# De la quasi-régie à la société publique locale : étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale

Thibault Delavenne

▶ **To cite this version:**

Thibault Delavenne. De la quasi-régie à la société publique locale : étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale. Droit. Université de Lille, 2021. Français. NNT : 2021LILUD003 . tel-04047206

**HAL Id: tel-04047206**
**https://theses.hal.science/tel-04047206**

Submitted on 27 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE LILLE

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion

**Thèse**

**Pour l'obtention du grade de docteur en droit public**

# DE LA QUASI-REGIE A LA SOCIETE PUBLIQUE LOCALE : ETUDE DE L'INFLUENCE DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DE LA GESTION PUBLIQUE LOCALE

Présentée et soutenue publiquement

le 11 janvier 2021

par

**Thibault DELAVENNE**

Sous la direction de **M. Xavier VANDENDRIESSCHE**

*Professeur agrégé des universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille*

*Ancien président de l'Université de Lille 2 Droit et Santé*

**Devant le jury composé de :**

**Mme Catherine BERGEAL**, Conseillère d'Etat, Présidente-adjointe de la Section de l'Administration

**M. Gilles J. GUGLIELMI**, Professeur agrégé des universités, Université de Paris II Panthéon-Assas

**Mme Laëtitia JANICOT**, Professeure agrégée des universités, Université de Cergy-Pontoise

**M. Michaël KARPENSCHIF**, Professeur agrégé des université, Université de Lyon III Jean Moulin

**M. Etienne MULLER (rapporteur)**, Professeur agrégé des universités, Université de Strasbourg

**Mme Rozen NOGUELLOU (rapporteur)**, Professeure agrégée des universités, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Conseillère d'Etat

N° ENREGISTREMENT :

Volume I/II

UNIVERSITE DE LILLE

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion

**Thèse**

**Pour l'obtention du grade de docteur en droit public**

# DE LA QUASI-REGIE A LA SOCIETE PUBLIQUE LOCALE : ETUDE DE L'INFLUENCE DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DE LA GESTION PUBLIQUE LOCALE

Présentée et soutenue publiquement

le 11 janvier 2021

par

**Thibault DELAVENNE**

Sous la direction de **M. Xavier VANDENDRIESSCHE**

*Professeur agrégé des universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille*

*Ancien président de l'Université de Lille 2 Droit et Santé*

**Devant le jury composé de :**

**Mme Catherine BERGEAL**, Conseillère d'Etat, Présidente-adjointe de la Section de l'Administration

**M. Gilles J. GUGLIELMI**, Professeur agrégé des universités, Université de Paris II Panthéon-Assas

**Mme Laëtitia JANICOT**, Professeure agrégée des universités, Université de Cergy-Pontoise

**M. Michaël KARPENSCHIF**, Professeur agrégé des université, Université de Lyon III Jean Moulin

**M. Etienne MULLER (rapporteur)**, Professeur agrégé des universités, Université de Strasbourg

**Mme Rozen NOGUELLOU (rapporteur)**, Professeure agrégée des universités, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Conseillère d'Etat

Volume I/II

*L'Université de Lille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

***Remerciements***

*La liste des personnes que je tiens à remercier pour leur aide et leur soutien tout au long de ce travail est longue, et qu'il me soit permis de présenter mes excuses par avance à tous ceux qui ne peuvent y figurer - faute de place, et non d'importance.*

*Tout d'abord, Mme Martine Cliquennois, que je remercie infiniment pour avoir accepté de soutenir et de nourrir ce projet à ses débuts avec toute sa sagacité. Ensuite, M. Xavier Vandendriessche, que je remercie de ses discussions, de ses commentaires et de ses corrections, toujours extrêmement pertinents, stimulants et enrichissants, et grâce à qui cette thèse arrive enfin à son but.*

*Je tiens aussi à remercier de tout coeur ma famille, véritable roc d'aide, et repos intellectuel de mes hésitations et de mes difficultés.*

*Que soient aussi chaleureusement et profondément remerciés toutes celles et tous ceux qui ont participé de près ou de loin à ce travail, par leur aide matérielle, personnelle, ou intellectuelle. Je pense particulièrement à mes compagnons de route doctorale à l'université de Lille, toujours présents dans les bons comme les plus difficiles moments : Romain, Aurélien, Elise, Hélène, Amélie, Gabriela, Román, Alena et Soyeon. Merci pour votre amitié !*

*Enfin, ces années à l'université de Lille ont été l'occasion de formidables rencontres professionnelles et personnelles. Ce travail n'aurait pu se faire sans toutes les personnes qui ont pu m'aider à un moment où un autre dans mon travail de recherche et mes enseignements. J'ai ainsi une pensée particulière, notamment pour leurs conseils avisés, à Salirah, Stéphane, Magali, Françoise et Sophie, ainsi qu'à Mmes Bernard, Morson, Peraldi-Leneuf, Rosa, Vanneaux, et à MM. Bracq, Guérard, Meunier, Mondou et Viviano. Je tiens à remercier aussi tous les services administratifs et techniques de la faculté de droit, toujours prêts à résoudre les problèmes de dernière minute de bonne humeur. Et enfin, je remercie tous les étudiants que j'ai croisé, sources d'une réflexion critique inépuisable et toujours renouvelée.*

# De la quasi-régie à la société publique locale :
# Étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale

***- Sommaire du Volume I -***

## Première partie
## De la quasi-régie à la société publique locale : une volonté de contourner la concurrence


***Titre 1***

***L'origine européenne pro-concurrentielle de la société publique locale : la théorie de la quasi-régie***

Chapitre 1 : Le fondement théorique incomplet de la quasi-régie…….p. 37

Chapitre 2 : Les hésitations des critères de la quasi-régie…….p. 93

Chapitre 3 : Un aménagement important : le contrôle conjoint…….p. 151

***Titre 2***

***La réception contrastée en droit français de la notion de quasi-régie***

Chapitre 1 : L'accommodation des institutions locales de droit public……p. 199

Chapitre 2 : L'adaptation nécessaire du régime de l'économie mixte locale……p. 241

Chapitre 3 : Les sociétés publiques locales, incarnations françaises de la quasi-régie européenne……p. 299


## Deuxième partie
## L'enfermement de l'action publique locale dans un cadre pro-concurrentiel


***Titre 1***

***La résistance aux considérations pro-concurrentielles dans le choix de la SPL comme mode de gestion***

Chapitre 1 : Un contrôle économique écarté au profit d'exigences de transparence……p. 357

Chapitre 2 : L'intégration délicate de meilleures procédures de choix…….p. 415

***Titre 2***

***Une transformation formelle du régime de la délégation d'activités***

Chapitre 1 : Le rejet pratique d'une relation unilatérale théoriquement logique…….p. 463

Chapitre 2 : Une relation contractuelle paradoxalement émancipatrice……..p. 507

***Titre 3***

***La SPL en action : la privatisation de l'action publique locale***

Chapitre 1 : La neutralisation du régime d'action des collectivités locales……p. 559

Chapitre 2 : La SPL comme outil de privatisation des compétences publiques locales……..p. 639

# Liste des principales abréviations spécialisées

| | |
|---|---|
| *ACCP* | *Contrats publics : Actualité de la commande et des contrats publics* |
| *AJCT* | *Actualité juridique, collectivités territoriales* |
| *AJDA* | *Actualité juridique, droit administratif* |
| Ass. Nat. | Assemblée nationale |
| *APD* | *Archives de philosophie du Droit* |
| *BJCL* | *Bulletin juridique des collectivités locales* |
| *BJCP* | *Bulletin juridique des contrats publics* |
| *Bull. civ.* | *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)* |
| *Bull. crim.* | *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)* |
| CAA | Cour administrative d'Appel |
| Cass. | Cour de cassation |
| *CCC* | *Revue Contrats - Concurrence - Consommation* |
| CE | Conseil d'Etat |
| CEDH | Cour européenne des Droits de l'Homme |
| CGCT | Code général des collectivités territoriales |
| CGI | Code général des impôts |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| *CJEG* | *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| *CMLR* | *Common Market Law Review* |
| *CMP* | *Contrats et marchés publics* |
| *Concurrences* | *Concurrences - Revue des droits de la concurrence* |
| Cons. Constit. | Conseil constitutionnel |
| *D.* | *Recueil Dalloz* |
| *Dr. adm.* | *Droit administratif* |
| *Droit et Société* | *Droit et Société - Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* |
| *Droits* | *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique* |
| *ECLR* | *European Competition Law Review* |
| EDCE | Etudes et documents du Conseil d'Etat |
| *Europe* | *Revue Europe* |
| *Gaz. Pal.* | *Gazette du Palais* |
| *JCP-A* | *La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales* |
| *JCP-E* | *La Semaine juridique -Entreprises et affaires* |
| *JCP-G* | *La Semaine juridique - édition générale* |
| *JCP-N* | *La Semaine juridique - édition notariale et immobilière* |
| *JO (RF)* | *Journal officiel de la République française* |
| *JOCE* | *Journal officiel des Communautés européennes* |
| *JOUE* | *Journal officiel de l'Union européenne* |
| *LPA* | *Les Petites Affiches* |
| *PPLR* | *Public procurement law review* |
| *Pouvoirs* | *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques* |
| *RDP* | *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* |
| *RDI* | *Revue de droit immobilier* |

| | |
|---|---|
| *RDSS* | *Revue de droit sanitaire et social* |
| *RDUE* | *Revue du droit de l'Union européenne* |
| *R.* | *Recueil Lebon* pour les arrêts du Conseil d'Etat<br>ou *: Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*<br>ou *: Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*<br>ou : *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*<br>ou : *Recueil des jugements du Tribunal de l'Union européenne*<br>ou : *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme* |
| *Rev. adm.* | *Revue administrative* |
| *RFAP* | *Revue française d'administration publique* |
| *RFDA* | *Revue française de droit administratif* |
| *RFSP* | *Revue française de science politique* |
| *RGD* | *Revue générale du droit* |
| *RHFD* | *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique* |
| *RHMC* | *Revue d'histoire moderne et contemporaine* |
| *RIDC* | *Revue internationale de droit comparé* |
| *RIDE* | *Revue internationale de droit économique* |
| *RIEJ* | *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* |
| *RISA* | *Revue internationale des Sciences Administratives* |
| *RJEP* | *Revue juridique de l'économie publique* |
| *RLC* | *Revue Lamy de la concurrence* |
| *RLCT* | *Revue Lamy des collectivités territoriales* |
| *RTD civ.* | *Revue trimestrielle de droit civil* |
| *RTD com.* | *Revue trimestrielle de droit commercial* |
| *RTD eur.* | *Revue trimestrielle de droit européen* |
| *RMCUE* | *Revue du marché commun et de l'Union européenne* |
| *RRJ* | *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* |
| *S.* | *Recueil Sirey* |
| TA | Tribunal administratif |
| TCE | Traité instituant la Communauté européenne |
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TPICE | Tribunal de première instance des Communautés européennes |
| TPIUE | Tribunal de première instance de l'Union européenne |
| Trib. confl. | Tribunal des conflits |
| Trib. UE | Tribunal de l'Union européenne |
| TUE | Traité sur l'Union européenne |

# Introduction

Pour comprendre immédiatement tout l'intérêt du sujet des quasi-régies et des sociétés publiques locales en droit public, l'histoire croisée des évolutions de la toute première société publique locale française, la SPL *Lyon Confluence*, et de l'exception jurisprudentielle européenne de la quasi-régie, paraît particulièrement adaptée (I). Ce cas précis illustre particulièrement bien les problèmes juridiques entraînés par ces deux notions — la quasi-régie et la société publique locale —, qui justifient leur étude du point de vue scientifique (II). A partir de là, la formulation d'une hypothèse (III) permet de donner un point de départ délimité à une réflexion menée selon une méthode scientifique qu'il convient de présenter clairement (IV). Enfin, la synthèse des résultats obtenus articule logiquement la présentation formelle de cette étude (V).

## I - L'utilité de la quasi-régie et de la société publique locale

Créée en 1999[1], la société d'économie mixte locale (SEML) *Lyon Confluence* est chargée par la communauté urbaine de Lyon, son premier actionnaire, du projet de « régénération urbaine du site de la Confluence »[2], une zone industrielle et portuaire de 150 hectares située non loin du centre-ville, dans la presqu'île qui se constitue à la jonction de la Saône et du Rhône. La SEML *Lyon Confluence* est, conformément au statut légal des SEML, une société anonyme, majoritairement détenue par des collectivités territoriales[3]. Pourtant, les possibilités pour les collectivités françaises de participer à des sociétés de droit privé ont été historiquement limitées par le législateur. Le statut de SEML est l'une des exceptions. Martine CLIQUENNOIS résume cette situation en soulignant que « le législateur a voulu limiter la compétence des collectivités territoriales, en leur interdisant de participer au capital de sociétés […], toute participation publique devant se faire dans le cadre d'une société d'économie mixte »[4]. Conformément au cadre légal des SEML, le capital social de *Lyon*

---

[1] Communauté urbaine de Lyon, délibération du 25 mai 1999, n° 1999-4118 - finances et programmation ; développement économique et grands projets ; urbanisme, habitat et développement social - Création de la société anonyme d'économie mixte locale Lyon Confluence - Approbation des statuts - Désignation des représentants de la communauté urbaine de Lyon.

[2] Chambre régionale des Comptes Auvergne-Rhône-Alpes, *Rapport d'observations définitives, Société publique locale Lyon Confluence, exercices 2008 à 2016,* 9 mai 2019, p. 8.

[3] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 209.

[4] CLIQUENNOIS, Martine, *Droit public économique,* Paris : Ellipses, 2001, p. 135.

*Confluence* est donc composé à plus de 15% de capitaux privés[5]. Son actionnaire largement majoritaire est néanmoins la communauté urbaine de Lyon, qui pouvait ainsi la considérer comme une sorte de filiale, un prolongement de sa volonté dans un corps différent.

Le projet de la SEML *Lyon Confluence* se traduisait par la signature, entre l'actionnaire majoritaire et la société, d'une concession d'aménagement devant engager des dépenses publiques évaluées sur cinq ans à 295 millions de Francs[6]. Ce contrat est signé sans mise en concurrence. Certes, en droit français, depuis une décision de 1993 du Conseil constitutionnel, la plupart des contrats de la commande publique ne peuvent plus être confiés aux SEML sans mise en concurrence avec le secteur privé[7]. Cependant, les concessions d'aménagement font l'objet d'une exclusion spécifique, et peuvent être confiées par une collectivité locale à une SEML sans mise en concurrence[8]. C'est le cas de ce contrat rhodanien.

