'extension des effets interorganiques n'évince pas le fait que la quasi-régie repose sur une construction juridique particulière, entre deux types d'acteurs : le prestataire intégré d'une part et les pouvoirs adjudicateurs le détenant d'autre part, entre lesquels est formé un véritable contrat interorganique.

934. — Présenter la quasi-régie comme étant une construction juridique passait en effet par la qualification de cette construction. Les pistes françaises, reposant sur son assimilation lexicale au domaine des modes de gestion ont de ce fait dû être écartées. Il est vrai que la quasi-régie est identifiée, en théorie, au mode de gestion qu'est la régie mais pour l'instant cette assimilation ne dépasse pas le stade théorique. La quasi-régie ne repose pas sur une véritable unité organisationnelle et ne peut donc pas être présentée



comme étant un mode de gestion intermédiaire particulier. Elle reste un moyen de qualifier des modes d'externalisation des activités dites publiques, ce que démontrent son absence de conséquences uniformes sur les formes de gestion et l'indifférence actuelle des disciplines financière et fiscale à son égard. Que cette prétention doive lui être niée n'est pourtant pas un frein à son existence en tant que construction juridique. C'est sur le plan contractuel que celle-ci semble vouée à se manifester.

935. — La quasi-régie constitue un véritable contrat interorganique, reposant sur des modalités particulières : une combinaison singulière entre modalités institutionnelles et contractuelles, réunissant tant des éléments concernant la structure et le fonctionnement du prestataire intégré, que les documents contractuels qui les lient. Ce contrat est en conséquence distinct de constructions juridiques contractuelles qui auraient pu postuler au titre de catégorie embrassant la quasi-régie, tel le contrat avec soi-même. Ce contrat présente dans le même temps plusieurs caractéristiques propres aux contrats, ce qui devrait mener à des rencontres, en pratique, entre son exécution et certains principes gouvernant l'exécution des contrats publics. Certes, le contrat interorganique se caractérise par des exonérations de mise en concurrence ; des effets juridiques désormais clairement définis par le droit dérivé, qui font sa particularité et dont il peut bénéficier parce que son impact sur le marché concurrentiel est considéré comme étant similaire à celui d'une relation en régie. Pourtant, c'est uniquement parce que les institutions européennes ont construit sans la nommer une fiction juridique qu'elles ont pu nier l'aspect contractuel du contrat interorganique pour lui appliquer des effets juridiques similaires à ceux d'une régie simple. Elles n'en ont pas pour autant neutralisé l'existence de relations contractuelles entre ses acteurs. La question de l'unité organisationnelle resurgit alors, puisque bien que la quasi-régie ne représente pas un véritable mode de gestion, c'est parce que le contrat interorganique repose sur une fiction que peuvent lui être attribués des effets similaires à ceux des unités organisationnelles que sont les régies.

936. — Le fait qu'il repose sur une fiction juridique questionne cependant l'avenir du contrat interorganique et du système juridique dans lequel il s'insère. Les fictions juridiques ont effectivement une valeur explicative de la dynamique juridique dans

laquelle elles s'inscrivent². Parfois décrite comme une défaite³, la fiction tend par conséquent à engranger un mouvement juridique, une évolution du système qui l'entoure vers une configuration plus adéquate à la réalité. C'est tout particulièrement le cas des fictions juridiques endogènes, dont la fonction évolutive pousse au renouvellement des conceptions qui les entourent⁴. C'est pourquoi elles sont transitoires et précaires : elles entraînent la redéfinition des catégories juridiques auxquelles elles appartiennent en révélant leurs failles et, par conséquent, en assurant la transition entre ces catégories juridiques et celles, plus perfectionnées, qui les remplaceront⁵. La fiction endogène « *a ainsi vocation à disparaître en sa qualité de fiction, tandis qu'elle devient parfois un élément de la réalité juridique [...]* »⁶. Or, le contrat interorganique repose sur une fiction endogène. Faut-il en déduire que la quasi-régie révèle certaines incapacités du système européen de la commande publique, gouverné par une très forte « *idéologie concurrentielle* »⁷, et sa nécessaire adaptation pour une meilleure prise en compte de la réalité des acteurs auxquels ce droit s'applique ? Des suppositions concernant l'évolution à venir du système européen des contrats publics peuvent bien être formulées. Il peut notamment être relevé que la quasi-régie, en ne concernant que le droit de la mise en concurrence et non le droit matériel de la concurrence, pourrait à terme révéler des contradictions au sein du droit de l'Union et impliquer l'évolution de ce droit. Ces suppositions relèvent néanmoins de la prospection, alors que celles concernant le fait que la quasi-régie manifeste la meilleure adaptation du droit de l'Union aux interventions des pouvoirs adjudicateurs semblent indéniablement réalistes. La quasi-régie est en effet le moyen trouvé par le droit européen de la commande publique pour desserrer de façon légitime son étreinte sur les pouvoirs adjudicateurs.

937. — Il semble par conséquent cardinal d'insister sur un point : le nécessaire aboutissement de cette variable d'ajustement. Le contrat interorganique doit devenir une dérogation stable et praticable, ce qui passe nécessairement par la résolution des trop

² Le professeur Wicker rappelle ainsi que la fiction juridique est fréquemment « [d]éfinie comme une altération conceptuelle, [et] manifeste une insuffisance de la construction juridique élaborée à partir d'un ensemble de concepts, dont elle compromet la cohérence logique. » (WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 14, pt 4.1).

³ Déjà en 1931, Pierre Delcussy énonçait que rien « *n'était plus contraire à la réalité que le contrat fictif et l'usage des fictions traduit souvent plus qu'un embarras, une véritable défaite.* » (DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, *op. cit.*, p. 15).

⁴ WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 14, pt 4.1.

⁵ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 158-163.

⁶ *Ibid.*, p. 159.

⁷ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *loc. cit.*, p. 99, pt 4.



nombreuses incertitudes qui entourent actuellement son régime d'exécution. Celles-ci existent d'autant plus que le droit commun applicable aux contrats publics est la résultante d'un entremêlement complexe entre règles européennes et internes. Parfois, ces incertitudes laissent la porte ouverte à une véritable singularisation du régime applicable au contrat interorganique. C'est notamment le cas en matière d'avenants, puisque la question de la dissociabilité de l'objet pourrait être soumise à certaines adaptations sous l'angle du contrat interorganique. Dans d'autres hypothèses, la singularisation du contrat interorganique en matière d'exécution semble plus compromise, notamment en matière de cession. Quelles que soient les situations, des précisions semblent s'imposer. Cette situation ne fait que refléter l'évolution du droit de l'Union européenne : dans la quasi-régie comme concernant plus largement les contrats publics, ce droit a été amené à se préoccuper en priorité des modalités de passation des contrats et devrait progressivement être amené à s'intéresser de façon plus importante à leur régime d'exécution. Cependant, puisque la définition du contrat interorganique tend à se stabiliser, il convient d'en établir plus expressément les bornes en matière d'exécution. Qu'il s'agisse de le singulariser encore au travers de son régime d'exécution ou, simplement, d'établir qu'il n'a qu'un impact résiduel sur ce régime, ces bornes doivent être établies. En matière de régime d'exécution du contrat interorganique, de nombreuses étapes restent à franchir pour lever les incertitudes, ce qui doit inciter ses acteurs à la prudence. L'œuvre n'apparaît toutefois pas insurmontable : il s'agit simplement d'approfondir des constructions qui existent d'ores et déjà car la dérogation interorganique et le contrat sur lequel elle repose sont une réalité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

§1 Ouvrages généraux et spécialisés, manuels et traités en langue française

- ✦ AIT-EL-KADI Zéhina (coord.), *Code des marchés publics et autres contrats 2015*, 8^{ème} éd., Dalloz, Codes Dalloz Professionnels, 2015 (XXXVII-2059 p.)
- ✦ ALBERT Jean-Luc, *Fiscalité et personnes publiques*, LGDJ-Lextenso, Coll. Systèmes, 2012 (184 p.)
- ✦ ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Lamy-PUF, Coll. Dicos Poche, 2003 (XXV-1649 p.)
- ✦ AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, FLOUR Jacques, *Droit civil. Les obligations*, T. 1, 16^{ème} éd., Dalloz Sirey, Coll. Série université. Série Droit privé, 2014 (X-544 p.)
- ✦ AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, Coll. Droit administratif, 2014 (1356 p.)
- ✦ AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François et NOGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités locales*, PUF, Coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2015 (XVIII-416 p.)
- ✦ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, 23^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexiques, 2015 (1105 p.)
- ✦ BERGEAL Catherine et LÉNICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, 2^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiel experts, 2010 (405 p.)
- ✦ BIENVENU Jean-Jacques et LAMBERT Thierry, *Droit fiscal*, 4^{ème} éd., PUF, Coll. Droit fondamental. Classiques, 1987 (470 p.)
- ✦ BOSSUYT Marc. J., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976 (VII-262 p.)
- ✦ BOUAL Jean-Claude, BRACHET Philippe et MALGORZATA Hiszka (dir.), *Les services publics en Europe : Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Suède, Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Tchéquie*, Publisud, Coll. L'observatoire des sociétés, 2007 (142 p.)
- ✦ BOURDELOIS Béatrice, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Dalloz, Coll. Les Mémentos Dalloz, 2015 (XI-186 p.)
- ✦ BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine et LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, 13^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuels, 2014 (906 p.)

- ✦ BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2007 (XVI-621 p.)
- ✦ BRACONNIER Stéphane, *Droit public de l'économie*, PUF, Coll. Thémis Droit, 2015 (XVII-484 p.)
- ✦ BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, 4^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiels experts / Contrats publics locaux, 2012 (567 p.)
- ✦ BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Dalloz Sirey, Coll. Sirey université, 2014 (X-1077 p.)
- ✦ CHAVANCE Bernard, *L'économie institutionnelle*, Nouvelle éd., La découverte, Coll. Repères, 2012 (123 p.)
- ✦ CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Économica, Coll. Corpus – Série, 2007 (XVIII-1032 p.)
- ✦ CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne*, 10^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014 (XVII-1076 p.)
- ✦ COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, Coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2014 (796 p.)
- ✦ CORIAT Benjamin et WEINSTEIN Olivier, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, LGF – Livre de poche, Coll. Livre de poche, 1995 (218 p.)
- ✦ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 2013, 10^{ème} éd., PUF, Coll. Quadrige dicos poche, (XXXI-1099 p.)
- ✦ COUETTE Bertrand, *Guide pratique de la loi MOP*, 2^{ème} éd., Eyrolles, Coll. Blanche BTP, 2010 (XII-639 p.)
- ✦ DAMAREY Stéphanie, GUILLOIS (De) Thierry, VENDEUIL (De) Sylvie, GAUDEMONT (De) Christelle (dir.), *Code des associations et fondations 2016*, 8^{ème} éd., Dalloz, Coll. Codes Dalloz Professionnels, 2015 (XVI-1120 p.)
- ✦ DAYAN Armand (dir.), *Manuel de gestion*, 2^{ème} éd., Ellipses (Montréal), Agence universitaire de la francophonie, Coll. universités francophones, vol. 1 (1088 p.)
- ✦ DAYAN Armand (dir.), *Manuel de gestion*, 2^{ème} éd., Ellipses (Montréal), Agence universitaire de la francophonie, Coll. universités francophones, vol. 2 (975 p.)
- ✦ DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge (dir.), *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, 23^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexiques, 2015 (1105 p.)
- ✦ DEBBASCH Charles (dir.), *La transparence administrative en Europe*, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990 (331 p.)
- ✦ DELAUNAY Denoît, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Coll. Manuel, 2015 (502 p.)
- ✦ DELION André, *Droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2003 (253 p.)



- ✦ DREYFUS Jean-David, GROUD Hervé et PUGEAULT Serge (dir.), *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2009 (180 p.)
- ✦ DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd. LGDJ-Lextenso, Coll. Domat, 2015 (878 p.)
- ✦ DURVIAUX Ann Lawrence, LEWALL Paul et THIRION Nicolas, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006 (612 p.)
- ✦ ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires*, 2^{ème} éd, LGDJ, Coll. Focus droit, 2013 (204 p.)
- ✦ FAUCHON Anne et MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Coll. Précis, 19^{ème} éd., 2015, pp. 733-734 (XII-995 p.)
- ✦ FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014 (VIII-722 p.)
- ✦ FLAMME Philippe, FLAMME Maurice-André et DARDENNE Claude, *Les marchés publics européens et belges : l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, Hors collection, 2005 (332 p.) et 2^{ème} éd., 2009 (332 p.)
- ✦ FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, LGDJ, Coll. Domat, 9^{ème} éd., 2014 (628 p.)
- ✦ GARCIA Kiteri, *Le droit civil européen*, Larcier, Coll. Europe(s) (Bruxelles), 2008 (674 p.)
- ✦ GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, LGDJ, Coll. Manuels, 21^{ème} éd., 2012 (540 p.)
- ✦ GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*, 15^{ème} éd., LGDJ, Coll. Traités, 2014 (XII-691 p.)
- ✦ GAVALDA Christian, PARLÉANI Gilbert et LECOURT Benoît, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2015 (626 p.)
- ✦ GERMAIN Michel et MAGNIER Véronique (dir.), *Traité de droit commercial*, Georges Ripert et René Roblot, 20^e éd., LGDJ-Lextenso, Coll. Traités, T. 2. *Les sociétés commerciales*, 2011 (1082 p.)
- ✦ GHESTIN Jacquess *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Hors collection, 2006 (X-944 p.)
- ✦ GOHIN Olivier et SORBARA Jean-Gabriel, *Institutions administratives*, 6^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2012 (568 p.)
- ✦ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2011, T. 1 (XVII-841 p.)
- ✦ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2011, T. 2 (XIII-711 p.)

- ✦ GRELIER WYCKOFF Patricia, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique. La conception-réalisation. Le partenariat public privé (PPP : BEA, AOT, CP)*, Eyrolles, Coll. Mémento BTP, 2012 (XV-207 p.)
- ✦ GROSCLAUDE Jacques et MARCHESSOU Philippe, *Droit fiscal général*, 10^e éd., Dalloz, Coll. Cours Dalloz. Droit public, 2015 (XII-659 p.)
- ✦ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2011 (XX-640 p.)
- ✦ GUGLIELMI Gilles J., et KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, 3^e éd., Montchrestien, Coll. Domat, 2011 (804 p.)
- ✦ JEUGE-MAYNART Isabelle, et JACQUES Florent, *Le petit Larousse illustré 2011*, Larousse, 2010 (XLIV-1811 p.)
- ✦ KARPENSCHIF Michaël et NOURISSAT Cyril (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2014 (XVI-515 p.)
- ✦ LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène et BOITEAU Claudie, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, Coll. Manuel, 2012 (XII-722 p.)
- ✦ LAUBADÈRE (De) André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., LGDJ, T. 1, 1983 (808 p.)
- ✦ LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties européennes*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2004 (1060 p.)
- ✦ LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 8^e éd., Dalloz, Coll. Cours, 2015 (VII-599 p.)
- ✦ LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, 2^e éd., Dalloz, Coll. Les mémentos, 2014 (IX-160 p.)
- ✦ LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique*, 7^e éd., Lexis Nexis, Coll. Manuel, 2012 (XIV-478 p.)
- ✦ LOTARSKI Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, 5^e éd., LGDJ-Lextenso, Coll. Systèmes, 2014 (227 p.)
- ✦ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ-Lextenso, Coll. Droit civil, 7^e éd., 2014 (XII-712 p.)
- ✦ MALINVAUD Philippe (dir.), *Droit de la construction, édition 2014-2015*, 6^e éd., Dalloz, Coll. ; Dalloz-Action, 2013 (1916 p.)
- ✦ MARAIS (du) Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Dalloz-Amphi, 2004 (XXV-601 p.)
- ✦ MÉNARD Claude, *L'économie des organisations*, La Découverte, Coll. Repères, 3^e éd., 2012 (125 p.)



- ✦ MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, Coll. Droit public, 1995 (VII-132 p.)
- ✦ MOUREAU Nathalie et RIVAUD-DANSET Dorothee, *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, Coll. Repères, 2004 (123 p.)
- ✦ CONAN Mathieu et MUZELLEC Raymond, *Finances publiques*, 16^{ème} éd., Dalloz, Sirey, Coll. Manuel intégral concours, 2013 (XI-731 p.)
- ✦ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 4^{ème} éd., LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Domat, 2014 (799 p.)
- ✦ NOGUELLOU Rozen et STELKENS Ulrich (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2010 (XVIII-1012 p.)
- ✦ NOIZET César, *La coopération décentralisée et le développement local : les instruments juridiques de coopération*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2003 (344 p.)
- ✦ PÉTEL Philippe, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1994 (126 p.)
- ✦ PEYRICAL Jean-Marc, *Les avenants aux contrats publics*, 3^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Guides juridiques. Marchés publics, 2005 (161 p.)
- ✦ PICOD Yves, *Droit des sûretés*, 2^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2011 (XIX-501 p.)
- ✦ RIBES-JUSTEAU Anne-Laure, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : Étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2009 (487 p.)
- ✦ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 9^{ème} éd., LGDJ-Lextenso éditions, Coll. Manuel, 2014 (668 p.)
- ✦ RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, Lextenso éd., Coll. Droit des affaires, 2009 (VI-393 p.)
- ✦ RIDEAU Joël (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, Coll. Centre d'études du droit des organisations européennes (Nice), 1999 (V-276 p.)
- ✦ ROBERTSON Dennis Holme, *The control of industry*, University Press, 1936 (X-169 p.)
- ✦ ROULEAU Linda, *Théories des organisations : approches classiques, contemporaines et de l'avant-garde*, Presses de l'Université du Québec, Hors Collection, 2007 (XVI-270 p.)
- ✦ SABLIER Bertrand, CARO Joseph-Emmanuel et ABBATUCCI Séverin, *Sous-traitance dans la construction*, 7^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, 2012 (437 p.)
- ✦ SAUSSIÉ Stéphane et YVRANDE-BILLON Anne, *Économie des coûts de transaction*, La Découverte, Coll. Repères, 2007 (122 p.)

- ✦ SIÉYÈS Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (édition critique, avec une introduction et des notes par Roberto Zapper), Droz, Coll. Les classiques de la pensée politique, 1970 (231 p.)
- ✦ SIGOYER (de) Valérie, MCDONALD Mott, HINDERER Éric et COLIN Jean-Baptiste, *Exécution des montages contractuels complexes*, Le Moniteur, Coll. Pratique du droit, 2015 (224 p.)
- ✦ SILEM Ahmed (dir.), *Lexique d'économie*, 13^{ème} éd., Dalloz, Coll. Lexique, 2014 (871 p.)
- ✦ SMITH Adam (trad. Germain GARNIER), *La richesse des nations*, 1776, Guillaumin, 1843, T. 2 (714 p.)
- ✦ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, 3^{ème} éd., Le Moniteur, Coll. Essentiels Experts/Contrats publics locaux, 2012 (642 p.)
- ✦ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2013 (XI-1594 p.)
- ✦ VERDIER Axelle et Dexia-Crédit local de France, *Local public companies in the 25 countries of the European Union / Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne*, Dexia, 2004 (173 p.)
- ✦ VIDAL Dominique, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Coll. Manuels, 2010 (794 p.)
- ✦ WALINE Jean, *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2014 (VII-768 p.)
- ✦ WATHELET Melchior, *Contentieux européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2 vol., 2014 (972 p.)
- ✦ WILLIAMSON Oliver (trad. Régis Coeurderoy et Emmanuelle Maincen), *Les institutions de l'économie*, Interéditions, 1994 (VII-404 p.)
- ✦ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2013 (162 p.)

§2 Ouvrages en langue étrangère

- ✦ CARINGELLA Francesco, NICTOPOLIS (de) Rosanna, GAROFOLI Roberto et POLI Vito, *Trattato di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione*, 2^{ème} éd., Milan, Giuffrè Editore, vol. 1, 2008 (1662 p.)
- ✦ COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, DJØF Pub (Copenhagen), 2010 (213 p.)
- ✦ GESTRI Marco, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milan, Giuffrè Editore, 2003 (VIII-265 p.)
- ✦ SAYDÉ Alexandre, *Abuse of European union law and regulation of the internal market*, Oxford, Hart publishing, 2014 (XXXVII-466 p.)



- ✦ SCIASCIA Michael, *Diritto delle gestioni pubbliche*, 2^{ème} éd., Giuffre' Editore, 2013 (XXXIV– 928)
- ✦ SIMON Herbert, *Administrative behaviour : a study of decision-making processes in administrative organization*, 2^e éd, Macmillan, New York, 1965 (259 p.) (pour la dernière éd., v. : 4^{ème} éd., New York, Free press, 1997 (XV-368 p.))
- ✦ VALUET Jean-Paul, LIENHARD Alain et PISONI Pascal, *Code des sociétés et des marchés financiers 2014*, 30^e éd., Dalloz, Coll. Codes Dalloz professionnels, 2013 (XXI-2751 p.)
- ✦ WILLIAMSON Oliver, *Markets and hierarchies : analysis and antitrust implications. A study in the economics of internal organization*, New York, Free Press, 1975 (XVII-268 p.)

THESES ET MEMOIRES

§1. Thèses en langue française

- ✦ AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2014 (678 p.)
- ✦ ANTOINE Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. BDP, T. 261, 2009 (XVIII-546 p.)
- ✦ BAHOUGNE Louis, *Le financement du service public*, LGDJ-Lextenso éditions, BDP, T. 289, 2015 (XIII-672 p.)
- ✦ BALDOUS André, *Le principe de spécialité en droit administratif français*, dactyl., Aix-en-Provence, 1974 (XVI-734-IX p.)
- ✦ BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 552, 2014 (XVIII-541 p.)
- ✦ BELRHALI Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 231, 2003 (XIV-391 p.)
- ✦ BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2010 (XXII-643 p.)
- ✦ BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 218, 2001 (XII-378 p.)
- ✦ BLANCHARD Christophe, *La dispense en droit privé*, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2010 (730 p.)
- ✦ BLANCHET Jean, *Les services publics en régie devant l'impôt*, Université de Lille, Imprimerie Doueriez-Bataille, 1937
- ✦ BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 131, 1999
- ✦ BRAMERET Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, Coll. BDP, T. 271, 2011 (XIII-448 p.)
- ✦ BRENET François, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Université de Poitiers. UFR de droit et des sciences sociales, thèse, dactyl., 2002 (695 p.)

- ✦ CANEDO-PARIS Marguerite, *Le mandat administratif*, LGDJ, Coll. BDP, 2001, T. 216 (X-876 p.)
- ✦ CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, LGDJ, Institut universitaire de Varenne, Coll. des Thèses, n° 99, 2014 (XV-686 p.)
- ✦ CARTIER-BRESSON Anémone, *L'État actionnaire*, LGDJ, Coll. BDP, T. 264, 2010 (X-95 p.)
- ✦ CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 51, 2006
- ✦ CLÉMENT-WILZ Laure, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2011 (XIX-1092 p.)
- ✦ COLAVITTI Romélien, *Le statut des collectivités infra-étatiques européennes*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2015 (805 p.)
- ✦ COLSON Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 101, 1970 (220 p.)
- ✦ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 249, 2007 (XX-878 p.)
- ✦ COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 210, 2000 (XIII-614 p.)
- ✦ CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société-écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, Montchrestien, 1998
- ✦ DANIS-FATÔME Anne, *Apparence et contrat*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 414, 2004
- ✦ DELCROS Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État*, LGDJ, Coll. BDP, T. 122, 1976 (III-322 p.)
- ✦ DELCUSY Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, Paris : les presses modernes, 1931 (162 p.)
- ✦ DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 239, 2004 (XVI-684 p.)
- ✦ DEXANT de BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2012, vol. 115, pp. 189-206
- ✦ DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, Joly, Coll. Pratique des affaires, 1998 (576 p.)
- ✦ DOUCHY-LOUDOT Méлина, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, Coll. Droit civil. Série Études et recherches, 1994 (VIII-297 p.)
- ✦ DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1997



- ✦ DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, Coll. BDP, T. 45, 1962 (471 p.)
- ✦ DUCROS Jean-Claude, *L'emprunt de l'État*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2008 (473 p.)
- ✦ DUFOURCQ Bertrand, *L'office du juge dans la phase d'instruction du procès administratif*, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, thèse, dactyl., 2008 (471 p.)
- ✦ FERSTENBERT Jacques, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 1976 (XIII-1121-XXXI p.)
- ✦ FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 480, 2007 (XVIII-654 p.)
- ✦ FORTUNOVA Maria, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2013 (733 p.)
- ✦ GAHDOUN Pierre-Yves, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 76, 2008 (XIV-415 p.)
- ✦ GOUGET Louis, *Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé*, Université de Caen, thèse, dactyl., 1903 (XII-256 p.)
- ✦ GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Presses universitaires du Septentrion, Coll. Thèse à la carte, 1997 (774 p.)
- ✦ GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, Coll. Doctorat et notariat, T. 23, 2007 (XIV-580 p.)
- ✦ GUILLOUD-COLLIAT Laetitia, *L'action normative de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2014 (310 p.)
- ✦ HERNU Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Coll. BDP, T. 232, 2003, (XIV-555 p.)
- ✦ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 260, 2009 (IX-586 p.)
- ✦ HOURSON Sébastien, *Les conventions d'administration*, LGDJ, Coll. BDP, T. 277, 2014 (XV-622 p.)
- ✦ IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2012 (XXIII-585 p.)
- ✦ LEMAIRE Sophie, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 143, 2005 (XII-414 p.)
- ✦ KARAM-BOUSTANY Lara, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 250, 2007 (XVI-500 p.)

- ✦ KARIMI Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 306, 2001 (XVI-414 p.)
- ✦ LANGELIER Élise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, LGDJ, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012 (893 p.)
- ✦ LAPARRE Étienne, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Toulouse : Imprimerie M. Bonnet, 1913 (141 p.)
- ✦ LEMAY Pierre, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2014, pp. 157-158
- ✦ LEURQUIN-DE VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, Bruylant, Coll. Centre d'Études constitutionnelles et administratives, vol. 5, 1991
- ✦ LIGNIÈRES Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Lexis Nexis/Litec, Coll. Bibliothèque droit entreprise, 1994 (533 p.)
- ✦ LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 176, 1997 (XXVII-334 p.)
- ✦ LOMBARD Frédéric, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 77, 2008 (XVII-484 p.)
- ✦ LOSCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Coll. BDP, T. 107, 1972 (349 p.)
- ✦ MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Coll. BDP, T. 103, 1971 (XII-390 p.)
- ✦ MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 125, 2013 (798 p.)
- ✦ MARCHAND Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, LGDJ, Coll. BDP, T. 279, 2014 (XIII-564 p.)
- ✦ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010 (XIII-608 p.)
- ✦ MEUNIER Benjamin, *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, Université de Clermont I, thèse, dactyl., 2006 (294 p.)
- ✦ MOULIÉ Pierre, *L'imposition des personnes publiques*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de science financière, T. 9, 1972 (IV-644 p.)
- ✦ MOURIESSE Xavier, *Financement d'équipements publics et techniques contractuelles de droit privé*, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, thèse, dactyl., 2004 (469 p.)
- ✦ MULLER Étienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2012 (693 p.)
- ✦ NGUYEN Thi Hong, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 2013 (643 p.)



- ✦ NOGUELLOU Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, Coll. BDP, T. 241, 2004 (402 p.)
- ✦ OUM OUM Joseph Franck, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ-Lextenso, Coll. BDP, T. 270, 2014 (XVI-598 p.)
- ✦ PAVAGEAU Stéphanie, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, Coll. De la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2006 (474 p.)
- ✦ PEZ Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Coll. BDP, T. 274, 2013 (XVIII-950 p.)
- ✦ PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Institut de droit des affaires, 1998 (519 p.)
- ✦ POUYAUD Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, Coll. BDP, T. 158, 1991 (598 p.)
- ✦ PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Coll. BDP, T. 223, 2002 (XX-617 p.)
- ✦ PREUD'HOMME Laura, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014 (530 p.)
- ✦ RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, Éditions l'Épitoque, Coll. L'unité du droit, vol. VI, 2015 (508 p.)
- ✦ ROBIN OLIVIER Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Institut de droit des affaires, 1999 (552 p.)
- ✦ ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997, 2 vol. (611 p.)
- ✦ ROUX Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 290, 2015 (XII-842 p.)
- ✦ ROUYÈRE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Bordeaux I, thèse, dactyl., 1993 (XIII, 505, XXI)
- ✦ SAVAUX Éric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 264, 2007 (XIV-382 p.)
- ✦ SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, LGDJ, Coll. BDP, T. 266, 2011 (XVI-617 p.)
- ✦ TERNEYRE Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Économica, Coll. Science et droit administratifs, 1989 (IX-344 p.)

- ✦ THÉRON Jean-Pierre, *Recherche sur la notion d'établissement public*, LGDJ, Coll. BDP, T. 123, 1976 (IX-329 p.)
- ✦ VAIL Morgan, *Marché intérieur et neutralité de l'impôt direct*, thèse, Université Paris II (Panthéon-Assas), thèse, dactyl., 2011 (323 p.)
- ✦ VIGUIER Jacques, *Recherches sur la notion de régie en droit public français*, Université Toulouse 1 Capitole, thèse, dactyl., 2 vol., 1989 (556 p.)
- ✦ VLACHOU Charikleia, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., 2014 (579 p.)
- ✦ WEISS Jean-Pierre, *L'apparence en droit administratif français*, Université Panthéon-Assas (Paris II), thèse, dactyl., (3 vol.), 2009 (661 p.)
- ✦ WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 253, 1997 (XIV-441 p.)
- ✦ ZEVOUNOU Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, Coll. BDP, T. 272, 2012 (XVI-466 p.)
- ✦ ZIANI Salim, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Coll. BDP, T. 285, 2015 (XX-442 p.)

§2. Thèses en langue étrangère

- ✦ SALADINO Elisabetta, *Le certificazioni pubbliche e private : dal potere pubblico del certum facere agli organismi certificatori privati*, Université libre internationale des sciences sociales Guido Carli de Rome (*Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma*) (LUISS), thèse, dactyl., 2011 (146 p.)

§3. Mémoires

- ✦ DESGRANGES Mathilde, *Les contrats « in house »*, Université Pierre Mendès France, Grenoble, mémoire, dactyl., 2007 (92 p.)
- ✦ GRISONI Alexis, *Le contrat avec soi-même en droit administratif*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2010 (69 p.)
- ✦ HASQUENOPH Isabelle, *Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), mémoire, dactyl., 2014
- ✦ MARTIN Julien, *Les prestations « in house » et les marchés public*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2002 (126 p.)
- ✦ ROMA Giacomo, *L'évolution des modalités de gestion des services publics locaux. Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, Université Panthéon-Assas (Paris II), mémoire, dactyl., 2011 (116 p.)
- ✦ SAGNE Nicolas, *Le contrat in house*, Université Paris Panthéon-Sorbonne (Paris I), mémoire, dactyl., 2007 (102 p.)

RAPPORTS

- ✦ ARTHUIS Jean, *Rapport d'information sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale*, JO Sénat, 8 septembre 2010, n° 726 (210 p.)
- ✦ Commission européenne, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (C(2007)6661), 5 février 2008 (11 p.)
- ✦ Commission européenne, *Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* (COM(2004) 327 final), 30 avril 2004 (23 p.)
- ✦ Commission, 11 mars 1998, *Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne* (COM (98) 143) (35 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section des rapports et des études, *Les établissements publics*, La Documentation française, Coll. EDCE, 2009 (136 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *La transparence et le secret*, Rapport public 1995, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 47, 1996 (617 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 59, vol. 2, 2008 (397 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les associations reconnues d'utilité publique*, Étude adoptée le 25 octobre 2000 La Documentation française, 2000 (110 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les groupements d'intérêt public*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 juin 1996, La Documentation française, 1997 (122 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 56, 2005 (399 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation française, Coll. EDCE n° 60, 2006 (412 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Service Public, Services Publics : déclin ou renouveau ?*, Rapport public 1994, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 46, 1995 (599 p.)
- ✦ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004, La Documentation française, Coll. EDCE, n° 55, 2004 (479 p.)
- ✦ Cour des comptes, *Bilan d'étape de l'intercommunalité en France*, in Rapport public 2009, La Documentation française, 2009 (1073 p.)

- ✦ Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés, La Documentation française, 2005 (392 p.)
- ✦ Cour des comptes, *Les communes et l'école de la République*, Rapport public thématique, 2008 (VII-142 p.)
- ✦ Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, in Rapport public 2015, La Documentation française, 4 vol., 2015 (571, 454, 435 et 54 p.)
- ✦ DARNE Jacky, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, n° 3137, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2001 (84 p.)
- ✦ JARRAUD-VERGNOLLE Annie, LARDEUX André et BLANC Paul, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur l'influence du droit communautaire des aides d'État sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales*, n° 673, enregistré à la présidence du Sénat le 28 juin 2011 (59 p.)
- ✦ JUVIN Philippe, *Rapport du 1^{er} février 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession* (COM(2011)0897 – C7-004/2014 – 2011/0437(COD)) (344 p.)
- ✦ NORA Simon, *Rapport sur les entreprises publiques*, La Documentation française, Coll. des « Rapports aux pouvoirs publics », 1968 (132 p.)
- ✦ PERETTI Jean-Jacques, *Rapport à Monsieur le Président de la République sur la clarification des compétences des collectivités territoriales*, juillet 2011, lettre de mission du Président de la République (100 p.)
- ✦ SAUSSIÉ Stéphane et TIROLE Jean, « Renforcer l'efficacité de la commande publique. Rapport pour le Conseil d'analyse économique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, 2015, n° 22 (12 p.)
- ✦ SAUSSIÉ Stéphane, MÉNARD Claud, HUET Freddy, STAROPOLI Carine, *Mode de gestion et efficacité de la distribution d'eau en France. Rapport pour le Ministère de l'écologie et du développement durable (Bureau de l'eau)*, ATOM, Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Groupe Réseaux, ADIS et Université Paris Sud, 2004 (165 p.)
- ✦ SCHOSTECK Jean-Pierre, *Rapport sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales*, n° 2277, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 février 2010, n° 2277 (43 p.)
- ✦ TARABELLA Marc, *Rapport du 11 janvier 2013 sur la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics* (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)) (465 p.)
- ✦ TROENDLE Catherine, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale par la mise en conformité du code général des collectivités territoriales avec le règlement communautaire relatif à un groupement européen de coopération territoriale*, n° 238, déposé le 26 mars 2008 (52 p.)

ARTICLES ET NOTES

§1 Articles

A. Articles en langue française

- ✦ ALBOUY Michel et OBEID Hassan, « L'impact des privatisations sur la performance des entreprises françaises », *Finance Contrôle Stratégie*, 2007, vol. 10, n° 1, pp. 6-37
- ✦ ANTIPPAS Jérémy, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ*, 2013, n° 1, pp. 27-45
- ✦ ANTOINE Aurélien, « *L'intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, n° 5, pp. 879-892
- ✦ ARNOULD Joël, « Les contrats de concession, de privatisation et de service « *in house* » au regard des règles communautaires », *RFDA*, 2000, n° 1, pp. 2-23
- ✦ ARVIS Benoît, « Le contentieux de la décision attribuant un avantage financier au fonctionnaire : droits des agents ou sauvegarde des deniers publics ? », *Actualité juridique des fonctions publiques*, 2012, n° 3, pp. 130-141
- ✦ AUBY Jean-Bernard, « Les SEM, inépuisable objet juridique », *Droit administratif*, 2008 n° 1, pp. 1-2, p. 1
- ✦ AUBY Jean-Bernard, « Les sociétés publiques locales en discussion », *Droit administratif*, 2012, n° 3, pp. 37-3
- ✦ AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales : un outil aux contours incertains », *RFDA*, 2012, n°1, pp. 99-108
- ✦ BAECKE (de) Pierre, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, n° 28, pp. 1505-1512
- ✦ BANGUI Taha, « L'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du CE relative au contrat « *in house* » depuis l'arrêt Teckal », *JCP A*, 2010, n° 22, pp. 37-41, comm. n° 2182
- ✦ BARBIER DE LA SERRE Éric et SIBONY Anne Lise, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD eur.*, 2007, n° 43, pp. 205-252
- ✦ BARON Éric et TARON David, « Les sociétés publiques locales : un instrument commercial au service de l'intérêt général ? », *LPA*, 2010, n° 155, pp. 7-10

- ✦ BERGEAL Catherine, « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », *AJDA*, 2010, n° 22, pp. 1228-1229
- ✦ BERTEL Jean-Pierre, « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD civ.*, 1996, n° 49, pp. 595-631
- ✦ BIZET Jean-François, « Les évolutions et améliorations envisageables pour les EPL », *ACCP*, 2013, n° 131, pp. 26-30
- ✦ BOISSEAU Bertrand, « La fiscalité des SPL », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1146-1154
- ✦ BOISSEAU Bertrand, « SPL, plaidoyer pour une fiscalité « dans la maison » », *ACCP*, 2013, n°131, pp. 60-62
- ✦ BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2002, n° 21, pp. 1318-1326
- ✦ BOITEAU Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 946-952
- ✦ BOSGIRAUD Catherine, « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », *JCP A*, 2006, n° 43, pp. 1374-1376, comm. n° 1248
- ✦ BOTTEGHI Damien et LIÉBER Sophie-Justine, « Le document juridictionnel, la transparence et la complexité », *AJDA*, 2010, n° 20, pp. 1133-1138
- ✦ BRABANT Mathilde, « Le critère du « contrôle analogue » dans la dérogation *in house* : l'espoir de clarification d'une notion singulièrement altérée », *RJEP*, 2014, n° 717, pp. 4-12, étude n° 4
- ✦ BRACONNIER Stéphane et JOULAIN Élise, « Le principe de transparence dans les sous-contrats industriels », *CMP*, 2010, n° 7, pp. 47-48
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « L'effacement du contrat dans les contrats « *in house* » », *ACCP*, 2010, n° 100, pp. 43-45
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, n° 37, pp. 2035-2043
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « L'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics. Simplification et ambitions contrariées », *JCP G*, 2015, n° 40, pp. 1747-1756, doct. n° 1043
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 832-840
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP E*, 2014, n° 19, pp. 959-967, doct. n° 567



- ✦ BRAMERET Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé à la française ? », *JCP A*, 2013, n° 49, pp. 11-15
- ✦ BRAMERET Sébastien, « SPL : actionnariat public ne rime pas avec *in house* automatique », *Revue Lamy concurrence*, 2014, n°38, pp. 97-98
- ✦ BRENET François, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 848-852
- ✦ BRENET François, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, n° 32, pp. 1783-1788
- ✦ BRIDON Anne-Sophie et GAUCH Guillaume, « Intercommunalité : extension de l'exception « *in house* » », *La Gazette des cnes*, 2009, n° 46, pp. 58-60
- ✦ BROUANT Jean-Philippe, « Droit européen et organismes d'HLM », *AJDI*, 2009, n° 7, pp. 520-526
- ✦ BROUX Guillaume, COMMUNAL Lise et FISCHER Cécile et FLOCH (Le) Tanguy et MONDI Solène, « La coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A*, 2014, n° 40, pp. 32-39, n° 2275
- ✦ BRUYCKER (De) Philippe, « La coopération intercommunale en Belgique », in *Annuaire des collectivités locales*, T. 20, *La réforme de l'intercommunalité*, 2000, pp. 166-172
- ✦ CARANTA Roberto, « Les contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 54-61
- ✦ CASSIA Paul, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTD eur.*, 2002, n° 3, pp. 413-449
- ✦ CATTIER Rachel et PROOT Philippe, « Directives marchés publics et théorie de la contagion », *Lamy droit public des affaires*, 2008, n° 125, pp. 1-3
- ✦ CHATELIER (Le) Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *AJDA*, 2013, n° 19, pp. 1092-1101
- ✦ CHAUMEILLE Alain, « Le *trust* en droit français », *AJDI*, 2011, n° 10, pp. 679-684
- ✦ CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? », *AJDA*, 2008, n° 39, pp. 2147-2154
- ✦ CHEVALLIER Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1972-1973, n° 3, pp. 5-76, p. 5, pt 1
- ✦ CLAMOUR Guylain, « Aéroports décentralisés et mise en concurrence », *RFDA*, 2009, n° 6, pp. 1183-1187

- ✦ CLAMOUR Guylain, « La reconnaissance des conventions de mandat », *CMP*, 2015, n° 7, pp. 15-17, comm. n° 166
- ✦ CLAMOUR Guylain, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », *CMP*, 2014, n° 6, pp. 25-30, dossier n° 6
- ✦ COMBEAU Pascal, « La nouvelle « loi de 1901 » des groupements d'intérêt public. Entre rupture et continuité », *JCP A*, 2011, n° 26, pp. 41-46, étude n° 2235
- ✦ CORAIL (De) Jean-Louis, « L'approche fonctionnelle du service public : ses réalités et ses limites », *AJDA*, 1997, n° spécial, pp. 20-28
- ✦ CORTÈS Thomas, « Les fictions juridiques en droit administratif. Linéaments pour une théorie des formes juridiques », *RDP*, 2014, n° 4, pp. 915-944
- ✦ COSSALTER Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA*, 2002, n° 5, pp. 938-951
- ✦ COUPÉ Cyril et GOUTAL Yvon, « Services économiques d'intérêt général et concurrence et concurrence. Du paquet Monti-Kroes au paquet Alumnia », *AJCT*, 2012, n° 11, pp. 530-534
- ✦ DAMAREY Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA*, 2011, n° 1, pp. 15-17
- ✦ DANGLEHANT Catherine, « Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe d'équité », *Revue des sociétés*, 1996, n° 2, pp. 217-237
- ✦ DEFFIGIER Clotilde, « Intercommunalité et territorialisation de l'action publique en Europe », *Revue française d'administration publique*, 2007, n° 121-122, pp. 79-98
- ✦ DEGOFFE Michel et DREYFUS Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, n° 10, pp. 807-819
- ✦ DELACOUR Éric, « Économie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales. Analyse de la Loi numéro 2002-1 du 2 janvier 2002 », *JCP E*, 2002, n° 22, pp. 890-898
- ✦ DELAUNAY Benoit, « L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », *RDP*, 2011, n° 3, p. 722-729
- ✦ DELION André, « Les sociétés d'économie mixte seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 977-984
- ✦ DELVOLLÉ Pierre, « Marchés publics : des « contrats maison » », *RDUE*, 2002, n° 1, pp. 53-61
- ✦ DENIZOT Arthur, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *JCP A*, 2012, n° 51-52, pp. 11-17, étude n° 2395



- ✦ DESCHEEMAËKER Éric, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ*, 2013, n° 1, pp. 1-26
- ✦ DESINGLY Aurélien, « Les services d'intérêt général : une notion plurielle », *AJCT*, 2010, n° 2, pp. 56-58
- ✦ DEVAUX Jean-François, « L'acceptation et l'agrément tacite du sous-traitant », *LPA*, 1998, n° 107, pp. 4-5
- ✦ DEVÈS Claude, « La Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? », *JCP A*, 2010, n° 28, pp. 16-22
- ✦ DEVÈS Claude, « Les organes locaux de la politique urbaine », *AJDA*, 1993, n° spécial urbanisme, pp. 192-200
- ✦ DIDRICHE Olivier, « Les multiples acceptions de la notion de « régie » dans les collectivités territoriales », *AJCT*, 2014, n° 4, pp. 184-188
- ✦ DONDERO Bruno, « Les dirigeants des sociétés publiques locales », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1116-1119
- ✦ DOUENCE Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, n° 4, pp. 753-810
- ✦ DREYFUS Jean-David et BASSET Bruno, « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », *AJDA*, 2004, n° 41, pp. 2256-2260
- ✦ DREYFUS Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, n° 28, pp. 1529-1534
- ✦ DREYFUS Jean-David, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, n° 1, pp. 38-41
- ✦ DREYFUS Jean-David, et PELTIER Marc, « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », *AJDA*, 2010, n° 2, pp. 104-110
- ✦ DUBRULLE Jean-Baptiste, « Le district européen, innovation juridique ou coquille vide ? », *RLCT*, 2006, n° 19, pp. 53-56
- ✦ DURAND Guy, « L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ? », *JCP A*, 1995, n° 42, p. 413-416, étude n° I 3877
- ✦ DURAND Guy, « La société d'économie mixte locale, l'établissement public et la société publique d'aménagement », *ACCP*, 2006, n° 59, pp. 31-35
- ✦ DUSSART Vincent, « Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1155-1158

- ✦ DYENS Samuel, « La société publique locale face au paquet Almunia : une relation complexe », *AJCT*, 2012, n° 11, pp. 535-539
- ✦ DYENS Samuel, « Le choix du mode de gestion d'un service public et le projet de directive « Concessions » », *RLCT*, 2014, n° 98, pp. 73-77
- ✦ ECKERT Gabriel, « Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. Les contrats échappant aux règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA*, 2013, n° 15, pp. 848-852
- ✦ ECKERT Gabriel, « La société d'économie mixte à opération unique, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1941-1948
- ✦ ECKERT Gabriel, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, n° 10, pp. 7-15
- ✦ FARRA (Dal) Thierry, « Gestion de fait et contrats publics », *BJCP*, 2013, n° 87, pp. 79-88
- ✦ FLEURY Thibaut, « La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *RFDA*, 2012, n° 2, pp. 231-240
- ✦ FOUQUET Olivier, « L'interprétation française et l'interprétation européenne de l'abus de droit », *Revue de jurisprudence fiscale*, 2006, n° 5, pp. 383-385
- ✦ FRISON ROCHE Marie-Anne, « La prise de contrôle et les intérêts des associés minoritaires », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1998, n° 11, pp. 94-117
- ✦ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*, 1995, n° 3, pp. 573-578
- ✦ GERBEAU Delphine et THOUVENEAU Agnès, « Société publique locale : l'union libre des collectivités » (dossier), *La Gazette des cnes*, 29 août 2011, n° 2090, pp. 17-22
- ✦ GIORELLO Marc, « Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 23-50
- ✦ GLATT Jean-Mathieu, « La loi pour le développement des SPL : le « *in house* » à la française », *LPA*, 2010, n° 172, pp. 5-8
- ✦ GOUTAL Yvon, « La société publique locale n'est pas remise en cause », *Gazette des cnes*, 2012, n° 2212, pp. 16-16
- ✦ GRANJON Romain, « Collectivités locales : le contrat « *in house* » dans un corset étroit », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2006, n° 5332, pp. 102-103
- ✦ GRANJON Romain et BOIZARD Edwige, « La loi du 20 décembre 2014 sur le maniement des fonds publics par le cocontractant de l'administration : une vraie simplification », *ACCP*, 2015, n° 156, pp. 30-33



- ✦ GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, « Le service public à la française : une notion en extinction », *Cahiers français*, 2007, n° 339, pp. 3-7
- ✦ GUGUEN-NIEL Marine, « L'agrément du sous-traitant : approche comparée droit public/droit privé », *ACCP*, 2011, n° 106, pp. 39-46
- ✦ HOEPFFNER Hélène, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Revue Europe*, 2014, n° 5, pp. 5-13
- ✦ JACQUEMOIRE Philippe, « Régie et régies : gestion directe ou gestion déléguée des activités de service public ? », *AJCT*, 2014, n° 4, pp. 189-193
- ✦ JAMBORT Sébastien, « L'absence de neutralité en droit fiscal des sociétés », *Revue des sociétés*, 2013, n° 3, pp. 135-149
- ✦ KALFLÈCHE Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA*, 2012, n° 4, pp. 1120-1126
- ✦ KARPENSCHIF Michaël, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004, n° 10, pp. 526-533
- ✦ KARPENSCHIF Michaël, « Du « *in house* » aux « *in house* » après la directive concession ? », *ACCP*, 2014, n°141, pp. 64-69
- ✦ KARPENSCHIF Michaël, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les PPP institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *JCP A*, 2009, n° 40, pp. 17-22
- ✦ KNAPP Andreas, « La jurisprudence actuelle de la CJCE et ses effets dans la pratique notariale », *Notarius International*, 2009, n° 1-2, pp. 81-100
- ✦ LANGELIER Élise, « Nouveautés et continuités de la résiliation unilatérale des marchés publics », *Complément territorial*, avril 2013, pp. 9-15
- ✦ LANZARONE Éric et SALAMAND Walter, « Marchés publics : comment utiliser les sous-critères », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2007, n° 5386, pp. 98-99
- ✦ LAVAL MADER Nathalie, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative. Note de bas de page », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1092-1098
- ✦ LAVASTRE Olivier, « Les coûts de transaction et Oliver E. Williamson : Retour sur les fondements », X^e Conférence internationale de management stratégique, 13-15 juin 2001, Faculté des Sciences de l'administration, Université de Laval, Québec, 2001 (25 p.) (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/13-xeme-conference-de-l-aims/communications/2415-les-couts-de-transaction-et-olivier-e-williamson-retour-sur-les-fondements/download> . Dernière consultation le 11 octobre 2015)
- ✦ LEBEN Charles, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », *Droits*, 1997, n° 25, pp. 33-45

- ✦ LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *AJDA*, 2005, n° 17, pp. 927-933
- ✦ LEMÉE Guy, « La société publique locale : un nouveau couteau suisse », *La lettre du cadre territorial*, 2010, n° 404, pp. 29-29
- ✦ LEONELLI Pierre-Paul, « Le retour en régie d'activités déléguées, l'expérience de la ville de Nice », *RLCT*, 2014, n° 98, pp. 71-73, pp. 71-72
- ✦ LEPLAT Bernard, « La création de sociétés publiques locales, condition nécessaire et suffisante au bénéfice de l'exception « *in house* » ? », *LPA*, 2005, n° 213, pp. 5-8
- ✦ LEVAIN Lionel et PRATS-DENOIX Mathieu, « Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP A*, 2015, n° 16, pp. 31-37, comm. n° 1188
- ✦ LEVENEUR Laurent, « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité... », *AJDA*, 1998, n° 9, pp. 676-682
- ✦ LHÉRITIER Marie, « Les sociétés publiques locales : une menace pour les constructeurs ? », *Gaz. Pal.*, 2013 n° 61, pp. 17-20
- ✦ LICHÈRE François, « L'association, pouvoir adjudicateur », *ACCP*, 2007, n° 68, pp. 34-39
- ✦ LINDITCH Florian, « Les marchés mixtes », *CMP*, 2014, n° 6, dossier n° 9, pp. 40-43
- ✦ LINDITCH Florian, « Le code 2006, au Palais-Royal, quelques enseignements pratiques. – 2^e partie : le champ d'application des dispositions relatives aux entités adjudicatrices », *JCP A*, 2007, n° 51, pp. 26-30, comm. n° 2329
- ✦ LINOTTE Didier, « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1133-1134
- ✦ LINOTTE Didier, « Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 274-275, pp. 19-22
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *CMP*, 2014, n° 11, pp. 1-2, repère n° 10
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Le grand désordre de la commande publique », *CMP*, 2009, p. 1, repère n° 7
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique ou PPPI à la française », *CMP*, 2014, n° 1, pp. 1-2
- ✦ LOMBARD Frédéric, « Les SEM contrat : pourquoi, comment ? », *AJCT*, 2013, n° 12, pp. 555-561



- ✦ LOMBARD Martine, « Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques créées lors de privatisations doivent être strictement encadrés », *Droit administratif*, 2002, n° 7, pp. 21-22, comm. n° 126
- ✦ LOMBARD Martine, NICINSKI Sophie et GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, pp. 1880-1886
- ✦ LUCAS François-Xavier, « *Pacta* (d'actionnaires) *sunt servanda* », *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2010, n° 9, pp. 699-699
- ✦ MAINNEVRET Romain, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés », *BJCL*, 2014, n° 4, pp. 538-542
- ✦ MARAIS (Du) Bertrand, « Le Conseil d'État et le partenariat public-privé institutionnalisé », *JCP A*, 2011, n° 51, pp. 31-37, étude n° 2398
- ✦ MARCIANO Karine et THONNARD DU TEMPLE Gabriel, « Transport de voyageurs. Le nouveau règlement communautaire », *Gazette des cnes*, 2010, n° 8, pp. 48-51
- ✦ MARQUES Modeste et GONZAGUE Philippe, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique » (étude de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014), *Droit administratif*, 2014, n°10, pp. 10-17, étude n°15
- ✦ MARSON Grégory, « La neutralisation des distorsions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel », *RFDA*, 2008, n° 4, pp. 785-794
- ✦ MARTIN Sébastien, « Le nouveau règlement communautaire sur les services publics de transport par chemin de fer et par route », *Droit administratif*, 2008, n° 4, pp. 36-38, comm. n° 60
- ✦ MAUBLANC Jean-Pierre, « Extension de la notion et du champ de l'abus de droit », *AJDI*, 2007, n° 12, pp. 905-909
- ✦ MÉNARD Claude, « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *Revue française d'administration publique*, 2009, n° 130, pp. 349-364
- ✦ MÉNARD Claude, « Oliver E. Williamson : des organisations aux institutions », *Revue d'économie politique*, 2012, vol. 120, pp. 421-439, n° 3
- ✦ MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « Les associations et les prestations intégrées (la notion de « *in house* » ou de « quasi-régie ») », *Lamy Associations*, 2010, n° 187, pp. 1-4
- ✦ MESTRE Jacques, « Du contrat conclu avec soi-même », *RTD civ*, 1990, n° 2, pp. 265-266
- ✦ MICHEL Jérôme et CESSAC Marianne, « Cession de contrat et silence de la personne publique », *AJDA*, 2008, n° 20, pp. 1073-1076

- ✦ MILLER Gilles, « La gestion de fait à travers la jurisprudence récente des chambres régionales des comptes – Seconde partie », *AJDA*, 2006, n° 39, pp. 2169-2178
- ✦ MONJAL Pierre-Yves, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français : quelques interrogations en forme d'inquiétude », *RDUE*, 2008, n° 4, pp. 729-738
- ✦ MOUZET Pierre, « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales », *RDP*, 2008, n° 6, pp. 1539-1561
- ✦ MULLER Étienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *CMP*, 2010, n° 2, pp. 6-13
- ✦ NICINSKI Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1135-1139
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « La « société d'économie à opération unique » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI*, 2014, n° 11, pp. 561-563
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, n° 60, pp. 19-21
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « La SEM contrat », *Droit administratif*, 2014, n° 6, pp. 3-3, alerte n° 45
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, n° 32, pp. 1789-1794
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, n° 15, pp. 853- 859
- ✦ OLIVIER Frédérique et LESQUINS Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *CMP*, 2014, n° 8-9, pp. 7-14, étude n° 8
- ✦ OLSON Terry, « Justice administrative et Constitution en Europe : état des lieux », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 141-146
- ✦ PASSERIEUX Régis et THIN Bertrand, « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *RLCT*, 2010, n° 53, pp. 39-43
- ✦ PELJAK Dominique, « La gestion de fait à l'hôpital », *AJDA*, 2006, n° 5, pp. 233-238
- ✦ PELTIER Marc, « La société publique locale d'aménagement », *AJDA*, 2006, n° 43, pp. 2371-2374
- ✦ PEYRICAL Jean-Marc et SABATTIER Céline, « Une société d'économie mixte peut-elle devenir une centrale d'achat ? », *ACCP*, 2005, n° 47, pp. 61-66
- ✦ PEYRICAL Jean-Marc, « Que reste-t-il du *in house* ? », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 955-958



- ✦ PEYRICAL Jean-Marc, « De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux. Services d'intérêt économique général, partenariats public-privé institutionnalisés et sociétés publiques locales », *AJDA*, 2011, n° 17, pp. 934-943.
- ✦ PIROU Xavier, « Transparence *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2010, n° 1, pp. 253-277
- ✦ PLESSIX Benoît, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, pp. 12-18
- ✦ PONTIER Jean-Marie, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 2013, n° 15, pp. 837-839
- ✦ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *BJCP*, 2006, n° 44, pp. 2-6
- ✦ POUJADE Bernard, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, pp. 1625-1652
- ✦ PRAT Michel, BRACONNIER Stéphane, GINTRAND Éric et LAURENT Philippe, « Table-ronde n° 4 : « Les violations caractérisées : le cas des associations transparentes » », *in* dossier « Le droit administratif vu par l'administration », *JCP A*, 2010, n° 7, pp. 35-41, comm. n° 2067
- ✦ PROOT Philippe, « Cession de contrat : où en est-on un an et demi après l'arrêt Pressetext ? », *JCP A*, 2010, n° 8, pp. 17-21, étude n° 2071
- ✦ PUISSOCHET Jean-Pierre et LEGAL Hubert, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, pp. 149-159
- ✦ RAKOTONDRAHASO Faneva Tsiadino, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *CMP*, n° 1, 2014, pp. 6-12, étude n° 1
- ✦ RAPP Lucien, « L'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics : un small business act ? », *CMP*, 2014, n° 6, pp. 52-55, dossier n° 12
- ✦ RAPP Lucien, « Le financement des sociétés publiques », *RFDA*, 2012, n° 6, pp. 1107-1115
- ✦ RAPP Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA*, 2010, n° 11, pp. 588-595
- ✦ REBOUL Nadège, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Revue des sociétés*, 2000, n° 3, pp. 425-452
- ✦ RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat. Quinze ans après... », *AJDA*, 2014, n° 34, pp. 1925-1928
- ✦ ROUYÈRE Aude, « La dispense en droit public », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1997, n° 25, pp. 73-90

- ✦ SANTINI André, « Le devenir des sociétés d'économie mixte locales », *RFDA*, 2005, n° 5, pp. 953-954
- ✦ SANTONI Laetitia et COUTON Xavier, « Avenants aux concessions d'aménagement « mutabilité versus stabilité », *Construction – Urbanisme*, 2011, n° 12, pp. 6-12, étude n° 14
- ✦ SARTORIO Françoise et GIVORD Laurent, « Les risques attachés au maniement de fonds publics par les opérateurs privés. Le cas particulier de la surtaxe en affermage », *AJDA*, 2012, n° 34, pp. 1899-1900
- ✦ SCHILLER Sophie, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Revue des sociétés*, 2011, n° 6, pp. 331-338
- ✦ SCHMITT Sylvie, « L'érosion de la dualité de juridiction en Italie : un affaiblissement de l'ordre administratif ? », *LPA*, 2010, n° 2, pp. 5-10
- ✦ SESTIER Jean-François, « Les nouvelles dispositions relatives aux relations « *in house* » et aux coopérations « public/public » », *BJCP*, 2014, n° 94, pp. 170-177.
- ✦ SIBONY Anne-Lise, « L'actualité du droit des pratiques unilatérales. 2009 : l'année de la prédation », *LPA*, 2009, n° 251, pp. 20-36
- ✦ SIMON François-Luc, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ*, 2006, n° 2, pp. 209-238
- ✦ SOULAY Carine, « Les contrats *in house* : « cette obscure clarté qui tombe des étoiles » », *Les cahiers de la fonction publique*, 2014, n°350, pp. 36-38
- ✦ TAILLEFAIT Alexandre, « Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques », *AJDA*, 2015, n° 15, pp. 869-874
- ✦ TERNEYRE Philippe, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA*, 2014, n° 3, pp. 407-410
- ✦ TERNEYRE Philippe, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, n° spécial, 1996, pp. 84-91
- ✦ TERNEYRE Philippe, « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », *LPA*, 2000, n° 23, pp. 39-45
- ✦ TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° spécial, pp. 43-58
- ✦ TERNEYRE Philippe, « Les sociétés publiques locales », *JCP A*, 2011, n° 51, pp. 24-27, comm. n° 2396
- ✦ TERNEYRE Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *Rec. Dalloz*, 2002, n° 8, pp. 669-670
- ✦ TERNEYRE Philippe, « Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : deux ou trois choses que je sais d'elle », *BJCP*, 2015, n°102, pp. 331-333.



- ✦ TERRIER Emmanuel, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 17, pp. 1179-1185
- ✦ TERRIEN Gérard, « Le développement des sociétés publiques locales », *Droit administratif*, 2010, n° 10, étude 18, pp. 7-12
- ✦ TRIANTAFYLLOU Dimitris, « L'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cahiers de droit européen*, 2002, n° 5-6, pp. 611-663
- ✦ TRUCHET Didier, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, n° 6, p. 427-439
- ✦ VANDEPOORTER Alexandre et ROUYEYRAN Thomas, « SPLA – Aménager sans mise en concurrence ? », *La Gazette des cnes*, 2010, n° 2026, pp. 50-53
- ✦ VANNEAUX Marie-Anne, « Indisponibilité et actionnariat public majoritaire », *Revue Lamy droit des aff.*, 2013, n° 86, pp. 95-98
- ✦ VIGOUREUX Alexandre, « La sécurisation des coopérations publiques locales », *AJCT*, 2012, n° 4, pp. 176-178
- ✦ VIGOUREUX Alexandre, « Les avantages de la société publique locale », *RFDA*, 2013, n° 6, pp. 1075-1081
- ✦ ZIANI Salim, « Les services d'intérêt général : catégorie globale d'un droit économique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, n° 1, pp. 76-90

B. Articles en langue étrangère

- ✦ AKERLOF George A., « *The market for « Lemons » : quality uncertainty and the market mechanism* », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, n° 3, pp. 488-500
- ✦ COASE Ronald, « *The nature of the firm* », *Economica*, New Series, 1937, vol. 4, n°16, pp. 386-405 (traduction française in COASE Ronald, (trad. ALIOUAT Boualem), *L'entreprise, le marché et le droit*, Éditions d'Organisation, 2005 (245 p.), pp. 51-73)
- ✦ DEMSETZ Harold, « *Why regulate utilities ?* », *Journal of law and economics*, 1968, vol. 11, n° 1, pp. 55-65
- ✦ FAMA Eugène, « *Agency problems and the theory of the firm* », *Journal of political economy*, 1980, vol. 88, n° 2, pp. 288-307
- ✦ GOLDBERG Victor P., « *Regulation and Administered Contracts* », *The Bell Journal of Economics*, 1976, vol. 7, n° 2, pp. 426-448

- ✦ GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., « *Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación* », *Revista de administración pública*, 2007, nº173, pp. 217-237
- ✦ JENSEN Michael et MECKLING William, « *Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *Journal of financial economics*, 1976, nº 3, pp. 305-360
- ✦ MASTEN Scott E., MEEHAN James W. et SNYDER Edward A., « *Costs of organization* », *Journal of law, Economics and Organization*, 1991, vol. 7, nº 1, pp. 1-27
- ✦ MELLADO RUIZ Lorenzo, « *Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la LCSP. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria* », *Revista andaluza de Administración pública*, 2009, nº 74, pp. 101-146
- ✦ MENENDEZ MENENDEZ Adolfo, « *La contratación doméstica (in house providing) en la nueva ley de contratos del sector publico* », *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2008, nº 21, pp. 34-41
- ✦ NOGUERA DE LA MUELA Belén, « *Los encargos in house en la ley de contratos publico (LCSP) : especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria* », *Revista de administración pública*, 2010, nº182, pp. 159-190
- ✦ PÉREZ CRESPO Bernardino et VALDIVIELSO CAÑAS Alberto, « *La ley de contratos del Sector Público. Novedades más relevantes* », *Revista española del control externo*, 2007, nº 97, pp. 41-70
- ✦ WELTZIEN Kurt, « *Avoiding the procurement rules by awarding contracts to in-house entity : the scope of procurement directives in the classical sector* », *Public procurement law review*, 2005, nº 14, pp. 237-255
- ✦ WILLIAMSON Oliver E., « *Franchise bidding for natural monopolies. In general and in respect to CATV* », *Bell journal of economics*, 1976, vol. 7, nº 1, pp. 73-104
- ✦ WILLIAMSON Oliver E., « *Hierarchical control and optimum firm size* », *The journal of political economy*, vol. 75, nº 2, pp. 123-138

§2 Notes et chroniques de jurisprudence

A. Notes et chroniques de jurisprudence en langue française

- ✦ APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? » (Note sous CE, 4 mars 2009, « SNIIS » contre GIP Symaris, n° 300481), *RFDA*, 2009, n° 4, pp. 759-765
- ✦ BAZEX Michel, ROLIN Frédéric et SUBRA De BIEUSSES Pierre (dir.), « Interventions économiques des personnes publiques » (Note sous CE, 4 mars 2009, « SNIIS » contre GIP Symaris, n° 300481), *Contrats Concurrence Consommation*, 2009, n° 12, pp. 9-17
- ✦ BENJAMIN Marie-Yvonne, « Responsabilité d'un organisme bancaire ayant prêté à une société d'économie mixte » (Note sur Cass., Chambre commerciale, 9 juill. 2002, *Crédit mutuel de Bergerac*, n° 01-01565), *Droit administratif*, n° 1, 2003, pp. 25-26, comm. n° 11
- ✦ BERNARD Sébastien, « Le groupement d'intérêt public à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie » (Note sous CE, 10 novembre 2010, *Sté Carso - Laboratoire Santé Hygiène Environnement contre Ministre de l'agriculture et de la pêche*, n° 319109 et n° 319239), *RJEP*, 2011, n° 686, pp. 29-32, comm. n° 24
- ✦ BOUCHER Julien et LÉNICA Frédéric, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi » (Note sous CE, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736), *AJDA*, 2007, n° 19, pp. 1020-1026
- ✦ BOUL Maxime et DURANTHON Arnaud, « Et Peyrot périt : oraison funèbre d'un quinquagénaire incompris » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *LPA*, 22 juin 2015, n° 123, pp. 15-21
- ✦ BOURREL Antoine, « L'intercommunalité à l'abri : une application audacieuse de la notion de l'exception « in house » », (Note sous TA Pau, 14 octobre 2008, *Cne d'Ilharre contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 0800537 et TA Pau, 6 janvier 2009, *Cne de Labontan contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 081005), *AJDA*, 2009, n° 17, pp. 929-936
- ✦ BOUTEMY Bernard et MEIER Éric, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement – Note sous CJCE, grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. n° C-196/04 », *JCP E*, 2006, n° 46, pp. 2114-2119, comm. n° 2769
- ✦ BRACONNIER Stéphane, « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public » (Notes sous CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes contre Commune du Grau-du-Roi*, n° 334280), *RDI*, 2011, n° 7, pp. 396-397
- ✦ BRAMERET Sébastien, « La SPL en eau trouble » (Note sous TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les*

communes membres des syndicats du Lèguer et de la Baie, n° 1203242), *RLCT*, 2013, n° 36, pp. 77-79