Moins d'un mois après la signature du contrat de *Lyon Confluence*, la Cour de justice des Communautés européennes, dans une décision *Teckal* du 18 novembre 1999[9], reconnaît pour la première fois l'exception de quasi-régie (ou en anglais, de prestations *in house*[10]). Il s'agit d'une exception au principe, ainsi dégagé en creux par la Cour, que les personnes morales distinctes des collectivités publiques doivent être systématiquement soumises à une procédure de mise en concurrence dans leur accès à la commande publique. Il faut dire que le droit européen de la commande publique vise à assurer une meilleure égalité de traitement des candidats de toute l'Europe aux contrats offerts par les administrations publiques. Il vise aussi la création d'une

---

[5] Le cadre légal des sociétés d'économie mixte locales a évolué dans le temps, depuis sa création en 1926, dans le sens d'une participation de plus en plus importante des collectivités locales, au détriment des personnes privées (DELION, André-Georges, « L'histoire des SEML : une progressive maturation institutionnelle », *in* GUERARD, Stéphane, *Regards croisés sur l'économie mixte,* Paris : L'Harmattan, 2006, p. 63-79). Toutefois, aujourd'hui encore (leur statut n'ayant pas été modifié par la création de la société publique locale), les SEML ne peuvent être créées qu'avec une participation minimale de 15% du capital social détenu par des personnes privées, *cf.* Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), art. 1521-1.

[6] Communauté urbaine de Lyon, délibération du 25 octobre 1999, n° 1999-4638, Lyon Confluence - Opération d'aménagement - Convention de concession passée avec la SEM Lyon Confluence.

[7] Conseil constitutionnel, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 47-48.

[8] Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *JORF* 10 février 1994, p. 2271, article 5, complétant l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme.

[9] C'est la solution qui ressort de l'arrêt *Teckal* : CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

[10] Le terme *in house* est utilisé tel quel dans les conclusions en langue grecque de l'Avocat général COSMAS délivrées le 1er juillet 1999 sous l'arrêt CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano : R.* p. I-8121 ; *BJCP* 2000, n° 8, p. 452, obs. C. Maugüé. En français, les termes de quasi-régie ou de prestations intégrées sont adoptés officiellement pour traduire cette expression : *cf.* Commission générale de terminologie et de néologie, *Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés)* : *JORF* du 19 novembre 2008, NOR : CTNX0825937X.

meilleure concurrence économique sur le marché européen, dont les contrats publics forment une grande part[11]. Ce droit particulier prend un essor particulier à partir des années 1990, notamment par son interprétation de plus en plus extensive des situations à soumettre aux obligations de mise en concurrence et de transparence. C'est dans l'affirmation d'une exception jurisprudentielle que réside l'intérêt de l'arrêt *Teckal*. Selon cette exception, ne sont pas concernées par les obligations de mise en concurrence les personnes morales contrôlées par les collectivités publiques de manière analogue à leurs propres services, et exerçant leurs activités essentiellement au profit de ces collectivités.

Rétrospectivement, une question apparaît évidente : les sociétés d'économie mixte locales françaises répondaient-elles à ces conditions ? La réponse était nuancée, mais plutôt positive à l'époque[12]. Mais ce sentiment positif régresse dès fin 2004. La Cour administrative d'Appel de Bordeaux, se basant sur la conception européenne limitative des quasi-régies, annule une première concession d'aménagement passée sans mise en concurrence avec une SEML[13]. Quelques semaines plus tard, la Cour de justice des Communautés, dans un arrêt *Stadt Halle* du 21 janvier 2005[14], estime que la moindre participation privée au capital d'une entité empêche, dans tous les cas, de lui reconnaître le caractère d'une quasi-régie. La SEML *Lyon Confluence* est directement concernée par ces arrêts : elle est une société d'économie mixte qui gère une concession d'aménagement passée sans mise en concurrence, et donc désormais illégale. La SEML *Lyon Confluence*, comme des dizaines d'autres, n'est néanmoins pas abandonnée à son sort par le législateur français : le choix va être fait de permettre aux collectivités locales de se conformer à la jurisprudence européenne.

Ce changement législatif connaît cependant une gestation *a priori* difficile. Dès 2001, à l'occasion de la modernisation des sociétés d'économie mixte locales, plusieurs amendements avaient été déposés pour supprimer l'obligation de participation privée au capital des sociétés détenues par des collectivités locales[15]. Le gouvernement s'était à l'époque opposé à une telle

---

[11] La commande publique représenterait environ 14% du PIB européen : *Cf.* Commission européenne, Communication du 3 octobre 2017, *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe*, n° COM(2017) 572 final.

[12] Il fallait aussi à l'époque ajouter la question de la particularité des concessions d'aménagement aux SEML, qui n'étaient pas considérées comme des contrats soumis aux obligations européennes relatives à la concurrence. La question est partiellement réglée par l'arrêt CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress : R.* p. I-10745, points 61-62, qui établit des obligations de transparence et d'impartialité, y compris pour les contrats de la commande publique non visés par les directives européennes sur les marchés publics. Voyez par ex. : BOITEAU, Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA* 2002, p. 1318.

[13] CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, *SOGEDIS* : req. n° 01BX00381, *CMP* 2005, n° 31, note J.-P. Pietri ; *LGP* 3 janv. 2005, n° 1771, p. 52, note K. Diot ; *CP-ACCP* 2005, n° 41, p. 41, note N. Charrel et L. Ducroux.

[14] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[15] Assemblée nationale (Onzième législature), Rapport n° 3398 fait au nom de la Commission des Lois sur le projet de loi de modernisation des sociétés d'économie mixte locales, par M. Jacky Darnes, déposé à la présidence de l'Assemblée le 21 novembre 2001.

modification, se basant sur l'importance du caractère mixte de ces sociétés. Ce caractère permet, selon le gouvernement : « la rencontre de plusieurs cultures de gestion, lesquelles paraissent nécessaires à la dynamique » des SEML[16]. En 2005, à l'occasion de la loi relative aux concessions d'aménagement, les revendications des parlementaires à affirmer une plus grande liberté d'organisation des collectivités locales rebondissent à partir des critères jurisprudentiels européens. Un amendement parlementaire est déposé pour créer une société anonyme entièrement publique[17]. L'amendement est néanmoins retiré après l'avis défavorable du gouvernement, qui promet un travail commun sur la question. Enfin, en 2006, un nouvel amendement parlementaire de même teneur[18] est déposé lors de la discussion du projet de loi d'engagement national en faveur du logement, et cette fois adopté, sans opposition — bien que sans soutien — gouvernementale. Il permet la constitution de sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) par les collectivités locales. Les SPLA sont des sociétés créées par au moins deux collectivités territoriales ou groupements de collectivités, à l'exclusion de tout autre type de partenaire public ou privé, dans le domaine de l'aménagement et de la construction[19]. Leur régime juridique est très spécifique : la création de SPLA est autorisée sous le régime d'une expérimentation législative[20], uniquement pour une durée limitée de cinq ans, avec une clause de réexamen à l'issue de cette épreuve. Etant donné

---

16 Assemblée Nationale (Onzième législature), Compte-rendu intégral des débats, séance du 2 janvier 2002.

17 Assemblée nationale (Douzième législature), Rapport n° 2404 fait au nom de la Commission des Affaires économiques sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement, par M. Jean-Pierre Grand, député, déposé à la présidence de l'Assemblée le 22 juin 2005. Patrick OLLIER, président de la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée, et dépositaire de l'amendement, est particulièrement éloquent sur l'intérêt de cette structure. « Il s'agit d'un outil juridique souple pour les collectivités locales, qui permettrait de mettre fin [à une difficulté réelle : ] la limitation certaine au principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », tout en permettant d'être « tout à fait conforme au droit européen de la concurrence » (Assemblée nationale (Douzième législature), compte-rendu intégral des débats, première séance du 27 juin 2005).

18 Assemblée nationale (Douzième législature), amendement n° 333 rectifié, proposé par MM. Ollier, Proriol et Grand, sur le projet de loi n° 2709 rectifié, adopté par le Sénat, portant engagement national pour le logement, déposé le 13 janvier 2006 à la présidence de l'Assemblée.

19 Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : *JORF* 16 juillet 2006, p. 10662, art. 20, créant l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme.

20 En vertu de l'article 37-1 de la Constitution, « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Cette disposition, issue de la révision constitutionnelle de 2003 (loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 3), ne fait que reprendre la possibilité pour le législateur de prévoir des dispositions dont les caractères sont prévus dès l'origine comme pouvant être temporaires, ou ne concerner que certaines personnes et pouvant faire, dans ce cas, une place spéciale à l'égalité devant la loi. La même révision constitutionnelle a instauré la possibilité d'expérimentation pour les collectivités territoriales et leurs groupements, à l'article 72 alinéa 4, car une telle faculté était moins facilement acceptée par le juge constitutionnel. *Cf.* CROUZATIER-DURAND, Florence, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC* 2003, n° 4, p. 675. En l'occurrence, l'expérimentation de la SPLA conservant un caractère national, le législateur s'est fondé sur l'article 37-1.

leur champ d'application et leur validité limités, les SPLA ne sont à ce moment-là qu'un « ballon d'essai »[21], en prévision de futures évolutions européennes[22].

Profitant de cette opportunité légale, la SEML *Lyon Confluence* devient la SPLA *Lyon Confluence* en juillet 2007[23] : il lui a suffi de racheter les parts sociales des actionnaires privés. La société peut désormais recevoir sans mise en concurrence des contrats publics dans le domaine de l'aménagement, comme le prévoit le droit français, tout en respectant la jurisprudence européenne sur les quasi-régies. Mais est-ce bien sûr ? Les conditions européennes de la quasi-régie semblent évoluer d'arrêt en arrêt, rendant « délicate l'utilisation de la construction prétorienne de la relation *in house* »[24], « beaucoup de questions [restant] en suspens »[25]. La notion de contrôle analogue notamment, « fait l'objet d'interprétations jurisprudentielles qui ne vont pas sans soulever un certain nombre d'interrogations »[26], relève Rozen NOGUELLOU. L'évolution prétorienne européenne se fait néanmoins dans un sens de relative souplesse, ce qui permet de rassurer quant à la pérennité et la stabilité d'une telle exception.

Autour de ce moment, Sophie NICINSKI remarque que les acteurs locaux commencent à considérer « que le panel d'instruments juridiques d'intervention économique mis à disposition » des collectivités territoriales paraît de plus en plus « inadapté et insuffisant »[27] face aux nécessités de l'action publique locale moderne. Moins de trois ans après la création des SPLA, une proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales (SPL) est alors déposée[28], discutée sur le temps réservé aux initiatives parlementaires[29], puis adoptée à l'unanimité au Sénat[30] en moins de

---

[21] DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP-A* 2006, n° 39, 1219.

[22] Ce que confirme la discussion à l'Assemblée, le gouvernement insistant pour maintenir le caractère expérimental de cette disposition : Assemblée nationale (Douzième législature), compte rendu intégral de la deuxième séance du 19 janvier 2006.

[23] Communauté urbaine de Lyon, délibération du 9 juillet 2007, n° 2007-4286, SEM Lyon Confluence - Evolution en une société publique locale d'aménagement - Modification des statuts de la SEM - Réunion des actions dans les mains de la Communauté urbaine.

[24] CHAVAORCHETTE-BOUFFERET, Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques », *AJDA* 2008, p. 2147.

[25] COSSALTER, Philippe, « La société publique locale : un outil répandu en Europe », *RDP* 2011, n° 3, p. 730.

[26] NOGUELLOU, Rozen, « La notion de contrôle analogue », *RLCT* 2010, n° 60.

[27] NICINSKI, Sophie, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p. 1759.

[28] Sénat (2008-2009), Proposition de loi n° 253, pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Daniel Raoul *et al.*, annexe au procès-verbal de la séance du 5 mars 2009 — une autre proposition est déposée antérieurement par un groupe parlementaire différent quelque temps auparavant : Sénat (2008-2009), Proposition de loi n° 133, pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Jean-Léonce Dupont *et al.*, annexe au procès-verbal de la séance du 11 décembre 2008.

[29] Sénat (2008-2009), rapport n° 430 sur la proposition pour le développement des sociétés publiques locales, fait au nom de la Commission des Lois par M. Jacques Mézard, annexe au procès-verbal de la séance du 20 mai 2009.

[30] Sénat (2008-2009), compte rendu intégral de la séance du 4 juin 2009.

trois mois[31]. Après discussion à l'Assemblée nationale, où le texte, légèrement modifié[32], est adopté là aussi à l'unanimité, puis après accord de la chambre haute sur ces modifications, la loi n° 2010-559 pour le développement des sociétés publiques locales est définitivement promulguée le 28 mai 2010[33]. Ce texte permet aux collectivités locales d'agir par l'intermédiaire de sociétés anonymes bénéficiant de l'exception européenne de quasi-régie, pour mettre en œuvre toutes activités d'intérêt général, dans le cadre de leurs compétences[34]. Bien qu'exemptée de mise en concurrence, l'assemblée délibérante de la collectivité souhaitant lui confier une délégation de service public doit néanmoins se décider au vu d'un rapport circonstancié justifiant ce choix.

La justification de ce texte est « l'évidence », indique le rapporteur Jacques MEZARD, que « ces sociétés publiques deviendront un outil indispensable au bon fonctionnement des collectivités locales, car elles apporteront à celles-ci une souplesse supplémentaire, ce qui leur permettra d'exercer leurs compétences avec plus d'efficacité et de rapidité »[35]. La SPLA *Lyon Confluence* semble le considérer, qui devient en novembre 2012 la SPL *Lyon Confluence*, afin de recevoir des contrats de ses actionnaires, sans mise en concurrence, dans tous les domaines d'intérêt général, en sus du domaine de l'aménagement[36].

Cette nouvelle liberté d'organisation des collectivités locales est néanmoins revendiquée dans un but spécifique : celui de mieux répondre aux obligations concurrentielles européennes. La proposition de loi vise très clairement l'importance de « [préserver] la liberté de la collectivité de

---

[31] Bien qu'avec de substantielles modifications par rapport au texte initial. La proposition de loi ne prévoyait ni la forme exclusive de société anonyme (la forme de société anonyme simplifiée était possible), ni l'exclusivité publique du capital (ce qui était une possibilité, mais pas une obligation), ni son exclusivité aux collectivités locales (les établissements publics en général étaient acceptés), et autorisait un actionnaire unique. Le texte adopté par le Sénat prévoit un capital exclusivement public, exclusivement local (uniquement les collectivités territoriales et leurs groupements), et un minimum de deux actionnaires.

[32] Le texte de l'Assemblée nationale rajoute au texte du Sénat : la limitation de l'action des SPL au territoire des collectivités actionnaires ; un contrôle spécifique des délégations de service public confiées aux SPL, à travers un vote de principe des assemblées délibérantes des collectivités envisageant le recours à ce mode de gestion ; et surtout précise que les contrats passés avec les SPL sont exemptés des obligations mise en concurrence et de transparence, lorsque ces sociétés répondent aux conditions européennes de l'exception de quasi-régie.

[33] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales : JORF* n° 122 du 29 mai 2010 ; *Contrats Concurrence Consommation* 2010, n° 7, p. 30, note C. Prebissy-Schnall ; *Contrats et Marchés Publics* 2010, n° 7, p. 23, note G. Clamour ; *RLCT* 2010, n° 59, p. 12, note J. Facon ; *Dr. adm.* 2010, n° 7, p. 3, obs. R. Noguellou ; *JCP-A* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *Décideurs Jur. Et Fin.* 2010, n° 119, p. 90, obs. M.-Y. Benjamin ; *RLCT* 2010, n° 60, dossier spécial, incluant p. 15, obs. M. Courrouyan ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *LGP* 2010, n° 274-275, p. 19, étude D. Linotte ; *CMP* 2010, n° 11, p. 50, étude X. Mouriesse et S. Braconnier ; *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *AJDA* 2011, n° 3, p. 15, note S. Damarey ; *RDP* 2011, p. 717 et s., actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux.*

[34] Code général des Collectivités Territoriales, art. L. 1531-1.

[35] Sénat (208-2009), compte rendu intégral de la séance du 4 juin 2009.

[36] Communauté urbaine de Lyon, délibération du 19 novembre 2012, n° 2012/5011, SPLA Lyon Confluence - Evolution en société publique locale (SPL) - Modification des statuts (direction de la gestion). En l'occurrence, *Lyon Confluence* a élargi son champ d'action à des « missions de gestion dans le domaine des énergies renouvelables », et à « l'exploitation provisoire d'ouvrages de parcs de stationnement ».

travailler avec une société locale », tout en « [respectant] pleinement le droit communautaire »[37]. La SPL est ainsi l'expression circonstanciée des nouvelles conditions imposées par le droit européen de la commande publique, réglementant les relations entre les autorités publiques et les entités qu'ils contrôlent. « La première motivation de la SPL est de réagir à une jurisprudence de la CJUE » (celle de la quasi-régie), résume ainsi Gilles J. GUGLIELMI[38]. Mais ce lien évident de causalité entre les deux notions cache aussi des conséquences juridiques annexes, et parfois inattendues, qui dépassent les buts initialement fixés à la création de ces notions.

## II - Les questions juridiques engendrées par la création de la quasi-régie et de la société publique locale

Les quasi-régies et les SPL ne sont pas des outils aux conséquences juridiques univoques. Incarnant à la fois la publicisation et la privatisation de l'action publique, ces notions renouvellent beaucoup la réflexion théorique de ces dynamiques juridiques. Mais les évolutions de l'exception de quasi-régie[39] et des SPL[40] s'inscrivent aussi dans les cadres plus vastes de mouvements administratifs globaux, qui les expliquent et les influent, mais que ces notions redessinent à leur tour.

Le croisement des deux notions n'est en soi pas innocent : le statut légal de la SPL cherche à répondre en effet *a priori* aux critères de la quasi-régie, tout en pouvant concrètement y échapper. Cette faille, mince mais persistance, entraîne une tension pour les SPL, qui cherchent à répondre à des critères fluctuants. De plus, le législateur français a rajouté aux critères européens des critères de son choix, qui cherchent, eux, à limiter l'usage de ces sociétés et à l'adapter aux cadres traditionnels de la gestion publique locale. Là aussi, une faille se fait jour entre le statut légal des

---

[37] Sénat (2008-2009), Proposition de loi n° 253, pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Daniel Raoul *et al.*, annexe au procès-verbal de la séance du 5 mars 2009, p. 4.

[38] GUGLIELMI, Gilles J., : « La société publique locale un nouvel outil de gestion des services publics locaux », RDP 2011, n° 3, p. 717.

[39] Il faut noter spécialement les nouvelles directives européennes sur la commande publique, qui touchent au régime des quasi-régies : Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28.

[40] En sus du nouveau Code de la Commande publique de 2018 (Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique), qui transpose les exceptions européennes en droit français, la SPL a pu faire l'objet de modifications législatives spécifiques, comme la création de la SPLA d'intérêt national (loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain : *JORF* n° 51 du 1er mars 2017, art. 47), ou la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (*JORF* n° 115 du 18 mai 2019, texte n° 1).

SPL et le statut européen idéal des quasi-régies, au final beaucoup plus libre. Les conséquences cette double tension sont fort nombreuses et souvent pleines d'incertitudes juridiques. Une illustration sous forme de liste suffit à en éclairer les ramifications. Les sociétés souhaitant profiter de l'exception de quasi-régie, doivent en effet vérifier, entre autres: l'exclusivité de leurs activités matérielles[41], la conformité du contrôle de leurs actionnaires minoritaires[42], la complémentarité des activités exercées[43], l'adéquation des compétences de leurs collectivités actionnaires à leurs activités[44], s'assurer d'un respect minimum de leurs potentiels concurrents privés[45], assurer la mise en concurrence de leurs propres contrats[46], peser l'opportunité et la légalité de créer des filiales[47] ou encore de mutualiser certains services avec d'autres sociétés[48]. Les conséquences de cette double tension permanente entre la quasi-régie et la SPL débordent alors largement le droit de la

---

41 Un récent arrêt européen précise ainsi le calcul de ces activités, selon une méthodologie qui peut paraître très souple : CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935 : JCP-A* 2017, n° 2, p. 21-23, note M. Karpenschif ; *Europe* 2017, n° 2, p. 24, note E. Daniel ; *BJCP* 2017, n° 111, p. 90-94.

42 Le Conseil d'Etat considérant que les petites collectivités doivent participer non seulement au capital mais également aux organes de direction de la société, afin de bénéficier en droit français de l'exception de quasi-régie (alors que le droit européen paraît plus souple) : CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm.* 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

43 Au départ soumise par application de la jurisprudence traditionnelle du juge administratif, à ce principe de complémentarité, alors que les SEML y étaient soumises expressément par la loi, le législateur a clarifié la situation en imposant une telle complémentarité des activités par la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* n° 115 du 18 mai 2019, texte n° 1 : *AJDA* 2019, n° 29, p. 1690, note S. Brameret ; *CMP* 2019, n° 4, p. 26, note G. Eckert.

44 Le législateur a souhaité sur ce point contredire l'interprétation du Conseil d'Etat, qui considérait que les collectivités territoires ne peuvent participer à une SPL que si elles en ont toutes les compétences (CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels) *versus :* loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* n° 115 du 18 mai 2019, texte n° 1 : *AJDA* 2019, n° 29, p. 1690, note S. Brameret ; *CMP* 2019, n° 4, p. 26, note G. Eckert.

45 Par exemple, la justice européenne a ainsi récemment précisé que les principes européens de transparence s'appliquaient, dans un sens restreint mais bien réel, même aux opérations internes des collectivités publiques : CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, Ville de Kaunas, et UAB « Irgita » : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

46 Voyez, quant à l'affirmation du caractère privé de ces contrats : Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, n° 1601218 : *CMP* 2016, n° 5, comm. 131, note M. Ubaud-Bergeron.

47 La question de savoir dans quels cas la relation de quasi-régie demeurerait acquise par le biais d'une filiale restant difficile à résoudre : *Cf.* Circulaire du 29 avril 2011 sur le régime juridique des SPL et des SPLA, NOR : COT/B/11/08052/C : *AJDA* 2011, p. 1880, comm. S. Nicinski ; et Rapp, Lucien, *Le financement des sociétés publiques locales, RFDA* 2012, p. 1107.

48 Voyez, en pratique : Chambre régionale des Comptes des Pays de la Loire, *Rapport d'observations définitives, Groupement d'intérêt économique Fontevraud, exercices 2013 à 2016,* 6 novembre 2018 — et en théorie : Foucault, Ghislain, Stratula, Aliona, « Mutualisation des achats et SPL », *Moniteur Contrats publics* 2013, n° 131, p. 42 ; Peyrical, Jean-Marc, « Un groupement d'achat structuré : le cas d'une chaîne de restauration publique », *Moniteur Contrats publics* 2014, n° 149, p. 35.

commande publique, en agissant sur les fondements mêmes du droit de la gestion publique, comme du droit des collectivités locales. Mais ces effets sont fort ambigus.

Par certains aspects, la SPL correspond à une privatisation du régime juridique applicable à la gestion publique locale[49]. Les SEML[50], comme les entreprises publiques en général[51], posaient déjà ces questions, et ont été l'occasion d'études approfondies. Les actes, comme les contrats, le personnel, la responsabilité, les finances et la comptabilité, le contrat de société : presque tout le

---

[49] En Loire-Atlantique par exemple, la création de la société publique locale *Le Voyage à Nantes,* — gestionnaire des Machines de l'île, du Château des Ducs de Bretagne, et de l'office de tourisme nantais —, a été l'occasion de transférer certaines activités gérées jusque-là sous forme de régie publique, obéissant à des règles de droit public pour la comptabilité, les agents, les contrats et les biens, en gestion sous la forme d'une société anonyme, obéissant à des règles de droit privé pour la plus grande part de ses actes et de sa responsabilité. *Cf.* CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la SPL Le Voyage à Nantes, exercices 2011 et s., 7 septembre 2017, 68 p.

[50] Voyez, pour les SEML, particulièrement : DUCOULOUX-FAVARD, Claude, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*, Paris : LGDJ, 1963, 283 p. ; TAGAND, Roger, *Le régime juridique de la société d'économie mixte,* Paris : LGDJ, 1969, 249 p. ; ALBOUY, Charles, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Paris : Masson, 1988, 101 p. ; SUR, Marie-Thérèse, GRANGE, Claude, RENAUX, Marie-Anne, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Paris : éd. du Moniteur, 1990, 278 p. ; MICHEL, Jean-Claude, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Paris : LGDJ, 1990, 218 p. ; DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier I, 1994, 413 p. ; NGAMPIO-OBELE-BELE, Urbain, *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés,* Aix-en-Provence : PUAM, 1998, 498 p. ; BENJAMIN, Marie-Yvonne, *SEML : guide juridique et pratique,* Paris : EFE, 2002, 505 p. ; DURAND, Guy, *Les sociétés d'économie mixte locales, 2e éd.,* Paris : Berger-Levrault, 2002, 359 p. ; Paris DEPORCQ, Dominique, *et al., Code pratique des sociétés d'économie mixte locales*, Paris : Berger-Levrault, 2003, 335 p. ; PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés*, Préface de Paul Le Cannu, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 427 p. ; LE ROUX, Martine, *Sociétés d'économie mixte locales et procédures collectives,* Thèse de doctorat : droit privé : Paris 1, 2008, 335 p. ; DA ROLD, Jacques, *Les sociétés d'économie mixte, acteurs de la ville : Regards croisés en France et en Europe*, Paris : L'Harmattan, 2010, 213 p. ; BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris : LGDJ, 2011, 448 p.

[51] Voyez, pour les entreprises publiques, parmi beaucoup d'autres : CHERON, Albert, *De l'actionnariat des collectivités publiques,* Paris : Sirey, 1928, 440 p. ; *Archives de Philosophie du Droit* 1952, n° 1, « La distinction du droit privé et du droit public à l'épreuve de l'entreprise publique », 246 p. ; BREDIN, Jean-Denis, *L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé,* Paris : LGDJ, 1957, 304 p. ; LAUBADERE, André de, *Les grands services publics et les entreprises nationales,* Paris : Cours de droit, 1963, 630 p. ; PRIEUR, Michel, *Les entreprises publiques locales,* Paris : Berger-Levrault, 1969, 327 p. ; DUFAU, Jean, *Les entreprises publiques,* Paris : éd. Actualité juridique, 1973, 382 p. ; NGUYEN QUOC, Vinh, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales,* Paris : LGDJ, 1979, 320 p. ; RAPP, Lucien, *Les filiales des entreprises publiques,* Paris : LGDJ, 1983, 576 p. ; HELLESEN, Jean-Pierre, *Les marchés des entreprises publiques,* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 1985, 3 vol. ; DURUPTY, Michel, *Les entreprises publiques, 2 vol.,* Paris : PUF, 1986, 407 et 426 p. ; VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques :* Thèse de doctorat : droit public : Lille 2, 1990, 819 p. ; THIRY, Bernard, VANDAMME, Jacques (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne : entre concurrence et intérêt général*, Paris : Pédone, 1995, 174 p. ; GARBAR, Christian-Albert, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques,* Paris : LGDJ, 1996, 588 p. ; POYET, Michaël, *Le contrôle de l'entreprise publique : Essai sur le cas français,* thèse de doctorat : doit public, Saint-Etienne, 2001, 391 p. ; SEASSAUD, Eric, *Le capital de l'entreprise publique : aspects juridiques,* thèse de doctorat : droit public : Paris-Est Créteil Val de Marne, 1995, 383 p. ; CHERCHARI, Mohamed Sahia, *L'Etat et les entreprises publiques, 1981-1997 : éléments pour une théorie générale,* thèse de doctorat : droit public : Toulouse 1 Capitole, 2001, 440 p. ; THIRION, Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques,* Bruxelles : Bruylant, 2002, 790 p. ; DELION, André George, *Le droit des entreprises publiques et participations publiques,* Paris : LGDJ, 2003, 253 p. ; VANNEAUX, Marie-Anne, *Recherche sur un droit des relations financières Etat-entreprises publiques,* thèse de doctorat : droit public : Lille 2, 2005, 743 p. ; PELLETIER, Marie-Louise, *L'entreprise publique de service public : déclin et mutation,* Paris : L'Harmattan, 2009, 452 p. ; CARTIER-BRESSON, Anémone, *L'Etat actionnaire,* Paris : LGDJ, 2010, 495 p. ; MARCHAND, Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, Paris : LGDJ, 2014, 564 p. ; LE JAN, Morgane, *Le service public postal face au droit de l'Union européenne : Histoire d'un compromis (1957-2012),* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2016, 699 p. ; LEVALLOIS, Pierre, *L'établissement public marchand : recherche sur l'avenir de l'entreprise publique en forme d'établissement public,* thèse de doctorat : droit public : Lyon : 2019.

régime de ces sociétés est de droit privé, et même souvent de droit commercial[52]. Les SPL renouvellent ainsi la réflexion par la création et de l'utilisation d'une nouvelle forme juridique d'entreprise publique, dont il est reconnu qu'aucune ne peut se confondre aisément avec une autre[53]. Toutefois, c'est surtout par sa conjonction avec l'exception de quasi-régie, qui permet d'écarter la mise en concurrence, que la SPL étonne le plus.