- ✦ BRAMERET Sébastien, « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? » (Note sous TA Montpellier, 23 mars 2012, *Fédération des associations pour la défense des usagers et des consommateurs du centre-ville de Montpellier et du Grand-Montpellier (FADUC) contre Communauté d'agglomération de Montpellier*, n° 1002680 et sous TA Lille, ordonnance, 29 mars 2012, *Communauté des communes de Sambre Avesnois contre comité syndical du syndicat mixte Val de Sambre*, n° 1201729), *AJDA*, 2012, n° 27, pp. 1521-1525
- ✦ BRENET François, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence Peyrot » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *Droit administratif*, 2015, n° 5, pp. 37-41, comm. n° 34
- ✦ BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, « Chronique de jurisprudence communautaire » (spéc. la note sur CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07), *AJDA*, 2009, n° 41, pp. 2276-2287
- ✦ BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, « Marché *in house* » (spéc. la note sur CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05), *AJDA*, 2007, n° 21, pp. 1125-1126
- ✦ BRUNET Pierre, « L'empire du principe de transparence ou le côté obscur de la force », (Note sous : CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano contre Comune di Cingia de'Botti (Coname)*, aff. C-231/03 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 ; CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais contre Mme X.*, n° 278732 et CAA Versailles, 6 novembre 2005, *Association Pacte contre ANPE*, n° 03VE0481), *Revue des contrats*, 2006, n° 2, pp. 493-502
- ✦ BRUNET Pierre, « La mutualisation comme substitut à l'externalisation des services » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *Revue des contrats*, 2009, n° 4, pp. 1539-1542
- ✦ BRUNET Pierre, « Le « contrat de gestion par transparence » ou le service public culturel *allegro vivace* ! » (Note sous CE, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736), *Revue des contrats*, 2007, n° 3, pp. 867-877
- ✦ BUI-XUAN Olivia, « Service public culturel et droit de la commande publique une clarification inachevée (à propos de l'arrêt du CE du 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*) », *RDP*, 2007, n° 5, pp. 1367-1381
- ✦ CANEDO Marguerite, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : stop ou encore ? » (Note sous CE, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, n° 374557), *RFDA*, 2015, n° 1, pp. 32-46
- ✦ CANEDO-PARIS Marguerite, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : la fin » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *RFDA* 2015, n° 2, pp. 273-292



- ✦ CAPITANT David, « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du « *in house* » ? » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *RLCT*, 2009, n° 47, pp. 40-44
- ✦ CAPITANT David, « Les sociétés d'économie mixtes exclues du *in house* » (Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), *ACCP*, 2005, n° 42, pp. 45-48
- ✦ CARANTA Roberto, « Jurisprudence *Telaustria* et contrats *in house* » (Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07), *Droit administratif*, 2009, n° 2, pp. 19-22
- ✦ CHAMPAUD Claude et DANET Didier, « La fiducie entrepreneuriale. Contenu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Limites du champ d'application juridique de la nouvelle institution. Portée économique », *RTD com.*, 2007, n° 4, pp. 734-737
- ✦ CHARREL Nicolas, « Les sociétés d'économie mixte exclues du dispositif « *in house* » » (Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), *Le Moniteur*, 2005, n° 5283, pp. 76-78
- ✦ CHATELIER (Le) Gilles, « Le CE séduit par le « *in house* » ? », (CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736), *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2007, n° 5409, pp. 54-55
- ✦ CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, « Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 8 mai 2014, Affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH, contre Technische Universität Hamburg-Harburg Hochschul-Informationssystem GmbH* », *ACCP*, 2014, n° 145, pp. 9-9
- ✦ CLAMOUR Guylain, « L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue » (Note sous CE, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079), *AJDA*, 2014, n° 1, pp. 60-65
- ✦ COMELLAS Sophie, « Le « *in house* », retour sur une exception » (Note sous CE, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 3650), *LPA*, 2014, n° 47, pp. 8-14
- ✦ COSSALTER Philippe, « SPL et exception *in-house* : le Conseil d'État applique la jurisprudence communautaire » (Note sous CE, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 3650), *Revue générale du droit*, 2013, n° 2
- ✦ COSSALTER Philippe, « Les habits neufs de l'empereur ou la théorie de la domanialité publique virtuelle » (Note sous CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR contre Préfet de l'Hérault*, n° 363738), *Revue générale du droit*, 2013, n° 2

- ✦ DELAUNAY Benoît, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité politique. Contrat, police et responsabilité » (Note sous CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche contre Jonnet*, n° 337062), *RFDA*, 2012, n° 3, pp. 481-489
- ✦ DELEBECQUE Philippe et SIMLER Philippe, « Droit des sûretés – chronique », *JCP G*, 2007, n° 22, pp. 25-31
- ✦ DEVÈS Claude, « Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « *in house* » », (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *JCP A*, 2009, n° 24, pp. 40-48, comm. n° 2145
- ✦ DEVÈS Claude, « Constitution de sociétés publiques locales : les « mystères » des SPL » (Note sous TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728), *AJCT*, 2015, n° 5, pp. 274-276
- ✦ DEVÈS Claude « De la difficulté de concilier les compétences des collectivités territoriales avec l'actionnariat d'une SPL » (Note sous TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre et autres*, n° 1203242, n°1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248), *AJCT*, 2013, n° 12, pp. 573-574
- ✦ DEVILLERS Pascal, « Jurisprudence *Peyrot*, une page se tourne » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *CMP*, 2015, n° 5, pp. 21-23, comm. n° 110, p. 22
- ✦ DREIFUSS Muriel, « Un nouveau pas vers une interprétation restrictive de la théorie du contrat « *in house* » » (Note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03), *JCP A*, 2005, n° 47, pp. 1712-1714, comm. n° 1364
- ✦ DREYFUS Jean-David et RODRIGUES Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? » (Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06), *AJDA*, 2009, n° 31, pp. 1715-1721
- ✦ DREYFUS Jean-David, « Juge civil, mandat apparent et personnes publiques » (Note sous Cass., 1^{ère} Chambre civile, 28 juin 2005, *Commune de Matoury contre Sté UNIMAT*, n° 03-15.385), *AJDA*, 2005, n° 38, pp. 2124-2125
- ✦ DREYFUS Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? » (Chron. sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *AJDA*, 2009, n° 16, pp. 891-894
- ✦ DREYFUS Jean-David, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales » (Chron. sous CE, avis, 13 février 2007, n° 773788), *AJDA*, 2008, n° 15, pp. 787-791
- ✦ DREYFUS Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* » (Note sous CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de*



Varese, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), *AJDA*, 2013, n° 3, pp. 178-181, pp. 179-180

- ✦ DUBOS Oliver (dir), « Europe (chronique) » (spéc. la note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESE SpA*, aff. C-340/04, par David SZYMCAK), *JCP A*, 2006, pp. 453-462, comm. n° 1238
- ✦ DUBOS Olivier, « La Cour de justice et l'exception *in house* : du rigorisme au pragmatisme » (Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESE SpA*, aff. C-340/04), *Revue Lexbase Hebdo – édition publique*, 2006, n° 8
- ✦ DURAND Guy, « Une nouvelle société d'économie mixte locale : la société d'économie mixte à opération unique. Note sous Loi numéro 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, Journal officiel numéro 0151 du 2 juillet 2014 page 10897 », *Revue Lamy droit des aff.*, 2014, n°97, pp. 10-12
- ✦ DURVIAUX Ann Lawrence, « Les opérations *in house* (ou quasi internes), le contrôle analogue (suite). Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH, c/ Technische Universität Hamburg-Harburg Hochschul-Informationssystem GmbH*, affaire numéro C-15/13 », *RTD eur.*, n° 145, pp. 402-403
- ✦ DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis et LESSI Jean, « Fin d'un splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *AJDA*, 2015, n° 21, pp. 1204-1209
- ✦ ECKERT Gabriel, « Conditions d'application des taxes foncières », *CMP*, 2011, n° 2, pp. 39-39, comm. n° 58 (Note sous CE, 24 novembre 2010, *Association Lebugeur-Lelièvre*, n° 323982)
- ✦ ECKERT Gabriel, « Contrat et quasi-contrat » (Note sous CE, Section, 5 octobre 2005, *Cne de Maurepas contre Syndicat de l'agglomération nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 256362), *CMP*, 2006, n° 1, pp. 20-21, comm. n° 17
- ✦ ECKERT Gabriel, « Contrat *in house* : des précisions mais peu d'espoir », (Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESE SpA*, aff. C-340/04), *CMP*, 2006, n° 7, pp. 14-16, comm. n° 123
- ✦ ECKERT Gabriel, « Contrat passé par une association transparente et responsabilité administrative » (Note sous CE, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796), *CMP*, 2005, n° 9, pp. 16-17, comm. n° 211
- ✦ ECKERT Gabriel, « La CJCE restreint le champ d'application des contrats « *in house* » » (Note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03), *CMP*, 2005, n° 12, pp. 28-30, comm. n° 306

- ✦ ECKERT Gabriel, « Marchés publics et mandat de recouvrement des recettes publiques » (Note sous CE, avis, 13 février 2007, n° 773788), *CMP*, 2008, n° 4, pp. 17-19, comm. n° 70
- ✦ ECKERT Gabriel, « Règles comptables, administratives et contentieuses » (Note sous CE, 10 février 2010, *Sté Prest'action contre Cne de Dieppe*, n° 301116), *CMP*, 2010, n° 4, pp. 17-19, comm. n° 133
- ✦ ECKERT Gabriel, « Relation « *in house* » entre un département et un SDIS. À propos de CAA Marseille, arrêt, 1er octobre 2012, n° 09MA01954 », *CMP*, 2012, n°12, pp. 16-17, comm. n° 326
- ✦ FENOYL (De) Éric, « Contrats « *in house* » : état des lieux après l'arrêt ASEMFO » (Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05), *AJDA*, 2007, n° 32, pp. 1759-1764
- ✦ FENOYL (De) Éric, « Services publics : vers une gestion « *in common house* » » (Note sous CE, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736), *Gazette des cnes, des départements, des régions*, 2007, n° 1889, pp. 54-57
- ✦ GLATT Jean-Mathieu, « La « relative » distinction entre prestation *in house* et coopération intercommunale » (Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06), *LPA*, 2009, n° 151, pp. 10-21
- ✦ GLATT Mathieu, « Les modalités d'une gestion efficace des activités de service public : de l'habilitation unilatérale à l'habilitation contractuelle » (Note sous CE, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736), *LPA*, 2007, n° 147, pp. 13-21
- ✦ HOEPFFNER Hélène, « Application de l'exception *in house* à la coopération entre établissements de santé » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *Droit administratif*, 2009, n° 5, pp. 35-39, comm. n° 71
- ✦ HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire. À propos des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* », », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 98-114
- ✦ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public. À propos de l'avis du CE du 19 avril 2005 », *CMP*, n° 12, 2006, étude n° 19
- ✦ HOEPFFNER Hélène, « Mise en concurrence et intercommunalité » (Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06), *CMP*, 2009, n° 7, pp. 25-28, comm. n° 226



- ✦ HOEPFFNER Hélène, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 », *CMP*, 2010, n° 12, étude n° 11, pp. 6-20
- ✦ IDOT Laurence, « Exception *in house*. Services hospitaliers » (Note sous CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contra Portugal* (« *SUCH* »)), *Revue Europe*, 2014, n° 8, pp. 26-27
- ✦ KOTSCHY Bettina, « Les derniers arrêts sur l'exemption *in house* : coup de grâce ou limitation des excès ? » (Note sous : CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03 ; CJCE, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 et CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03), *RDUE*, 2005, n° 4, pp. 845-853
- ✦ LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La notion de recettes publiques, la gestion de fait et les contrats contenant un mandat financier » (Note sous CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877), *AJDA*, 2009, n° 43, pp. 2401-2406
- ✦ LINDITCH Florian, « Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? » (Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04), *JCP A*, 2006, n° 23, pp. 753-759, comm. n° 1125
- ✦ LINDITCH Florian, « Recours du MEDEF contre la loi sur les sociétés publiques locales à Bruxelles », *CMP*, 2012, n° 3, alerte n° 20
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La longue marche vers le partenariat public-privé institutionnalité. À propos de l'avis du Conseil d'État du 1^{er} décembre 2009 », *CMP*, 2010, n° 10, pp. 1-2, repère n° 9
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Où en est-on *du in house* ? » (Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04), *CMP*, 2006, n° 5, Repère n° 5, pp. 1-1
- ✦ LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Feue la jurisprudence Société Entreprise Peyrot » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *CMP*, 2015, n° 4, pp. 1-2, repère n° 4
- ✦ MARAIS (du) Bertrand, « « *In house* » : Première application positive de la jurisprudence Teckal (ANAV) » (Note sous CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04), *Concurrences* (Thomson), 2005, n° 3, pp. 163-164
- ✦ MARCHEGIANI Giannangelo, « Les relations *in house* et le syndrome du cheval à bascule. Quelques considérations à propos de l'arrêt Stadt Halle » (Note sous CJCE, 11

- janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), RMCUE, 2006, n° 494, pp. 47-57
- ✦ MARCIALI Sébastien, « La soumission des marchés conclus avec des sociétés d'économie aux directives communautaires « marchés publics » (Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), *LPA*, 2005, n° 124, pp. 14-22
 - ✦ MARIATTE Flavien, « Fiscalité directe des entreprises et liberté d'établissement » (Note sous CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04), *Revue Europe*, 2006, n° 11, pp. 18-20, comm. n° 314
 - ✦ MARIATTE Flavien, « Taxe sur la valeur ajoutée et abus de droit » (Note sous : CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02), *Revue Europe*, 2006, n° 4, pp. 27-28, comm. n° 128
 - ✦ MAUGÜÉ Christine, Observations sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rhden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *BJCP*, 1998, n° 2, pp. 169-170
 - ✦ MELLERAY Fabrice, « La compétence exclusive du comptable public pour recouvrer les recettes publiques et la définition de ces dernières » (Note sous CE, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877), *Droit administratif*, 2010, n° 1, pp. 26-27, comm. n° 5
 - ✦ MÉNÉMÉNIS Alain, « Droit communautaire : la notion de contrat *in house* » (Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04), *Droit administratif*, 2006, n° 10, comm. n° 148, pp. 21-24
 - ✦ MÉNÉMÉNIS Alain, « La notion de contrat *in house* » ((Note sous CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04), *Droit administratif*, 2007, n° 7, p. 22-24
 - ✦ MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « Gestion de fait au musée » (Note sous Cour de discipline budgétaire et financière, Plénière, 13 juillet 2011, *Rectorat de l'académie de Paris*, *LAP*, n° 177-684), *AJDA*, 2011, n° 43, pp. 2462-2466
 - ✦ MILLETT Timothy, « Le « *in house* » a-t-il les faveurs communautaires ? » (Note sous : CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 ; CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06 et CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07), *ACCP*, 2010, n° 95, pp. 70-73
 - ✦ NEVEU Philippe, « L'avis de l'Autorité de la concurrence sur la création des sociétés publiques locales ... ou le « *in house* » à l'épreuve des faits » (Note sur l'avis de l'Autorité de la concurrence du 24 novembre 2011 n° 11-A-18 relatif à la création des sociétés publiques locales), *JCP A*, 2012, n° 6, pp. 19-21, comm. n° 2045



- ✦ NOËL Mathieu, et LEFÈVRE-CORMIER Marie, « SPL et SPLA : attention au contrôle analogue ! » (Note sous CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte contre Cne de Marsannay-la-Côte*, n° 12LY00811), *RLCT*, 2013, n° 86, pp. 25-37
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « L'avis de la section d'administration du Conseil d'État sur les PPPI » (Note sous CE, avis, 19 avril 2005, n° 371234), *Droit administratif*, 2010, n°8, pp. 3-3
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « L'exception du « *in house* » : renforcement des exigences en matière de contrôle analogue » (Obs. sous CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes)), *Droit administratif*, 2013, n° 1, pp. 3-4
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « La Cour de justice revient sur le « *in house* » » (Note sous CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes)), *RDI*, 2013, n° 4, pp. 212-21
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « Le *in house* devant le Conseil d'État » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *RDI*, 2009, n°7, pp. 423-425
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice » (Note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08), *RDI*, 2010, n° 3, pp. 153-154
- ✦ NOGUELLOU Rozen, « Les dérogations au « droit commun » de la commande publique » (obs. sur CAA Nantes, 23 janvier 2009, n° 08NT01579, *Département du Loiret*), *Droit administratif*, 2009, n° 3, p. 3, alerte n° 15
- ✦ PASTOR Jean-Marc, « La jurisprudence *Entreprise Peyrot* a vécu » (Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *AJDA*, 2015, n° 9, p. 481
- ✦ PAULIAT Hélène, « Qualification d'association transparente et statut juridique de la personne employée » (Note sous CAA Nancy, 2 août 2012, *Régina A.*, n° 11NC01427), *JCP A*, 2013, n° 7, pp. 17-20, comm. n° 2037
- ✦ PELTIER Marc, « Les prestations « *in house* » entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? » (Note sous CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, aff. C-29/04), *LPA*, 2006, n° 14, pp. 6-15
- ✦ PIAZZONI Davide, « Précisions jurisprudentielles sur les contrats « *in house* » » (Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre*

Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado, aff. C-295/05), *Revue Lamy concurrence*, 2007, n° 12, pp. 56-59

- ✦ PIAZZONI Davide, « *Teckal* contre *Correos* : émergence d'une nouvelle exception jurisprudentielle à la discipline communautaire des marchés publics ? » (Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05), *RLCT*, 2008, n° 15, pp. 60-64
- ✦ PISSALOUX Jean-Luc, « De la notion de recettes publiques et de l'exclusivité de leur perception par les comptables publics » (Note sous CE, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877), *RLCT*, 2010, n° 54, pp. 15-17
- ✦ RIAS Nicolas, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit économique de l'Union européenne » (Note sous : Cass., Chambre commerciale, 15 janvier 2013, *Sté Auto 24 contre Sté Jaguar Land Rover France*, n° 10-12.734 et Cass., Chambre commerciale, 24 septembre 2013, *Stés Caribéenne de diététique et santé (CDS), Martinique alimentation diététique (MAD) et Compagnie de diététique du marin (CDM) contre Sté Pierre Fabre dermo-cosmétique*, n° 12-14.344), *RTD eur.*, n° 2, 2014, pp. 456-459
- ✦ RICHER Laurent, « Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public » (Note sous CE, 3 février 2012, *Communauté d'agglomération de Veyrier-du-Lac et Communauté d'agglomération d'Annecy contre Sté Lyonnaise des eaux France*, n° 353737), *AJDA*, 2012, n° 10, pp. 555-559
- ✦ ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* » (Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), *AJDA*, 2005, n° 16, pp. 898-901
- ✦ ROMA Giacomo, « Gestion *in house* des services publics locaux : la boucle est bouclée » (Note sous *Cons. Stat.*, Section VI, 11 février 2013, *Ladurner srl*, n° 762/2013), *Revue générale du droit*, n° 2, 2013
- ✦ ROMA Giacomo, « Inconstitutionnalité d'une loi réintroduisant des dispositions abrogées par référendum » (Note sous Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199), *Revue générale du droit*, n° 1, 14 octobre 2012
- ✦ ROMAN-SÉQUENSE Brigitte, « Nouvelles précisions sur les contrats de prestations intégrées » (Obs. sur la Réponse ministérielle n° 10778 (publiée au JO du Sénat du 9 avril 2015, p. 822) à la question du 6 mars 2014 de Monsieur François-Noël Buffet), *CMP*, 2015, n° 6, pp. 36-37, comm. n° 163
- ✦ ROUVEYRAN Thomas et FOUCAULT Ghislain, « « *In house* » : une jurisprudence assouplie » (Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07), *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 2009, n° 5509, pp. 100-101
- ✦ SCHWARTZ Rémy, « Une participation exclusivement publique et un contrôle étroit sur un organisme de droit privé relèvent-ils d'une relation « *in house* » ? » (Note sous CJCE,



- 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05), *BJCP*, 2007, n° 53, pp. 297-302
- ✦ SCHWARTZ Rémy, « La délégation ou transfert d'un service public à une structure intercommunale relève-t-elle de l' « *in house* » ou « gestion interne » ? » (Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07), *BJCP*, 2009, n° 62, pp. 62-66
 - ✦ SCHWARTZ Rémy, « Quelles sont les conditions du « *in house* » ou de la « gestion interne » ? » (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission contre République Italienne*, C-371/05), *BJCP*, 2008, n°60, pp. 343-346
 - ✦ SERMIER Rémi et EPAUD David, « Nouvelle règle pour le *in house* : mettre fin au contrat en cas d'ouverture du capital de l'entreprise exécutant le marché » (Note sous CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossas*, C-573/07), *AJDA*, 2009, n° 40, pp. 2227-2230
 - ✦ SESTIER Jean-François, « L'abandon de la jurisprudence *Peyrot* » ((Note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Risपाल contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984), *CMP*, 2015, n° 22, pp. 28-31, comm. n° 2156
 - ✦ SESTIER Jean-François, « Nouvelles considérations sur l'arrêt *Stadt Halle* et les marchés publics « *in house* » : quand la Cour de justice ouvre la boîte de Pandore » (Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03), *BJCP*, 2005, n° 41, p. 258-262
 - ✦ SIMON Denys, « Contrats « *in house* » » (Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06), *Revue Europe*, 2009, n° 8, pp. 23-24, comm. n° 307
 - ✦ SIMON Denys, « Contrats « *in house* » » (CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossas*, C-573/07), *Revue Europe*, 2009, n° 11, pp. 24-26, comm. n° 413
 - ✦ SIMON Denys, « Contrats « *in house* » » (Note sous CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes)), *Revue Europe*, 2013, n° 1, pp. 33-34, comm. n° 26
 - ✦ SIMON Denys, « Situation purement interne » (Note sous CJUE, 22 décembre 2010, *Omalet NV contre Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*, aff. C-245/09), *Revue Europe*, 2011, n° 2, pp. 28-29, comm. n° 62
 - ✦ SIMONNET Yann, « Application de l'exception dite « *in house* » aux opérations dites « internes horizontales », retour vers le futur ? » (Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationsysteme GmbH, c/ Technische Universität*

- Hamburg-Harburg Hochschul-Informationssystem GmbH*, aff. C-15/13), *AJDA*, 2014, n° 35, pp. 2001-2006
- ✦ SOLER-COUTEAUX Pierre, « La création d'un groupement d'intérêt public [GIP] est légale au regard du droit des marchés publics dès lors que ses statuts obéissent aux principes régissant la gestion intégrée » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *CMP*, 2009, n° 4, pp. 19-21, comm. n° 120
 - ✦ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2006, n° 25, pp. 1371-1376
 - ✦ TARON David, « L'exception « *in house* » à l'épreuve des juges du fond : premiers retours sur l'expérience » (Note sous CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380), *LPA*, 2009, n° 221, pp. 7-13
 - ✦ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « L'agent du faux « faux nez » public était de droit privé » (Obs. sous CAA Nancy, 2 août 2012, *Régina A.*, n° 11NC01427), *JCP A*, 2012, n° 36, act. n° 585
 - ✦ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La « rencontre imprévue » du droit et de l'opéra au cœur d'un « établissement public virtuel », note sous CE, décision, 6 avril 2007, requête n° 284736 », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 240, pp. 2603-2610
 - ✦ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Laïcité latitudinaire. Note sous CE, 19 juillet 2011, Le Mans Métropole et de la théorie du « post-it » », *Rec. Dalloz*, 2011, n° 34, pp. 2375-2378
 - ✦ TROUILLY Pascal, « Notion de prestation *in house* » (Note sous CE, 4 mars 2009, « *SNIIS* » contre *GIP Symaris*, n° 300481), *RJEP*, 2009, n° 669, pp. 12-14, comm. n° 46
 - ✦ VILA Jean-Baptiste, « Rebondissement sur la nature des redevances perçues en délégations de service public et réforme de rattrapage » (Note sous TA Grenoble, 1^{ère} Chambre, 10 juillet 2014, *Syndicat des copropriétaires Les Glovettes contre Cne de Villard-de-Lans et Sté Veolia*, n° 1003080-1 et 114936-1), *JCP A*, 2015, n° 24, pp. 17-19, comm. n° 2176,
 - ✦ ZALEWSKI Vvien, « Bail avec soi-même, vices du consentement et vente du bien loué » (Note sous Cass., 3^e Chambre civile, 18 octobre 2005, *Société SNC FP*, n° 04-16.832), *AJDI*, 2006, n° 4, pp. 270-271
 - ✦ ZIANI Salim, « La quasi-régie s'apprécie *in concreto* et la transparence prime sur la libre organisation » (Note sous CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380), *LPA*, 2009, n° 208, pp. 17-20
 - ✦ ZIMMER Willy, « « *In house* » : précisions sur la notion de « contrôle analogue » » (Note sous CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07), *CMP*, 2009, n° 10, pp. 15-17, comm. n° 305
 - ✦ ZIMMER Willy, « Compétence des collectivités territoriales ou de leur groupement pour devenir actionnaires d'une SPL » (Note sous TA Lille, ordonnance, 29 mars 2012,



Communauté des communes de Sambre Avesnois contre comité syndical du syndicat mixte Val de Sambre, n° 1201729), *CMP*, 2012, n° 6, comm. n° 196, pp. 20-20

- ✦ ZIMMER Willy, « Conditions de recours au partenariat public-privé institutionnalisé » (Note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conférenza Sindaci et Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, aff. C-196/08), *CMP*, 2010, n° 1, pp. 37-39, comm. n° 35
- ✦ ZIMMER Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP*, 2015, n° 10, in dossier n° 4, pp. 9-63

B. Notes et chroniques de jurisprudence langue étrangère

- ✦ AZZARITI Antonella, « *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative* » (Note sous Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199), *Istituzioni del federalismo*, 2012, n° 4, p. 857
- ✦ CARINGELLA Francesco, « *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici : un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie organisation* » (Note sur Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 498), *Il Foro italiano*, 1996, pp. 1363-1379
- ✦ GRECO Guido, « *Appalti di lavori affidati da SPA in mano pubblica : un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso* » (Note sous Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989), *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, pp. 1062-1071
- ✦ MERLONI Francesco, « *Una sentenza chiara sull'aggiornamento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali* » (Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199), *Le Regioni*, 2013, pp. 211-226
- ✦ MORTE (Della) Mariano, « *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012* » (Note sous Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199), *www.forumcostituzionale.it*, 2012
- ✦ RIGHI Luca, « *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti : società in mano pubblica e appalti di servizi* » (Note sous Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989), *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, pp. 347-363
- ✦ VOLPE Carmine, « *Ma, nuova normativa* » sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. *Dalle ceneri ad un nuovo effetto «Lazzaro». Ma è vera resurrezione?* », (Note sous Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199), *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013

CONTRIBUTIONS

§1 Contributions en langue française

- ✦ ALBERT Jean Luc, « Les prêts et garanties publics », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique* (Actes de colloque du 22 mars 2013, Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes), 2014, LGDJ, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, Coll. Centre Michel de l'Hospital, 2014 (176 p.), pp. 113-130
- ✦ ALBOUY Michel, « Finance des organisations publiques et des entreprises privées : convergence ou rupture ? », in CLIQUET Gérard Cliquet et ORANGE Gérald (dir.), *Organisations privées, organisations publiques : Mélanges Robert Le Duff*, Publications de l'Université de Rouen, 2002 (370 p.), pp. 13-32
- ✦ ALLAIRE Frédéric, « La prévoyance publique économique », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique*, op. cit., pp. 13-28
- ✦ AMSELEK Paul, « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, Coll. À la croisée des droits, 2014, pp. 11-14
- ✦ AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992 (XXI-811 p.), pp. 3-16
- ✦ BELLIS Jean-François, « La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne », in MATHIEU Stéphane (dir.), *Contentieux de l'Union européenne : questions choisies*, Larcier, Coll. Europe(s), 2014 (595 p.), pp. 217-233
- ✦ BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », in GALABERT Michel et TERCINET Marcel-René (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Hors Collection Droit, 1995 (550 p.), pp. 23-38
- ✦ BORGETTO Michel, « Universalité et droit de la protection sociale », in KOUBI Geneviève et JOUANJAN Olivier (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007 (151 p.), pp. 13-31
- ✦ BOUVERESSE Jacques, « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », in BERROD Frédérique, GERKRATH Jörg, KOVAR Robert, MESTRE Christian, MICHEL Valérie, PIERRÉ-CAPS Stéphane, RITLÉNG Dominique et SIMON Denys (dir.), *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Libert Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Contantinesco*, Bruylant, 2015 (934 p.), pp. 109-123

- ✦ CANIVET Guy et MOLFESSIS Nicolas, « La politique jurisprudentielle », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, la création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, travaux, 2007 (VIII-538 p.), pp. 79-97
- ✦ CARTIER-BRESSON Anémone, « Recapitalisations publiques et transferts de risques », *in ALLAIRE Frédéric (dir.), Risque économique et puissance publique, op. cit.*, pp. 151-164
- ✦ CHÉROT Jean-Yves, « Constitution et économie », *in CHAGNOLLAUD Dominique et TROPER Michel (dir.), Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, Coll. Traités, T. 3, 2012, pp. 529-561
- ✦ CHOUVEL François, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties », *in GILBERT Guy et RANGEON François (dir.), Le financement du développement local (Colloque, Amiens, janvier 1994)*, PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1995 (208 p.), pp. 115-133
- ✦ COHEN Daniel, « La légitimité des montages en droit des sociétés », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, Travaux, 1999 (XXXI-868 p.), pp. 261-174
- ✦ COMMUNIER Jean-Michel, « Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée », *in Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes : éd. Apogée, 2006 (830.), pp. 261-284
- ✦ DELION André, « L'administration des risques économiques par la puissance publique », *in ALLAIRE Frédéric (dir.), Risques économiques et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique, op. cit.*, pp. 59-69
- ✦ DENYS Simon et RIGAUX Anne, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *in BLANQUET Marc (dir.), Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, T. 2, 2004 (458 p.), pp. 559-587
- ✦ DEVÈS Claude, « Société publique locale et « in house » : les difficultés d'un couple », *in DUFFAU Jean-Marie, LOUVARIS Antoine et MELLA Elisabeth (coord.), Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff : service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, Bruylant, Coll. Mélanges, 2013, pp. 87-98
- ✦ DIENER Pascal, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *in MOUSSERON Jean-Marc et TEYSSIE Bernard (dir.), Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1978 (V-1076 p.), pp. 81-124
- ✦ DOMENACH Jacqueline, « L'intercommunalité face au droit communautaire : la mutualisation des services est-elle une entorse au principe communautaire de libre concurrence ? », *in PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève (dir.), Droit et économie : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Lexis Nexis : Litec, Coll. Mélanges, 2009 (XXVI-368 p.), pp. 103-108



- ✦ LEGEAIS Dominique, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, travaux, 2003, pp. 657-670 (XXIV-1138 p.)
- ✦ DUBREUIL André, « Le risque économique », in ALLAIRE Frédéric (dir.), *Risque économique et puissance publique : l'émergence de la prévoyance publique économique*, op. cit., pp. 31-57
- ✦ DURMARQUE Yann, « Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux », in VANDENDRIESSCHE Xavier (dir.), *Études en l'honneur de Pierre Sandoz : service public, services publics*, Paris ; Montréal (Québec) : l'Harmattan, 2000 (VI-309 p.), pp. 112-131
- ✦ GAUDEMET Yves, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in GARBAR Christian-Albert (dir.), *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris : Dalloz, 2002 (XXI-720 p.), pp. 473-485
- ✦ GAUDEMET Yves, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in BONTEMS Claude (dir.), *Nonagesimo anno : Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999 (898 p.), pp. 613-627
- ✦ GUGLIELMI Gilles J., « Un service public universel ? », in KOUBI Geneviève et JOUANJAN Olivier (dir.), *Objets et sujets universels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007 (151 p.), pp. 91-102
- ✦ GUIBAL Michel, « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in RIBOT Catherine et AUTIN Jean-Louis (compilation), *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Presses universitaires de Grenoble, Hors collection, 2004 (591 p.), pp. 229-233
- ✦ HEUSCHLING Luc, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 45-85
- ✦ ILIOPOULOU-PENOT Anastasia, « Le principe d'égalité et de non discrimination », in AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, Coll. Droit administratif, 2014 (1356 p.), pp. 595-623.
- ✦ JACQUÉ Paul, « L'importance d'un droit administratif européen vu de l'Union européenne », in SCHWARZE Jürgen (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruylant, Coll. droit administratif, vol. 3, 2010 (364 p.), pp. 33-44
- ✦ LAVEISSIÈRE Jean, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992 (XXI-811 p.), pp. 181-205
- ✦ LEROY Marc, et MEUNIER Yvan, « Le risque de gestion de fait dans les relations entre les collectivités territoriales et les associations », in DREYFUS Jean-David, GROUD Hervé et PUGEAULT Serge (dir.), *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons*

- dangereuses*, L'Harmattan, Coll. Administration et aménagement du territoire, 2009 (180 p.), pp. 119-139
- ✦ LOMBARD Martine, « L'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques », *in Traité de droit administratif européen, op. cit.*, pp. 1127-1149
 - ✦ MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *in BÉCHILLON (De) Denys, CAMBOT Pierre, CHARLES Hubert et CHÉROT Jean-Yves (dir.), Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Coll. Études, Mélanges, Travaux, 2004 (LIV-1264 p.), pp. 609-626
 - ✦ DOUENCE Maylis, « L'influence du droit de l'Union européenne sur les collectivités locales », *in Traité de droit administratif européen, op. cit.*, pp. 1089-1125
 - ✦ MICHEL Valérie, « L'exercice en commun des compétences du point de vue des institutions », *in MONJAL Pierre-Yves et ELEFThERIA Neframi, Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2009 (236 p.), pp. 153-178
 - ✦ PAYRE Jean-Paul, « Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif », *in ROUSSILLON Henri (dir.), Mélanges offerts à Pierre Montané de La Roque*, Presses de l'Institut d'étude politiques, T. 1, 1986 (518 p.), pp. 505-518
 - ✦ PEISER Gustave, « Le juge administratif et les dérogations », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, T. 2, LGDJ, 1974 (651 p. (pp. 257-858)), pp. 664-682
 - ✦ PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » », *in CLAMOUR Guylain (dir.), Contrats Publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. vol. 1, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006 (874 p.) pp. 701-716
 - ✦ PONSARD Régis, « Esquisse pour l'élaboration d'un nouveau concept d'exception en droit », *in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 87-132
 - ✦ POUJADE Bernard, « Retour sur l'offre de concours », *in BIENVENU Jacques, DEGOFFE Michel et FATÔME Étienne (coord.), Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ-Lextenso, Coll. Les Mélanges, 2013 (XXII-731 p.), pp. 284-290
 - ✦ RITLÉNG Dominique (actualisation par : IOANNIDOU Aimilia), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les catégories organiques du droit administratif », *in AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), Traité de droit administratif européen, op. cit.*, pp. 1063-1087
 - ✦ SAUSSIÉR Stéphane, « L'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics : une analyse économique », *in CHAPUT Yves (dir.), Les Petites et moyennes entreprises et le droit de la concurrence : analyse critique, comparative et prospective*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 2009 (XV-409 p.), pp. 341-360



- ✦ SERLOOTEN Patrick, « *La neutralité fiscale, un principe obsolète ?* », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996 (XXII-831 p.), pp. 701-715
- ✦ TAILLEFAIT Alexandre, « *Coopération transfrontalière* », in AUBY Jean-Bernard (dir.) et CHEVALIER Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen, op. cit.*, pp. 1285-1315
- ✦ TIMSIT Gérard, « *Les relations entre l'État et les entreprises publiques* », in AMSELEK Paul, BUFFELAN-LANORE Jean-Paul et CATHELINÉAU Jean (dir.), *Études de droit public*, Éd. Cujas, 1964 (II-504 p.), pp. 477-500
- ✦ VIDAL-NACQUET Ariane, « *Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle* », in VIDAL-NACQUET Ariane et FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 15-38
- ✦ VOYAME Joseph, COTTIER Bertil et ROCHA Bolivar, « *L'abus de droit en droit comparé* », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, (Actes du 19^e colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989), Strasbourg : Conseil de l'Europe (éd.), 1990, pp. 23-52 (177 p.)
- ✦ WALLACE Hélène, « *Transparency and the legislative process in the EU* », in *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, Coll. Centre d'études du droit des organisations européennes (Nice), 1999 (V-276 p.), pp. 113-120
- ✦ WEBER Yves, « *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* », in AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-Marie et BIENVENU Jacques (dir.), *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996 (503 p.), pp. 315-343

§2 Contributions en langue étrangère

- ✦ CARANTA Roberto, « *The in-house providing : the law as it stands in the EU* », in COMBA Mario et TREUMER Steen (dir.), *The in-house providing in european law*, DJØF Pub (Copenhague), 2010 (213 p.), pp. 13-52
- ✦ GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., « *The in house providing in spanish law* », in *ibid.*, pp. 119-137
- ✦ ZANOBINI Guido, « *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici* », in AMENDOLA Gianfranco, ZANOBINI Guido, PETROZZIELLO Modestino et ORLANDO Vittorio Emmanuele, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Partie III, Milan, Giuffrè Editore, éd. 1935 (682 p.)

FASCICULES DU JURISCLASSEUR, ENCYCLOPÉDIES ET REPERTOIRES

- ✦ AUBERT Jean-Luc et GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », *Répertoire de droit civil*, juin 2012 (actualité : juin 2013)
- ✦ AUBY Jean-Marie, « Offre de concours », *JurisClasseur administratif*, fasc. n° 684, 2013 (dernière mise à jour au 12 février 2013)
- ✦ CHAMARD-HEIM Caroline, « Droit de propriété », *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 710, 25 janvier 2011, (dernière mise à jour au 25 janvier 2011)
- ✦ COSSALTER Philippe, « Maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'oeuvre. Principes généraux », *JurisClasseur*, fasc. n° 652, 2008 (dernière mise à jour au 25 novembre 2008)
- ✦ BOIZARD Martine, « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992 (actualisation : avril 2015)
- ✦ DENIZEAU Charlotte, « Associations – Associations de droit commun. Associations para-administratives », *JurisClasseur administratif*, 28 février 2008, fasc. n° 170 (mis à jour au 28 février 2008)
- ✦ DOUENCE Jean-Claude, « La gestion en régie directe du service public local », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, folio n° 614, mars 2009 (actualisation mars 2009)
- ✦ DREYFUS Jean-David et PELTIER Marc, « Société d'économie mixte locale et société publique locale », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juillet 2015
- ✦ DURAND Guy, « Les sociétés locales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, folio n° 6232, septembre 2014
- ✦ GUIBAL Michel, « Commerce et industrie », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, février 2003 (actualité : janvier 2015)
- ✦ LECOURT Arnaud, « Capital social », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2015 (actualisé en mars 2015)
- ✦ EMERY Cyrille et PEYRICAL Jean-Marc, « Contrats de partenariat », *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, septembre 2013 (actualisation septembre 2013)
- ✦ SAÏDJ Luc, « L'exécution du budget communal », in *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, folio n° 7113, mars 2004
- ✦ TERNEYRE Philippe, « Responsabilité contractuelle », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, avril 2012 (actualité : juin 2015)
- ✦ TOURNEAU (Le) Philippe, « Quasi-contrat », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014 (actualité : juin 2015)

CONCLUSIONS CITEES SEULES

§1. Conclusions présentées par des avocats généraux près la Cour de justice

- ✦ Concl. Marco DARMON sur CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer Company (Samad) et Saudi Arabian Fertilizer Company (Safco) contre Conseil des Communautés européennes*, aff. C-49/88, présentées le 7 février 1991, ECLI:EU:C:1991:48 ; *Rec.*, 1991, p. I-3187
- ✦ Concl. Antonio La PERGOLA sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, présentées le 19 février 1998, ECLI:EU:C:1998:71 ; *Rec.*, 1998, n° I-6821 ; *Revue des concessions et des délégations de service*, 1999, n° 4, p. 45
- ✦ Concl. Alber SIEGBERT sur CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 (préc.), présentées le 18 mars 1999, ECLI:EU:C:1999:161 ; *Rec.*, 1999, p. I-219 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 6, p. 23
- ✦ Concl. Georges COSMAS. sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 (préc.), présentées le 1^{er} juillet 1999, ECLI:EU:C:1999:344 ; *Rec.*, 1999, p. I-8121 ; *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43
- ✦ Concl. Nial FENNELLY sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, présentées le 18 mai 2000, ECLI:EU:C:2000:270 ; *Rec.*, 2000, p. I-10745
- ✦ Concl. Philippe LÉGER sur CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, présentées le 15 juin 2000, ECLI:EU:C:2000:330 ; *Rec.*, 2000, p. I-11037 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 121
- ✦ Concl. Juliane KOKOTT sur CJCE, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, présentées le 1^{er} mars 2005, ECLI:EU:C:2005:123 ; *Rec.*, 2005, p. I-8585 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 454
- ✦ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, présentées le 12 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:212 ; *Rec.*, 2005, p. I-7287 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 446
- ✦ Concl. Leendert Adrie (Ad) GEELHOED sur CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, présentées le 21 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:247 ; *Rec.*, 2005, p. I-9705

- ✦ Concl. Manuel POIARES MADURO sur CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02, présentées le 7 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:200 ; *Rec.*, 2006, p. I- 1609 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2006, n° 5, p. 62
- ✦ Concl. Verica TRSTENJAK sur CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, présentées le 4 juin 2008, ECLI:EU:C:2008:317; *Rec.*, 2008, p. I-8457
- ✦ Concl. Ján MAZÁK sur CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, présentées le 19 février 2009, ECLI:EU:C:2009:102 ; *Rec.*, 2009, p. I-4747
- ✦ Concl. Dàmaso Ruiz-Jarabo COLOMER sur CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 (préc.), présentées le 2 juin 2009, ECLI:EU:C:2009:332 ; *Rec.*, 2009, p. I-9913 ; *BJCP*, 2010, n° 68, p. 39
- ✦ Concl. Christine STIX-HACKL sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, présentées le 23 septembre 2004, ECLI:EU:C:2004:553 ; *Rec.*, 2005, p. I-1
- ✦ Concl. Pedro CRUZ VILLALÓN sur CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), (préc.), présentées le 19 juillet 2012, ECLI:EU:C:2012:494 ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 109



§2. Conclusions présentées devant les juridictions administratives

- ✦ Concl. Catherine BERGEAL sur CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 21806, *Droit 21 – Revue générale du droit*, 15 octobre 2001
- ✦ Concl. Philippe BONNEVILLE sur TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242 (et autres, préc.), *JCP A*, 2013, n° 23, pp. 21-23, comm. n° 2164
- ✦ Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, 7^e et 2^e Sous-sections réunies, 10 février 2010, *Cne d'Oz-en-Oisans et société Territoires 38*, n° 306039, *Rec.*, 2010, p. 854 ; *BJCP*, 2010, p. 18
- ✦ Concl. Nicolas BOULOUIS sur CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877, *BJCP*, 2010, n° 68, pp. 28-38 ; *RJEP*, 2010, n° 671, p. 11 ; *RLCT*, 2010, n° 54, p. 18
- ✦ Concl. Julien BOUCHER sur CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827 (ECLI:FR:CEASS:2011:317827.20111026 ; JurisData n°2011-023099), présentées le 30 septembre 2011, *Rec.*, 2011, p. 505
- ✦ Concl. Philippe CHACOT sur TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728, *JCP A*, 2015, n° 5, pp. 27-30, comm. n° 2023
- ✦ Concl. Anne COURRÈGES sur CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, « *SNIS* » contre « *GIP-Symaris* », n° 300481, *BJCP*, 2009, n° 64, pp. 237-243 ; *JCP A*, 2009, n° 24, pp. 40-48, comm. n° 2145
- ✦ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, 2^{ème} et 7^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557, *AJDA*, 2014, n° 43, pp. 2479-2485
- ✦ Concl. Bertrand DACOSTA sur CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594, préc., *Rec.*, 2009, pp. 216-222 ; *RJEP*, 2009, n° 670, p. 19
- ✦ Concl. Nathalie ESCAUT, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : la fin », concl. sur TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3992, *RFDA*, 2015, n° 2, pp. 270-271
- ✦ Concl. Nathalie ESCAUT, « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : la fin », concl. sur TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984, *RFDA*, 2015, pp. 265-269
- ✦ Concl. Henri SAVOIE sur CE, Section, 20 octobre 2000, *Sté Citécable Est contre Commune de Vittel*, n° 196553, *BJCP*, 2001, n° 14, pp. 54-65 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 2001, n° 572, pp. 21-32 ; *RFDA*, 2001, n° 2, pp. 359-370
- ✦ Concl. François SÉNERS sur CE, Section du contentieux, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736, *BJCP*, 2007, n° 53, pp. 283-292

TEXTES CITES

§1 Textes européens et inter-étatiques

A. Directives

- ✦ Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L 185, pp. 5-14
- ✦ Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOCE* L 195 du 29 juillet 1980, pp. 35-37
- ✦ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE* L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1-24 (telle que modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997 (*JOCE* L 328 du 28 novembre 1997, pp. 1-5)
- ✦ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOUE* n° L 199 du 09/08/1993, pp. 1-53.
- ✦ Directive n° 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L 199 du 9 août 1993, pp. 54-83
- ✦ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOCE* n° L 199 du 09/08/1993 pp. 0001-0053
- ✦ Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (*JOUE* L 64 du 11 mars 2011, pp. 1-12) et de son successeur, la Directive n° 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (*JOUE* L 359, du 16 décembre 2014, pp. 1-29
- ✦ Directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement, *JOCE* L 328 du 28 novembre 1997, pp. 1-5
- ✦ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne

l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE* L 335 du 20 décembre 2007, pp. 31-46

- ✦ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE* L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242
- ✦ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE* L 94 du 28 mars 2014, pp. 1-64
- ✦ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 114-240
- ✦ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE* n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 1-113

B. Règlements

- ✦ Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE* L 1 du 4 janvier 2003, pp. 1-25
- ✦ Règlement (CE) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), *JOUE* L 210 du 31 juillet 2006, pp. 19-24
- ✦ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *JOUE* L 315 du 3 décembre 2012, pp. 1-13
- ✦ Règlement (UE) n° 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, *JOUE* L 347 du 20 décembre 2013, pp. 303-319

C. Communications, communiqués de presse et documents de travail des services de la Commission

- ✦ Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 novembre 2007, *Les*



services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen (COM (2007) 725 final)

- ✦ Commission, *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire* (2000/C 121/02), JOCE C 121 du 29 avril 2000, pp. 2-13
- ✦ Commission, *Inventaire concernant les services d'essais, d'inspection, de certification et de contrôle de la qualité existant dans la Communauté – Appel d'offres ouvert*, n° 91/C 57/15, JOCE C 57 du 6 mars 1991, pp. 14-14
- ✦ Commission, *Projet de Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics* (1999/C 94/04), JOCE C 94 du 7 avril 1999, pp. 4-13
- ✦ Commission, *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011* (SEC (2011) 1169 final)
- ✦ Commission, Communiqué de presse de la Direction Eurostat du 3 juillet 2002, n° 80/2002
- ✦ Commission, Communiqué de presse de la Direction Eurostat, communiqué du 25 juin 2007 n° 88/2007
- ✦ Commission, 1^{er} août 2006, *Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (2006/C 179/02), JOUE C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2-7
- ✦ Commission, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)* (C(2007)6661)
- ✦ Commission, *Décision n° 2010/605/UE du 26 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 56/07 (ex E 15/05) accordée par la France en faveur de La Poste*, JOUE du 19 octobre 2010, L 274, pp. 1-53
- ✦ Commission, 7 décembre 2010, Document de travail des services de la Commission, *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur »* (SEC (2010) 1545 final)
- ✦ Commission, *Décision n° 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* [notifiée sous le numéro C(2011) 9380] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10

D. Autres documents

- ✦ Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1985, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2007 et publiée par le Décret n° 2007-679 du 3 mai 2007 *portant publication de la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1985, JORF n° 105 du 5 mai 2007*
- ✦ Accord de Karlsruhe conclu le 26 janvier 1996, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1997 entre la France, l'Allemagne, le Conseil Fédéral Suisse et le Grand-duché du Luxembourg, partiellement complété entre les parties par un accord conclu à Bâle le 21 septembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} juin 2001

§2 Textes français

A. Lois

- ✦ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF* du 2 juillet 1901
- ✦ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *JORF* du 3 janvier 1976, p. 148.
- ✦ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF* du 13 juillet 1985, p. 7914
- ✦ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, NOR : INTX9000102L, *JORF* du 8 février 1992, p. 2064
- ✦ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, NOR : PRMX9200148L, *JORF* du 22 janvier 1993, p. 1588
- ✦ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (NOR : JUSX0400017L, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12187
- ✦ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (NOR : SOCX0500245L), *JORF* n° 163 du 16 juillet 2006, p. 10662, texte n° 1
- ✦ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *JORF* n° 44 du 21 février 2007, p. 3052
- ✦ Loi de modernisation de l'économie, dite « LME » n° 2008-776 du 4 août 2008, NOR : ECX0808477L, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, p. 12471 *AJDI*, 2007, p. 280, obs. Stéphane PRIGENT ; *Rec. Dalloz*, 2007, n° 22, p. 1492, actualité législative par Christophe JAMIN ; *Rec. Dalloz*, 2007, n° 20, pp. 1347-1374, Dossier sur la fiducie ; *RTD civ.*, 2007, n° 2, p. 412, obs. Judith ROCHFELD
- ✦ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, NOR : IOCX0912932L, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 969
- ✦ Loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010, NOR : BCRX1028078L, *JORF* n°302 du 30 décembre 2010, p. 23127
- ✦ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, NOR : BCRX0929142L, *JORF* n° 115 du 18 mai 2011, p. 8537
- ✦ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, NOR : INTX1238496L, *JORF* n° 114 du 18 mai 2013, p. 8242
- ✦ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, NOR : EFIX1239994L, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2013, p. 12530

- ✦ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, NOR : RDFX1331975L, *JORF* n° 0151 du 2 juillet 2014 p. 10897
- ✦ Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, NOR : FCPX1422605L, *JORF* n°301 du 30 décembre 2014, p. 22828
- ✦ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF* n° 0182 du 8 août 2015, p. 13705, article 62

B. Ordonnances

- ✦ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat, NOR : ECOX0400035R, *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994
- ✦ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (NOR : ECOX0500022R, *JORF* n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014
- ✦ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, *JORF* n° 0295 du 21 décembre 2014, p. 21647, NOR : EINX1412185L.
- ✦ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, NOR : EINM1506103R, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602
- ✦ Ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF* n° 210 du 11 septembre 2015, p. 15851

C. Décrets

- ✦ Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (NOR : ECOM0520014D)
- ✦ Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (NOR : ECOM0520019D, *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20782)
- ✦ Décret n° 2009-569 du 20 mai 2009 relatif à l'exclusion du champ d'application de la taxe locale d'équipement des constructions réalisées au titre d'un contrat de partenariat ou d'autres contrats emportant transfert de maîtrise d'ouvrage publique, modifiant l'article 317 bis du Code général des impôts sur la taxe locale d'équipement, NOR : DEVU0830475D, *JORF* n°119 du 24 mai 2009 p. 8641



- ✦ Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JORF* n° 0276 du 28 novembre 2009, p. 20566
- ✦ Décret n° 2012-87 du 25 janvier 2012 relatif aux exonérations de la taxe d'aménagement prévues par l'article L. 331-7 du Code de l'urbanisme, NOR : DEVL1122562D, *JORF* n° 23 du 27 janvier 2012, p. 1514
- ✦ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, NOR : EFIX1205948D, *JORF* n° 262 du 10 novembre 2012, p. 17713, texte n° 6
- ✦ Décret n° 2015-909 du 23 juillet 2015 pris pour l'application de l'article L. 1611-7 du code général des collectivités territoriales, NOR : RDFB1510190D, *JORF* n° 170 du 25 juillet 2015, p. 12700, texte n° 48 ; *JCP A*, 2015, n° 35, act. n° 680, note Hélène PAULIAT

D. Circulaires

- ✦ Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics, *JORF* du 7 novembre 1976, p. 6472
- ✦ Circulaire du Premier ministre du 15 janvier 1988 relative aux rapports entre l'État et les associations bénéficiaires de financements publics, n° 3300/SG
- ✦ Circulaire de la Direction générale des collectivités territoriales du 29 avril 2011, *Le régime juridique des sociétés publiques locales*, NOR : COT/B/11/08052/C

E. Instructions

- ✦ Instruction Direction Générale des Finances Publiques, n° BOI-IS-CHAMP-30-30-20-20120912, du 12 septembre 2012
- ✦ Instruction Direction Générale des Finances Publiques, n° BOI-ENR-DMTOI-10-80-10-20140409, du 9 avril 2014
- ✦ Instruction de la Direction Générale des Finances Publiques, n° BOI-ENR-DMTOI-10-90-20-20140917, du 17 septembre 2014
- ✦ Instruction de la Direction Générale des Finances Publiques, n° BOI-ENR-DMTOI-10-10-10-20150401, du 4 avril 2015

F. Réponses ministérielles

- ✦ Réponse ministérielle à la question écrite de Madame Pascale Got n° 100137, *JO Assemblée nationale* du 26 avril 2011, p. 4238

- ✦ Réponse ministérielle à la question écrite de Monsieur Jean-Luc Moudenc au Ministère de l'économie et des finances, n° 22814, *JO Assemblée nationale* du 22 octobre 2013, p. 11062

G. Avis de la Commission de néologie

- ✦ Commission de néologie, Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés), NOR : CTNX0825937X, *JORF* du 19 novembre 2008, p. 17687, texte n° 97

H. Propositions de lois

- ✦ Proposition de loi au Sénat n° 594 présentée par Monsieur Jean-Léonce DUPONT, enregistrée à la présidence du Sénat le 27 juillet 2009, tendant à créer des sociétés locales de partenariat
- ✦ Proposition de loi à l'Assemblée nationale n° 1915 présentée par Monsieur Roland BLUM, enregistrée à la présidence le 15 septembre 2009, tendant à créer des sociétés locales de partenariat
- ✦ Propositions de loi au Sénat n° 78, 80 et 81 présentées par Messieurs Jean-Léonce DUPONT, Hervé MARSEILLE et les membres du groupe UDI-UC, enregistrées à la présidence le 16 octobre 2013, tendant à la création des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat
- ✦ Propositions de loi à l'Assemblée nationale n° 1487 et 1541 présentées par Mesdames et Messieurs Jean-Marie SERMIER, Guy GEOFFROY, Nicole AMELINE, Véronique LOUWAGIE, Éric STRAUMANN, Martial SADDIER, Jean-Pierre DECOOL, Alain MARTY, Patrick BALKANY et Patrick HETZEL, enregistrées à la présidence le 23 octobre 2013, tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat
- ✦ Proposition de loi à l'Assemblée nationale n° 1521 présentée par Mesdames et Messieurs Erwann BINET, Hugues FOURAGE, Philippe BIES, Pascale CROZON, Olivier DUSSOPT, Bernadette LACLAIS, Alain ROUSSET et Gilles SAVARY, enregistrée à la présidence le 6 novembre 2013, tendant à la création des sociétés d'économie mixtes dites SEM contrat

§3 Textes italiens

A. Lois

- ✦ Loi n° 2248/1865, du 20 mars 1865, *Loi sur le contentieux administratif (Annexe E)* (« *Legge sul contenzioso amministrativo (Allegato « E »)* »), GURI, n° 101, 27 avril 1865
- ✦ Loi n° 5992 du 31 mars 1889, créant une section du Conseil d'État pour la justice administrative (« *Costituzione di una sezione nel Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa* »), GURI, n° 78, 1^{er} avril 1889, p. 977
- ✦ Loi cadre sur les travaux publics (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), n° 109/1994, 11 février 1994, GURI, n° 41 du 19 février 1994, supplément ordinaire n° 29
- ✦ Loi n° 205/2000 du 21 juillet 2000, réformant la juridiction administrative (*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*), GURI n° 173 du 16 juillet 2000
- ✦ Loi n° 267/2000, 18 août 2000, Texte unique des lois sur l'organisation des entités locales (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), GURI n° 227, 28 sept. 2000, supplément ordinaire n° 162 modifié
- ✦ Loi n° 163/2006 du 12 avril 2006, portant codification des règles en matière de marchés publics de travaux, services et fournitures (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), GURI n° 100, du 2 mai 2006, supplément ordinaire n° 107
- ✦ Loi n° 133/2008 du 6 août 2008, portant modification de la loi de finances pour 2008 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n° 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), GURI, n° 195, 21 août 2008, supplément ordinaire n° 196
- ✦ Loi n° 148/2011, du 14 septembre 2011, portant transformation en loi du décret-loi (modifié) du 13 août 2011, prévoyant des mesures urgentes pour la stabilisation financière et le développement. Portant délégation au gouvernement pour la réorganisation territoriale des tribunaux (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*), GURI, n° 216, 16 septembre 2011

B. Référendums

- ✦ Référendum abrogatif des 12 et 13 juin 2011, organisé conformément à l'article 75 de la Constitution italienne

DECISIONS DE JUSTICE ET AVIS

§1 Juridictions européennes

A. Arrêts de la Cour de justice

- ✦ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend et Loos*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 ; *Rec.*, 1963, p. 3 ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 623, note Jean BRÉBAN
- ✦ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre ENEL*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 ; *Rec.*, 1964, p. 1141 ; *Journal du droit international*, 1965, p. 697, note Robert KOVAR ; *RTD eur.*, 1965, p. 369, note Bruno De WITTE
- ✦ CJCE, 3 septembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74, ECLI:EU:C:1974:131 ; *Rec.*, 1974, p. 1299
- ✦ CJCE, 10 mars 1987, *Commission des communautés européennes contre République italienne*, aff. 199/85, ECLI:EU:C:1987:115 ; *Rec.*, 1987, p. 1039
- ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes B.V. contre Pays-Bas*, aff. C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422, *Rec.*, 1988, p. I-4635
- ✦ CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, aff. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, *Rec.*, 1988, p. 5483 ; *Journal du droit international*, 1989, p. 428, chron. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE
- ✦ CJCE, 19 mars 1991, *République française contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120 ; *Rec.*, 1991, p. 1223 ; *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2004, n° 2, p. 2 (supplément au *JCP E*, 2004, n° 19), note Stéphane RODRIGUES ; *Droit administratif*, 1991, p. 540, chron. Pierre LE MIRE ; *Gaz. Pal.*, 1991, III, doctrine, p. 271, note Michel BAZEX ; *RMCUE*, 1991, n° 3, p. 245, note Alfonso Mattera ; *RFDA*, 1992, n° 2, note Didier NEDJAR
- ✦ CJCE, 17 novembre 1992, *Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République italienne contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, ECLI:EU:C:1992:440 ; *Rec.*, 1992, p. I-5833 ; *Revue Europe*, 1993, n° 1, p. 19, note Laurence IDOT
- ✦ CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff. C-159/91 et Daniel Pistre contre *Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)* C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 ; *Rec.*, 1993, p. I-00637 ; *JCP G*, 1993, n° 38, p. 373, comm. n° I 3702, chron. Marie-Chantal BOUTARD ; *RMCUE*, 1993, n° 372, p. 812, chron. Louis VOGEL
- ✦ CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91 ; *Rec.*, 1993, p. I-2533, ECLI:EU:C:1993:198 ; *AJDA*, 1993, n° 12, p. 865, note Francis HAMON ; *LPA*,

1993, n° 147, p. 22, note Louis CARTOU ; *RTD eur.*, 1994, n° 1, p. 39, note Anne WACHSMANN et Frédérique BERROD

- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA contre Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria et Gran Casino de Las Palmas SA*, aff. C-331/92, ECLI:EU:C:1994:155 ; *Rec.*, 1994, p. 1329 ; *RDI*, 1994, p. 441, note François LLORENS et Philippe TERNEYRE
- ✦ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4, *Rec.*, 1998, p. I-73 ; *Cahiers de droit européen*, 1998, n° 3-4, p. 389, note Claire-Françoise DURAND et Sean VAN RAEPENBUSCH ; *RDI*, 1998, p. 238, note François LLORENS et Philippe TERNEYRE
- ✦ CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) contre Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's inspector of axes)*, aff. C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370, *Rec.*, 1998, p. I-4695 ; *RTD com.*, 1998, p. 983, note Gérard JAZOTTES
- ✦ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, *Rec.*, 1998, p. I-6821 ; *BJCP*, n° 2, p. 155 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 4, p. 45, concl. Antonio La PERGOLA et note Henri CHAVRIER (p. 101) ; *RDI*, 1999, p. 229, note François LLORENS
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, ECLI:EU:C:1999:400 ; *Rec.*, 1999, p. I-5219 ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 6, p. 23
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 ; *Rec.*, 1999, p. I-8121 ; *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43, concl. Georges COSMAS ; *Revue Europe*, 2000, n° 1, p. 22, comm. n° 28, note Fabienne KAUFF-GAZIN
- ✦ CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98, ECLI:EU:C:2000:663 ; *Rec.*, 2000, p. I-10663 ; *JCP G*, 2001, n° 25, p. 1227, chron. n° II 10551, par David POUCHARD ; *Journal du droit international*, n° 2, p. 616, note Claude J. BERR ; *RTD com.*, 2002, n° 3, p. 578, note Gérard JAZOTTES
- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, *Rec.*, 2000, p. I-10745 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 132, concl. Nial FENNELLY ; *CMP*, 2001, n° 2, p. 24, comm. n° 50, note François LLORENS ; *Droit administratif*, 2001, n° 4, p. 17, comm. n° 85, note Marie-Yvonne BENJAMIN ; *LPA*, 2001, n° 85, p. 13, note Bruno CANTIER et Arnaud TROIZIER
- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 ; *Rec.*, 2000, p. I-11037 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 121 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 121, concl. Philippe LÉGER ; *CMP*, 2001, n° 2, p. 11, comm. n° 36, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; *LPA*, 2001, n° 56, p. 14, note Yves CLAISSE ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 2000, n° 11, p. 75, note Christien BETTINGER
- ✦ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 ; *Rec.*, 2000, p. 11569 ; *Journal de droit européen*, 2003, n° 96, p. 8, note Fabien LAGONDET
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 ; *Rec.*, 2001, p. I-08089 ; *JCP E*, 2002, n° 37, p. 1429, comm. n° 1251, note Christian GAVALDA et Gilbert PARLÉANI ; *LPA*, 2002, n° 21, p. 16, chron. Pierre ARHEL ; *RTD com.*, 2002, p. 396, note Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO



- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy*, aff. C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 ; *Rec.*, 2003, p. I-5321 ; *AJDA*, 2004, n° 10, p. 526, note Michaël KARPENSCHIF ; *AJDA*, 2003, n° 29, p. 1558, note Thomas GLIOZZO ; *RJEP*, 2004, n° 611, p. 313, chron. Florence MALVASIO ; *Revue Lamy droit des aff.*, 2003, n° 63, p. 56, note Claire DEMUNCK ; *Revue Europe*, 2003, n° 7, p. 17, comm. n° 247, note Dominique RITLÉNG ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée générale*, 2003, n° 78, note André-Paul WEBER
- ✦ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 ; *Contrats concurrence consommation*, 2003, n° 12, p. 29, note Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO ; *Rec.*, 2003, p. I-7747 ; *Gaz. Pal.*, 2003, n° 99, p. 35, concl. Philippe LÉGER ; *Gaz. Pal.*, 2004, n° 163, p. 52, note Mario NICOLELLA ; *JCP A*, 2003, n° 38, p. 1200, comm. n° 1822, note Frédéric BOUDIER ; *JCP E*, 2003, n° 47, p. 1849, comm. n° 1624, note Gilles De DAVID ; *Journal de droit européen*, 2004, n° 105, p. 6, note Vassilios KARAYANNIS et Julien De BEYS ; *Rec. Dalloz*, 2003, n° 41, p. 2814, p. 41, note Jean-Louis CLERGERIE ; *RTD eur.*, 2004, n° 1, p. 33, note Stéphane BRACQ ; *Revue Europe*, 2003, n° 10, p. 26, comm. n° 330, note Laurence IDOT
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 ; *Rec.*, 2005, p. I-1 ; *BJCP*, 2005, n° 41, p. 258, note Jean-François SESTIER ; *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180, note Christine MAUGÜÉ ; *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 138, chron. Bertrand Du MARAIS, Antoine GOSSET-GRAINVILLE et Stéphane RODRIGUES ; *CMP*, 2005, n° 3, p. 39, comm. n° 87, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2005, n° 3, p. 22, comm. n° 36, note Antoine ALONSO GARCIA et Amélie MAILLIARD ; *LPA*, 2005, n° 124, p. 14, note Sébastien MARCIALI ; *RDUE*, 2005, n° 4, p. 845, note Bettina KOTSCHY ; *Revue Europe*, 2005, n° 3, p. 20, comm. n° 86, note Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée générale*, 2005, n° 156, note Jean-Pierre LEHMAN
- ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14 ; *Rec.*, 2005, p. I-139 ; *CMP*, 2005, n° 3, p. 24, comm. n° 69, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2005, n° 12, p. 21, comm. n° 411, note Éric MEISSE
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 ; *Rec.*, 2005, p. I-8585 ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 414, note Emmanuel GLASER ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 454, concl. Juliane KOKOTT ; *AJDA*, 2005, n° 47, p. 1712, comm. n° 1364 ; *CMP*, 2005, n° 12, p. 28, comm. n° 306, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2005, n° 12, p. 22, comm. n° 167, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *RDUE*, 2005, n° 4, p. 845, note Bettina KOTSCHY ; *Revue Europe*, 2005, n° 12, p. 18, comm. n° 411, note Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition privée générale*, 2005, n° 187, note Jean-Pierre LEHMAN ; *Revue des contrats*, 2006, n° 2, p. 493, note Pierre BRUNET
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 12 mai 2005, *RAL (Channel Islands) Ltd and Others v Commissioners of Customs and Excise*, aff. C-452/03, ECLI:EU:C:2005:289 ; *Rec.*, 2005, p. 3947
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consozjo Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 ; *Rec.*, 2005, p. I-7287 ; *AJDA*, 2005, n° 43, p. 2377, chron. Laurent RICHER, Pierre-Alain JEANNENEY et Nicolas CHARBIT ; *BJCP*, 2005, n° 43, p. 446, concl. Christine STIX-HACKL ; *BJCP*, 2005, n°