La SPL de quasi-régie correspond en effet par d'autres de ses aspects à une reprise en main de la gestion des activités publiques par les collectivités elles-mêmes, c'est-à-dire un retour à une gestion publique qui peut se passer du privé[54]. Elle est une démonstration de la liberté renouvelée de l'interventionnisme public direct dans l'économie. Souvent qualifiée abusivement de « socialisme municipal »[55], l'intervention directe des collectivités territoriales dans l'économie est largement délimitée par le législateur, à travers les compétences à agir dans l'économie[56], ainsi que par le juge administratif, à travers la sanction des actions ne justifiant pas d'un intérêt public suffisant[57]. Elle est aussi limitée par le respect qu'elle doit apporter à la concurrence privée[58], ce qui peut aboutir,

---

[52] Voyez, en sus des références de la note précédente, sur ce point : ECKERT, Gabriel, *Droit administratif et commercialité,* thèse de doctorat : droit public : Strasbourg Robert Schuman, 1994, 854 p.

[53] Voyez spéc. : VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques :* Thèse de doctorat : droit public : Lille 2, 1990, 819 p.

[54] C'est le cas par exemple de la SPL *Eau du Ponant*, opérateur public de l'eau et de l'assainissement dans le Finistère, qui a repris dans une gestion plus directe et plus publiques les contrats de service concédés jusque là à plusieurs entreprises privées. *Cf.* Chambre régionale des Comptes des Pays de Bretagne, *Rapport d'observations définitives, Société publique locale Eau du Ponant, exercices 2011 et suivants,* 8 septembre 2014.

[55] Si le socialisme municipal a bien existé, il n'a pas été longtemps une idéologie stable, et encore moins une pratique véritablement reconnue en France : BIENVENU, Jean-Jacques, RICHER, Laurent, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger* 1984, vol. 62, p. 205-223 ; DOGLIANI, Patrizia, *Un laboratoire de socialisme municipal : France 1880-1920,* thèse de doctorat : histoire : Paris 8, 1991, 661 p. ; LEFEBVRE, Rémi, *Le socialisme municipal saisi par l'institution municipale : des années 1880 aux années 1980 : jeux d'échelles,* thèse de doctorat : science politique : Lille 2, 2001, 734 p. ; KUHL, Uwe (ed.), *Der Munizipalsozialismus in Europa : Le socialisme municipal en Europe,* München : Oldenbourg, 2001, 154 p. ; WOLLMANN, Hellmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (dir.), *Public and social services in Europe : from public and municipal to private sector provision,* London : Palgrave McMillan, 2016, 342 p.

[56] Voyez notamment, en sus des manuels généraux de droit du service public, de droit public économique et de droit public des affaires : KOUEVI, Amavi, *Le droit des interventions économiques des collectivités locales,* Paris : LGDJ, 2003, 334 p.

[57] Pour les études les plus significatives sur la question, voyez : CHAPUISAT, Louis-Jérôme, *La notion d'affaires locales en droit administratif français,* thèse de doctorat : droit public : Paris, 1971, 545 p. ; ROUAULT, Marie-Christine, *L'intérêt communal,* Lille : Presses universitaires de Lille, 1991, 444 p. ; KADA, Nicolas (dir.), *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine,* Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2009, 224 p. ; ROMBAUTS-CHABROL, Tiphaine, *L'intérêt public local,* Paris : Dalloz, 2016, 558 p. ; ROUAULT, Marie-Christine, « Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local », fasc. 383, *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* mise à jour 15 juillet 2018 ;

[58] Voyez, entre autres, à côté des manuels usuels, dont ceux de droit public de la concurrence : DREYFUS, Françoise, *La liberté du commerce et de l'industrie,* Paris : LGDJ, 1973 ; SOUTY, François, *Les collectivités locales et le droit de la concurrence : efficacité économique, réglementation et services publics locaux,* Paris : Dexia, 2004, 504 p. ; CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, 1043 p. ; GINSBURGER, Ted, *L'exercice d'activités commerciales par les collectivités locales : permanence et mutations du service public,* thèse de doctorat : droit public : Aix-Marseille Paul Cézanne, 2010, 424 p. ; IOANNIDOU, Aimilia, *L'intérêt général en économie de marché : perspective de droit de l'Union européenne,* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2017, 527 p.

par le biais du droit européen de la commande publique[59], à conditionner les formes d'intervention, ou d'organisation de l'intervention publique[60]. Les SPL constituent à ce titre un résultat topique de la dialectique entre Etat et marché[61], fixant juridiquement un nouveau *limes* entre les libertés d'organiser ou d'intervenir dans la société concurrentielle pour les collectivités publiques, et les limites amenées par des considérations économiques libérales. Elles ouvrent de nouvelles voies à une intervention publique renouvelée. Sébastien BERNARD, note à ce propos que « le climat consensuel qui a entouré cette réforme [ne doit pas masquer] l'originalité de l'organisme créé au regard de l'histoire de l'intervention locale dans l'économie »[62].

Cependant, dans le même temps, s'étonne Gilles J. GUGLIELMI, *« comment ne pas être frappé par la revendication unanime d'un outil qui s'affiche avant tout comme public, alors que le contexte général de l'application du droit de l'UE et de la simplification du droit français pousse à*

---

[59] Voyez, pour les recherches doctorales dans le domaine de la commande publique sous l'angle du droit européen : CABANES, Arnaud, *La notion communautaire de marchés publics,* thèse de doctorat : droit public : Paris V, 1996, 823 p. ; KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics,* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2004, 971 p. ; DURVIAUX, Ann-Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système,* Bruxelles : Larcier, 2006, 612 p. ; COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2007, 878 p. ; CHAVAROCHETTE-BOUFFERET, Séverine, *L'interprétation des directives de l'Union sur les marchés publics par la Cour de justice,* thèse de doctorat : droit public, Paris 1, 2013, 676 p. ; AMILHAT, Mathias, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2014, 678 p. — Outre les nombreux manuels de contrats administratifs et de marchés publics, voyez spécialement pour l'aspect européen : RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, 393 p. ; ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement 3rd ed., vol. 1,* London : Sweet & Maxwell, 2014, 1449 p. ; DE LA ROSA, Stéphane, *Droit européen de la commande publique,* Bruxelles : Bruylant, 2017, 465 p.

[60] Voyez notamment : EYRAUD, Christèle, *L'incidence du droit communautaire sur le droit administratif des services publics locaux,* thèse de doctorat : droit public : Clermont-Ferrand I, 1999, 539 p. ; Conseil d'Etat, *Collectivités territoriales et obligations communautaires,* rapport public 2003, Paris : La Doc. Fr., 2004, 114 p. ; LEROUSSEAU, Nicole, ROSSETTO, Jean (dir.), *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne,* Tours : Presses Universitaires François-Rabelais, 2005, 128 p. ; MONJAL, Pierre-Yves, *Droit européen des collectivités locales,* Paris : LGDJ, 2010, 202 p. ; ALLEMAND, Roselyne (dir.), *Les effets du droit de l'Union européenne sur les collectivités territoriales : approches comparées,* Paris : L'Harmattan, 2011, 417 p. ; BOULET, Mathilde, *Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne,* Paris : L'Harmattan, 2012, 761 p. ; COLAVITTI, Romélien, *Le statut des collectivités infra-étatique européennes : entre organe et sujet,* thèse de doctorat : droit : Aix-Marseille, 2012, 832 p. ; PANARELLI, Stéphane, *Le principe de libre administration de la gestion des services publics locaux à l'aune du droit de l'Union européenne,* thèse de doctorat : droit public : Paris 10, 2012, 815 p. ; POTVIN-SOLIS, Laurence (dir.), *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales*, Paris : L'Harmattan, 2013, 448 p.

[61] MAZERES, Jean-Arnaud, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-Nation », *in* STERN, Brigitte (dir.), *Marché et Nation, regards croisés : internalisation de l'économie ou retour des nations ?,* Paris : Montchrestien, 1995, p. 81 ; voyez aussi, sur cette idée de dialectique où l'Etat s'oppose ou se limite en fonction de son interprétation du marché, de ses objectifs, de son fonctionnement, et de ses défaillances : ROSANVALLON, Pierre, *L'Etat en France : de 1789 à nos jours,* Paris : Seuil, 1993, 369 p. ; BOTTINI, Fabien (dir.), *L'Etat interventionniste : le rôle de la puissance publique dans l'économie,* Paris : L'Harmattan, 2012, 192 p. — Pour une application juridique spécifique de cette dialectique aux limites européennes au régime et au financement des services d'intérêt général par les Etats : MAGRINI, Gilles, *La dialectique de l'Etat et du marché dans la construction européenne : contribution à l'étude de l'article 90 du Traité de Rome,* thèse de doctorat : droit public : Toulouse 1, 1998, 698 p. ; BRACQ, Stéphane, *L'article 90 CEE,* thèse de doctorat : droit public : Lille 2, 496 p. ; — Et de manière plus générale sur la dialectique entre intérêt général et marché dans l'Union européenne : JABKO, Nicolas, *L'Europe par le marché : Histoire d'une stratégie improbable,* Paris : Sciences-Po, 2009, 292 p. ; PIERSON, Matthieu, *Aides d'Etat et politiques de l'Union européenne : contrôle communautaire des interventions étatiques ou interventionnisme communautaire,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux 4, 2011.

[62] BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP* 2011, n° 3, p. 587.

*la mise en concurrence et à l'externalisation vers les opérateurs privés ? »*[63]. Il est clair, à l'analyse, que les SPL de quasi-régie représentent l'aboutissement de dynamiques et de contextes juridiques et politiques qui les dépassent, particulièrement les notions de concurrence, d'interventionnisme, les formes de celles-ci et le rôle des collectivités locales dans ce cadre. En effet, comme le remarquent Jean-Bernard AUBY, Jean-François AUBY, et Rozen NOGUELLOU, le droit des collectivités locales « se trouve tributaire de contraintes juridiques de plus en plus nombreuses, venant de règles qui paraissent de plus en plus complexes et hétérogènes »[64], ce qui inclut notamment les considérations libérales et pro-concurrentielles, comme les nouveaux principes européens d'affirmation d'une libre administration des collectivités publiques. Mais les SPL de quasi-régie influent aussi en échange sur ces phénomènes, en précisent le régime, et en renouvellent les fondements. Elles sont ainsi au coeur et moteurs de ces évolutions, donnant d'un côté une liberté nouvelle de gestion, tout en encadrant l'usage de cette liberté par des contraintes tout aussi nouvelles.

Les SPL de quasi-régie démontrent ainsi, dans leur dynamique, tout un potentiel d'ambiguïté et de renouvellement des réflexions qui dépassent les seuls droits de la commande publique et de la gestion publique. Pierre DELVOLVE, l'affirme d'ailleurs, estimant que *« la création des sociétés publiques locales par la loi du 28 mai 2010 va bien au-delà de l'exemption des règles d'attribution de contrats publics et de l'aménagement d'un nouvel instrument de gestion à la disposition des collectivités territoriales. Elle contribue à la transformation du régime et même du statut des collectivités territoriales »*[65]. La liste de ces incidences est longue. L'accumulation des contentieux européens et nationaux[66] démontre suffisamment que ces incidences continuent à interroger et modifier substantiellement notre droit. Les SPL de quasi-régie constituent clairement un point focal des dynamiques et des réflexions sur le droit de la gestion publique : elles en expriment de façon plus pures les nombreux enjeux, et à travers leur prisme les conséquences juridiques se dévoilent plus clairement. C'est là tout l'intérêt d'une recherche approfondie sur cet objet. Reste néanmoins, face à la multiplication des problèmes, à aborder celui-ci sous un angle précis, afin de ne pas se laisser déborder par les nombreuses conclusions possibles.

---

[63] GUGLIELMI, Gilles J., : « La société publique locale un nouvel outil de gestion des services publics locaux », RDP 2011, n° 3, p. 717.

[64] AUBY, Jean-Bernard, AUBY, Jean-François, NOGUELLOU, Rozen, *Droit des collectivités locales, 6e éd.,* Paris : PUF, 2015, p. 31.

[65] DELVOLVE, Pierre, « Les sociétés publiques locales : Présentation », *RFDA* 2012, n° nov.-déc., p. 1072.

[66] Voyez liste des décisions concernant les quasi-régies et les sociétés publiques locales en annexe.

## III. Les hypothèses établies

Face à ces nombreuses questions, les créations de la quasi-régie et de la SPL invitent non seulement à examiner en droit positif leurs caractéristiques, ainsi que les modifications qu'elles apportent au droit existant, mais aussi, de façon plus théorique, leurs effets sur les classifications traditionnelles, ou les explications classiques des solutions juridiques. Or, de telles observations ne prennent véritablement un sens qu'en se plaçant dans l'hypothèse d'un ou de plusieurs influences qui en expliqueraient les tendances, en fonderaient les solutions juridiques, et en détermineraient les directions.

Etant donné qu'elle apparaît comme le point commun de toutes les observations relevées, l'hypothèse d'une influence fondamentale des objectifs concurrentiels dans la création des concepts juridiques de quasi-régie et de société publique locale paraît un angle particulièrement opportun pour effectuer l'analyse de ces effets. Cet angle n'empêche pas de concevoir les contradictions et les paradoxes : il permet de leur donner une attache, une pierre de touche à laquelle se confronter.

La logique de concurrence est en effet au coeur des fondements comme des effets observés. Par exemple, selon ses propres déclarations, ce sont des considérations concurrentielles qui ont amené la Cour de justice à statuer sur le sort des quasi-régies, et à donner une interprétation stricte de ces conditions. Pourtant, le doit européen est formellement neutre face aux libertés d'organisation des collectivités publiques : il ne devrait normalement pas y porter atteinte[67]. Et la création de l'exception de quasi-régie a finalement abouti à établir clairement un principe européen de libre administration des collectivités publiques. Le contournement de la mise en concurrence n'est pas absence de concurrence. Pareillement, la SPL, instrument annoncé de liberté, reprend à son compte de nombreuses obligations, dont il est possible d'interroger le caractère concurrentiel. Les interprétations jurisprudentielles les plus récentes interrogent par exemple sur ce caractère réellement libérateur des SPL pour les collectivités locales[68]. Dans la dialectique entre liberté d'organisation des collectivités et influence de la concurrence[69], il apparaît plutôt que ce soit cette

---

[67] Voyez notamment : FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67. — Ce principe est entériné dans la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2 : « La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union ».

[68] Voyez : CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels

[69] MAZERES, Jean-Arnaud, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-Nation », *in* STERN, Brigitte (dir.), *Marché et Nation, regards croisés : internalisation de l'économie ou retour des nations ?,* Paris : Montchrestien, 1995, p. 81.

dernière qui l'emporte dans la création puis la mise en oeuvre de la quasi-régie et de son aboutissement français, la SPL. Mais cela demande à être vérifié précisément, et scientifiquement. Ce travail de recherche revient alors à s'interroger, par hypothèse, sur la portée exacte de l'influence des considérations concurrentielles, tant dans les fondements des développements et des interprétations juridiques de la quasi-régie et de la société publique locale, que dans leurs impacts sur l'organisation et le fonctionnement des collectivités locales, et de celles des activités qu'elles prennent en charge par le biais de la SPL de quasi-régie. Il convient néanmoins de trouver les moyens adéquats d'observer la portée réelle de cette hypothèse : c'est l'objectif de la méthodologie.

## IV - La méthodologie employée

Martine CLIQUENNOIS observait avec regret que « *vouloir étudier l'intervention économique des pouvoirs publics […] est vite interprété comme la défense d'un parti pris favorable à l'interventionnisme. A l'inverse, étudier le désengagement de l'Etat, […] la déréglementation, la libération des initiatives des entreprises, est tout de suite compris comme la défense du libéralisme* »[70] [71]. Comment échapper à de tels reproches ? Il convient d'adopter pour cela un positionnement méthodologique — ou plus précisément épistémologique — clair (A), avant de le mettre en oeuvre à travers une méthode adaptée à une recherche juridique et à cet objet (B).

### *A) Le positionnement épistémologique*

Le droit semble être à première vue une matière difficile à encadrer pratiquement et théoriquement par une méthodologie scientifique. La tentation est forte, pour cet art pratique, de ne pas avoir à justifier de ses méthodes. Michel VILLEY critiquait ainsi en 1975 le fait que, de manière générale, « *le juriste omet de justifier, de fonder sa méthode de travail, ou de nous expliquer pourquoi les solutions devraient être tirées de telle ou telle source […]. Demandez sur quoi repose notre prétendue science du droit, comment se justifient nos méthodes, quelles sont les sources de nos connaissances, qui saura répondre ?* »[72]. Cela est dû en grande partie à l'attrait pratique de l'art

---

[70] CLIQUENNOIS, Martine, *Droit public économique,* Paris : Ellipses, 2001, p. 5.

[71] Conformément aux usages éditoriaux en vigueur pour les travaux de recherche en sciences humaines, il convient que les citations longues soient indiquées de manière différente des citations courtes. Nous avons choisi la mise en valeur par des italiques pour les citations dépassant les quatre lignes. Quand aux appels de note, étant donné la possibilité de citer des auteurs utilisant eux-mêmes des appels de note propres à leur travail, nous avons choisi de les marquer après, et non avant les guillemets fermants pour les citations. A part cette exception importante, les appels de note sont néanmoins, en règle générale, placés avant les signes de ponctuations, immédiatement après un mot.

[72] VILLEY, Michel, *La Philosophie du Droit,* 1975, p. 9.

juridique sur celui de la science du droit. Alors que l'art juridique est facile à mettre en oeuvre puisque c'est celui qui est enseigné pour devenir juriste, juge ou avocat, le second a moins d'attrait pratique, puisqu'il ne sert apparemment pas un but directement profitable, mais celui plus éloigné de chercher à comprendre les actions juridiques pour en formuler des explications universellement valables. C'est dans cette vocation de participer à la « science du droit »[73] que le présent travail s'inscrit, cherchant à échapper le plus possible aux critiques sur les choix partisans que Martine CLIQUENNOIS relevait. Le présent travail doit donc justifier de sa scientificité : c'est l'utilité de la présentation de son positionnement épistémologique.

La tentation d'utiliser une solution méthodologique provenant des sciences naturelles et mathématiques est bien entendue très compréhensible pour le chercheur en science juridique qui souhaiterait adosser son travail sur une justification scientifique incontestable. Mais ce mimétisme naturalisant conduit, selon nous, à une mathématisation et à une formalisation excessive des théories et des raisonnements juridiques, qui entraîne comme conséquence de considérer les normes comme un ensemble séparé de la société des hommes, et dont les considérations morales et sociales peuvent être exclues. Si cette méthodologie peut être scientifiquement valable en soi, elle ne nous parait ni adéquate ni adaptée à décrire la réalité et la complexité du droit dans son utilisation sociale et individuelle. Elle enferme d'ailleurs la science du droit dans un isolement singulier — et dangereux — en comparaison des disciplines des sciences sociales qui devraient être logiquement, selon nous, les plus proches : l'histoire, la philosophie, la sociologie, la science politique. C'est pourtant la situation de beaucoup de travaux en science juridique. Comme le remarquent Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPERIN, *« en dépit de rapprochements précoces, la science juridique a pendant des siècles cultivé l'isolement. […] Ce sentiment de singularité du Droit par rapport aux autres disciplines s'est prolongé jusqu'à nos jours […] dans un discours formaliste, se proclamant positiviste, voire normativiste »*[74]. L'ouverture interdisciplinaire aux sciences sociales souhaitée, et l'ambition que nous visons d'une description de normes inscrites dans une réalité sociale, implique selon nous de dépasser une démarche uniquement positiviste pour ce travail — bien qu'elle fournisse une très efficace et indispensable base (minimale) de l'analyse juridique.

Quelle méthode faut-il adopter alors ? Il nous semble qu'il s'agit, là encore, d'une question piège, car il ne nous semble pas raisonnable, en sciences sociales, d'arriver à décrire une méthode scientifique parfaite qui embrasserait toute la complexité humaine. Mais, si nous abondons dans le sens de Jürgen HABERMAS, qui estime que la confrontation des méthodes dessine le paradigme

---

[73] CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 14 et s.

[74] AUDREN, Frédéric, HALPERIN, Jean-Louis, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXème-XXème siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaine*s 2001, n° 1, p. 3

scientifique le plus juste[75], cela ne signifie pas, bien au contraire, que l'on puisse se passer de présenter le positionnement utilisé et qui justifie l'ambition scientifique de ce travail.

La première caractéristique d'une méthodologie scientifique revient, selon nous, à l'injonction de Max WEBER de présenter les faits avec l'objectif d'une plus parfaite possible neutralité axiologique (ou une absence de préjugés de valeurs) dans le traitement des informations[76]. Cela ne veut toutefois pas dire que le chercheur doit — et surtout peut — exercer une telle neutralité sur sa propre pensée[77]. Réinterprétée à la lumière des théories actuelles de la connaissance, il s'agit surtout d'une injonction à *connaitre* les *biais* qui pourraient interférer avec la recherche de la description la plus exacte possible[78]. En fin de compte, cette injonction scientifique revient pour le chercheur à savoir se connaître soi-même, mais surtout, à exposer clairement ses biais à ses auditeurs, et à chercher à les minimiser dans son travail de recherche.

Force est de reconnaître que nous n'imaginons pas exercer ce travail de recherche sans quelques valeurs morales, même sous-jacentes, et aussi nous faut-il, dans cette démarche de transparence et de neutralité scientifique, les exposer. Aussi, nous pensons (et nous espérons) être guidés dans ce travail, tout d'abord par la soif d'une meilleure connaissance du droit et de ses mécaniques de fonctionnement, notamment au niveau des dynamiques historiques institutionnelles et humaines explicatives des situations actuelles ; mais aussi, du point de vue des valeurs, par la recherche des possibilités d'amélioration des conditions juridiques et sociales de la démocratie réelle, de l'Etat de droit, ainsi que des droits et libertés individuels et sociaux généralement reconnus[79]. A les énumérer, ces biais intellectuels et moraux peuvent donner l'impression de peser bien lourd dans la prétention à la scientificité. Ce serait oublier que l'important dans cette démarche est au contraire de savoir les reconnaître, afin de pouvoir à la fois les éviter, ou les présenter comme

---

[75] HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme 'idéologie'»,* Paris : Gallimard, 1990, 266 p.

[76] WEBER, Max, *Le savant et le politique,* Paris : 10-18, 1963, p. 89.

[77] Sans compter la possibilité, en sciences sociales notamment, que les informations ne reflètent pas une *vérité* en tant que telle. Mais, comme le note avec justesse Jürgen HABERMAS, « nous devons présupposer, dans nos discussions, tout autant que dans nos actions, un monde objectif qui n'est pas de notre fait et qui est en grande partie le même pour nous tous », afin de nous accorder à pouvoir atteindre une certaine véridicité par la recherche (*L'éthique de la discussion et la question de la vérité,* Paris : Grasset, 2003, p. 69).

[78] Il s'agit donc plus d'une éthique que d'une position démontrable. Pour une démonstration du caractère éthique plus qu'empirique de cette neutralité, voyez : PUTNAM, Hilary, *Fait-valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris : Éd. de l'Éclat, 2004, 186 p. ; et pour une discussion de cette position : DAOUST, Marc-Kevin, « Repenser la neutralité axiologique : Objectivité, autonomie et délibération publique », *Revue Européenne des Sciences Sociales* 2015, vol. 51, n° 1, p. 199.

[79] Nous nous rapprochons ainsi de la vision de Friedrich MÜLLER, qui propose de dépasser la conception formaliste et de viser une approche « à la fois réaliste et respectueuse des principes de la démocratie et de l'Etat de droit » (*Discours de la méthode juridique,* Paris : PUF, 1996, p. 33, cité *in* CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 13), tout en la rejetant pour la question du réalisme en tant que tel, et en la dépassant par l'ajout des droits individuels et sociaux, ce qui est à rapprocher des points de vue de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, qui proposaient de façon plus vaste comme compas « les droits de l'Homme » (*Jalons pour une théorie critique du droit,* Bruxelles : Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, 602 p.), pour nous encore trop réducteur.

des valeurs lorsqu'ils sont en cause, et enfin qu'ils puissent être pris en compte par les lecteurs, en comptant sur ceux-ci pour se faire une opinion plus proche de la vérité grâce à cette transparence.

Cependant, cette volonté de neutralité et cette déclaration des biais existants ne forment pas en eux-mêmes une méthodologie scientifique complète. Encore faut-il énoncer les logiques de fonctionnement qui se cachent derrière les méthodes d'analyse employées ici. Selon nous, l'intérêt du travail scientifique sur le droit consiste à exposer les normes dans leur entièreté et leur complexité (leur ambivalence parfois), ainsi que leurs interactions et leurs conséquences. Afin d'y arriver, il nous paraît trop limitant d'adopter des visions purement finaliste ou matérialiste du droit, tant elles fondent le droit dans une science sociale trop large et sans repères juridiques[80]. Il nous paraît au contraire nécessaire de commencer tout travail sur le droit par une analyse juridique positive, ou formelle, des normes applicables, c'est-à-dire leur description et l'analyse de leurs interactions et de leur validité[81]. Toutefois, la prétention de ces analyses à une vérité finie nous amène à devoir les dépasser[82], et à rajouter au-delà de cette analyse formelle une *critique* qui, pour reprendre les classifications offertes par H. L. A. HART[83], et affinées par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE[84], serait un point de vue externe modéré et non radical sur le droit étudié. C'est-à-dire d'une critique sur des actions et des acteurs dont nous n'accepterions pas, par hypothèse et pour adopter une posture scientifique neutre de départ, les valeurs (point de vue externe[85]), mais dont nous chercherions à comprendre pourquoi et comment ces valeurs sont acceptées et utilisées par les acteurs (point de vue externe modéré).

Dans un travail de recherche qui s'intéresse aux conséquences de choix juridico-politiques (la création de l'exception de quasi-régie et de la société publique locale) sur des pratiques juridiques (les droits de la gestion publique locale, de la commande publique, et des collectivités

---

80 John DEWEY, théoricien critique, proposait notamment de juger toute idée par rapport à ses conséquences (DEWEY, John, *Reconstruction of Philosophy,* Boston : Beacon, 1948, p. 163, cité *in* BOHMAN, James, « Theories, Practices and Pluralism : A Pragmatic Interprétation of Critical Social Science », *Philosophy of the Social Sciences,* 1999, vol. 29, n° 4, p. 459-480). Les mouvements critiques du droit (marxistes et post-marxistes, notamment *Pour une critique du droit,* Paris : Maspero, Grenoble : PUG, 1978, 150 p.), nous semblent à l'inverse présenter le danger de tomber par trop dans la critique politique, ou la sociologique, et plus assez dans la critique juridique (pour une discussion des problèmes de la critique juridique, voyez : MIAILLE, Michel, « La critique du droit », *Droit et Société* 1992, n° 20-21, p. 73).

81 KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 1962, p. 104 et s.

82 PAKSY, Mate, « Normativisme Kelsénien et défi néo-réaliste : comparaison et mise en perspective philosophique des théories de l'interprétation », *Droits* 2017, n° 1, p. 215-233 : à propos des théories de KELSEN (théorie pure) et de Michel TROPER (théorie réaliste): « théorie pure et théorie réaliste aspirent à la même tâche scientifique ultime : la création d'une 'véritable' science juridique. […] Etant donné qu'à leurs yeux le contenu d'une norme juridique est indifférent, la science juridique doit donc être formelle ».

83 HART, Herbert L. A., *Le concept de droit,* Bruxelles : Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2006, p. 114.

84 OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit,* Bruxelles : Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, 602 p.

85 A opposer au point de vue interne adoptant les mêmes valeurs que les acteurs étudiés. Sur cette distinction, voyez : ARNAUD, André-Jean, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et Société* 1986, n° 2, p. 139-141.

locales), de tels choix méthodologiques permettent d'éviter d'adopter un point de vue politique plutôt qu'un autre, et amènent néanmoins à présenter les faits et les normes dans leurs interactions et dans leurs conséquences, et à les interroger de façon critique au regard des buts que les acteurs s'étaient assignés[86]. Cette position épistémologique idéale doit cependant encore se traduire concrètement pour se donner véritablement à voir dans sa transparence la plus saine.