- 42, p. 414, note Emmanuel GLASER ; *CMP*, 2005, n° 11, p. 17, comm. n° 280, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2005, n° 49, p. 1783, comm. n° 1375, note Olivier DUBOS ; *Revue des contrats*, 2006, n° 2, p. 493, note Pierre BRUNET ; *Revue Europe*, 2005, n° 10, p. 23, comm. n° 338, note Laurence IDOT
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 27 octobre 2005, *Levob Verzekeringen BV et OV Bank NV contre Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-41/04, ECLI:EU:C:2005:649 ; *Rec.*, 2005, p. 9433 ; *Bull. des concl. fiscale*, 2006, n° 1, p. 29, concl. Juliane KOKOTT ; *Revue de droit fiscal*, 2006, n° 23, p. 1097 ; *RTD eur.*, 2007, n° 1, p. 111, chron. Dominique BERLIN
 - ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670 ; *Rec.*, 2005, p. I-09705 ; *CMP*, 2006, n° 1, p. 10, note Gabriel ECKERT ; *Revue Europe*, 2006, n° 1, p. 18, comm. n° 16, note Éric MEISSE ; *Droit administratif*, 2006, n° 10, p. 490, chron. n° I 120, chron. sous la direction de Claudie BOITEAU, spéc. pt 13 ; *LPA*, 2006, n° 14, p. 6, note Marce PELTIER ; *Rec. Dalloz*, 2006, n° 6, p. 423, note Muriel DREIFUSS
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 13 décembre 2005, *Marks et Spencer plc contre David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 ; *Rec.*, 2005, p. I-10837 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2006, n° 3, p. 352, note Éric GINTER ; *Droit des sociétés*, 2006, n° 2, p. 32, note Jean-Luc PIERRE ; *LPA*, 2005, n° 250, p. 3, note Bernard BOUTEMY et Éric MEIER ; *Option finance*, 2006, n° 864, p. 20, note Melchior WATHELET et Francis LEFEBVRE ; *Option finance*, 2006, n° 866, p. 28, note Nicolas MELOT ; *Revue Europe*, 2006, n° 2, p. 21, comm. n° 48, note Flavien MARIATTE ; *Revue Lexbase Hebdo-Édition fiscale*, 2006, n° 197, note Valérie Le QUINTREC ; *RTD com.*, 2006, n° 2, p. 415, note Claude CHAMPAUD et Didier DANET ; *RTD com.*, 2006, n° 2, p. 513, note Gérard JAZOTTES ; *RTD eur.*, 2007, n° 1, p. 75, note Catherine PRIETO ; *RJEP*, 2006, n° 631, p. 197, note Laurent VALLÉE
 - ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 décembre 2005, *Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-63/04, ECLI:EU:C:2005:773 ; *Rec.*, 2005, p. 11087
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, *Rec.*, 2006, p. 1609 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2006, n° 5, p. 62, concl. Luis Miguel POIARES MADURO ; *Droit et patrimoine*, 2006, n° 154, p. 86, note Daniel GUTMANN et Éric PORNIN ; *Revue Europe*, 2006, n° 4, pp. 27-28, comm. n° 128, note Flavien MARIATTE ; *Revue Lexbase Hebdo - Édition fiscale*, 2006, n° 205, note Yolande SÉRANOUR ; *Revue de droit fiscal*, 2008, n° 23, p. 8, note Pierre FERNOUX ; *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 1006, note Florence DEBOISSY
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *BUPA Hospitals Ltd et Goldsborough Developments Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-419/02, ECLI:EU:C:2006:122, *Rec.*, 2006, p. 1685
 - ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 ; *Rec.*, 2006, p. I-3303 ; *CMP*, 2006, n° 5, p. 14, comm. n° 131, note Willy ZIMMER ; *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 163, note Bertrand Du MARAIS ; *LPA*, 2006, n° 146, p. 20, chron. Pierre ARHEL ; *RDI*, 2006, n° 3, p. 222, note Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, 2006, n° 6, p. 14, comm. n° 189, note Éric MEISSE
 - ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308 ; *Rec.*, 2006, p. I-4137 ; *BJCP*, 2006, n° 47, p. 273, concl. Christine STIX-HACKL ; *CMP*, 2006, n° 7, pp. 14-16, comm. n° 123, note Gabriel ECKERT ; *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2006, n° 40, p. 10, chron. Michel LEJEUNE, Frédéric FONT et Catherine HOUDANT ; *Droit administratif*, 2006, n° 10, comm. n° 148, p. 21, note Alain



- MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2006, n° 23, p. 753, comm. n° 1125, note Florian LINDITCH ; *LPA*, 2007, n° 56, p. 10, chron. Pierre ARHEL ; *LPA*, 2004, n° 138, p. 3, chron. Laurent VIDAL ; *Revue Europe*, 2006, n° 7, p. 19, comm. n° 211, noe Éric MEISSE ; *Revue Lexbase Hebdo – édition publique*, 2006, n° 8, note Olivier DUBOS
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, *Rec.*, 2006, p. I-7995 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2006, n° 12, p. 1399, note Cyril VALENTIN et Delphine CHARRIER-BLESTEL ; *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2006, n° 42, p. 4, note Michel LEJEUNE, Frédéric FONT, Karine MAILLARD et autres ; *JCP E*, 2006, n° 49, comm. n° 2769, note Éric MEIER et Bernard BOUTEMY ; *Revue des affaires européennes*, 2007, n° 1, p. 57, note Benoît DELAUNAY ; *LPA*, 2006, n° 110, p. 4, note Éric MEIER ; *Revue Europe*, 2006, n° 11, pp. 18-20, comm. n° 314
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, *Rec.*, 2006, p. 9521 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 254-255, p. 35, note Michel VAN-HUFFEL ; *Revue Europe*, 2006, n° 12, p. 22, comm. n° 369, note Fabienne KAUFF-GAZIN ; *RTD eur.*, 2007, n° 1, p. 75, chron. Catherine PRIETO
 - ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 18 janvier 2007, *Jean Auroux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, *Rec.*, 2007, p. I-385 ; *AJDA*, 2007, n° 21, p. 1124, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *AJDA*, 2007, n° 2, p. 150, chron. Jean-DAVID Dreyfus ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 184, concl. Juliane KOKOTT ; *CMP*, 2007, n° 2, p. 13, comm. n° 38, note Willy ZIMMER ; *CMP*, 2007, n° 6, p. 5, étude n° 13, par Hélène PAULIAT ; *Droit administratif*, 2007, n° 5, p. 32, comm. n° 71, note Antoine ALONSO GARCIA ; *JCP A*, 2007, n° 7, p. 18, comm. n° 2028, note Claude DEVÈS ; *LPA*, 2007, n° 124, p. 13, note Sébastien MARCIALI ; *Revue Europe*, 2007, n° 3, p. 18, comm. n° 91, note Éric MEISSE ; *LPA*, 2007, n° 146, p. 16, note Hervé de GAUDEMAR ; *RLCT*, 2007, n° 23, p. 41, note Jean-Philippe LEVY et Antony FAGE
 - ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 ; *Rec.*, 2007, p. I-2999 ; *AJDA*, 2007, n° 21, p. 1125, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *AJDA*, 2007, n° 32, p. 1759, note Éric De FENOYL ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 297, note Rémy SCHWARTZ ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 297, note Rémy SCHWARTZ ; *BJCP*, 2007, n° 55, p. 430, note Antoine TABOUIS ; *Droit administratif*, 2007, n° 7, p. 22, comm. n° 101, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, n° 12, p. 56, note Davide PIAZZONI ; *Revue Europe*, 2007, n° 6, p. 62, comm. n° 163, note Laurence IDOT
 - ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 28 juin 2007, *Planzer Luxembourg Sàrl contre Bundeszentralamt für Steuern*, aff. C-73/06, ECLI:EU:C:2007:397, *Rec.*, 2007, p. 5655
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 8 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-337/05, ECLI:EU:C:2008:203 ; *Rec.*, 2008, p. I-02173 ; *AJDA*, 2008, n° 33, p. 1834, note Paul PEYRET ; *BJCP*, 2008, n° 59, p. 249, concl. Ján MAZÁK ; *Revue Europe*, 2008, n° 6, p. 20, comm. n° 186, note Denys SIMON
 - ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 ; *Rec.*, 2008, p. I-04401 ; *AJDA*, 2008, n° 36, p. 2008, note Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 336, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2008, n° 8, p. 22, comm. n° 186, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2008, n° 10, p. 38, comm. n° 132, note Rozen NOGUELLOU ; *RDI*, 2008,

- n° 10, p. 501, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2011, n° 1, p. 98, note Hélène HOPFFNER
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contre Elliniko Dimosio*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 ; *Rec.*, 2008, p. I-4863 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 81-83, p. 22, note Julien ZYLBERSTEIN ; *Revue Europe*, 2008, n° 8, p. 28, comm. n° 276, note Laurence IDOT ; *Revue Lamy Droit des aff.*, 2008, n° 31, p. 67, note Véronique SÉLINSKY et Sylcie CHOLET
 - ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 17 juillet 2008, *Commission contre République Italienne*, C-371/05, ECLI:EU:C:2008:410, *Rec.*, 2008, p. I-110 ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 343, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2008, n° 8-9, p. 16, comm. n° 183, note Willy ZIMMER ; *RDI*, 2008, n° 10, p. 500, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2008, n° 10, p. 26, comm. n° 318, note Denys SIMON ; *RJEP*, 2008, n° 659, p. 11, comm. n° 51, note Francis DONNAT
 - ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, *Rec.*, 2008, p. I-8457 ; *BJCP*, 2009, n° 62, p. 62, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2009, n° 2, p. 17, comm. n° 34, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2009, n° 2, p. 19, comm. n° 22, note Roberto CARANTA ; *Journal de droit européen*, 2009, n° 156, p. 48, note Jean-Marc WOLTER ; *RDI*, 2009, n° 2, p. 115, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RDUE*, 2011, n° 3, p. 381, note Giacomo GATTINARA
 - ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 29 janvier 2009, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contre Ministero della Giustizia et Marco Cavallera*, aff. C-311/06, ECLI:EU:C:2009:37, *Rec.*, 2009, p. 415
 - ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 19 mai 2009, *Assitur Srl contre Camera di Comercio, Industria Artigianato et Agricoltura di Milano*, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 ; *Rec.* 2009, p. I-4219 ; *AJDA*, 2009, n° 28, p. 1535, note Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *CMP*, 2009, n° 7, p. 28, comm. n° 227, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2009, n° 7, comm. n° 272, p. 13, note Elsa BERNARD
 - ✦ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 ; *Rec.*, 2009, p. I-4747 ; *AJDA*, 2009, n° 31, p. 1715, chron. Jean-David DREYFUS et Stéphane RODRIGUES ; *CMP*, 2009, n° 7, p. 25, comm. n° 226, note Hélène HOEPFFNER ; *JCP A*, 2009, n° 27, comm. n° 2158, note Philippe PROOT, p. 39 ; *JCP A*, 2009, n° 44, p. 23, comm. n° 2248, note François LICHÈRE et Florian LINDITCH ; *JCP G*, 2010, n° 13, p. 662, comm. n° 363, note André CHAMINADE ; *LPA*, 2009, n° 151, p. 10, note Jean-Mathieu GLATT ; *RDI*, 2009, n° 9, p. 469, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2009, n° 8, p. 23, comm. n° 307, note Denys SIMON ; *RDUE*, 2009, n° 3, p. 570, note Beate PIRKER ; *RDUE*, 2011, n° 3, p. 381, note Giacomo GATTINARA ; *RJEP*, 2009, n° 670, p. 23, comm. n° 54, note Ana SANTAMARÍA DACAL ; *RLCT*, 2009, n° 50, p. 55, note Christophe MONDOU
 - ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532 ; *Rec.*, 2009, p. 8127 ; *AJDA*, 2009, n° 40, p. 2226, note Rémi SERMIER et David EPAUD ; *CMP*, 2009, n° 10, p. 15, comm. n° 305, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2009, n° 43, p. 27, comm. n° 2242, note Claude DEVÈS ; *Revue Europe*, 2009, n° 11, p. 24, comm. n° 413, note Denys SIMON
 - ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 ; *Rec.*, 2009, p. I-9913 ; *AJDA*, 2009, n° 41, p. 2276, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; *AJDA*, 2010, n° 2, p. 104, note Jean-David DREYFUS et Marc PELTIER ; *BJCP*, 2010, n° 68, p. 39, concl. Damaso Ruiz-Jarabo COLOMER ; *CMP*, 2010, n° 1, p. 37, comm. n° 35, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2009,



- n° 51, p. 35, comm. n° 2299, note Claude DEVÈS ; *RDI*, 2010, n° 3, p. 153, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RLCT*, 2010, n° 53, p. 39, note Régis PASSERIEUX et Bernard THIN ; *Revue Europe*, 2009, n° 12, p. 23, comm. n° 455, note Denys SIMON
- ✦ CJUE, Grande Chambre, 13 avril 2010, *Wall AG contre La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182, *Rec.*, 2010, p. I-2815 ; *AJDA*, 2010, n° 17, p. 937, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Francis DONNAT ; *CMP*, 2010, n° 6, p. 32, comm. n° 222, par Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2010, n° 7, p. 25, comm. n° 109 par Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2011, n° 2, p. 429, obs. Ann Lawrence DURVIAUX ; *RDI*, 2010, n° 7, p. 385, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2011, n° 1, p. 98, note Hélène HOEPFFNER
 - ✦ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes), ECLI:EU:C:2012:758 ; *ACCP*, 2013, n° 123, p. 10, note Séverine CHAVAROCLETTE-BOUFFERET ; *ACCP*, 2013, n° 129, p. 65, note Yann SIMMONNET ; *AJDA*, 2013, n° 6, p. 335, chron. Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY et Hervé CASSAGNABÈRE ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 109, concl. Pedro Cruz BILLALON ; *CMP*, 2013, n° 1, p. 21, comm. n° 1, note Willy ZIMMER ; *CMP*, 2013, n° 4, étude n° 4, par Claude DEVÈS ; *Construction-Urbanisme*, 2013, n° 1, p. 11, comm. n° 1, note Xavier COUTON ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2013, n° 2, p. 36, comm. n° 38, note Arnaud SÉE ; *RDI*, 2013, n° 4, p. 212, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Europe*, 2013, n° 1, p. 33, comm. n° 26, note Denys SIMON ; *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 341, note Ann Lawrence DURVIAUX
 - ✦ CJUE, Grande Chambre, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 ; *AJDA*, 2013, n° 11, p. 630, note Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 119, concl. Verica TRSTENJAK ; *CMP*, 2013, n° 3, p. 19, comm. n° 64, note Willy ZIMMER ; *Rec. Dalloz*, 2013, n° 5, p. 309, obs. David CAPITANT ; *RDI*, 2013, n° 4, p. 213, obs. Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 346, note Ann Lawrence DURVIAUX
 - ✦ CJUE, 1^{ère} Chambre, 3 avril 2014, *France contre Commission*, aff. C-559/12, ECLI:EU:C:2014:217 ; *JOUE* C 159 du 26 mai 2014, pp. 8-9 ; *AJDA*, 2014, n° 22, p. 1242, chron. Martine LOMBARD ; *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2014, n° 3, p. 139, note Benjamin CHEYNEL ; *Concurrences*, 2014, n° 3, p. 146, note Jacques DERENNE ; *Droit administratif*, 2014, n° 7, p. 25, comm. n° 42, note Michel BAZEX ; *Revue Lamy droit des aff.*, 2014, n° 93, p. 51, note Angélique FARACHE ; *Revue Europe*, 2014, n° 6, p. 34, comm. n° 266, note Laurence IDOT ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2014, n° 40, p. 40, note Benjamin CHEYNEL
 - ✦ CJUE, 5^{ème} Chambre, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informationssystem GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303 ; *ACCP*, 2014, n° 145, p. 9, note Séverine CHAVAROCLETTE-BOUFFERET ; *AJDA*, 2014, n° 35, p. 2001, note Yann SIMMONNET ; *CMP*, 2014, n° 6, p. 73, comm. n° 169, note Willy ZIMMER ; *Revue Europe*, 2014, n° 7, p. 27, comm. n° 299, note Marie MEISER ; *RTD eur.*, 2015, n° 2, p. 402, chron. Ann Lawrence DURVIAUX
 - ✦ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal* (« SUCH »), C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004 ; *AJDA*, 2014, p. 1301, obs. Jean-Marc PASTOR ; *CMP*, 2014, n° 10, p. 29, comm. n° 256, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2014, n° 41, p. 13, comm. n° 2279, note Sébastien

BRAMERET ; *Revue Europe*, 2014, n° 8, p. 26, comm. n° 332, par Denys SIMON ; *RTD eur.*, 2015, p. 401, obs. Ann Lawrence DURVIAUX

B. Jugements du Tribunal de l'Union européenne

- ✦ TUE, 8^{ème} Chambre, 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt Contre Commission européenne*, (aff. T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH contre Commission européenne* (T-455/08) ; *Rec.*, 2011, p. II-1311
- ✦ TUE, 6^{ème} Chambre, 20 septembre 2012, *Commission contre République française*, aff. T-154/10 ; ECLI:EU:T:2012:452 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 17, p. 18, n° 11311, chron. Christophe PAULIN et Romain CARAYOL ; *LPA* 2012, n° 256, p. 4, note Piere ARHEL ; *Concurrences*, 2013, n° 1, p. 151, note Jacques DERENNE ; *Revue Lamy de la concurrence*, 2013, n° 36, p. 56, note Séverine SCHRAMECK ; *Revue Europe*, 2012, n° 11, p. 39, note Laurence IDOT

C. Avis du Comité économique et social

- Comité économique et social, *Avis sur les « Propositions de décisions du Conseil relatives aux programmes spécifiques mettant en oeuvre le quatrième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions communautaires de recherche, de développement technologique et de démonstration » (1994-1998)*, JOCE C 393 du 31 décembre 1994, pp. 117-163, pt 4.2.10
- Comité économique et social européen, section de l'énergie et des affaires nucléaires, *Avis sur le programme de recherche (1983-1987) en matière de prospective et d'évaluation de la science et de la technologie (FAST)*, n° 51983AC0541, 1^{er} juin 1983, JOCE C 211 du 8 août 1983, pp. 9-12

D. Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

- ✦ CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, n° 13427/87 ; *Rec.* vol. 301, p. 65, *AJDA*, 1995, p. 124, chron. Jean-François FLAUSS ; *Rec. Dalloz*, 1996, p. 329, note Dominique FIORINA ; *RTD civ.*, 1995, p. 652, obs. Frédéric ZENATI ; *RTD. Civ.*, 1996, p. 1019, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD
- ✦ CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères contre Grèce*, n° 13092/87 et 13984/88 ; *RDI*, 1996, p. 359, obs. Jean-Bernard AUBY et Christine MAUGÜÉ ; *Rec. Dalloz*, 1996, p. 329, note Dominique FIORINA
- ✦ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, n° 7151/75 ; *Annuaire français de droit international*, 1985, p. 415, note Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 228-230, note Gérard COHEN-JONATHAN ; *Journal de droit international*, 1985, p. 205, note Paul TAVERNIER ; *Journal des tribunaux*, 1983, p. 701, note Pierre LAMBERT

§2 Juridictions et institutions françaises

A. Arrêts du Conseil d'État

- ✦ CE, 20 janvier 1905, *Compagnie générale des eaux et services municipaux contre Ville de Langres* ; *Rec.*, 1905, p. 57, concl. Jean ROMIEU
- ✦ CE, Section, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178 ; *Rec.*, 1910, p. 224, concl. Léon BLUM
- ✦ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary contre Préfet de l'Aude*, n° 12045 ; *Rec.*, 1932, p. 595 ; *Rec. Dalloz*, 1932, III, p. 26, concl. Pierre-Laurent JOSSE
- ✦ CE, 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, n° 9673 et 11673 ; *Rec.*, 1934, p. 222
- ✦ CE, Section, 21 décembre 1945, *Sieur Louis et autres* ; *Rec.*, 1945, p. 264
- ✦ CE, 23 janvier 1952, *Secrétaire d'État aux forces armées contre Monsieur Chambouvet*, n° 11778 ; *Rec.*, 1952, p. 50
- ✦ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval contre Ministre des finances et des affaires économiques, Ministre de l'agriculture, Ministre de l'intérieur, Secrétaire d'État au budget et Secrétaire d'État aux affaires économiques*, n° 32401 ; *Rec.*, 1958, p. 246 ; *AJDA* 1958, p. 282, concl. Jean KAHN ; *Rec. Dalloz*, jurisprudence, p. 730, note André De LAUBADÈRE
- ✦ CE, Section, 29 avril 1970, *Sté Unipain contre Ministre des armées*, n° 77935 ; *Rec.*, 1970, p. 280
- ✦ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962 ; *Rec.*, 1971, p. 235 ; *AJDA*, 1971, p. 274, chron. Daniel LABETOULLE et Pierre CABANES ; *RDP*, 1972, p. 234, note Marcel WALINE
- ✦ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738 ; *Rec.*, 1975, p. 326 ; *Rec. Dalloz*, 1976, jurisprudence, p. 3, note Franck MODERNE
- ✦ CE, Section, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo contre Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 05722 ; *Rec.*, 1978, p. 401
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1979, *Ville de Châlons-sur-Marne contre Groupement d'intérêt économique Publicitor*, n° 01881 ; *Rec.*, 1980, tables, p. 752
- ✦ CE, 5^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 14 mars 1980, *Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques (CITREM) contre Recteur de l'Académie de Lille*, n° 03417 ; *Rec.*, 1980, p. 495, note Jean-Pierre THÉRON
- ✦ CE, Section, 7 novembre 1980, *SA Schmid Valenciennes contre Département de la Charente-Maritime*, n° 12060 ; *Rec.*, 1980, p. 416 ; *AJDA*, 1982, p. 155, chron. Christine BRÉCHON-MOULÈNES
- ✦ CE, Section, 13 octobre 1982, *Sté Ascinter-Otis et Société routière Colas*, n° 22054 ; *Rec.*, 1982, p. 339 ; *AJDA*, 1982, p. 729 ; *Droit administratif*, 1982, n° 376 ; *LPA*, 24 janvier 1983, p. 11, note Franck MODERNE

- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux (UTPUR)*, n° 34027 ; *Rec.*, 1983, p. 33 ; *RDP*, 1984, p. 212, note Jean-Marie AUBY ; *RFDA*, 1984, p. 45, note François LLORENS
- ✦ CE, 10^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 1984, *OPHLM de Paris contre Entreprise Olivo*, n° 27584 et 41569 ; *Rec.*, 1984, tables, p. 669
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 6 mai 1985, *Association Eurolat contre Crédit foncier de France*, n° 41589 et 41699 ; *Rec.*, 1985, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620, note Étienne FATÔME et Jacques MOREAU ; *RDP*, 1986, p. 21, note François LLORENS ; *RFDA*, 1986, p. 21, concl. Bruno GENEVOIS ; *RDSS*, 1986, p. 296, note Élie ALFANDARI
- ✦ CE, 7^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 7 mai 1986, *Ministre de l'économie, des finances et du budget contre société Terrabâtir*, n° 49991 ; *Rec.*, 1986, tables, pp. 508-509
- ✦ CE, Section, 11 mai 1987, *Pierre François Divier contre Association pour l'information municipale*, n° 62459 ; *Rec.*, 1987, p. 167 ; *AJDA*, 1987, p. 446, chron. Gilbert AZIBERT et Martine de BOISDEFFRE ; *RDP*, 1988, p. 265, note Jean-Marie AUBY ; *RFDA*, 1988, p. 780, concl. Olivier SCHRAMECK ; *RTD com.*, 1988, p. 85, obs. Élie ALFANDARI et Michel JEANTIN
- ✦ CE, 3^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 18 mars 1988, *Monsieur Loupias contre Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893 ; *Rec.*, 1988, tables, p. 891
- ✦ CE, Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, n° 57000 et 60384 ; *Rec.*, 1989, p. 105 ; *AJDA*, 1989, p. 315, chron. Edmond HONORAT et Éric BAPTISTE ; *RFDA*, 1989, n° 5, p. 466, avec les concl. du Commissaire Marc FORNACCIARI ; *Revue administrative*, 1989, p. 341, note Philippe TERNEYRE ; *RDP*, 1989, p. 1171, note François LLORENS
- ✦ CE, Section, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger contre Sté nouvelle de constructions industrialisées*, n° 65631 ; *JurisData* n° 1989-643368 ; *Rec.*, 1989, tables ; *Rec. Dalloz*, 1990, jurisprudence, p. 229, note Alain BÉNABENT
- ✦ CE, 10^e et 8^e Sous-sections réunies, 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine contre Préfet du Val-de-Marne*, n° 101578 ; *Rec.*, 1992, p. 197 ; *AJDA*, 1992, p. 532 ; *ibid.*, p. 480, chron. Christine MAUGÜÉ et Rémy SCHWARTZ ; *RTD civ.*, 1993, p. 113, obs. Jacques MESTRE
- ✦ CE, Section, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture Alpes-Maritimes contre Conseil général des Alpes-Maritimes*, n° 108696 ; *Rec.*, 1995, p. 142 ; *JurisData* n° 1995-041459 ; *AJDA*, 1995, n° 12, p. 921, note Caroline BRAUD ; *RTD com.*, 1996, p. 84, obs. Élie ALFANDARI
- ✦ CE, 7^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Lambesc*, n° 168325 ; *Rec.*, 1996, p. 137 ; *JurisData* n° 1996-050185 ; *AJDA*, 1996, n° 10, p. 729, note Didier CHAUVAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1996, n° 523, p. 267, avec les concl. note Rémi SAVIGNAT ; *Droit administratif*, 1996, comm. n° 355, note Jean-Bernard AUBY ; *JCP E*, 1997, n° 13, p. 59, note Yves DELAIRE ; *Marchés Publics - La revue de l'achat public*, 1996, n° 292, p. 39, concl. Christophe CHANTEPY ; *RFDA*, 1996, n° 4 p. 715, concl. Christophe CHANTEPY, note Philippe TERNEYRE ; *RTD com.*, 1997, n° 1, p. 91, note Gilbert ORSONI
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 31 juillet 1996, *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n° 126594 ; *AJDA*, 1996, p. 788, note Jean-Paul GILI ; *Rec. Dalloz* 1996, p. 202



- ✦ CE, Section, 3 novembre 1997, *Million et Marais contre Cne de Fleury-les-Aubrais et Sté des Pompes Funèbres Générales*, n° 169907 ; *Rec.*, 1997, p. 406, concl. Jacques-Henri STAHL ; *AJDA*, 1997, n° 12, p. 945, note Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD ; *AJDA*, 1998, n° 3, p. 247, note Olivier GUÉZOU ; *AJDA*, 2014, n° 2, p. 110, note Bruno LASSERRE ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1998, n°2, p. 73, avec les concl. ; *RFDA*, 1997, n° 6, p. 1228, avec les concl. ; *RDP*, 1998, n°1, p. 256, note Yves GAUDEMET
- ✦ CE, Section, 14 décembre 1998, *SARL Levaux contre Régie immobilière de la Ville de Paris*, n° 171861 ; *Juris-Data* n° 1998-051420 ; *Rec.*, 1998, tables, p. 837 ; *BJCP*, 1999, n° 4, p. 332, concl. Henri SAVOIE ; *RDI*, 1999, p. 240, obs. François LLORENS
- ✦ CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-Ouest et Seine-Marais (SMITOM)*, n° 198147 ; *JurisData* n° 1999-117154 ; *Rec.*, p. 229 ; *AJDA*, 1999, n° 9, p. 714, concl. Catherine BERGEAL, note Jean-Marc PEYRICAL ; *BJCP*, 1999, n° 7, p. 607, concl. Catherine BERGEAL ; *Droit de l'environnement*, 1999, n° 73, p. 3, note David BLONDEL ; *RDI*, 1999, n° 4, p. 647, note François LLORENS ; *RFDA*, 1999, n° 6, p. 1134, note Jean-Claude DOUENCE ; *RTD com.*, 2000, n° 1, p. 74, obs. Gilbert ORSONI
- ✦ CE, Section, 4 février 2000, *Epad contre SNC Coeur Défense*, n° 202981 ; *Juris-Data* n° 2000-060068 ; *Rec.*, 2000, p. 31 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2000, n° 4, p. 19, concl. Catherine BERGEAL ; *JCP G*, 2000, IV, 2119, obs. Marie.-Christine ROUAULT ; *Droit administratif*, 2000, comm. 77 ; *Collectivités – Intercommunalité*, 2000, comm. n° 31, note Jacques MOREAU
- ✦ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 ; *JurisData* n° 2001-062987 ; *Rec.*, 2001, p. 401 ; *BJCP*, 2001, n° 19, p. 497, concl. Catherine BERGEAL, note Rémy SCHWARTZ ; *CMP*, 2001, n° 10, chron. 14, p. 4, chron. François LLORENS ; *RDI*, 2002, n° 1, p. 61, note Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, n°2, p. 22, comm. n° 60, par Pierre CASSIA ; *RTD com.*, 2002, n° 1, p. 53, obs. Gilbert ORSONI.
- ✦ CE, Ass., 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)*, n° 233372 ; *Rec.*, 2003, p. 107 ; *AJDA*, 2003, n° 14, p. 722, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS ; *BJCP*, 2003, n° 28, p. 209, concl. Denis PIVETEAU ; *JCP A*, 2003, n° 14, p. 424, comm. Florian LINDITCH, concl. Denis PIVETEAU ; *Rec. Dalloz*, 2003, p. 851, note Jean-David DREYFUS ; *RDI*, 2003, p. 269, note Michel DEGOFTE et Jean-David DREYFUS ; *Revue Lamy droit des aff.*, n° 59, p. 5, note Nil SYMCHOWICZ
- ✦ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris contre Premier ministre*, n° 238039 ; *Juris-Data* n° 2003-064978 ; *Rec.*, 2003, p. 89 ; *AJDA*, 2003, n° 14, p. 718, note Francis DONNAT et Didier CASAS ; *BJCP*, 2003, n° 28, p. 209, concl. Denis PIVETEAU ; *CMP*, 2003, n° 4, p. 20, comm. n° 68, par Philippe DELELIS (avec les concl., p. 4, chron. 4) ; *JCP A*, 2003, n° 13, p. 890, comm. n° 1285, note Florian LINDITCH ; *JCP A*, 2003, n° 14, p. 427, comm. n° 1322, avec les concl. ; *RDI*, 2003, n° 3, p. 269, note Michel DEGOFTE et Jean-David DREYFUS ; *Revue Europe*, 2003, n° 4, p. 14, comm. n° 130 ; *Revue Lamy droit des aff.*, n° 59, p. 5, note Nil SYMCHOWICZ
- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 18 mai 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Sté. Sagal*, n° 267087 ; *Juris-Data* n° 2005-080715 ; *Rec.*, 2005, p. 203 ;