### *B) Les méthodes de recherche employées*

Concernant les recherches proprement dites, il semble important, dans le souci de répondre quelque peu aux objections de Michel VILLEY exposées *supra,* de présenter leur logique, leur enchaînement, leurs sources et leur traitement, pour chaque type de méthode employée.

Une première partie de la recherche a consisté à dépouiller les nombreuses ressources documentaires[87] (législation, rapports officiels, observations scientifiques sous diverses formes : ouvrages spécialisés, on spécialisés, et revues scientifiques) existantes sur le sujet de la gestion publique, des modes de gestion, et de l'activité publique et des différentes formes que peut prendre cette dernière, de la mise en concurrence et de la transparence des procédures de commande publique, de la commande publique en général, et de la concurrence appliquée aux activités publiques ; ainsi que, de manière plus générale, sur le droit et l'histoire du service public, le droit public économique, la gestion publique locale, le droit des contrats publics, et la commande publique en particulier ; le droit et l'histoire des collectivités territoriales ; les droits et politiques européens et français de la concurrence ; et enfin le droit et les principes du droit administratif français, et du droit européen. Tout cela d'abord sous l'aspect juridique, puis sous les aspects économiques et gestionnaires, et dans un moindre mesure — étant donné le caractère d'abord juridique de ce travail — sous l'aspect des sciences politiques. Plusieurs sources étrangères (Belgique, Suisse, Royaume-Uni, Etats-Unis d'Amérique, Espagne et Allemagne) ont été traitées, dans les limites des capacités linguistiques. Cette mise en perspective large a permis de prendre le recul de la comparaison scientifique et internationale dans des domaines où le droit français est particulièrement spécifique.

Une deuxième partie du travail de recherche a consisté à suivre l'évolution réglementaire et jurisprudentielle entourant la société publique locale et les modes de gestion des collectivités

---

[86] Pour une approche critique modérée du droit administratif aujourd'hui, qui démontre notamment l'importance d'étudier l'influence des éléments externes au droit sur le droit lui-même : CAILLOSSE, Jacques, *L'Etat du droit administratif, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 2017, 384 p. — sur l'intégration progressive des méthodologies critiques dans les approches juridiques plus classiques, voyez : MOCKLE, Daniel, « Les approches critiques du droit administratif », *Les Cahiers du Droit* 2016, vol. 57, n° 3, p. 497-526.

[87] *Cf.* bibliographie en fin d'ouvrage.

locales. Ce suivi s'est effectué non seulement par le biais des revues juridiques, mais aussi par la recherche récurrente de mots-clés dans les moteurs de recherche offerts par les sites des législateurs (discussions et rapports parlementaires, journaux officiels français et européens) et dans les sites de mise en ligne des décisions de justice (françaises et européennes) ainsi que des opinions des avocats généraux (pour l'Union européenne) et des rapporteurs publics (pour la France). Le cumul de ces données a permis la création et le maintien de tableaux de législation, de jurisprudence[88], ainsi que de tous les rapports des juges des comptes sur la gestion d'une SPL[89]. Toutefois, il est apparu que certaines décisions et certaines opinions n'étaient pas accessibles par ces biais ouverts, notamment lorsqu'elles étaient considérées comme peu signifiantes par les Cours (jugements de tribunaux administratifs, de cours administratives d'appel, décision à juge unique du Conseil d'Etat, conclusions des rapporteurs publics devant ces formations). Un effort pour récupérer un maximum de ces documents rarement accessibles a alors été effectué, par échange avec les tribunaux et les personnes concernées. De même, une décision d'information de classement de plainte a pu être obtenue sur demande d'information publique auprès de la Commission européenne. Une douzaine de documents inédits intéressants du point de vue de l'analyse ont ainsi pu être obtenus[90].

Enfin, une troisième part de la recherche a consisté à travailler sur des sources plus qualitatives et moins traditionnellement utilisées en sciences juridiques. Ainsi, un recensement des documents statutaires et des contrats des sociétés publiques locales facilement accessibles (par mise en ligne des délibérations des collectivités locales notamment, et sur demande par exception) a été réalisé afin de mieux saisir la réalité des sociétés publiques locales. Devant la difficulté à réunir de tels documents de façon parfaite, ou scientifiquement significative, cette recherche a été complétée par une enquête qualitative auprès des sociétés publiques locales concernant différents aspects intéressants leur structuration et leur fonctionnement interne et externe. A cet effet, un questionnaire qualitatif établi par nos soins, a été envoyé à toutes les sociétés publiques locales disposant d'une adresse électronique (lorsqu'une telle adresse n'était pas disponible, une adresse était demandée à une collectivité principale de rattachement). Le faible taux de retour à ce questionnaire (15%) — déjà une donnée intéressante à analyser en soi quant à la transparence et à l'ouverture de ces structures — ne permet pas de faire de conclusions quantitatives généralisantes sur celles-ci. Les réponses restent néanmoins d'un précieux apport qualitatif pour comprendre et mieux connaître ces structures[91].

---

[88] *Cf.* Annexe C en fin d'ouvrage, pour la présentation des sources juridictionnelles utilisées.

[89] *Cf.* Annexe D en fin d'ouvrage.

[90] *Cf.* Annexes B et C en fin d'ouvrage. Les conclusions obtenues sur demande auprès des rapporteurs publics ne sont toutefois pas reproduites intégralement, conformément aux souhaits de leurs auteurs.

[91] *Cf.* Annexe A, en fin d'ouvrage.

Le croisement de ces recherches et ces lectures a ainsi permis d'aboutir à une analyse que nous espérons la plus fine possible des modifications et des effets que le concept de quasi-régie et la création de la SPL apportent au cadre théorique de la gestion publique locale.

## V. Les résultats obtenus

Cette recherche sur les conséquences et les fondements de la création de la quasi-régie et de la société publique sous l'influence des objectifs concurrentiels aboutit *in fine* à dégager deux dynamiques parallèles et souvent contradictoires qui décrivent le mieux la situation. La quasi-régie et la société publique locale sont tout d'abord, dans leurs fondements, des outils d'évitement de la concurrence, avec la recherche de l'éviction d'une mise en concurrence (1ère partie). Elles sont néanmoins, malgré cette raison séminale, les agents d'application et de diffusion d'objectifs et de règles de concurrence, une fois cet évitement premier dépassé (2ème partie).

# Première partie :

# De la quasi-régie à la SPL : une volonté de contourner la concurrence

La première constatation qui ressort de l'application de l'hypothèse de concurrence à la quasi-régie européenne et à ses déclinaisons françaises est bien que celle-ci a fondamentalement vocation à permettre aux collectivités publiques d'éviter la mise en concurrence de certains de leurs contrats publics avec des entités distinctes avec lesquelles elles possèdent des liens suffisamment forts. C'est cette proximité suffisamment forte qui repousse l'application des considérations concurrentielles dans ce cas. Or, tout se passe comme si tous les acteurs juridiques concernés avaient la même idée de ce qui se cache derrière cette notion de proximité suffisante : se référant à la liberté d'organisation des personnes publiques qu'elle vise, ils en oublient de remettre en cause les critères concrets de reconnaissance utilisés par les uns et les autres. Pourtant, une attention poussée aux positions de chacun démontre, contrairement aux idées générales, de très vastes différences dans la reconnaissance de ces liens, et dans le niveau de proximité à partir duquel la mise en concurrence peut être écartée, qui sont fondamentales pour comprendre l'exception de quasi-régie et sa portée.

Du fait notamment de l'autonomie des systèmes juridiques, des différences importantes entre les droits européen et français sur ces points sont notables. Et cela d'autant plus que la réception en droit français de la gestion publique locale de la notion européenne de quasi-régie n'est ni automatique ni la même pour toutes les institutions : certaines répondant plus ou plus facilement aux objectifs concurrentiels que d'autres, rendant la situation très contrastée. L'impact de la quasi-régie européenne peut alors être nié dans certains domaines très directement concernés, tout en étant beaucoup plus important et mis en valeur dans d'autres. La comparaison de ces impacts différents implique de retourner à une réflexion sur les fondements mêmes des limites du droit de la gestion publique locale, et de leur articulation avec les objectifs de concurrence.

Cependant, l'étude des hésitations juridiques au niveau européen en lui-même, et en son sein, démontre elle aussi combien la notion de quasi-régie n'était ni évidente ni naturelle. Dans le contexte de la dynamique juridictionnelle pro-concurrentielle, l'évolution de la notion de quasi-régie et de ses conditions souligne des mouvements de flux et de reflux sur les objectifs attribués à

la concurrence et à la liberté des administrations publiques, mais aussi sur les niveaux et les conditions acceptables de la quasi-régie, questions centrales pour comprendre cette question, souvent passées sous silence.

Par souci de cohérence, il vaut mieux bien entendu commencer par étudier la construction de la notion de quasi-régie au niveau européen, avant de chercher à en discerner les conséquences au niveau français sur les instruments de gestion publique locale.

Titre 1 : L'origine européenne pro-concurrentielle de la SPL : la quasi-régie

Titre 2 : L'adaptation contrastée du droit français à la notion de quasi-régie

# Titre 1 :
# L'origine européenne pro-concurrentielle de la société publique locale : la théorie de la quasi-régie

Les racines de l'exception de quasi-régie plongent dans les conceptions pratiques nationales des niveaux acceptables ou non d'exclusion de mise en concurrence entre une personne publique adjudicatrice, et une personne juridique distincte mais fonctionnellement ou matériellement proche. Concrètement, il s'agit principalement du phénomène des démembrements techniques administratifs, ou des filiales techniques. Néanmoins, pour qu'advienne la nécessité d'établir, pour la Cour de justice de l'Union, l'exception de quasi-régie, un préalable est nécessaire : celui d'une interprétation juridictionnelle extrêmement pro-concurrentielle des obligations de commande publique des collectivités publiques. Celle-ci met à nu, par une réaction quasiment chimique, en entrant et en s'étendant de plus en plus profondément dans les mécanismes les plus précis et les plus délicats de l'organisation administrative publique interne, des dépôts difficilement solubles mais jusqu'ici ignorés par la théorie et par la pratique juridique, car relevant de niveaux trop inférieurs, ou plus exactement internes ou intérieurs, pour être pris *a priori* en compte par le droit européen.

L'étude de la quasi-régie nécessite donc de commencer par expliciter les tenants et les aboutissants de cette dynamique pro-concurrentielle envahissante, qui se voit confrontée ou résistée, par des éléments d'administration publique interne jusque-là ignorés. Il est fascinant de constater que c'est à partir d'une telle dynamique et d'une telle dualité de petits éléments de résistance qu'apparaît un principe reconnu par la suite, dans un second temps, par le législateur européen : celui de la libre organisation des collectivités publiques. Les contours de celui-ci, comme ceux de l'exception de quasi-régie, restent cependant encore à définir précisément, démontrant par là la difficulté du juge et du législateur européens à s'accorder ensemble, ici sur le fondement exact de cette théorie, qui conditionne forcément sa portée (chapitre 1).

La portée exacte de l'exception de quasi-régie en droit européen n'est ainsi toujours pas exactement fixée, malgré les efforts du législateur européen dans ce sens. Cela est d'autant plus clair lorsqu'est étudiée l'évolution des critères, ou des conditions, de la quasi-régie. Leur manque de

cohérence interne et d'ensemble, dans une perspective positive comme critique, ne permet en effet pas au chercheur de conclure à une solidité ou une stabilité de l'édifice ainsi construit. Cette instabilité profite d'ailleurs au juge, notamment européen, qui bénéficie de plus amples pouvoirs pour contrôler ce qu'il considère ou non être une quasi-régie (chapitre 2).

Pourtant, au lieu d'en faire un instrument de limitation des pouvoirs des collectivités publiques, les plus récentes évolutions démontrent au contraire une inflexion fondamentale de l'usage de la quasi-régie, à travers la reconnaissance d'un contrôle conjoint de plusieurs collectivités sur une même entité de quasi-régie, qui peut être très distendu. Ces contrôles conjoints sont considérés comme des coopérations publiques dont la liberté doit être reconnue. Cette reconnaissance doit se comprendre toutefois dans le contexte idéologique de la recherche de l'efficience et de l'efficacité que de tels contrôles conjoints sont censés permettre (chapitre 3). Cet exemple, qui résume bien la situation, permet de noter clairement combien la recherche de la concurrence, si elle est écartée formellement par le jeu de cette exception, reste encore matériellement un des soubassements fondamentaux de la notion de quasi-régie, et de ses critères.

Chapitre 1 : Le fondement théorique incomplet de la quasi-régie

Chapitre 2 : Les hésitations des critères de la quasi-régie

Chapitre 3 : Un aménagement important : le contrôle conjoint

# Chapitre 1
# Le fondement théorique incomplet de la quasi-régie

> « Il est donc difficile de considérer que la théorie du *in house* repose sur une quelconque rationalité économique. Bien que la Cour [de Justice de l'Union] n'ait pas livré d'explication complète, on est amené à considérer que le fondement est d'ordre politique. Quoique doté de la personnalité morale, l'opérateur placé dans la dépendance du pouvoir adjudicateur est assimilé, par analogie, à un service in house ; or […] il ressort de cette motivation que la Cour se sent tenue de respecter une sorte de neutralité quant au choix entre le recours au secteur public ou au secteur privé ; cela relève de l'autolimitation et non du respect d'une norme. »
>
> Laurent RICHER
>
> « A la recherche de la raison anti-concurrentielle »,
>
> *in Mélanges Boivin,* Paris : La Mémoire du Droit, 2012, p. 380

> « L'émergence d'un droit commun des contrats publics et la généralisation des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures constituent un progrès en ce qu'elles participent d'un utile encadrement de la puissance publique, limitent les risques de faussement du marché et opèrent une certaine harmonisation des procédures. Pour autant, un risque sérieux existe : celui que ce droit se construise par transposition pure et simple du droit des marchés publics. […] Une telle solution aboutirait à rigidifier de manière excessive les instruments juridiques de l'action publique. »
>
> Gabriel ECKERT
>
> « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics »
>
> *RFDA* 2006, p. 238

Il est difficile de trouver un fondement justificatif précis de la théorie européenne de la quasi-régie. Comme le remarque Laurent RICHER, le juge européen, qui par son oeuvre prétorienne a ouvert la voie à cette théorie, n'a été ni explicite ni clair dans ses intentions premières. Le législateur, en la reprenant, a toutefois fait de ce point de vue oeuvre d'un peu plus de motivation en rattachant clairement celle-ci à une autonomie de gestion des collectivités publiques. Ce principe d'autonomie de gestion s'oppose ainsi clairement à la généralisation des principes transversaux et

en construction des contrats publics, issus des objectifs de concurrence, et dont la dynamique universalisante pouvait poser problème en pratique, comme le notait Gabriel ECKERT. Une présentation historique et méthodique de cette construction, dans ses fondements, ses méthodes et ses effets (et notamment sa place dans la hiérarchie des normes), reste encore à faire. En effet, de nombreux points d'application concrète de la règle de la quasi-régie dépendent, non seulement de l'intention initiale du législateur, du texte désormais codifié, mais encore beaucoup de l'interprétation qu'en fera le juge européen.