- Revue de droit fiscal*, 2005, n° 44, p. 1715, étude n° 39 par Guillaume GOULARD et Gide LOYRETTE NOUEL ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2005, n° 8, n° 910, chron. Yves BÉNARD ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2005, n° 12, p. 943 ; *Bull. des conclusions fiscales*, 2005, n° 8-9, n° 110, concl. Pierre COLLIN ; *Bull. de gestion fiscale des entreprises*, 2005, n° 4, p. 21, obs. Noël CHAHID-NOURAI ; *La revue administrative*, n° 347, p. 482, obs. Olivier FOUQUET
- ✦ CE, Section, 29 juin 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 262697 ; Juris-Data n° 2005-080733 ; *Rec.*, 2005, tables, p. 843 et 1114 ; *AJDA*, 2005, n° 30, p. 1701 ; *Revue de droit fiscal*, 2005, n° 46, p. 1764, comm. n° 732), concl. Laurent OLLÉON ; *Revue fiscale du patrimoine*, 2005, n° 12, p. 18, comm. n° 157
 - ✦ CE, Section, 5 octobre 2005, *Cne de Maurepas contre Syndicat de l'agglomération nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 256362 ; *Rec.*, 2005, tables, pp. 960 et 1088 ; Juris-Data n° 2005-068989 ; *AJDA*, 2006, n° 2, p. 110 ; *CMP*, 2006, n° 1, p. 20, comm. n° 17, note Gabriel ECKERT
 - ✦ CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541 ; Juris-Data n° 2007-071473 ; *Rec.*, 2007, p. 92, concl. Célia VEROT ; *AJDA*, 2007, p. 793, chron. Julien BOUCHER et Frédéric LÉNICA ; *JCP A*, 2007, n° 10-11, p. 33, comm. n° 2066, par Marie-Christine ROUAULT, avec les concl. ; *RFDA*, 2007, p. 803, note Claudie BOITEAU ; *RDSS*, 2007, p. 517, note Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI
 - ✦ CE, Section, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796 ; JurisData n° 2007-071622 ; *Rec.*, 2007, p. 130 ; *AJDA*, 2007, p. 915, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 230, concl. Nicolas BOULOUIS ; *CMP*, 2007, n° 5, p. 60, comm. 137, par Gabriel ECKERT ; *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1937, note Michel DREIFUSS ; *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 867, note Pierre BRUNET ; *RJEP*, 2007, n° 644, p. 270, comm. n° 2, note Nathalie ESCAUT
 - ✦ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736 ; *Rec.*, 2007, p. 155 ; *AJDA*, 2007, n° 20, p. 1020, note Frédéric LÉNICA et Julien BOUCHER ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 283, concl. François SÉNERS ; *CMP*, 2007, comm. n° 191, obs. Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2007, comm. n° 95, obs. Michel BAZEX et Sophie BLAZY ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 240, p. 4, p. 2603, note Mathieu TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A*, 2007, p. 2111, note Michaël KARPENSCHIF ; *JCP A*, 2007, p. 2125, note Florian LINDITCH ; *JCP A*, 2007, p. 2128, note Jean-Marie PONTIER ; *LPA*, 2007, n° 147, p. 13, note Jean-Mathieu GLATT ; *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2617, note Guylain CLAMOUR ; Pierre BRUNET, *Revue des contrats*, 2007, n° 3, p. 867 ; Pierre MOUZET, *RDP*, 2008, n° 6, p. 1539 ; Gilbert ORSONI, *RTD com.*, 2007, p. 694
 - ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 octobre 2007, *Cne de Biot contre Sté Deviq Rhône-Alpes*, n° 268205 ; *Rec.*, 2007, tables, p. 1123 ; Juris-Data n° 2007-072508 ; *AJDA*, 2008, n° 16, p. 889, note Bernard POUJADE ; *Droit administratif*, 2007, n° 11, comm. n° 163 ; *JCP N*, 2007, n° 43, act. n° 670, note Marie-Christine ROUAULT ; *Gaz. Pal.*, 19 février 2008, n° 50, p. 22 ; *RDI*, 2007, n° 5, p. 456, note Pierre SOLER-COUTEAUX.
 - ✦ CE, Section, 11 juillet 2008, *Ville de Paris contre Sté Clear Channel France*, n° 312354 ; JurisData n° 2008-073859 ; *Rec.*, 2009, p. 270 ; *AJDA*, 2008, n° 33, p. 1816, chron. Édouard GEFFRAY et Sophie-Justine LIÉBER ; *BJCP*, 2008, n° 60, p. 361, concl. Nicolas BOULOUIS ; *Droit administratif*, 2008, n° 8, p. 29, comm. n° 10 ; *JCP A*, 2008, n° 36, comm. n° 2189, note Florian LINDITCH ; *LPA*, 10 septembre 2008 n° 182, p. 7, note LEDORÉ Adrien ; *RDP*, 2009, n° 2, p. 505 chron. Christophe GUETTIER ; *RJEP*, 2008, n° 658, p. 14, comm. n° 46, par Nicolas BOULOUIS ; *RTD com.*, 2009, n° 1, p. 87, chron. Gilbert ORSONI



- ✦ CE, Section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420 ; JurisData n° 2008-074234 ; *Rec.*, 2008, p. 324 ; *AJDA*, 2008, p. 1374, note Paul CASSIA ; *AJDA*, 2008, p. 2161, note Édouard GEFFRAY et Sophie-Justine LIÉBER ; *BJCP*, 2008, n° 61, p. 394, obs. Thierry DAL FARRA et p. 451, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2008, n°11, p. 31, note Jean-Paul PIETRI ; *Droit administratif*, 2008, n° 11, p. 47, note Baptiste BONNET et Alexis LALANNE ; *JCP A*, 2008, n° 47, p. 27, comm. n° 2262, par Florian LINDITCH ; *LPA*, 2008, n° 234, p. 15, note Sylvain HUL ; *RFDA*, 2008, p. 1128, concl. Bertrand DACOSTA, note Pierre DELVOLVÉ ; *RDI*, 2008, p. 499, obs. Stéphane BRACONNIER ; *RLCT*, 2009, n° 42, p. 37, note Nicolas LAFAY

- ✦ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481 ; JurisData n° 2009-075033 ; *Rec.*, 2009, p. 76 ; *AJDA*, 2009, p. 891, note Jean-David DREYFUS ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, n° 12, p. 12, chron. Grégory MARSON ; *CMP*, 2009, n° 4, comm. n° 120, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; *JCP A*, 2009, n° 24, p. 40, comm. n° 2145, concl. Anne COURRÈGES, note Claude DEVÈS ; *RDI*, 2009, n° 7, p. 423, note Rozen NOGUELLOU ; *RFDA*, 2009, p. 759, note Benoît APOLLIS ; *RLCT*, 2009, n° 47, p. 40, note David CAPITANT ; *RJEP*, 2009, comm. n° 46, note Pascal TROUILLY

- ✦ CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594 ; JurisData n° 2009-075555 ; *Rec.*, 2009, p. 216, concl. Bertrand DACOSTA ; *AJDA*, 2009, p. 1127, obs. Jean-Marc PASTOR ; *CMP*, 2009, n° 8, comm. n° 268, Note Willy ZIMMER ; *RJEP*, 2009, n° 670, p. 19, comm. n° 53, avec les concl

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports contre Institut Pasteur de Lille*, n° 324156 et n° 324232 ; ECLI:FR:CESSR:2009:324156.20090710 ; *Rec.*, 2009, tables, p. 829 ; *AJDA*, 2009, n° 36, p. 2006, chron. Jean-David DREYFUS ; *CMP*, 2009, n° 8, p. 29, comm. n° 270, note Gabriel ECKERT ; *RFDA*, 2010, n° 1, p. 146, note Guylain CLAMOUR

- ✦ CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 ; *Rec.*, 2009, p. 445 ; JurisData n° 2009-013485 ; *AJDA*, 2009, n° 43, p. 2401, note Michel LASCOMBE et Xavier VANDENDRIESSCHE ; *CMP*, 2010, n° 4, p. 17, note Gabriel ECKERT, comm. n° 133 ; *Droit administratif*, 2010, n° 1, p. 26, comm. n° 5, note Fabrice MELLERAY ; *RJEP*, 2010, n° 671, p. 11, concl. Nicolas BOULOUIS

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 février 2010, *Sté Prest'action contre Cne de Dieppe*, n° 301116 ; ECLI:FR:CESSR:2010:301116.20100210 ; *Rec.*, 2010, tables, p. 850 et 851 ; JurisData n° 2010-000427 ; *AJDA*, 2010, n° 6, p. 293, obs. Jean-Marc PASTOR ; *Droit administratif*, 2010, n° 4, p. 27, comm. n° 52, note François BRENET ; *RDI*, 2010, p. 265, obs. Rozen NOGUELLOU

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement contre Ministre de l'agriculture et de la pêche*, n° 319109 ; JurisData n° 2010-020783 ; *Rec.*, 2010, p. 845 ; *AJCT*, 2011, n° 2, p. 88, obs. Gilles Le CHATELIER ; *AJDA*, 2010, n° 42, p. 2380, concl. Frédéric LÉNICA ; *CMP*, 2011, n° 1, note Willy ZIMMER ; *JCP A*, 2011, n° 3, p. 34, obs. n° 2025 ; *RJEP*, 2011, n° 686, p. 29, comm. n° 24 par Sébastien BERNARD

- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 24 novembre 2010, *Association Lebugeur-Lelièvre*, n° 323982 ; *Rec.*, 2010, tables, pp. 650, 651 et 727 ; JurisData n° 2010-022271 ; *AJCT*, 2011, p. 95, obs. Xavier CABANES ; *AJDA*, 2010, p. 2286, obs. Rémi GRAND ; *Revue de droit fiscal*, 2011, n° 4, p. 35, comm. n° 130, concl. Laurent OLLÉON

- ✦ CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin contre Sté Paris Tennis*, n° 338272 et 338527 ; ECLI:FR:CESEC:2010:338272.20101203 ; JurisData n° 2010-022712 ; *Rec.*, 2010, p. 472, concl. Nathalie ESCAUT ; *AJDA*, 2010, p. 2343, obs. Rémi GRAND ; *AJDA*, 2011, p. 18, étude Sophie NICINSKI et Emmanuel GLASER ; *AJCT*, 2011, p. 37, obs. Jean-David DREYFUS ; *BJCL*, 2011, n° 5, p. 315, chron. Fabien HOFFMANN ; *BJCP*, 2011, n° 74, p. 36, avec les concl. ; *CMP*, 2011, n° 1, p. 38, comm. n° 25, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 2, p. 36, comm. n° 17, note François BRENET et Fabrice MELLERAY ; *LPA*, 4 mai 2011, n° 88, p. 3, note Éric Baron et David TARON ; *LPA*, 26 mai 2011 n° 104, p. 8, note Philippe JUEN ; *RDI*, 2011, p. 162, obs. Stéphane BRACONNIER et Rozen NOGUELLOU ; *RTD eur.*, 2011, p. 496, obs. Jean-Philippe KOVAR ; *RJEP*, 2011, n° 685, p. 25, comm. n° 20, note Christine MAUGÜÉ ; *JCP G*, 2010, n° 50, p. 2341, act. n° 1246, note Jean-Gabriel SORBARA ; *JCP A*, 2011, n° 5, p. 41, comm. n° 2043, note Claude DEVÈS ; *Revue Lamy concurrence*, 2011, n° 26, p. 45, n° 1737, note Guylain CLAMOUR

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 19 janvier 2011, *Cne de Limoges*, n° 323924 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 1012 ; JurisData n° 2011-000410 ; *AJDA*, 2011, n° 3, p. 136, obs. Rémi GRAND ; *AJDA*, 2011, n° 11, p. 616, chron. Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2011, n° 75, p. 105, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2011, n° 3, p. 31, comm. n° 87, note Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 4, p. 32, comm. n° 38, note François BRENET ; *JCP A*, 2011, n° 30, p. 36, comm. n° 2101, note Jean-Baptiste VILA

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse contre Sté Seba Méditerranée*, n° 330722 ; ECLI:FR:CESSR:2011:330722.20110311 ; JurisData n° 2011-003196 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 1003 ; *AJCT*, 2011, p. 238, chron. Olivier DIDRICHE ; *AJDA*, 2011, p. 534, obs. Rémi GRAND ; *CMP*, 2011, n° 5, p. 21, comm. n° 130, note Pascal DEVILLERS ; *JCP A*, 2011, n° 23, p. 25, comm. n° 2205, note Claude DEVÈS ; *RJEP*, 2011, n° 689, p. 11, étude n° 4 par François LLORENS ; *RDI*, 2011, n° 5, p. 278, note Rozen NOGUELLOU

- ✦ CE, Section du contentieux, 21 mars 2011, *Cne de Béziers contre Cne de Villeneuve-lès-Béziers*, n° 304806 ; ECLI:FR:CESEC:2011:304806.20110321 ; *Rec.*, 2011, p. 117 ; *AJCT*, 2011, n° 6, p. 591, obs. Jean-David DREYFUS ; *AJDA*, 2011, n° 12, p. 670, chron. Alexandre LALLET ; *CMP*, 2011, n° 5, p. 36, comm. n° 150, par Jean-Aul PIETRO ; *Droit administratif*, 2011, n° 5, p. 28, comm. n° 46, par François BRENET et Fabrice MELLERAY ; *Rec. Dalloz*, 2011, p. 954, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *Revue contrats publics*, note Gilles LE CHATELIER ; *RDI*, 2011, n° 5, p. 270, note Stéphane BRACONNIER ; *RFDA*, 2011, n° 3, p. 507, note Emmanuelle CORTOT-BOUCHER

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Grau-du-Roi*, n° 334280 ; ECLI:FR:CESSR:2011:334280.20110504 ; JurisData n° 2011-007660 ; *Rec.*, 2011, tables, p. 205 ; *AJDA*, 2011, n° 17, p. 929, obs. Rémi GRAND ; *BJCP*, 2011, n° 77, p. 285, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2011, n° 7, p. 25, comm. n° 216, par Gabriel ECKERT ; *Droit administratif*, 2011, n° 7, p. 23, comm. n° 67, note François BRENET ; *JCP A*, 2011, n° 20-21, act. n° 358 ; *RDI*, 2011, n° 7, p. 396, note Stéphane BRACONNIER ; *RJEP*, 2011, n° 692, p. 36, comm. n° 55, avec les concl.

- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections, 23 décembre 2011, *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée contre Entreprise Générale d'Electricité Noël Béranger*, n° 351505,



- ECLI:FR:CESSR:2011: 351505.20111223 ; *Rec.*, 2011, p. 672 ; *CMP*, 2012, comm. n° 41, obs. Willy ZIMMER
- ✦ CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 9 mai 2012, *Sté GBL Energy*, n° 342221, ECLI:FR:CESSR:2012:342221.20120509 ; *Rec.*, 2012, p. 195 ; *Bull. des concl. fiscales*, 2012, n° 7, p. 67, concl. Laurent OLLÉON ; *Revue de droit fiscal*, 2013, n° 4, p. 39, note Gauthier BLANLUET ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2012, n° 7, p. 587, note Emilie BOKDAM-TOGNETTI
 - ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 8 avril 2013, *Association ATLALR contre Préfet de l'Hérault*, n° 363738 ; ECLI:FR: 2013:363738.20130408 ; JurisData n° 2013-006770 ; *AJDA*, 2013, p. 764, obs. Rémi GRAND ; *Droit administratif*, 2013, n° 7, p. 33-36, comm. Thibaut LELEU ; *JCP A*, 2013, n° 24, p. 19, comm. Caroline CHAMARD-HEIM ; *JCP N*, 2013, n° 43, p. 40, comm. n° 1249, note Jean-François GIACUZZO ; *RDI*, 2013, p. 434, note Norbert FOULQUIER ; *Revue générale du droit*, 2013, n° 2, comm. Philippe COSSALTER
 - ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 17 mai 2013, *Sté civile immobilière Gutenberg Aressy*, n° 361492 ; JurisData n° 2013-010694 ; *AJDA*, 2013, p. 2008 ; *Droit administratif*, 2013, n° 11, p. 22, comm. n° 72 par Jean-François GIACUZZO
 - ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 ; JurisData n° 2013-024868 ; *Rec.*, 2013, p. 261 ; *AJDA*, 2014, p. 60, note Guylain CLAMOUR ; *CMP*, 2014, n° 1, p. 35, comm. n° 19, par Mathias AMILHAT ; *Droit administratif*, 2014, n° 1, p. 41, comm. n° 4 par François BRENET ; *JCP A*, 2014, n° 1-2, p. 27, comm. n° 2002, par Sébastien BRAMERET ; *RDI*, 2014, p. 44, obs. Rozen NOGUELLOU ; *Revue Construction – Urbanisme*, 2013, n° 12, p. 16, comm. n° 164 par Laetitia SANTONI ; *RJEP*, 2014, n° 717, p. 33, comm. n° 14, concl. Bertrand DACOSTA ; *RTD eur.*, 2014, p. 952, chron. Étienne MULLER
 - ✦ CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 4 juillet 2014, *Sté Bolloré SA*, n° 357264, ECLI:FR:CESSR:2014:357264.20140704 ; JurisData n° 2014-016263 ; publié au *Rec.* ; *Banque et droit*, 2014, n° 157, p. 58, chron. Carine SABOT et Loubna LEMAIRE ; *Bull. des concl. fiscales*, 2014, n° 10, p. 17, concl. ; *JCP E*, 2014, n° 40, p. 50, comm. n° 1498, note Jérôme ARDOUIN ; *Revue de jurisprudence fiscale*, 2014, n° 10, p. 842, concl. Marie-Astrid NICOLAZO de BARMON
 - ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557 ; ECLI:FR:CESSR:2014:374557.20141114 ; JurisData n° 2014-028826 ; inédit au *Rec.* ; *AJDA*, 2014, n° 43, p. 2479, concl. Bertrand DACOSTA ; *CMP*, 2015, n° 1, comm. n° 1, obs. Marion UBAUD-BERGERON ; *RFDA*, 2015, n° 1, p. 32, note Marguerite CANEDO-PARIS
 - ✦ CE, Ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC contre Département de la Vendée*, n° 355563 ; ECLI:FR:CEASS:2014:355563.20141230 ; JurisData n° 2014-032080 ; *AJCT*, 2015, n° 3, p. 158, obs. Erwann ROYER ; *AJDA*, 2015, n° 8, p. 449, chron. Jean LESSI et LOUIS DUTHEILLET de LAMOTHE ; *Droit administratif*, 2015, n° 4, p. 34, comm. n° 27, note François BRENET ; *RFDA*, 2015, n° 1, p. 57, avec les concl. du Rapporteur public Bertrand DACOSTA ; *RTD com.*, 2015, n° 2, p. 245, chron. Gilbert ORSONI
 - ✦ CE, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 11 mai 2015, *Sté Natixis*, n° 365564 ; *Bull. mensuel d'information des sociétés Joly*, 2015, n° 7, pp. 352-353, note Bernard SAINTOURENS ;

Revue de droit fiscal, 2015, n° 31, pp. 70-80, comm. n° 526, concl. Émilie BOKDAM-TOGNETTI; note Nicolas de BOYNES

B. Avis du Conseil d'État

- ✦ CE, Section des travaux publics, Avis, 16 septembre 1999, n° 362908 ; *BJCP*, 2000, n° 10, p. 199, obs. Rémy SCHWARTZ ; *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 7, p. 89, note Christian BETTINGER
- ✦ CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n° 141654 ; *AJDA*, 2000, n° 9, p. 758, Note Laurent RICHER ; *CMP*, 2000, n° 2, p. 4, chron. n°1, chron. François LLORENS
- ✦ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208 ; *JurisData* n° 2009-005319 ; *Rec.*, 2000, p. 492, avec les concl. du Commissaire Catherine BERGEAL ; *AJDA*, 2000, n° 12, p. 987, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLIN ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 105, avec les concl. ; *CMP*, 2001, n° 1, comm. n° 8 par Pierre SOLER-COUTEAUX, p. 16 ; *RFDA*, 2001, n° 1, p. 112, avec les concl. ; *RTD com.*, 2001, n° 1, p. 73, obs. Gilbert ORSONI
- ✦ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921 ; *Rec.*, 2002, p. 297 ; *ACCP*, 2002, n° 15, p. 42, note Alexandre DOMANICO et Muriel ECHEGUT ; *AJDA*, 2002, n° 10, p. 755, note Jean-David Dreyfus ; *BJCP*, 2002, n° 25, p. 427, concl. Denis PIVETEAU, obs. Christine MAÛGUÉ ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 2003, p. 163, note Jean GOURDOU et Antoine BOURREL ; *CMP*, 2002, n° 207, note François LLORENS ; *RFDA*, 2002, p. 1010
- ✦ CE, Avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315 ; *in CE, Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004, La Documentation française, 2004, pp. 209-218
- ✦ CE, Section des travaux publics, avis du 19 avril 2005, n° 371234 ; *EDCE*, n° 57, 2006, p. 197, obs. Rémy SCHWARTZ et Philippe TERNEYRE ; *BJCP*, 2006, n° 45, p. 107, obs. Rémy SCHWARTZ ; *AJDA*, 2006, n° 25, p. 1371, note Nil SYMCHOWICZ et Philippe PROOT ; *CMP*, 2006, n° 12, pp. 6-12, étude n° 19 par Hélène HOEPFFNER ; *Droit administratif*, 2010, n°8, pp. 3, obs. Rozen NOGUELLOU
- ✦ CE, avis, 13 février 2007, n° 773788 ; v. l'instruction des ministres de l'Intérieur et du Budget du 8 février 2008, INT/B/08/00027/C, annexes
- ✦ CE, avis, 1^{er} décembre 2009, *Partenariat public-privé institutionnalisé*, n° 383264 ; *EDCE*, 2010, n° 61, p. 353 ; *CMP*, 2010, n° 12, p. 6, étude n° 11, par Hélène HOEPFFNER ; *Droit administratif*, 2010, p. 3, alerte n° 54, note Rozen NOGUELLOU ; *JCP A*, 2011, n° 51-52, p. 31, comm. n° 2398, étude Bertrand du MARAIS

C. Arrêts de Cours administratives d'appel

- ✦ CAA Paris, 13 janvier 1998, *Union des groupements d'achats publics (UGAP) contre SA CAMIF* ; *JCP G*, 1998, n° 52, pp. 2276-2280, chron. n° II 10217, note de Sophie GRANDVUILLEMIN



- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 19 mars 2002, *M. Denis Teisseire contre Communauté d'agglomération de Bordeaux*, n° 98BX02208 ; JurisData n° 2002-178613 ; mentionné in LECUYER-THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick, « Les prestations effectuées *in houe* sans mise en concurrence. Les évolutions en cours », *AJDA*, 2005, n° 17, p. 927
- ✦ CAA Marseille, 2^{ème} Chambre, 14 septembre 2004, n° 00MA00560 ; *AJDA*, 2005, p. 381, note Gustave PEISER ; *JCP A*, 2004, n° 45, comm. n° 1707, par Didier JEAN-PIERRE
- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 9 novembre 2004, *SOEGIS contre Cne de Cilaos*, n° 01BX00381 ; *Rec.*, 2004, tables ; JurisData n° 2004-267736 ; *AJDA*, 2005, p. 272, note Jean-David DREYFUS ; *BJCP*, 2005, n°39, p. 117, concl. D. PÉANO ; *CMP*, 2005, n° 2, p. 23, comm. n° 31, note Jean-Paul PIETRI ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 125, p. 14, note René-Pierre CLAUZADE et Vitale KAMENI ; *JCP A* 2005, n° 6, p. 362, comm. n° 1070, note Jean-Claude DEVÈS ; *JCP A*, 2005, n° 17, p. 722, comm. n° 1197, note Alexandre GAUTHIER et Emmanuel VITAL-DURAND ; *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1164, note Frédéric ROLIN ; *RLCT*, 2005, n° 2, p. 23
- ✦ CAA Paris statuant au contentieux, 4^{ème} Chambre, 20 avril 2005, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 02PA02193 ; JurisData 2005-280752 ; inédit au *Rec.* ; *AJDA*, 2005, n° 31, p. 1729, note Pascal TROUILLY ; *BJCP*, 2005, n° 42, p. 360, obs. Christine MAUGÜÉ
- ✦ CAA Versailles, Formation plénière, 7 mars 2006, *Cne de Draveil contre Sté Via NetWorks France*, n° 04VE01381 ; Juris-Data n° 2006-297552 ; *Rec.*, 2006, p. 591 ; *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1044, concl. Patrick BRESSE ; *CMP*, 2006, n° 5, p. 19, comm. n° 136, note Éric DELACOUR ; *Droit administratif*, 2006, n° 5, p. 23, comm. n° 74, note Antoine ALSONSO GARCIA et Amélie MAILLARD ; *LPA*, 2008, n° 16, p. 6, chron. Hugues LEBERRE
- ✦ CAA Marseille, 6^{ème} Chambre, 30 juillet 2007, *Cne de Menton contre Compagnie générale des eaux contre Cne de Menton*, n° 05MA02555 ; inédit au *Rec.* ; JurisData n° 2007-344762 ; *CMP*, 2007, n° 11, p. 29, comm. n° 311, note Éric DELACOUR
- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre (formation à 5), 2 juin 2009, *Monsieur Mongaboure contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 08BX00816 ; inédit au *Rec.* ; *AJDA*, 2009, n° 30, p. 1659, concl. Marie-Pierre Viard
- ✦ CAA Lyon, 3^{ème} Chambre (formation à 3), 24 novembre 2009, *Madame Guérin contre Préfet de la Haute-Loire* (n° 07LY02310) et, *Fédération des ayants droit des sections de communes Haute-Loire contre Préfet de la Haute-Loire* (n° 07LY02325) ; inédit au *Rec.*, *AJDA*, 2010, n° 10, p. 559, note Philippe YOLKA ; *JCP A*, 2010, n° 8, p. 33, comm. n° 2076, note Jacques MOREAU
- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 20 novembre 2007, *Sté SCOOP Communications contre Commune de Niort*, n° 05BX00231 ; inédit au *Rec.* ; *CMP*, 2008, n° 1, comm. n° 2, note Gabriel ECKERT
- ✦ CAA Paris, 4^{ème} Chambre, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380 ; *Rec.*, 2009, tables ; *AJDA*, 2009, n° 32, p. 1766, note François LELIÈVRE ; *BJCP*, 2009, n° 67, p. 475, concl. Yves MARINO ; *Contrats*,

concurrency, consommation, 2009, n° 12, p. 12, chron. Grégory MARSON ; *CMP*, 2009, n° 10, p. 17, comm. n° 306, note Willy ZIMMER ; *Droit administratif*, 2009, n° 8, p. 26, comm. n° 113 ; *LPA* 2009, n° 221, p. 7, note David TARON ; *RDI*, 2009, p. 591, note Rozen NOGUELLOU

- ✦ CAA Nancy, 3^{ème} Chambre, 2 août 2012, *Régina A.*, n° 11NC01427 ; inédit au *Rec.*, JurisData n° 2012-020063 ; *JCP A*, 2012, n° 36, act. n° 585, obs. Mathieu TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A*, 2013, n° 7, p. 17, comm. n° 2037, note Hélène PAULIAT
- ✦ CAA Marseille, 4^{ème} chambre, 30 avril 2013, *Cne La Ciotat*, n° 12MA02656 ; inédit au *Rec.* ; *CMP*, 2014, n° 3, p. 12, chron. n° 3, par Caroline CHAMARD-HEIM
- ✦ CAA Paris, 10^{ème} Chambre, 26 novembre 2013, *SAS Cannes Evolution*, n° 11PA04091 et 11PA0472, inédit au *Rec.*
- ✦ CAA Nantes, 4^{ème} Chambre, 9 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la baie et autres contre Préfet des Côtes d'Armor*, n° 13NT01683 ; inédit au *Rec.* ; JurisData n° 2014-028744 ; *AJCT*, 2014, n° 12, p. 611, obs. Claude DEVÈS

D. Jugements de Tribunaux administratifs

- ✦ TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728 ; JurisData n° 2015-003268 ; *AJCT*, 2015, n° 5, p. 274 ; *JCP A*, 2015, n° 5, p. 27, comm. n° 2023, concl. Philippe CHACOT, note Yann WELS
- ✦ TA Grenoble, 1^{ère} Chambre, 10 juillet 2014, *Syndicat des copropriétaires Les Glovettes contre Cne de Villard-de-Lans et Sté Veolia*, n° 1003080-1 et 114936-1 ; *JCP A*, 2015, n° 24, pp. 17-19, comm. n° 2176, note Jean-Baptiste VILA
- ✦ TA Lille, ordonnance, 29 mars 2012, *Communauté des communes de Sambre Avesnois contre comité syndical du syndicat mixte Val de Sambre*, n° 1201729 ; *AJDA*, 2012, n° 27, p. 1521, note Sébastien BRAMERET ; *CMP*, 2012, n° 6, p. 20, note Willy ZIMMER
- ✦ TA Pau, 14 octobre 2008, *Cne d'Ilharre contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 0800537 ; *AJDA*, 2009, n° 17, p. 929, note Antoine BOURREL
- ✦ TA Pau, 6 janvier 2009, *Cne de Labontan contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 081005 ; *AJDA*, 2009, n° 17, p. 929, note Antoine BOURREL
- ✦ TA Montpellier, 23 mars 2012, *Fédération des associations pour la défense des usagers et des consommateurs du centre-ville de Montpellier et du Grand-Montpellier (FADUC) contre Communauté d'agglomération de Montpellier*, n° 1002680 ; *AJDA*, 2012, n° 27, p. 1521, note Sébastien BRAMERET

TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242, n°1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 ; *ACCP*, 2013, n° 135, p. 24, note Catherine RIBOT ; *AJDA*, 2013, n° 44, p. 2531, chron. Sophie NICINSKI ; *AJCT*, 2013, n° 12, p. 571, note Claude DEVÈS ; *JCP A*, 2013, n° 23, p. 21, comm. n° 2164, concl. Philippe BONNEVILLE ; *RLCT*, 2013, note Sébastien BRAMERET, n° 36, p. 77

E. Décisions du Tribunal des conflits

- ✦ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804 ; *Rec.*, 1963, p. 787 ; *AJDA*, 1963, p. 463, note Michel GENTOT et Jean FOURRÉ ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurispr. p. 534, avec les concl. du Commissaire Claude LASRY, note Pierre JOSSE ; *JCP G*, 1963, II, n° 13375, note Jean-Marie AUBY ; *RDP*, 1964, p. 767, note Francis FABRE et Laurent MORIN

- ✦ TC, 5 juillet 1975, *Commune d'Agde*, n° 02013 ; *Rec.*, 1975, p. 798

- ✦ TC, 8 novembre 1982, *Sté civile immobilière Résidence Lucas et M. Rouch contre Sté d'équipement de Toulouse*, n° 02269 ; *Rec.*, 1982, p. 461

- ✦ TC, 10 mai 1993, *Sté Wanner Isofi Isolation et Sté Nersa*, n° 2840 ; *Rec.*, 1993, p. 399.

- ✦ TC, 27 février 1995, *M. Anglaret contre Lycée départemental agricole de Bonnefont-Fontannes à Brioude*, n° 3941 ; *Rec.*, 1995, p. 492 ; *RFDA*, 1996, p. 148

- ✦ TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour les mal logés et les sans-abris (GIP HIS) contre Madame Verdier*, n° 3170 ; *JurisData* n° 2000-106717 ; *Rec.*, 2000, p. 748

- ✦ TC, 29 décembre 2004, *Monsieur et Madame Blanckeman contre Voies navigables de France*, n° 3416 ; *JurisData* n° 2004-261607 ; *Rec.*, 2004, p. 525 ; *Droit administratif*, 2005, n° 5, p. 32, comm. n° 73, par Frédéric NAUD

- ✦ TC, 2 avril 2012, *Société Atexo contre Association « Marchés publics d'Aquitaine » (AMPA)*, n° 3831 ; *Rec.*, 2012 p. 507 ; *JurisData* n° 2012-006440 ; *AJDA*, 2012, p. 681 ; *ACCP*, n° 123, p. 13, note Catherine RIBOT ; *JCP A*, 2012, n° 51-52, comm. n° 2412, note Julien MARTIN ; *CMP*, 2012, n° 6, p. 9, comm. n° 176, note Pascal DEVILLERS ; *LPA*, 2012, p. 4, chron. Marie-Christine ROUAULT

- ✦ TC, 13 octobre 2014, *Sté SA Axa France LARD contre Mutuelle Assurance des Instituteurs de France*, n° 3963 ; *JurisData* n° 2014-025099 ; *AJCT*, 2015, p. 48, obs. Anne-Sophie JUILES ; *AJDA*, 2014, p. 2031, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *AJDA*, 2014, pp. 2180-2185, chron. Jean LESSI et Louis DUTHEILLET De LAMOTHE ; *CMP*, 2014, n° 12, p. 11, comm. n° 22, par Gabriel ECKERT ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 1, repère n° 5, par François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX ; *Droit administratif*, 2015, n° 1, comm. n° 3, par François BRENET ; *RFDA*, 2014, p. 1068, chron. Frédéric DESPORTES

- ✦ TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3992 ; *JurisData* n° 2015-005041 ; *ACCP*, 2015, n° 153, p. 16, note Catherine RIBOT ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 23, comm. n° 111, par Pascal DEVILLERS ; *RFDA*, 2015, n° 2, p. 270, concl. Nathalie ESCAUT, note Marguerite CANEDO-PARIS ; *RTD com.*, 2015, n° 2, p. 247, obs. Gilbert ORSONI

- ✦ TC, 9 mars 2015, *Madame Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984 ; *JurisData* n° 2015-005026 ; *AJCT*, 2015, n° 7, p. 403, obs. Jean-David DREYFUS ; *AJDA*, 2015, n° 9, p. 481, obs. Jean-Marc PASTOR ; *AJDA*, 2015, n° 11, p. 601, obs.

Guylain CLAMOUR ; *AJDA*, 2015, n° 21, p. 1204, chron. Jean LESSI et Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *CMP*, 2015, n° 4, p. 1, repère n° 4, par François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX ; *CMP*, 2015, n° 5, p. 21, comm.n° 110, par Pascal DEVILLERS ; *Droit administratif*, 2015, n° 5, p. 40, comm. n° 34, par François BRENET ; *JCP A*, 2015, n° 12, act. 259, veille par Lucienne ERSTEIN ; *JCP A*, 2015, n° 14, p. 3, act. 310, par Julien MARTIN ; *JCP A*, 2015, n° 22, p. 28, comm. n° 2156, par Jean-François SESTIER ; *JCP A*, 2015, n° 22, p. 32, comm. n° 2157, par Sylvain HUL ; *LPA*, 2015, n° 123, p. 15, note Maxime BOUL et Arnaud DURANTHON ; *ACCP*, 2015, n° 155, p. 71, note Nicolas LAFAY et Emilie GRZELCYK ; *RFDA*, 2015, n° 2, p. 265, avec les concl. du Rapporteur Nathalie ESCAUT, note Marguerite CANEDO ; *RTD com.*, 2015, p. 247, note Gilbert ORSONI

F. Arrêts de la Cour de cassation

- ✦ Cass., Chambre criminelle, 25 juin 2008, n° 07-88.373 ; JurisData n° 2008-044926 ; *Droit administratif*, 2008, n° 10, p. 40 ; *RTD civ.*, 2009, n° 1, p. 220 (l'arrêt est également mentionné in *Droit pénal*, 2009, n° 10, p. 24, chron. Florian LINDITCH, pt 3)
- ✦ Cass., 3^e Chambre civile, 11 mars 1992, *Sté Pascal contre Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de l'Hérault*, n° 90-18.150 ; *Bull. inf. cass.*, 1992, n° 80, p. 48 ; JurisData n° 1992-000339 ; *RDI*, 1992, p. 216, chron. Philippe MALINVAUD et Bernard BOUBLI ; *Rec. Dalloz*, 1994, p. 150
- ✦ Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 2005, *Commune de Matoury contre Sté UNIMAT*, n° 03-15.385 ; *Bull. inf. Cass.*, 2005, I, n° 284, p. 236 ; *AJDA*, 2005, p. 2124, note Jean-David DREYFUS ; *Contrats, concurrence, consommation*, 2005, n° 12, p. 16, note Laurent LEVENEUR ; *Revue Lamy droit civil*, 2005, n° 20, p. 8, note Cécile Le GALLOU
- ✦ Cass., 1^{ère} Chambre civile, 12 novembre 1998, *Madame Amélia Dos Santos, veuve Henriques, Monsieur Eligio Lopez Mendes et Madame Eudisia Barja, épouse Lopez Mendes contre Commune de Moulins*, n° 96-16.407 ; *RFDA*, 1999, n° 1, note Dominique POUYAUD
- ✦ Cass., 1^{re} civ., 28 novembre 2012, n° 11-20674 ; *Revue des contrats*, 2013, n° 3, p. 865, note Thomas GÉNICON
- ✦ Cass., Chambre commerciale, 21 janvier 2014, *Département de Saône-et-Loire contre Sté des autoroutes Paris Rhin-Rhône*, n° 12-29.475 ; ECLI:FR:CCASS:2014:CO00089 ; *Bull. inf. Cass.*, 15 avril 2014, n° 800, p. 10, n° 701 ; JurisData n° 2014-000574 ; *AJCT*, 2014, n° 5, p. 273, obs. Florian MOKHTAR ; *AJDA*, 2014, n° 4, p. 191, obs. Marie-Christine de MONTECLER ; *AJDA*, 2014, n° 8, p. 460, chron. Philippe YOLKA ; *Droit administratif*, 2014, n° 6, p. 44, comm. n° 26, par Jean-François GIACUZZO ; *Revue des sociétés*, 2014, n° 6, p. 394, note Frank MARTIN LAPRADE
- ✦ Cass., Ass. plénière, 13 décembre 1962, n° 57-11.569 ; *Bull. Ass. plénière*, n° 2 ; *JCP G*, 1963, II, n° 13105, note Paul ESMEIN ; *Rec. Dalloz*, 1963, jurisprudence, p. 277, note Jean CALAIS-AULOIS ; *RTD civ*, 1963, p. 572, obs. Gérard CORNU
- ✦ Cass., Chambre mixte, 6 septembre 2002, *M. Bossa et union Fédérale des consommateurs « Que Choisir » contre sté « Maison française de distribution »*, n° 98-22.981 ; JurisData n° 2002-015478 ; *Bull. inf. Cass.*, n° 564, 15 octobre 2002, avis Raymond De GOUTTES, rapp.



Jean-Pierre GRIDEL ; *Rec. Dalloz*, 2002, p. 2963, note Denis MAZEAUDET ; *Contrats, concurrence consommation*, 2002, n° 151, obs. Guy RAYMOND ; *Communication commerce électronique*, 2002, comm. n° 156, note Philippe STOFFEL-MUNCK ; *JCP G*, 2002, II, n° 10173, note Stephan REIFEGERSTE ; *LPA*, 24 octobre 2002, n° 213, p. 16, note Dimitri HOUTCIEFF ; *Revue Lamy droit des aff.*, 2002, n° 54, n° 3427, chron. Bertrand FAGES

G. Décisions du Conseil constitutionnel

- ✦ Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, n° 92-316 DC ; ECLI:FR:CC:1993:92.316.DC, NOR : CSCX9310836S ; JORF du 22 janvier 1993, p. 1118 ; *Rec.*, 1993, p. 14 ; *LPA*, 1993, n°66, p. 4, note Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX ; *RFDC*, 1993, p. 375 et 395, note Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Thierry S. RENOUX et André ROUX ; *RFDA*, 1993, p. 902, note Dominique POUYAUD
- ✦ Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* ; *Rec.*, 2003, p. 382, considérant n° 10 ; *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1391, note Jean-Éric SCHOETTL ; *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1404, note Étienne FATÔME ; *Droit administratif*, 2003, n° 10, p. 24, note Alain MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, n° 4, p. 1163, note François LUCHAIRE

H. Arrêts de la Cour des comptes

- ✦ Cour des comptes, 26 mai 2011, *Musée national du sport*, n° 61032 ; *AJDA*, 2011, n° 43, note MICHAUT Christian, et SITBON Patrick, pp. 2462-2466
- ✦ Cour des comptes, 28 décembre 2012, *Fondation pour les œuvres sociales de l'air*, n° 65572 ; *BJCP*, 2013, n° 87, p. 79, chron. Thierry Dal FARRA

I. Avis de l'Autorité de la concurrence

- ✦ Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales
- ✦ Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires
- ✦ Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes

§3 Arrêts, décisions et jugements de juridictions italiennes

A. Arrêts de la Cour de cassation italienne

- ✦ Cass. italienne, Sections civiles unies, 29 décembre 1990, *Sté Mededil contre Sté Sincies Chimentin*, n° 12221 ; *Giurisprudenza italiana*, 1992, II, n° 144, fasc. 2, p. 321, note Filippo SATTA (« *Concessione di opere pubbliche e atti del concessionario* ») ; *Il foro italiano*, 1991, I, p. 3405
- ✦ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989 ; *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 90, note Antonella PERINI ; *Foro amministrativo*, 1996, p. 41, note Luciano BOCCHI ; *Il foro italiano*, 1996, I, p. 1363, note Francesco CARINGELLA ; *Rivista Amministrativa delle Repubblica italiana*, 1995, vol. 146, fasc. n° 9, p. 1061, note Paolo CREA ; *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 1062, note Guido GRECO ; *Rivista trimestrale degli appalti*, 1995, p. 207, note Carmine VOLPE

B. Arrêts du Conseil d'État italien

- Cons. Stat.*, Section VI, 11 février 2013, *Ladurner srl*, n° 762/2013 ; *Revue générale du droit*, 2013, n° 2, note Giacomo ROMA
- ✦ *Cons. Stat.*, Section VI, 20 mai 1995, *Ferrovie dello Stato SpA*, n° 498 ; *Consiglio di stato*, 1995, I, p. 843 ; *Foro amministrativo*, 1995, p. 1005 ; *Rivista trimestrale degli appalti*, 1997, II, p. 99, note Aristide POLICE et Stefano GATTAMELATA ; *Giurisprudenza italiana*, 1996, III, note Barbara MAMELI (« *Società per azioni di diritto speciale, procedure ad evidenza pubblica, ideologie dei giudici* »)
 - ✦ *Cons. Stat.*, Section II, 30 janvier 2015, n° 298/2015

C. Décisions de la Cour constitutionnelle italienne

- ✦ Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199 ; *Diritto amministrativo*, mars 2013, p. 678, note Luca R. PERFETTI ; *Il Foro italiano*, 2013, p. 2758, note Roberto ROMBOLI ; *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n° 5, p. 723, note Francesca TRIMARCHI BANFI
- ✦ Cour constitutionnelle italienne, 28 décembre 1993, n° 466 ; *Il Foro Italiano*, 1994, I, p. 325 ; *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1994, p. 648

D. Jugements de Tribunaux administratifs italiens

- ✦ TAR Lombardia, I, 12 juillet 1990, n°441 ; *T.A.R.*, 1990, I, p. 3023

INDEX

INDEX DES ARRETS, AVIS, JUGEMENTS ET DECISIONS

Les numéros renvoient aux paragraphes où les arrêts, avis, décisions et jugements sont mentionnés en exemple ou étudiés. Seules les mentions pertinentes ont été conservées.

§1 Juridictions européennes

Arrêts de la Cour de justice

- ✦ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend et Loos*, 26/62 : 297
- ✦ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre ENEL*, 6/64 : 297
- ✦ CJCE, 3 septembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74 : 450
- ✦ CJCE, 10 mars 1987, *Commission des communautés européennes contre République italienne*, aff. 199/85 : 440
- ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes B.V. contre Pays-Bas*, aff. C-31/87 : 309
- ✦ CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, aff. C-81/87 : 450
- ✦ CJCE, 19 mars 1991, *République française contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-202/88 : 263
- ✦ CJCE, 17 novembre 1992, *Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République italienne contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90 : 263
- ✦ CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff. C-159/91 et C-160/91 : 266
- ✦ CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91 : 266
- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA contre Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria et Gran Casino de Las Palmas SA*, aff. C-331/92 : 139
- ✦ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96 : 107
- ✦ CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) contre Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's inspector of axes)*, aff. C-264/96 : 470
- ✦ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96 : 100-108

- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98 : 109-120, 124, 140, 247
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 18 novembre 1999, *Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 : 1, 62, 74, 121-150
- ✦ CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98 : 248
- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98 : 120, 151, 232, 239, 854
- ✦ CJCE, 6^{ème} Chambre, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 : 158, 296
- ✦ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99 : 450, 456 (note 103)
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99 : 266
- ✦ CJCE, 5^{ème} Chambre, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy*, aff. C-18/01 : 158
- ✦ CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00 : 268, 646, 648
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Lenna*, aff. C-26/03 : 11, 62, 159, 173, 301, 314, 316-323
- ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-84/03 : 62, 160, 297, 440
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 1^{er} mars 2005, *Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 : 62, 160, 245, 305, 390, -391, 435
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 12 mai 2005, *RAL (Channel Islands) Ltd and Others v Commissioners of Customs and Excise*, aff. C-452/03 : 450
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03 : 62, 160, 304-305
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 27 octobre 2005, *Levob Verzekeringen BV et OV Bank NV contre Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-41/04 : 450
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche (Ville de Mödling)*, aff. C-29/04 : 25, 62, 160, 164, 285, 418-462, 463, 474-491
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 13 décembre 2005, *Marks et Spencer plc contre David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03 : 472
- ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 décembre 2005, *Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-63/04 : 450
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02 : 457, 473, 480



- ✦ CJCE, Grande Chambre, 21 février 2006, *BUPA Hospitals Ltd et Goldsborough Developments Ltd contre Commissioners of Customs et Excise*, aff. C-419/02 : 450
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contre Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04 : 9, 62, 160, 314, 383, 435, 440, 612
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, aff. C-340/04 : 10, 12, 62, 160 *in fine*, 274, 323, 357, 370-378, 440, 489, 490
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc contre Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04 : 467
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, aff. C-452/04 : 450
- ✦ CJCE, 1^{ère} Chambre, 18 janvier 2007, *Jean Auroux contre Cne de Roanne*, aff. C-220/05 : 62, 539, 732
- ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado*, aff. C-295/05 : 62, 161, 264, 355, 356-361, 383, 396-397
- ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 28 juin 2007, *Planzer Luxembourg Sàrl contre Bundeszentralamt für Steuern*, aff. C-73/06 : 62
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 8 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-337/05 : 440
- ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre République d'Autriche*, aff. C-454/06 : 329, 418, 854, 895, 892-900
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contre Elliniko Dimosio*, C-49/07 : 263
- ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 17 juillet 2008, *Commission contre République Italienne*, C-371/05 : 62, 435, 437
- ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 : 28, 62, 158, 162, 233, 312, 356-361, 384, 398, 399, 410, 604
- ✦ CJCE, 2^{ème} Chambre, 29 janvier 2009, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contre Ministero della Giustizia et Marco Cavallera*, aff. C-311/0 : 450
- ✦ CJCE, 4^{ème} Chambre, 19 mai 2009, *Assitur Srl contre Camera di Comercio, Industria Artigianato et Agricoltura di Milano*, C-538/07 : 276
- ✦ CJCE, Grande Chambre, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06 : 18, 233 (notes), 361, 383, 399-402, 461
- ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune de Ponte Nossa*, C-573/07 : 62, 233, 334, 353, 363, 429, 437
- ✦ CJCE, 3^{ème} Chambre, 15 octobre 2009, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, aff. C-196/08 : 8, 18, 324-335, 511 et suivants, 545-554
- ✦ CJUE, Grande Chambre, 13 avril 2010, *Wall AG contre La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08 : 854

- ✦ CJUE, 3^{ème} Chambre, 29 novembre 2012, *Econord SpA contre Commune de Cagno et Commune de Varese*, aff. C-182/11 et *Econord SpA contre Commune de Solbiate et Commune de Varese*, aff. C-183/11 (aff. jointes) : 62, 161, 343, 362-364, 383, 403, 552, 583, 636, 643, 646, 672
- ✦ CJUE, Grande Chambre, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11 : 14
- ✦ CJUE, 1^{ère} Chambre, 3 avril 2014, *France contre Commission*, aff. C-559/12 : 654
- ✦ CJUE, 5^{ème} Chambre, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informationssystem GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, aff. C-15/13 : 13, 62, 161
- ✦ CJUE, 5^{ème} Chambre, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contre Portugal (« SUCH »)*, C-574/12 : 35, 62, 161, 611

Jugements du Tribunal de l'Union européenne

- ✦ TUE, 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt Contre Commission européenne*, (aff. T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH contre Commission européenne* (T-455/08) : 272
- ✦ TUE, 6^e Chambre, 20 septembre 2012, *Commission contre République française*, aff. T-154/10 : 600, 564

Avis du Comité économique et social

- Comité économique et social, *Avis sur les « Propositions de décisions du Conseil relatives aux programmes spécifiques mettant en oeuvre le quatrième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions communautaires de recherche, de développement technologique et de démonstration » (1994-1998)* : 105
- Comité économique et social européen, section de l'énergie et des affaires nucléaires, *Avis sur le programme de recherche (1983-1987) en matière de prospective et d'évaluation de la science et de la technologie (FAST)* : 105

Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

- ✦ CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, n° 13427/87 : 905, 914
- ✦ CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères contre Grèce*, n° 13092/87 et 13984/88 : 906
- ✦ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, n° 7151/75 : 905, 914



§2 Juridictions et institutions françaises

Arrêts du Conseil d'État

- ✦ CE, 20 janvier 1905, *Compagnie générale des eaux et services municipaux contre Ville de Langres* : 887
- ✦ CE, Section, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178 : 910
- ✦ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary contre Préfet de l'Aude*, n° 12045 : 271
- ✦ CE, 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, n° 9673 et 11673 : 910
- ✦ CE, Section, 21 décembre 1945, *Sieur Louis et autres* : 668
- ✦ CE, 23 janvier 1952, *Secrétaire d'État aux forces armées contre Monsieur Chambouvet*, n° 11778 : 912
- ✦ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval contre Ministre des finances et des affaires économiques, Ministre de l'agriculture, Ministre de l'intérieur, Secrétaire d'État au budget et Secrétaire d'État aux affaires économiques*, n° 32401 : 912
- ✦ CE, Section, 29 avril 1970, *Sté Unipain contre Ministre des armées*, n° 77935 : 141, 310, 366
- ✦ CE, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui contre Ville de Pantin*, n° 79962 : 915-917, 922
- ✦ CE, Section, 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738 : 798, 803
- ✦ CE, Section, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo contre Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 05722 : 910, 913
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1979, *Ville de Châlons-sur-Marne contre Groupement d'intérêt économique Publicitor*, n° 01881 : 887
- ✦ CE, 5^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 14 mars 1980, *Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques (CITREM) contre Recteur de l'Académie de Lille*, n° 03417 : 910
- ✦ CE, Section, 7 novembre 1980, *SA Schmid Valenciennes contre Département de la Charente-Maritime*, n° 12060 : 874, 876
- ✦ CE, Section, 13 octobre 1982, *Sté Ascinter-Otis et Société routière Colas*, n° 22054 : 874
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux (UTPUR)*, n° 34027 : 903, 910
- ✦ CE, 10^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 1984, *OPHLM de Paris contre Entreprise Olivo*, n° 27584 et 41569 : 876
- ✦ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat contre Crédit foncier de France*, n° 41589 et 41699 : 54, 912
- ✦ CE, 7^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 7 mai 1986, *Ministre de l'économie, des finances et du budget contre société Terrabâtir*, n° 49991 : 711
- ✦ CE, Section, 11 mai 1987, *Pierre François Divier Association pour l'information municipale*, n° 62459 : 53, 618, 620
- ✦ CE, 3^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, 18 mars 1988, *Monsieur Loupias contre Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893 : 241
- ✦ CE, Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, n° 57000 et 60384 : 903

- ✦ CE, Section, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger contre Sté nouvelle de constructions industrialisées*, n° 65631 : 876
- ✦ CE, 10^{ème} et 8^{ème} Sous-sections réunies, 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine contre Préfet du Val-de-Marne*, n° 101578 : 903-904
- ✦ CE, Section, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture Alpes-Maritimes contre Conseil général des Alpes-Maritimes*, n° 108696 : 618
- ✦ CE, 7^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Lambesc*, n° 168325 : 373
- ✦ CE, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 31 juillet 1996, *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n° 126594 : 912
- ✦ CE, Section, 3 novembre 1997, *Million et Marais contre Cne de Fleury-les-Aubrais et Sté des Pompes Funèbres Générales*, n° 169907 : 696
- ✦ CE, Section, 14 décembre 1998, *SARL Levoux contre Régie immobilière de la Ville de Paris*, n° 171861 : 915
- ✦ CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-Ouest et Seine-Marais (SMITOM)*, n° 198147 : 373
- ✦ CE, Section, 4 février 2000, *Epad contre SNC Coeur Défense*, n° 202981 : 768
- ✦ CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067 : 172, 373
- ✦ CE, Ass., 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)*, n° 233372 : 169, 173
- ✦ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris contre Premier ministre*, n° 238039 : 173, 563
- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 18 mai 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Sté. Sagal*, n° 267087 : 473, 477
- ✦ CE, Section, 29 juin 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 262697 : 722
- ✦ CE, Section, 5 octobre 2005, *Cne de Maurepas contre Syndicat de l'agglomération nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, n° 256362 : 758
- ✦ CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541 : 406
- ✦ CE, Section, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 281796 : 53, 612
- ✦ CE, Section, 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence contre M. et Mme Jean-Louis A.*, n° 284736 : 35, 43, 47, 52-59, 64, 403-409, 525, 612, 619, 733
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 octobre 2007, *Cne de Biot contre Sté Deviq Rhône-Alpes*, n° 268205 : 768
- ✦ CE, Section, 11 juillet 2008, *Ville de Paris contre Sté Clear Channel France*, n° 312354 : 855, 862
- ✦ CE, Section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420 : 200



- ✦ CE, 1^{ère} et 6^{ème} Sous-sections réunies, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) contre Ministre de la santé et groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé (GIP-Symaris)*, n° 300481 : 64, 408-413, 595-596, 600, 733
- ✦ CE, Section, 3 juin 2009, *Aéroports de Paris contre Sté Brink's*, n° 323594 : 805, 806
- ✦ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, n° 324156 et n° 324232 : 591
- ✦ CE, Section du contentieux, 6 novembre 2009, *Sté Prest'action contre Commune de Rouen*, n° 297877 : 667, 668, 671, 673, 677
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 février 2010, *Sté Prest'action contre Cne de Dieppe*, n° 301116 : 671
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement*, n° 319109 : 596
- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 24 novembre 2010, *Association Lebugeur-Lelièvre*, n° 323982 : 722
- ✦ CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527 : 855
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 19 janvier 2011, *Cne de Limoges*, n° 323924 : 912
- ✦ CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse contre Sté Seba Méditerranée*, n° 330722 : 798, 804
- ✦ CE, Section du contentieux, 21 mars 2011, *Cne de Béziers contre Cne de Villeneuve-lès-Béziers*, n° 304806 : 784
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 2 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'Uzès, Bagnols, Le Vigan contre Commune du Grau-du-Roi*, n° 334280 : 913, 914, 916
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections, 23 décembre 2011, *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée contre Entreprise Générale d'Electricité Noël Béranger*, n° 351505 : 298
- ✦ CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 9 mai 2012, *Sté GBL Energy*, n° 342221 : 473
- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 8 avril 2013, *Association ATLALR contre Préfet de l'Hérault*, n° 363738 : 54
- ✦ CE, 8^{ème} et 3^{ème} Sous-sections réunies, 17 mai 2013, *Sté civile immobilière Gutenberg Aressy*, n° 361492 : 54
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 6 novembre 2013, *Cne de Marsannay-la-Côte contre Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : 64, 363, 403, 583, 733
- ✦ CE, 3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 4 juillet 2014, *Sté Bolloré SA*, n° 357264 : 473
- ✦ CE, 7^{ème} et 2^{ème} Sous-sections réunies, 14 novembre 2014, *Autoroutes du sud de la France contre Garage des Pins*, n° 374557 : 804
- ✦ CE, 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sections réunies, 11 mai 2015, *Sté Natixis*, n° 365564 : 488

Avis du Conseil d'État

- ✦ CE, Section des travaux publics, Avis, 16 septembre 1999, n° 362908 : 856
- ✦ CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n° 141654 : 892
- ✦ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208 : 591
- ✦ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sections réunies, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921 : 240
- ✦ CE, Section des travaux publics, avis du 19 avril 2005, n° 371234 : 856, 862
- ✦ CE, Avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315 : 175, 406
- ✦ CE, avis, 13 février 2007, n° 773788 : 680
- ✦ CE, avis, 1^{er} décembre 2009, *Partenariat public-privé institutionnalisé*, n° 383264 : 545

Arrêts de Cours administratives d'appel

- ✦ CAA Paris, 13 janvier 1998, *Union des groupements d'achats publics (UGAP) contre SA CAMIF* : 172
- ✦ CAA Bordeaux, 2^e Chambre, 19 mars 2002, *M. Denis Teisseire contre Communauté d'agglomération de Bordeaux*, n° 98BX02208 : 172
- ✦ CAA Marseille, 14 septembre 2004, n° 00MA00560 : 53
- ✦ CAA Bordeaux, 2^e Chambre, 9 novembre 2004, *SODEGIS contre Cne de Cilaos*, n° 01BX00381 : 304
- ✦ CAA Paris, 20 avril 2005, *Cne de Boulogne-Billancourt contre Sté Mayday Sécurité*, n° 02PA02193 : 612
- ✦ CAA Versailles, Formation plénière, 7 mars 2006, *Cne de Draveil contre Sté Via NetWorks France*, n° 04VE01381 : 915-916
- ✦ CAA Marseille, 6^{ème} Chambre, 30 juillet 2007, *Cne de Mention contre Compagnie générale des eaux contre Cne de Menton*, n° 05MA02555 : 758
- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre (formation à 5), 2 juin 2009, *Monsieur Mongaboure contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 08BX00816 : 907
- ✦ CAA Lyon, 3^{ème} Chambre (formation à 3), 24 novembre 2009, *Madame Guérin contre Préfet de la Haute-Loire* (n° 07LY02310) et, *Fédération des ayants droit des sections de communes Haute-Loire contre Préfet de la Haute-Loire*, n° 07LY02325 : 907
- ✦ CAA Bordeaux, 2^{ème} Chambre, 20 novembre 2007, *Sté SCOOP Communications contre Commune de Niort*, n° 05BX00231 : 667
- ✦ CAA Paris, 4^{ème} Chambre, 30 juin 2009, *Ville Paris contre Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, n° 07PA02380 : 414, 507, 597
- ✦ CAA Nancy, 3^{ème} Chambre, 2 août 2012, *Régina A.*, n° 11NC01427 : 53
- ✦ CAA Marseille, 4^{ème} chambre, 30 avril 2013, *Cne La Ciotat*, n° 12MA02656 : 716
- ✦ CAA Nantes, 4^{ème} Chambre, 9 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la baie et autres contre Préfet des Côtes d'Armor*, n° 13NT01683 : 578, 581



Jugements de Tribunaux administratifs

- ✦ TA Pau, 14 octobre 2008, *Cne d'Ilharre contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 0800537 : 600
- ✦ TA Pau, 6 janvier 2009, *Cne de Labontan contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n° 081005 : 600
- ✦ TA Montpellier, 23 mars 2012, *Fédération des associations pour la défense des usagers et des consommateurs du centre-ville de Montpellier et du Grand-Montpellier (FADUC) contre Communauté d'agglomération de Montpellier*, n° 1002680 : 583
- ✦ TA Lille, ordonnance, 29 mars 2012, *Communauté des communes de Sambre Avesnois contre comité syndical du syndicat mixte Val de Sambre*, n° 1201729 : 578
- ✦ TA Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor contre Cnes de Ploubezre, de Pleumeur-Bodou et de Ploumilliau et les communes membres des syndicats du Léguer et de la Baie*, n° 1203242, n°1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 : 569, 578
- ✦ TA Clermont-Ferrand, 1^{ère} Chambre, 1^{er} juillet 2014, *Préfet du Puy-de-Dôme contre Comité du syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC)*, n° 1301728 : 578-579
- ✦ TA Grenoble, 1^{ère} Chambre, 10 juillet 2014, *Syndicat des copropriétaires Les Glovettes contre Cne de Villard-de-Lans et Sté Veolia*, n° 1003080-1 et 114936-1 : 682

Décisions du Tribunal des conflits

- ✦ TC, 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, n° 01 804 : 795-802, 803, 804
- ✦ TC, 5 juillet 1975, *Commune d'Agde*, n° 02013 : 798
- ✦ TC, 8 novembre 1982, *Sté civile immobilière Résidence Lucas et M. Rouch contre Sté d'équipement de Toulouse*, n° 02269 : 789
- ✦ TC, 10 mai 1993, *Sté Wanner Isofi Isolation et Sté Nersa*, n° 2840 : 807
- ✦ TC, 27 février 1995, *M. Anglaret contre Lycée départemental agricole de Bonnefont-Fontannes à Brioude*, n° 3941 : 57
- ✦ TC, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour les mal logés et les sans-abris (GIP HIS) contre Madame Verdier*, n° 3170 : 596
- ✦ TC, 29 décembre 2004, *Monsieur et Madame Blanckeman contre Voies navigables de France*, n° 3416 : 592
- ✦ TC, 2 avril 2012, *Société Atexo contre Association « Marchés publics d'Aquitaine » (AMPA)*, n° 3831 : 620
- ✦ TC, 13 octobre 2014, *Sté SA Axa France LARD contre Mutuelle Assurance des Instituteurs de France*, n° 3963 : 739
- ✦ TC, 9 mars 2015, *Sté des Autoroutes du sud de la France contre Garage des pins*, n° 3992 : 805
- ✦ TC, 9 mars 2015, *Madame Rispal contre Sté Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984 : 799-800

Arrêts de la Cour de cassation

- ✦ Cass., 3^{ème} Chambre civile, 11 mars 1992, *Sté Pascal contre Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de l'Hérault*, n° 90-18.150 : 876
- ✦ Cass., 1^{ère} Chambre civile, 28 juin 2005, *Commune de Matoury contre Sté UNIMAT*, n° 03-15.385 : 792, 794
- ✦ Cass., 1^{ère} Chambre civile, 12 novembre 1998, *Madame Amélia Dos Santos, veuve Henriques, Monsieur Eligio Lopez Mendes et Madame Endosia Barja, épouse Lopez Mendes contre Commune de Moulins*, n° 96-16.407 : 790-791
- ✦ Cass., 1^{ère} Chambre civile, 28 novembre 2012, n° 11-20674 : 764
- ✦ Cass., Chambre commerciale, 21 janvier 2014, *Département de Saône-et-Loire contre Sté des autoroutes Paris Rbin-Rhône*, n° 12-29.475 : 840
- ✦ Cass., Ass. plénière, 13 décembre 1962, n° 57-11.569 : 790
- ✦ Cass., Chambre mixte, 6 septembre 2002, *M. Bossa et union Fédérale des consommateurs « Que Choisir » contre sté « Maison française de distribution »*, n° 98-22.981 : 754

Décisions du Conseil constitutionnel

- ✦ Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC : 540
- ✦ Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC : 240, 271

Arrêts de la Cour des comptes

- ✦ Cour des comptes, 26 mai 2011, *Musée national du sport*, n° 61032 : 671
- ✦ Cour des comptes, 28 décembre 2012, *Fondation pour les œuvres sociales de l'air*, n° 65572 : 677

Avis de l'Autorité de la concurrence

- ✦ Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales : 563-564, 575
- ✦ Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires : 801
- ✦ Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes : 801



§3 Arrêts, décisions et jugements de juridictions italiennes

Arrêts de la Cour de cassation italienne

- ✦ Cass. italienne, Sections civiles unies, 29 décembre 1990, *Sté Mededil contre Sté Sincies Chimentin*, n° 12221 : 87
- ✦ Cass. italienne, Sections civiles unies, 6 mai 1995, *Sté Siena Parcheggi contre Sté Federici impr.*, n° 4989 : 87-92, 123, 313

Arrêts du Conseil d'État italien

- ✦ *Cons. Stat.*, Section VI, 11 février 2013, *Ladurner srl*, n° 762/2013 : 81
- ✦ *Cons. Stat.*, Section VI, 20 mai 1995, *Ferrovie dello Stato SpA*, n° 498/1995 : 91

Décisions de la Cour constitutionnelle italienne

- ✦ Cour constitutionnelle italienne, 20 juillet 2012, n° 199 : 81
- ✦ Cour constitutionnelle italienne, 28 décembre 1993, n° 466 : 91

Jugements de Tribunaux administratifs italiens

- ✦ TAR Lombardia, I, 12 juillet 1990, n° 441 : 87

INDEX ANALYTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes où les termes sont étudiés. Seules les entrées les plus pertinentes ont été conservées.