Par exemple, contrairement à ce que de nombreux commentateurs indiquent[92], et conformément à l'intuition de Laurent RICHER, il apparaît que la notion de prestations *in house*, de quasi-régie ou intégrées s'est construite plus comme une (auto)limite à l'extension jurisprudentielle de la notion de cocontractant dans les directives marchés publics que comme une exception à cette notion. Les contrats conclus entre deux personnes publiques distinctes connaissant en effet d'abord une une extension jurisprudentielle très importante de l'application des principes de transparence et de concurrence applicables aux contrats de la commande publique. Cette extension s'est basée sur la conjonction d'utilisation de deux méthodes jurisprudentielles d'interprétation[93] s'entretenant l'une l'autre : une interprétation finaliste[94], visant à interpréter les règles européenne de la commande publique au vu des objectifs généraux de l'Union, et une interprétation positiviste, ou

---

92 Voy. par ex. : DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des 'contrats-maisons' », *RDUE* 2002, 1, p. 54 ; COSSALTER, Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence », *RFDA* 2002, p. 938 ; BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP* 2011, n° 3, p. 587 ; CLAMOUR, Guylain, « Les marchés exclus » *CMP* 2015, n° 10, étude 3 ; LE BOUEDEC, Pierre, NIGRI, Eric, « Publicité et information des candidats », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics,* actualisation 3 octobre 2018, § 36 ; DERO-BUGNY, Delphine, « Marchés publics et concessions - Principes fondamentaux des traités », *JurisClasseur Europe Traité,* fascicule 1050, actualisation 20 octobre 2015, § 52 ; ECKERT, Gabriel, KOVAR, Jean-Philippe, « Entreprises publiques », *Répertoire de droit européen Dalloz,* actualisation avril 2017, § 151.

93 Sur les méthodes d'interprétation du juge de la Cour de Justice de l'Union européenne : *cf.* BOULOUIS, Jean, « Méthodes d'interprétation », *Répertoire de droit européen Dalloz,* actualisation décembre 1998 ; plus généralement, sur les méthodes d'interprétation en droit, voy. : GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, tomes 1 et 2,* Paris : LGDJ 2016, reproduction de l'ouvrage de 1919, 306 et 278 p. ; et pour une discussion des mérites et des limites de chaque méthode : CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 2016, p. 385-405.

94 *Cf.* entre autres : POIRES MADURO, Miguel, « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies* 2007, vol. 1, issue 2*,* p. 1 et s. ; RASMUSSEN, Hjalte, « Between Self-Restraint and Activism : A Judicial Policy for the European Court of Justice », *European Law Review* 1988, vol. 13, p. 28 et s. ; FENNELLY, Nial, « Legal Interpretation and the European Court of Justice », *Fordham International Law Journal* 1996, vol. 20, issue 3, p. 656 et s. ; Lord SLYNN of HADLEY, « They Call It 'Teleological' », *Denning Law Journal* 1992, p. 225 sq. — Pour des réflexions sur l'application de cette technique à la France et au droit privé, *cf.* GELOT, Bertrand, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, Paris : LGDJ, 2003, 377 p. ; et au droit administratif français en particulier : GAUDEMET, Yves, *Méthodes du juge administratif,* Paris : LGDJ, 1972, 321 p.

normativiste[95], qui considère notamment que deux personnes juridiques distinctes ne peuvent être que deux personnes différentes. Or, appliquées sans limite ces deux méthodes finissent par entrer en collision avec l'idée bien acceptée dans les droits nationaux des Etats membres de la liberté des collectivités publiques de se subdiviser en plusieurs personnes morales (section 1). Confrontée à cette idée plus empirique que conceptuelle de liberté de subdivision, et afin de limiter les effets de ces interprétations croisées extensives des objectifs de concurrence, la Cour de Justice de l'Union a alors choisi, en adoptant une méthode plus réaliste[96] ou pragmatique[97], de créer de toute pièce la notion de contrat *in house,* de façon quelque peu *contra legem* mais sans doute en respectant l'esprit de la loi européenne[98] (Section 2).

## Section 1 : L'interprétation pro-concurrentielle et restrictive des règles de la commande publique

La Cour de justice, suivant sa logique ancienne d'interprétation fonctionnelle du droit de l'Union, a dégagé des textes communautaires de grands principes de la commande publique, compatibles avec les objectifs généraux — ou déclarés comme tels par le juge européen — du droit

---

95 *Cf.* RASMUSSEN, Jur Hjalte, « Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law », *University of Chicago Legal Forum* 1992, issue 1, article 7 ; ALBORS LLORENS, Albertina, « The European Court of Justice, More than a Teological Court », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1999, vol. 2, p. 373 et s. ; LENAERTS, Ken, GUTIERREZ-FONS, José, « To Say What the Law of the EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *European University Institute, Working Paper Academy of European Law* 2013, vol. 9, 54 p. (ces auteurs parlent de 'textualism') ; CONWAY, Gerard, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice,* Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 344 p. ; voy. aussi de manière générale, pour une remise en perspective historique de ce courant d'interprétation et de ses contradicteurs : VIALA, Alexandre, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 2011, n° 2, p. 95 et s. Pour une réfutation raisonnée de cette méthode : MAGNON, Xavier, « En quoi le positivisme-normativisme est-il diabolique ? », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ.)* 2009, vol. 2, p. 269 et s.

96 MICHAUT, Françoise, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC* 1987, n° 2, p. 343 et s. ; voy. aussi pour une réfutation du bien-fondée de ces méthodes : PFERSMANN, Otto, « Contre le néo-réalisme juridique : Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, n° 2, p. 279 et s.

97 MORET-BAILLY, Joël, « Esquisse d'une théorie pragmatique du droit », *Droits* 2012, n° 1, p. 177 et s. ; voy. aussi, plus discutable : BLAUBERGER, Michael, *et al.*, « ECJ Judges read the morning papers : Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence », *Journal of European Public Policy* 2018, vol. 25, issue 10, p. 1422 et s.

98 CONSTANTINESCO, Vlad, « The ECJ as a Law-Maker : *Praeter Aut Contra Legem ?* », *in* O'KEEFFE, David (ed.), Gordon, *Judicial Review in European Union Law : Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn,* The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 73 et s.

de l'Union européenne[99]. En elles-mêmes, la découverte et la consolidation de principes de la commande publique, très liées à l'objectif économique libéral de concurrence pure et parfaite, posent question : dans l'idée même de fondamentalisation de principes, et par rapport aux autres buts de l'Union. De plus, cette fondamentalisation des règles de la commande publique est secondée par une application de plus en plus extensive de ces principes (I), qui aboutit à diminuer de plus en plus les possibilités de coopération entre entités publiques. La consolidation extrême de ces principes amène à de premières limites inhérentes à toute action d'extension, c'est-à-dire à questionner les limites pratiques de l'application de ces principes théoriques. Les notions de contrat de commande publique et de cocontractant de l'administration publique, modifiées dans un sens de plus en plus restrictif, entrainent notamment une application contre-intuitive des règles de la commande publique aux relations économiques tarifées entre un pouvoir adjudicateur et une organisation dépendante de ce pouvoir (II).

## I - Une méthode d'interprétation prétorienne orientée par les objectifs de concurrence

En oeuvrant à bâtir une conception restrictive des exceptions mais large des principes pro-concurrentiels qui soutiennent le droit européen de la commande publique, c'est bien la méthode d'interprétation de la Cour de justice, qui, au final, apparaît comme l'origine même de la théorie de la quasi-régie. Aussi convient-il de revenir sur son développement (A), ainsi que sur ses limites intrinsèques qui amènent à déceler les germes de la théorie de la quasi-régie dans sa portée concrète extensive (B).

---

[99] Voyez : BONTRON, Charlotte, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique,* thèse de doctorat : droit public, Montpellier, 2015, 627 p. ; KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics,* thèse de doctorat : droit public : université Panthéon-Assas : 2004, 764 p. ; voyez aussi : DE LA ROSA, Stéphane, « Les principes fondamentaux de la commande publique devant la Cour de justice : le développement d'un contentieux de 'deuxième génération' », *in* MULLER, Etienne (dir.), *La commande publique: un levier pour l'action publique ?* Paris : Dalloz, 2018, p. 89-105 ; DE LA ROSA, Stéphane, *Droit européen de la commande publique,* Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 15-74 (sur les principes fondamentaux de la commande publique) ; DERO-BUGNY, Delphine, « Marchés publics et concessions - principes fondamentaux des traités », *JurisClasseur Europe Traité,* mise à jour 20 octobre 2015 ;

**A) La fondamentalisation des règles pro-concurrentielles de la commande publique par la méthode téléologique**

La CJUE utilise traditionnellement une interprétation téléologique (ou fonctionnelle) des traités afin de garantir la bonne application du droit de l'Union[100]. Bien qu'elle ne cherche pas à dépasser systématiquement l'interprétation strictement textuelle du droit écrit[101], la Cour de Justice a cependant largement démontré sa capacité à éclairer les textes européens à la lumière des finalités[102], ou à l'aulne des objectifs de l'Union[103], voire des deux[104]. Concernant la réglementation européenne en matière de marchés publics au regard en particulier des conséquences juridiques de celle-ci sur les relations entre deux entités publiques, la CJUE paraît orienter son interprétation autour de deux principes, qu'elle dégage rapidement : le principe d'une égalité de traitement des candidats à la commande publique, en réalité soutenu par l'idée de concurrence économique libérale apportant une efficacité optimale des marchés (1), et le principe d'une bonne gestion publique nécessairement apportée par la transparence (2). Pourtant, en eux-mêmes chacun de ces principes est discutable quant à leur valeur juridique.

---

[100] Et ce, dès son célèbre arrêt CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos : Rec. CJCE* 1963, I, p. 1. Voy. BOULOUIS, Jean, « Méthodes d'interprétation », *Répertoire de droit européen Dalloz,* actualisation décembre 1998 ; et LENAERTS, Ken, GUTIERREZ-FONS, José, « To Say What the Law of the EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *European University Institute, Working Paper Academy of European Law* 2013, vol. 9, 54 p.

[101] LECOURT, Robert, *L'Europe des juges,* Bruxelles : Bruylant, 1976, p. 240-242 ; voy. aussi : CONSTANTINESCO, Vlad, « The ECJ as a Law-Maker : *Praeter Aut Contra Legem ?* », *in* O'KEEFFE, David (ed.), Gordon, *Judicial Review in European Union Law : Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn,* The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 73 et s.

[102] CJCE, 13 mars 1973, aff. 61/72, *Mij PPW International NV : R.* p. 301, § 14.

[103] CJCE, 13 février 1969, aff. 14/68, *Wilhelm et al.: R.* p. 1, § 5.

[104] CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrennes : R.* p. 455, § 10 et 11.

*1) La fondamentalisation des considérations concurrentielles à travers l'objectif d'égalité de traitement devant la commande publique*

La jurisprudence européenne sur les prestations intégrées[105], puis les directives de 2014 qui en reprennent les conditions[106], apparaissent comme les conséquences de l'extension d'une exigence européenne générale visant à la mise en concurrence des contrats publics économiques. Cette exigence se décline en principes particuliers qui, comme le résume Sophie NICINSKI, « sont aujourd'hui aisément identifiables »[107], et sont en Europe au nombre de cinq : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la non-discrimination des candidats, la transparence[108], la proportionnalité, et la reconnaissance mutuelle. Ils apparaissent néanmoins démontrer l'existence d'un principe premier: « la généralisation de l'obligation de mise en concurrence »[109] des contrats publics au sein de l'Union européenne.

Dès le traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957[110], les États membres ont confié comme mission fondamentale aux institutions européennes l'établissement d'une concurrence économique non faussée[111]. Cette concurrence non faussée se développait notamment à travers les concepts d'interdiction des discriminations basées sur la nationalité[112] et des pratiques restreignant ou faussant la concurrence[113]. C'est donc naturellement sous ces objectifs que se sont développées les premières règles européennes concernant l'achat public. Les premiers programmes européens en ce domaine, en 1962, prévoient uniquement la suppression des restrictions discriminatoires de manière très générale, et les règles concernant les marchés publics sont incluses dans des programmes plus globaux d'élimination des restrictions à la

---

105 Notamment les arrêts CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121 et CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26.

106 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28.

107 NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires, 7e éd.,* Paris : LGDJ, 2019, § 952.

108 Voy. CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, *préc.,* § 60-62.

109 *Ibidem*, § 958.

110 Traité instituant une Communauté économique européenne (CEE), signé le 25 mars 1957 (Rome).

111 Cf. traité instituant une Communauté économique européenne, art. 3 f).

112 Cf. traité instituant une Communauté économique européenne, art. 7.

113 Cf. traité instituant une Communauté économique européenne, art. 90.

libre concurrence[114]. C'est donc d'abord dans un souci économique de libre concurrence[115] que l'Union européenne s'est intéressée à la passation des marchés publics. Cet objectif purement économique est toujours le même lors de l'instauration des premières règles européennes consacrées entièrement aux marchés publics et à leurs règles de passation, en 1969[116] et 1971[117]. La directive « marchés publics de fournitures » de 1969[118] précise que son but est la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun[119], tandis que que la directive « marchés publics de travaux » de 1971[120] vise la réalisation de la liberté d'établissement et de prestation de services[121]. Contrairement à la directive « marchés publics de fournitures » de 1969, les motifs de cette dernière visent cette fois clairement « le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics »[122].