- ✦ Abus de droit : 443-462
- ✦ Acte unilatéral : 741
- ✦ Activité essentielle (critère de l') : **10**, 368-392
- ✦ Aide d'État : 268, 270, 272, 533, 564, 645-650
- ✦ Agrément de sous-traitant : 874-880
- ✦ Association transparente : 50-51, 53, 616-623, 843, 847-848
- ✦ Autorisation de cession : 887-890
- ✦ Avenant (régime des) : 852-865
- ✦ Banalisation des personnes publiques : 690-699
- ✦ Caisse des dépôts et consignations : 542-544
- ✦ Cautionnement : 651-663
- ✦ Cession de contrat : 881, 882-900
- ✦ Charge de la preuve : 432-438
- ✦ Co-détention interorganique : 12, 14-19, 395-398
- ✦ Commande publique : 229
- ✦ Comptabilité publique : 664-685
- ✦ Consensualisme : 829-834
- ✦ Contrat « *in house* » (définition) : 4, 8-13, 143-147, 935
- ✦ Contrat avec soi-même : 743-753
- ✦ Contrat interorganique : v. quasi-régie. V. aussi : 813-849, 935
- ✦ Contrat public : 71-72
- ✦ Contrat synallagmatique imparfait : §770 *in fine*
- ✦ Contrat unilatéral : 760-772
- ✦ Contrôle analogue : **10**, 352-355
- ✦ Contrôle conjoint : 10, 356-365
- ✦ Convention de mandat financier : 677-685, **675**
- ✦ Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales : 905-908, 914
- ✦ Coopération décentralisée : 604-608
- ✦ Coopération horizontale : 18, 388, 385, 399-402
- ✦ Coopération mutualisée : 18, 388, 385, 399-402
- ✦ Coopération transfrontalière : v. coopération décentralisée
- ✦ Cour européenne des Droits de l'Homme : 905-908
- ✦ Coût de transaction : 183-202, 207, 268
- ✦ Coûts d'agence : 203-225
- ✦ Critères interorganiques : 10, 286-398
- ✦ Critère organique (de la quasi-régie) : 10, 352-365
- ✦ Critère matériel (de la quasi-régie) : 10, 368-392
- ✦ Deniers publics : 665-674, 675-685 (habilitation à manier des), 915-917
- ✦ Dérogation : 20-26
- ✦ Détenteur interorganique : 9, 14-19
- ✦ District européen : 610
- ✦ Domaine public virtuel : 54
- ✦ Droits spécial ou exclusif : 95, 123, 139, 260-264

- ✦ Droit subjectif (répartition des compétences juridictionnelles en Italie) : 83
- ✦ Égalité de traitement : 250-254
- ✦ Emprunt : §513 *in limine* et 651
- ✦ Engagement unilatéral : 764
- ✦ Entreprise liée : 274-276, 373
- ✦ Équation financière : 910, 913
- ✦ Établissement public de coopération intercommunale : 570, 600-608
- ✦ Établissement public virtuel : 52-59
- ✦ Exception : 20-26
- ✦ Externalisation : 42
- ✦ Faux-nez : v. association transparente
- ✦ Fiction : 844-849
- ✦ Fiducie : 781
- ✦ Financement interorganique :
 - Absence d'identité financière interorganique : 626-726
 - Critères financiers de la quasi-régie : 316-323, 336-348
- ✦ Fiscalité interorganique : 686-726
- ✦ Formalisme (du contrat) : 828-834
- ✦ Garantie (d'emprunt) : 651-663
- ✦ Gestion de fait : §612 *in fine*, 675, 677
- ✦ Groupement d'intérêt public : 408-409, 595-598
- ✦ Groupement local de coopération transfrontalière : 605
- ✦ Indemnisation (contractuelle) : 901-918
- ✦ Influence déterminante : 352-365
- ✦ Intercommunale (Belgique) : 28
- ✦ Intérêt légitime (répartition des compétences juridictionnelles en Italie) : 83
- ✦ Liberté de circulation : 244-249
- ✦ Mandat
 - administratif : 795-809
 - civiliste apparent : 790-794
 - civiliste exprès : 776-786
 - civiliste tacite : 787-789
- ✦ Marché de partenariat : v. montage complexe
- ✦ Modification unilatérale (pouvoir de) : 903-911
- ✦ Montage artificiel : 465-491
- ✦ Montage complexe : 492-504
- ✦ Montage juridique : 482-485
- ✦ Neutralité (principe de)
 - En droit de la commande publique : 55, 231-235
 - En droit fiscal : 706-711
- ✦ Non-discrimination : 242-254
- ✦ Offre de concours : 766, 767-772
- ✦ Opérateur dédié : 8
- ✦ Opérateur interne : 8
- ✦ Organe indirect (*organo indiretto*) : 85-93
- ✦ Participation capitalistique interorganique : 316-323, 336-348
- ✦ Participation directe (au capital d'un prestataire intégré) : 11, 342-348
- ✦ Participation indirecte (au capital d'un prestataire intégré) : 11, 338-341
- ✦ Personnalité juridique : 308-311
- ✦ Pluri-détention interorganique : 12, 14-19, 395-398
- ✦ Politique jurisprudentielle : 163-165
- ✦ Pouvoir adjudicateur : 294-306
- ✦ Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales : 905-608, 914
- ✦ « Procédure Acoset » : 8, 324-335, 545-554
- ✦ Prestataire intégré : 8
- ✦ Prestations intégrées (définition) : 4, 8-13, 143-147, 935
- ✦ Preuve : 432-442
- ✦ Promesse unilatérale de contrat : 761, 770
- ✦ Quasi-contrat : 754-759



- ✦ Quasi-régie (définition) : 4, 8-13, 143-147, 935
- ✦ Quasi-régie ascendante : 13
- ✦ Quasi-régie horizontale : 13
- ✦ Quasi-régisseur : 8
- ✦ Réalisme fiscal : 701-705
- ✦ Recettes publiques : 665-674, 675-685 (habilitation à manier des), 915-917
- ✦ Régie personnalisée : 46-49
- ✦ Régie : 42-43
- ✦ Représentation (pouvoir de) : 777-779
- ✦ Règles générales applicables aux contrats administratifs : 901-903 et suivants
- ✦ Résiliation unilatérale : 912-918
- ✦ Risque : 658
- ✦ Service d'intérêt économique général : 257, 265-269
- ✦ Service d'intérêt général : 257, 265-273, 379-386
- ✦ Service non économique d'intérêt général : 270-273
- ✦ Service public virtuel : 54
- ✦ Similitude (principe de) : 694
- ✦ Société centrale pour l'équipement du territoire (SCET) : 542
- ✦ Société d'économie mixte (SEM) : 318-348, 533-554
- ✦ Société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) : 334, 545-554
- ✦ Société d'économie mixte d'aménagement à opération unique : 546
- ✦ Société dédiée : 8, 332, 545-554
- ✦ Société écran : 485
- ✦ Société en sommeil : 486
- ✦ Société *holding* : 488-491
- ✦ Société locale de partenariat (SLP) : 546
- ✦ Société publique locale (SPL) : 13, 64, 240, 242, 512, 528, 638, 555-585
- ✦ Sous-concession : 866-880
- ✦ Sous-contrat : 866-880
- ✦ Sous-traitance : 800, 866-880
- ✦ Spécialité (principe de) : 387-392, 578, 584
- ✦ *Stadtwerke* : 28
- ✦ Structure quasi interne : 8-9
- ✦ Subdélégation : 866-880
- ✦ Subcontrat : 866-880
- ✦ Substance économique : 477
- ✦ Théorie de l'agence : 203-225
- ✦ Théorie des coûts de transaction : 183-202, 207, 268
- ✦ Transfert de charges fiscales : 720-726
- ✦ Transfert de compétences : 578-585
- ✦ Transparence (principe de) : 236-241
- ✦ Volonté : 835-842

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations	7
Sommaire	9
Introduction générale	11
Section 1. L'objet de l'étude : la particularité de la quasi-régie	15
§1. La quasi-régie	17
A. L'identification des mécanismes interorganiques et de leurs effets juridiques	17
B. Le refus d'opérer une scission entre les prestataires à détenteur unique et les prestataires à co-détenteurs	25
C. L'attribution de la qualification de « dérogation » à la quasi-régie	29
§2. La circonscription de l'étude au droit public français	35
Section 2. Les justifications de l'étude	40
§1. L'objectif : dépasser la simple photographie des modalités d'application de la quasi-régie	41
A. Un état des lieux des imprécisions concernant les modalités de la quasi-régie	41
B. Une proposition de qualification juridique de la quasi-régie	43
C. Une recherche d'une dynamique organisationnelle de la quasi-régie	45
§2. Le constat de l'insolubilité de la quasi-régie dans les catégories existantes	48
A. L'inexistence d'un « mode de gestion en régie personnalisée » susceptible de recouvrir la quasi-régie	48
B. L'impossible assimilation entre quasi-régie et association transparente	50
C. L'impossible assimilation entre la quasi-régie et la théorie de « l'établissement public virtuel »	52
1) L'inadéquation de la référence aux associations transparentes	52
2) L'inadéquation de la référence à l'établissement public	54
Section 3. Méthodologie retenue	59
§1. La hiérarchisation des sources pertinentes : la prééminence des dispositions européennes	59
§2. La nécessaire combinaison entre les méthodes inductive et déductive	63
Section 4. Problématique et annonce de plan	65
PARTIE 1. Une dérogation au droit commun de la passation des contrats publics	67
Titre 1. Une dérogation conforme au droit de l'Union européenne	73
Chapitre 1. Une échappatoire légale à la concurrence	75
Section 1. Une émergence italienne d'abord ignorée par la Cour	77
§1. L'influence italienne sur l'apparition communautaire de la notion	80
A. L'émergence impromptue de la notion dans un contexte de novation du droit public italien	81
1) La répartition des compétences juridictionnelles italiennes : berceau des prémisses doctrinales de la quasi-régie	82
2) L'apparition de la quasi-régie dans l'argumentaire du professeur Righi	86
B. L'absence de réception par la Cour de la transposition européenne de la notion par l'avocat général Antonio La Pergola	90
1) La survenance européenne de la notion sous la plume d'Antonio La Pergola	90
2) L'indifférence manifestée par la Cour à l'égard de cette survenance	92
§2. Une consécration apparemment improbable	96



A.	La persistance du rejet de la Cour dans l'affaire <i>RI.SAN</i> .	97
1)	Des moyens et conclusions favorables à la consécration de la quasi-régie	97
2)	Des demandes à nouveau rejetées par la Cour	100
B.	La réticence peu encourageante de l'avocat général Cosmas	102
1)	Un témoignage de l'avancée des réflexions sur la quasi-régie	102
2)	Une opposition nette à la consécration de la notion	105
Section 2.	Une inscription prétorienne nuancée	109
§1.	L'incertitude persistante concernant la volonté réelle de la Cour d'opérer une telle consécration	110
A.	Des circonstances propices à l'apparition des prestations interorganiques	110
1)	Une situation factuelle favorable à la naissance de la dérogation	110
2)	Une reformulation de question préjudicielle capitale	113
B.	Une consécration expéditive	115
1)	La définition sommaire de la logique des prestations intégrées	116
2)	Une concision annonciatrice de confusions	119
§2.	La minimisation de la consécration de la quasi-régie par les juges	122
A.	La politique jurisprudentielle restrictive de la Cour de justice jusqu'en 2006	122
1)	Le maintien des incertitudes quant au champ d'application de la dérogation	123
2)	Une jurisprudence restrictive identifiable	125
3)	Une démarche pouvant être qualifiée de politique jurisprudentielle	129
B.	La surestimation des conséquences de cette politique jurisprudentielle	131
1)	Les reproches doctrinaux formulés à l'encontre des juges européens et français	132
2)	L'injustice de ces propos concernant les juges administratifs français	135
Conclusion du Chapitre 1		139
Chapitre 2.	Une échappatoire légitime à la concurrence	141
Section 1.	La pertinence économique de la quasi-régie	143
§1.	La justification de la quasi-régie par la théorie des coûts de transaction	144
A.	La valeur explicative des coûts de transaction concernant l'intervention économique des pouvoirs adjudicateurs	145
1)	La valeur explicative des coûts de transaction	145
2)	Une valeur explicative utile pour optimiser les choix des pouvoirs adjudicateurs	147
B.	L'interdépendance entre quasi-régie et théorie des coûts de transaction	151
1)	La quasi-régie : une application de la théorie des coûts de transaction	151
2)	La quasi-régie : une sphère d'économie de coûts de transaction pour les détenteurs interorganiques	154
§2.	La justification de la quasi-régie par la théorie de l'agence	158
A.	Une interdépendance asymétrique entre théorie de l'agence et quasi-régie	158
1)	Une théorie transposable à l'analyse de la quasi-régie	159
2)	L'impossible novation des implications de la théorie de l'agence par la quasi-régie	161
B.	Une réduction partielle des coûts d'agence attendue grâce à la quasi-régie	164
1)	Un bilan positif pour les détenteurs interorganiques	164
2)	Un bilan partagé pour l'organisme intégré	167
Section 2.	La pertinence juridique de la quasi-régie	171

§1. La justification de la quasi-régie par les principes européens de la commande publique _____	172
A. L'interdépendance singulière entre principe de neutralité et prestations quasi internes _____	173
B. L'absence de dérogation au principe de transparence _____	177
C. L'absence de caractère discriminant de la logique interorganique _____	182
1) Des prestations respectueuses de la liberté de circulation _____	182
2) Des prestations respectueuses de l'égalité de traitement _____	186
§2. L'amélioration du dispositif européen par la création de la dérogation interorganique _____	190
A. La complémentarité entre quasi-régie et les dérogations concernant les missions d'intérêt général _____	190
1) L'absence de recoupement avec l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs _____	192
2) L'absence de recoupement avec les dérogations accordées aux entreprises chargées de services d'intérêt économique général ou de monopoles fiscaux _____	196
3) L'absence de doublon avec les dérogations accordées aux services non économiques d'intérêt général _____	200
B. La complémentarité entre la quasi-régie et la qualification d'entreprise liée _____	202
Conclusion du Chapitre 2 _____	207
CONCLUSION DU TITRE 1 _____	209
Titre 2. Une dérogation conditionnée par cet aspect dérogatoire _____	211
Chapitre 1. Un aspect dérogatoire encadré par des critères complémentaires _____	213
Section 1. L'institutionnalisation d'une boucle fermée par les critères organiques _____	215
§1. Les exigences organiques préalables à l'examen des critères _____	216
A. La référence au pouvoir adjudicateur : une volonté faussée d'universalisme _____	216
1) Une référence incontournable _____	217
2) Une volonté d'universalisme usurpée _____	220
B. Le faux universalisme des exigences formelles imposées à l'entité intégrée _____	224
1) La présence obligatoire d'une personnalité juridique : un critère neutralisé _____	224
2) L'indifférence seulement partielle de la forme déclarée du prestataire _____	227
§2. La rigueur atténuée du critère des prises de participations _____	231
A. La sévérité jurisprudentielle à l'égard des participations au sein des structures interorganiques _____	231
1) Le critère négatif ou la sévérité jurisprudentielle à son climax _____	232
2) L'absence d'assouplissement de ce principe par la « procédure Acoset » _____	235
a) Une réception particulière des partenariats public-privé _____	236
b) Une dérogation n'impliquant pas automatiquement une relation interorganique _____	241
B. L'assouplissement imprécis concédé par les directives en matière de participations privées _____	245
1) Une ouverture attendue aux organismes de droit public _____	246
2) L'ouverture timide aux participations directes d'opérateurs économiques _____	248
§3. Les conditions d'exercice à deux vitesses du contrôle opéré sur le prestataire _____	253
A. La rigueur de l'examen de l'influence déterminante dans le cadre du contrôle analogue classique _____	254
B. L'assouplissement du critère pour les organismes co-détenus : le contrôle conjoint _____	257
1) Une extension reposant sur une distorsion du contrôle analogue _____	258
2) Une extension problématique _____	261
Section 2. La preuve de l'absence d'entrave au marché par le critère matériel _____	265



§1. Le choix d'une approche souple du critère matériel	266
A. La définition souple du critère de l'« activité essentielle »	266
1) Les craintes légitimes d'une approche rigide du critère	267
2) L'établissement attendu d'une grille d'analyse souple	270
B. Les évolutions latentes concernant le type d'activité exercé	273
C. L'exclusion nuancée d'une référence à la spécialité de l'entité	279
§2. Une bienveillance inespérée à l'égard de la coopération	284
A. La souplesse jurisprudentielle à l'égard de la coopération entre entités du secteur public	284
1) L'adaptation immédiate du critère de l'activité essentielle aux entités interorganiques co-détenues	285
2) L'extension des dérogations européennes à la coopération mutualisée entre pouvoirs adjudicateurs	287
B. Une souplesse accueillie par les juridictions françaises	291
1) La réception de cette conception par l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence	292
2) La confirmation de cette réception par l'arrêt SNIIS	295
Conclusion du chapitre 1	301
Chapitre 2. Un aspect dérogatoire borné par une distinction avec les situations abusives	303
Section 1. La délimitation des bornes dérogatoires de la quasi-régie	305
§1. L'importance de l'adaptabilité des règles contentieuses dans le développement de la quasi-régie	306
A. Des modalités d'appréciation des faits exceptionnellement adaptables	306
1) Une adaptation permise par une espèce particulière	306
2) Une méthode exceptionnelle	309
B. Des modalités probatoires invariables	312
1) Une charge probatoire conditionnée par l'aspect dérogatoire de la quasi-régie	312
2) Une résultante de l'interprétation stricte caractérisant les dérogations	316
§2. La sanction des utilisations abusives par l'abus de droit	320
A. La caractérisation de la démarche abusive par le critère de la « phase intermédiaire »	321
B. La mise en application d'une conception autonome de l'abus de droit	323
1) L'existence d'une conception européenne autonome de l'abus de droit	323
2) La mise en œuvre de la conception européenne de l'abus de droit dans l'arrêt Mödling	327
C. Une démarche positive pour l'image de la quasi-régie	330
Section 2. La distinction entre les montages exclus et autorisés pour l'usage de la quasi-régie	333
§1. L'exclusion certaine des montages artificiels	334
A. Une exclusion reposant sur la définition fiscale du montage artificiel	334
1) Une définition élaborée à partir du principe de la liberté d'établissement	335
2) Une définition adaptable aux montages artificiels visant la quasi-régie	339
B. Une expression englobant les nombreuses hypothèses envisageables pour usurper une dérogation interorganique	342
1) L'affiliation certaine aux montages juridiques	343
2) La difficile utilisation de sociétés écran et de sociétés en sommeil en tant que prestataires intégrés	346
§2. L'absence d'exclusion des montages complexes	351

A.	Une absence d'incompatibilité de principe avec la quasi-régie	352
1)	L'impossible utilisation d'une définition du montage complexe pour évaluer sa compatibilité avec la quasi-régie	353
2)	La compatibilité des objectifs visés par la quasi-régie et par les montages complexes	355
B.	Une conformité accrue devant entraîner une vigilance constante	358
1)	Des combinaisons favorisées par les directives	359
2)	Une mise en œuvre subordonnée à une vigilance constante	361
	Conclusion du Chapitre 2	367
	CONCLUSION DU TITRE 2	369

Conclusion de la Partie 1 **371**

PARTIE 2. Une construction juridique inédite **373**

Titre 1. L'absence d'identité organisationnelle de la quasi-régie **377**

Chapitre 1.	L'absence d'uniformité dans les conséquences de la quasi-régie sur la forme des prestataires intégrés	379
-------------	---	-----

Section 1.	L'impact hétérogène de la quasi-régie sur l'utilisation des formes sociétales	381
------------	---	-----

§1.	Une influence uniquement dissuasive sur l'utilisation de l'économie mixte	382
-----	---	-----

A.	La nécessaire réévaluation des conséquences de l'incompatibilité entre quasi-régie et sociétés d'économie mixte	383
----	---	-----

1)	Des répercussions à nuancer	384
----	-----------------------------	-----

2)	Des mesures de prévention bienvenues	388
----	--------------------------------------	-----

B.	L'absence de concordance automatique entre les sociétés d'économie mixte à opération unique et la quasi-régie	391
----	---	-----

1)	Les sociétés d'économie mixte à opération unique : des bénéficiaires de la « procédure Acoset »	392
----	---	-----

2)	Les sociétés d'économie mixte à opération unique : des prestataires intégrés éventuels	395
----	--	-----

§2.	Un véritable tremplin pour la mise en œuvre des sociétés publiques locales	399
-----	--	-----

A.	La concrétisation d'un effet d'aubaine	399
----	--	-----

1)	Un outil expressément présenté comme un tremplin pour l'utilisation de la quasi-régie	400
----	---	-----

2)	Un outil conforme au droit positif	403
----	------------------------------------	-----

3)	Un outil favorisant l'obscurcissement de la carte des entités publiques	406
----	---	-----

B.	La concrétisation de problématiques soulevées par la quasi-régie	410
----	--	-----

1)	La démonstration de l'illusion créée par la quasi-régie en matière d'exonérations concurrentielles	411
----	--	-----

2)	La démonstration du désintérêt de la définition de la quasi-régie pour les mécanismes de compétences	415
----	--	-----

Section 2.	L'impact hétérogène de la quasi-régie sur les formes d'intervention institutionnelles	423
------------	---	-----

§1.	Une influence marginale sur l'utilisation des groupements d'intérêt public et des établissements publics	424
-----	--	-----

A.	Une compatibilité confirmant le succès des établissements publics et des groupements d'intérêt public	424
----	---	-----

1)	L'acceptation de tous les établissements publics en tant que prestataires intégrés potentiels	424
----	---	-----



2) L'acceptation de tous les groupements d'intérêt public en tant que prestataires intégrés éventuels	428
B. Une compatibilité mettant en exergue des problématiques propres à ces catégories	430
1) Les questionnements impliqués par la compatibilité entre quasi-régie et établissement public de coopération intercommunale	431
2) Les questionnements impliqués par la compatibilité entre quasi-régie et coopération décentralisée	434
§2. Une influence ambivalente sur les associations	439
A. La quasi-régie, atout éventuel pour les associations	439
B. La quasi-régie, un moyen détourné de lutter contre les associations transparentes	443
1) La quasi-régie ou la volonté persistante d'anéantir les associations transparentes	443
2) La survie attendue des associations transparentes	446
Conclusion du Chapitre 1	449
Chapitre 2. L'inexistence d'une identité financière interorganique	451
Section 1. L'inexistence d'une unité des modes de financement au sein de la quasi-régie	453
§1. La faible identité de la structure financière interne de la quasi-régie	454
A. Des conséquences faibles sur les relations financières entre les prestataires intégrés et leurs détenteurs	454
1) Des implications minimales sur les prérogatives financières des détenteurs	454
2) Des implications minimales sur le choix des instruments financiers des prestataires interorganiques	460
3) Des implications inexistantes sur la sécurisation des relations financières interorganiques en matière d'aides publiques	463
B. Les conséquences inexistantes de la quasi-régie sur les cautionnements octroyés aux prestataires intégrés par leurs détenteurs	468
1) L'inexistence de garanties d'emprunt d'office dans la quasi-régie	469
2) Des risques persistants des cautionnements lors de l'octroi de garanties aux prestataires intégrés par leurs détenteurs	473
§2. L'absence potentiellement préjudiciable d'identité comptable de la quasi-régie	479
A. L'absence symptomatique d'impact de la quasi-régie sur les dispositions permettant de qualifier les recettes publiques	479
1) La difficile identification des situations de perception des recettes publiques	480
2) La déconnexion entre quasi-régie et type de recettes	483
B. L'absence de concordance entre quasi-régie et titre légal à manier des recettes publiques	485
1) La concordance attendue entre quasi-régie et convention de mandat financier	486
2) L'absence de sécurisation des conventions de mandat par le contrat interorganique	488
Section 2. L'inexistence d'une fiscalité propre à la quasi-régie	493
§1. L'inconcevable matérialisation de la quasi-régie dans la fiscalité française	494
A. L'impossible transposition en droit fiscal des justifications fondant l'existence de la quasi-régie en droit de la commande publique	494
1) La banalisation du droit public : phénomène commun au droit fiscal et à celui de la commande publique	495

2) La quasi-régie : point de rupture dans la réception de la banalisation des personnes publiques par le droit fiscal et par le droit de la commande publique _____	497
B. L'incompatibilité de la quasi-régie avec les principes directeurs de la fiscalité _____	499
1) Le réalisme fiscal : obstacle à la prise en compte de la quasi-régie par le droit fiscal ____	499
2) La neutralité fiscale : obstacle à la prise en compte de la quasi-régie par le droit fiscal __	502
§2. L'absence d'avantages fiscaux découlant de l'existence de la quasi-régie _____	507
A. L'absence d'exonération fiscale automatiquement applicable à tous les prestataires interorganiques _____	508
B. L'absence de transfert de charges automatique au sein de la quasi-régie _____	510
Conclusion du Chapitre 2 _____	515
CONCLUSION DU TITRE 1 _____	517
Titre 2. L'identité contractuelle de la quasi-régie _____	519
Chapitre 1. L'insolubilité du contrat interorganique dans les formes contractuelles préexistantes _____	525
Section 1. L'exclusion de qualifications permettant d'appuyer le caractère contractuel de la quasi-régie	527
§1. L'absence d'assimilation de la quasi-régie au contrat avec soi-même _____	528
A. L'impossible assimilation de la quasi-régie à l'auto-contractualisme _____	529
B. L'absence de concordance entre la quasi-régie et le périmètre du contrat avec soi-même en droit positif _____	533
§2. L'absence d'assimilation de la quasi-régie aux quasi-contrats _____	537
§3. L'absence d'assimilation de la quasi-régie au contrat unilatéral _____	542
A. La bilatéralité de la quasi-régie, frein à son identification au contrat unilatéral _____	542
B. La bilatéralité de la quasi-régie, frein à son identification à l'offre de concours _____	547
Section 2. L'absence d'assimilation du contrat interorganique aux mandats reconnus par le droit public	553
§1. L'absence d'assimilation au mandat civiliste _____	554
A. L'absence d'assimilation au mandat civiliste exprès _____	554
1) L'introuvable pouvoir de représentation et de substitution automatique des opérateurs dédiés _____	554
2) L'impossible transposition de la relation de confiance artificiellement créée par le mandat	557
B. L'absence d'assimilation au mandat tacite _____	560
C. L'absence d'assimilation au mandat apparent _____	561
§2. L'impossible assimilation automatique au mandat administratif _____	565
A. L'absence d'assimilation entre la quasi-régie et la conception extensive du mandat administratif	566
B. L'absence de concordance automatique entre quasi-régie et mandat administratif au sens strict	571
Conclusion du Chapitre 1 _____	579
Chapitre 2. La spécialité du contrat interorganique _____	581
Section 1. Une construction juridique contractuelle _____	583
§1. L'existence d'une forme interorganique répondant aux exigences formelles de la qualification de contrat _____	585
A. La forme particulière du contrat interorganique _____	585
B. La compatibilité formelle du contrat interorganique avec la qualification de contrat _____	588



§2. L'absence de volonté propre du prestataire intégré : une fiction caractéristique du contrat interorganique _____	593
A. L'absence d'unité volitive systématique au sein du mécanisme interorganique _____	593
B. La fiction de l'unité volitive interorganique _____	599
Section 2. Un contrat voué à être soumis à un régime d'exécution ordinaire _____	605
§1. Les incertitudes encadrant les avenants interorganiques : une occasion d'adapter les règles générales concernant les avenants en présence du contrat interorganique _____	607
A. Les imprécisions concernant l'encadrement des avenants interorganiques _____	608
B. La nécessaire adaptation des règles générales concernant l'effet novatoire des avenants _____	611
§2. L'improbabilité d'un régime particulier des « sous-contrats interorganiques » _____	616
A. L'autorisation encadrée des sous-contrats interorganiques _____	617
B. Le maintien vraisemblable de la nécessité d'agréer les sous-traitants au sein du contrat interorganique _____	621
§3. Les incertitudes entourant les cessions impliquant des prestataires intégrés _____	626
A. La nécessaire dissociation entre la survenance d'une cession au sein du contrat interorganique et l'extinction de celui-ci _____	626
B. La position incertaine du contrat interorganique en matière d'autorisation de cession _____	629
C. La nécessaire mise au point quant au faible nombre d'allègements au régime européen des cessions impliqués par le contrat interorganique _____	631
§4. L'indispensable indemnisation du prestataire intégré en contrepartie de l'usage de pouvoirs unilatéraux par ses détenteurs publics _____	638
A. Une application classique des règles générales gouvernant la modification unilatérale _____	640
1) La position nuancée des prestataires intégrés concernant le bénéfice des droits de la Convention européenne des droits de l'Homme _____	641
2) Le nécessaire maintien de l'indemnisation du prestataire intégré _____	643
B. Une application plus singulière des règles concernant la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général _____	646
Conclusion du Chapitre 2 _____	654
CONCLUSION DU TITRE 2 _____	657
Conclusion de la Partie 2 _____	659
Conclusion générale _____	661
BIBLIOGRAPHIE _____	669
Ouvrages _____	671
§1 Ouvrages généraux et spécialisés, manuels et traités en langue française _____	671
§2 Ouvrages en langue étrangère _____	676
Thèses et Mémoires _____	679
§1. Thèses en langue française _____	679
§2. Thèses en langue étrangère _____	684
§3. Mémoires _____	684

Rapports	685
Articles et Notes	687
§1 Articles	687
A. Articles en langue française	687
B. Articles en langue étrangère	699
§2 Notes et chroniques de jurisprudence	701
A. Notes et chroniques de jurisprudence en langue française	701
B. Notes et chroniques de jurisprudence langue étrangère	713
Contributions	715
§1 Contributions en langue française	715
§2 Contributions en langue étrangère	719
Fascicules du JurisClasseur, Encyclopédies et Répertoires	721
Conclusions citées seules	723
§1. Conclusions présentées par des avocats généraux près la Cour de justice	723
§2. Conclusions présentées devant les juridictions administratives	725
Textes cités	727
§1 Textes européens et inter-étatiques	727
A. Directives	727
B. Règlements	728
C. Communications, communiqués de presse et documents de travail des services de la Commission	728
D. Autres documents	730
§2 Textes français	731
A. Lois	731
B. Ordonnances	732
C. Décrets	732
D. Circulaires	733
E. Instructions	733
F. Réponses ministérielles	733
G. Avis de la Commission de néologie	734
H. Propositions de lois	734
§3 Textes italiens	735
A. Lois	735
B. Référendums	735
Décisions de justice et avis	737
§1 Juridictions européennes	737
A. Arrêts de la Cour de justice	737
B. Jugements du Tribunal de l'Union européenne	744
C. Avis du Comité économique et social	744
D. Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme	744
§2 Juridictions et institutions françaises	745



A.	Arrêts du Conseil d'État	745
B.	Avis du Conseil d'État	752
C.	Arrêts de Cours administratives d'appel	752
D.	Jugements de Tribunaux administratifs	754
E.	Décisions du Tribunal des conflits	755
F.	Arrêts de la Cour de cassation	756
G.	Décisions du Conseil constitutionnel	757
H.	Arrêts de la Cour des comptes	757
I.	Avis de l'Autorité de la concurrence	757
§3	Arrêts, décisions et jugements de juridictions italiennes	758
A.	Arrêts de la Cour de cassation italienne	758
B.	Arrêts du Conseil d'État italien	758
C.	Décisions de la Cour constitutionnelle italienne	758
D.	Jugements de Tribunaux administratifs italiens	758
INDEX		759
Index des arrêts, avis, jugements et décisions		761
§1	Juridictions européennes	761
§2	Juridictions et institutions françaises	765
§3	Arrêts, décisions et jugements de juridictions italiennes	771
Index analytique		773
TABLE DES MATIERES		777

Titre et résumé en français : LA QUASI-REGIE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Les enjeux de la quasi-régie (traduction française du « contrat « *in house* » ») sont multiples car elle constitue avant tout une dérogation aux règles de passation des contrats publics. Elle est de ce fait entièrement conditionnée par cette caractéristique et repose sur une combinaison particulière entre plusieurs modalités liées au fonctionnement des prestataires intégrés et aux relations qu'ils entretiennent avec leurs détenteurs. Seules les situations qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence peuvent donc être qualifiées de mécanismes interorganiques. La quasi-régie est ainsi clairement distincte d'autres notions, telles les associations transparentes ou les montages artificiels, et constitue une véritable construction juridique légitime que les acteurs publics peuvent manier. Sa malléabilité est toutefois révélée par l'étude des modes d'intervention multiples avec lesquels elle est compatible : la société publique locale n'est par exemple qu'un moyen parmi d'autres de la mettre en œuvre. Cette flexibilité est confirmée par le fait que les disciplines financière et fiscale françaises ne se saisissent pas de ce mécanisme, de telle sorte que la quasi-régie ne constitue pas un mode de gestion intermédiaire entre régie et externalisation. La qualité de contrat spécial, plus précisément celle de « contrat interorganique », semble toutefois pouvoir lui être attribuée car la quasi-régie repose sur une combinaison de circonstances contractuelles et institutionnelles spécifiques qui impliquent avant tout des modalités particulières en termes de passation, sans pour autant exclure certaines singularités en matière d'exécution.

Mots-clefs : *quasi-régie, prestations intégrées, prestations quasi internes, contrat interorganique, association transparente, contrat avec soi-même, contrat « in house », coopération institutionnalisée, pouvoir adjudicateur, entreprises publiques, externalisation, société publique locale, régie*

Title and abstract in english : IN-HOUSE PROVIDING IN FRENCH PUBLIC LAW

“In-house providing procurements” concern contracts awarded by contracting authorities without application of the procedures laid down in european secondary law. They thus have to be first considered as a derogation, which reveals their stakes but also the way they've been shaped. To make sure that it would'nt be used to abuse european law, european institutions have paid special attention to in-house operation's conditions. In-house contracting parties have to prove the existence of particular conditions relating to the functioning of the contractor and its relations with its holders. Through those characteristics lies the particularity of in-house providing, which can be distinguished from other notions, such as “transparent associations” or “artificial schemes”. This is also a way to affirm in-house procurements' legitimacy and to make it a real legal construction. This naturally leads to its qualification. Studying its manifestations in french public law make clear that this one is not complete. In-house contractor may take many legal forms, which brings to light in-house providing's flexibility. It also prevents financial and fiscal french law to seize this derogation. In house-contracts can't therefore be described as a an intermediary governance mode, between outsourcing and internal governance (in-house operations *stricto sensu*). Nevertheless, in-house providing procurements embody a type of special contracts, “les contrats interorganiques”, which implies particular rules relating to their passation and admits a certain particularity concerning their execution.

Keywords : *in-house providing, in-house operations, internal procurement operations, contracting authorities, local public company, local public service, public procurement, public outsourcing, internal governance*