La première mesure préconisée pour y arriver est de mettre en place une publicité suffisante des avis de marchés pour permettre aux entrepreneurs communautaires intéressés de soumissionner[123]. Elle se traduit précisément par :

- l'obligation d'utiliser une nomenclature commune des normes techniques, et d'accepter les normes dont la nomenclature commune n'a pas encore été établie[124] ;

---

[114] Conseil de la Communauté économique européenne, *Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement à l'intérieur de la Communauté économique européenne*, *JOCE* n° 2 du 15 janvier 1962, p. 36 ; Conseil de la Communauté économique européenne, *Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté économique européenne*, *JOCE* n° 2 du 15 janvier 1962, p. 32.

[115] DURVIAUX, Ann Lawrence, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système,* Bruxelles : 2006, Larcier, p. 349 et s.

[116] Directive 70/32/CEE de la Commission, du 17 décembre 1969, *concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales et droit public*, *JO* L 13, p. 1.

[117] Directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *concernant la suppression des restrictions à la libre prestations de services dans le domaine des marchés publics de travaux, JO* L n° 185, p. 1 ; Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, *JO* L 185, p. 5.

[118] Directive 70/32/CEE de la Commission, du 17 décembre 1969, *concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales et droit public*, *JO* L 13, p. 1.

[119] A son neuvième considérant.

[120] Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, *JO* L 185, p. 5.

[121] Comme l'indique précisément son titre.

[122] Directive 71/305/CEE, *préc.,* neuvième considérant.

[123] Directive 71/305/CEE, *préc.*, troisième et neuvième considérants.

[124] Directive 71/305/CEE, *préc.,* titre II, art. 10 et 11.

- l'obligation d'une publicité européenne la plus large possible à partir d'un certain seuil économique, ladite publicité incluant toutes les informations nécessaires à une réponse la plus adaptée possible à l'achat public souhaité[125] ;
- l'établissement d'une liste limitative de critères de sélection des candidats sur leurs capacités financières, techniques et juridiques (incluant leur moralité), dénommés « critères de sélection qualitative » [126] ;
- et surtout, l'établissement d'une liste limitative de critères de sélection du candidat attributaire du marché, dénommés « critères d'attribution du marché »[127].

C'est ce dernier point surtout qui retient toute l'attention, puisqu'il s'agit là d'une limite très profonde à la liberté contractuelle de l'administration publique. La directive prévoit sur ce point que les critères peuvent être alternativement soit uniquement le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse, suivant des critères fixés à l'avance par l'adjudicateur et qui restreignent forcément sa liberté de choix[128]. Le choix des acheteurs publics devient donc en ce domaine très restreint par des considérations économiques et financières ou, comme le formule Laurent RICHER, « par les mérites »[129].

Ces obligations sont reprises en 1976 pour la réglementation des marchés publics de fournitures[130]. Le deuxième paquet de directives marchés publics, en 1992-1993[131], et le troisième paquet, en 2004[132], précisent particulièrement les différents types de procédures de passation qui

---

[125] Directive 71/305/CEE, *préc.,* titre III, art. 12 à 19.

[126] Directive 71/305/CEE, *préc.,* titre IV, chapitre 1, art. 23 à 28.

[127] Directive 71/305/CEE, *préc.,* titre IV, chapitre 2, art. 29.

[128] CJCE, 18 octobre 2001, aff. C-19/00, *SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo, Rec*. 2001 p. I-07725, § 35-37.

[129] RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, p. 225 et s.

[130] Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*, *JO* L 13 du 15 janvier 1977, p. 1.

[131] Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services* : *JO* L 209 du 24 juillet 1992, p. 1-24 ; Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 1-53 ; Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 54-83 ; 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 : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 84-138.

[132] 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 : JO L 134 du 30 avril 2004, p. 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 : JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114-240.

peuvent être mises en place par les pouvoirs adjudicateurs tout en respectant l'égalité de traitement des candidats. Elles élargissent le champ d'application de la réglementation existante aux marchés publics de services, et donnent aussi une définition commune des pouvoirs adjudicateurs. Elles ne modifient toutefois pas fondamentalement les obligations de base précisées dans les premières directives, et restent toujours motivées principalement par le principe de suppression des restrictions à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux[133].

L'objectif de concurrence économique est d'ailleurs reconnu comme un principe essentiel de la réglementation des marchés publics par la Cour de justice de l'Union. La Cour souligne notamment l'importance de l'égalité de traitement des soumissionnaires et du principe de concurrence une première fois dans une affaire *Storebaelt*, du 22 juin 1993[134]. Dans cette affaire, une entreprise publique danoise avait lancé un appel d'offre pour un marché de travaux en exigeant une utilisation la plus large possible de biens et de main d'oeuvre nationaux. Assigné par la Commission devant la Cour de justice pour manquement à ses obligations communautaires, le gouvernement danois arguait que la directive 70/305 relative aux marchés publics de travaux n'avait pas pour base le principe d'égalité de traitement, ce que la Commission, à l'inverse, récusait. En réponse, la Cour de justice estime dans sa décision que « si la directive ne fait pas expressément mention du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, le devoir de respecter ce principe correspond à l'essence même »[135] de la directive 70/305, qui vise justement « le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics »[136]. L'avocat général Giuseppe TESAURO s'était d'ailleurs permis d'exprimer dans ses conclusions son étonnement face à la contestation par le gouvernement du lien entre le mécanisme de l'adjudication et le principe d'égalité de traitement[137], tant ce lien lui paraissait évident.

Allant plus loin encore dans l'élargissement de ce principe, la Cour dépasse quelque temps après le cadre restreint du domaine économique et du respect de la concurrence effective comme justification les principes de la réglementation des marchés publics. Dans sa décision *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[138] notamment, elle voit à l'oeuvre dans les règles permettant l'égalité de

---

[133] Cf. les premiers considérants des directives précitées.

[134] CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark, « pont sur le Storebaelt »*, *Rec.* 1993, p. I-03353.

[135] CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark, « pont sur le Storebaelt »*, *préc.,* § 33.

[136] *Ibidem.*

[137] Conclusions de l'avocat général Giuseppe TESAURO présentées le 17 novembre 1992, *R.* 1993, p. I-3353, § 18.

[138] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 48.

traitement des soumissionnaires, au-delà de l'objectif originel de concurrence prévu par les traités et les directives, une application particulière du principe général d'égalité, règle générale du droit de l'Union[139]. Il faut remarquer ici qu'il s'agit là d'une base légèrement détournée de sa fonction principale, car le principe général d'égalité n'est pas d'abord un objectif communautaire économique, mais un moyen de son action administrative (et de la formation d'une communauté de droit)[140]. Or, on ne peut que constater que la réglementation des marchés publics correspond initialement pour l'Union européenne à une volonté de mise en oeuvre de ses objectifs de concurrence économique et à la réalisation effective du marché intérieur, mais non à un souci général d'égalité des soumissionnaires devant l'achat public. Il y a donc ici à l'oeuvre une constitutionnalisation européenne[141] des principes de la commande publique. À travers l'élévation de ses objectifs annoncés, ceux-ci ne sont plus uniquement la réalisation du marché commun et la non-discrimination entre les nationalités, mais la réalisation d'un objectif général d'égalité qui semble aller au-delà du domaine économique.

C'est d'ailleurs ici qu'une certaine confusion a pu s'opérer dans les principes à la base de la réglementation des marchés publics. En effet, si l'on compare les processus historiques de création de la réglementation des marchés publics en droit français et en droit européen, il apparaît évident que les motivations de ces règles en droit français se basaient sur des objectifs non pas de concurrence effective entre entreprises, mais sur les objectifs de protection de l'argent public et de prévention de la corruption[142]. Le droit de l'Union, concentré sur la réalisation du marché intérieur

---

[139] Tel que défini dans l'arrêt CJCE, 8 octobre 1980, *Überschär*, aff. 810/79, Rec. p. 2747, § 16 : « *selon une jurisprudence constante de la cour, le principe général d'égalité, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée.* »

[140] Cf. la note de lecture de Laurence IDOT parue à la *Revue internationale de droit comparé* 2000, n° 52, p. 476-479, sur la thèse de Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire : Etude à partir des libertés économiques,* Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 522 p.

[141] Les principes généraux de l'Union ayant « rang constitutionnel » pour la CJUE : cf. par ex. CJCE, 29 oct. 2009, aff. C-174/08, *NCC Construction Danmark A/S*, *Rec*. I. 10567, § 42. La CJCE avait adopté un vocabulaire constitutionnel dès 1986 : CJCE, 23 avril 1986, aff. C-294/83, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement européen (campagne d'information pour l'élection du Parlement européen), R.* 1986, p. 1339. Même si cette idée de constitutionnalisation a pu connaître ses détracteurs, elle est désormais largement acceptée, *cf* : DAUPS, Thierry, *L'idée de constitution européenne*, Thèse de doctorat : droit public, Paris X, 1992, 519 p. ; GERKRATH, Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997, 425 p. ; MAGNETTE, Paul, (dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles : ULB, 2000, 201 p. ; QUERMONNE, Jean-Louis, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RIDC* 2006, n° 2, p. 581 et s. ; il est intéressant de noter que plusieurs manuels en langue anglaise sont disponibles sur cette idée, contrairement à la langue française : SCHÜTZE, Robert, *European Constitutional Law, 2nd ed.,* Cambridge : Cambridge University Press, 2015, 533 p. ; ROSAS, Allan, ARMATI, Lorna, *EU Constitutional Law, 3rd ed.,* London : Hart Publishing, 2018, 368 p.

[142] DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 333-334.

et limité dans ses compétences, n'avait pas, *a priori*, compétence ni pour protéger l'argent public des États membres, ni pour lutter contre la corruption. Afin de passer outre ce manque de compétence, il semble que les institutions européennes soient passées par la notion plus vague de transparence, qui se trouve aujourd'hui au centre des discours justificatifs de la mise en concurrence des contrats publics.

*2) La formation d'un objectif de bonne gestion publique à travers le principe de transparence*

L'objectif de bonne gestion ne fait pas partie initialement des principes de la commande publique européenne. Il s'agit en effet d'un domaine où l'Union européenne est a priori incompétente. Néanmoins, les évolutions du principe de transparence de la commande publique semblent prendre la bonne gestion publique comme objectif final. Comme pour les règles sectorielles de mise en concurrence dans les marchés publics, les exigences particulières de transparence en cette matière ont évolué dans un sens de plus en plus exigeant[143]. La conclusion de cette exigence de plus en plus importante est un contrôle de plus en plus strict des modalités d'action des acheteurs publics et donc, de leur gestion.

Dès la directive de 1977 sur les marchés publics de fournitures[144], le Conseil précise que l'égalité de traitement dans ces marchés publics n'est qu'un moyen d'atteindre un but plus important, « une transparence permettant de mieux veiller au respect [de l'interdiction des restrictions à la libre circulation des marchandises] »[145]. Or, cela pose la question de la portée de l'exigence de transparence. S'agit-il d'une simple exigence renforçant les principes de libre circulation et d'égalité, ou bien peut-on y voir un principe invocable et opposable en lui-même en ce qui concerne les marchés publics ? Il semble en premier lieu que le principe de transparence dans les marchés publics ne puisse pas s'assimiler entièrement au principe général de transparence du droit l'Union[146]. Il bénéficie au minimum d'un régime particulier. Une deuxième question se pose quant à la portée exacte du principe de transparence dans les contrats publics.

---

143 KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics,* thèse de doctorat : droit public : université Panthéon-Assas : 2004, p. 465 et s. ; LEKKOU, Efthymia, *La transparence et la commande publique,* thèse de doctorat : droit public : université Lyon 3 : 2012.

144 Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*, *JO* L 13 du 15 janvier 1977, p. 1.

145 Directive 77/62/CEE, *préc.,* deuxième considérant.

146 Pour Rozen NOGUELLOU par exemple, la transparence dans les marchés publics européens apparait avec l'arrêt CJCE, *Telaustria* du 7 décembre 2000 (« L' 'européanisation' du droit des contrats administratifs », *in* AUBY, Jean-Bernard et DUTHEIL de La ROCHERE, Jacqueline (dir.), *Traité de droit administratif européen, 2e éd.,* Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 1172), tandis que le principe général de transparence du droit de l'Union est bien plus ancien (cf. COUDRAY, Ludovic, « La transparence et l'accès aux documents », *in ibidem,* p. 699 et s.).

Précisément, la Cour de justice entérine à partir de la directive 90/531 du Conseil du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications[147], l'exigence de transparence dans les marchés publics comme un principe à part entière. Dans l'affaire C-87/94 du 25 avril 1996[148], elle infère pour la première fois des motifs de la directive 90/531 que les procédures de marché publics doivent respecter à tous les stades de la procédure le « principe de transparence » au même titre que le principe d'égalité de traitement[149]. Cela équivaut-il à donner une consistance particulière au principe de transparence et à le différencier des principes de concurrence et d'égalité de traitement ? En l'occurrence, dans l'affaire C-87/94, c'est le fait d'avoir avantagé l'un des candidats en le laissant apporter des éléments de correction à son offre après la limite de dépôt et l'ouverture des plis, sans en informer les autres candidats, qui est censuré. Or, cet acte aurait aussi bien pu être reconnu comme incompatible avec les dispositions des directives uniquement sur le motif de l'inégalité de traitement des candidats. Un potentiel principe de transparence paraît donc ici difficilement détaché du principe d'égalité de traitement. D'ailleurs, dans les affaires ultérieures la Cour qualifie la transparence de simple « obligation » qui permet le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement[150].

Comment faut-il alors interpréter cette incertaine obligation de transparence ? Au regard de sa finalité, le droit européen des marchés publics semble mettre progressivement en place, à travers le principe de transparence, un objectif positif d'efficacité financière et budgétaire des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs. Il faut remarquer que l'Union est légitime à viser ces objectifs dans la réglementation relative aux marchés publics à partir de l'intégration par le traité de Maastricht en 1992 d'exigences budgétaires et financières européennes à destination des États

---

147 Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, *relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, *JO* L 297 du 29 octobre 1990, p. 1-48.

148 CJCE, 25 avril 1996, aff. C-87/94, *Commission c/ Belgique, Rec.* p. I-2043.

149 CJCE, 25 avril 1996, aff. C-87/94, *Commission c/ Belgique, préc.,* § 54-56.

150 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-275/98, *Unitron Scandinavia et 3-S, Rec.* p. I-8291, § 31 ; repris dans CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec*. p. I-10745, § 61 et 62 ; et enfin formalisé dans CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 49.

membres[151]. Après le paquet de directives de 2004[152] et la communication interprétative sur les marchés non soumis aux directives de 2006[153], le paquet de directives relatives aux marchés publics et aux concessions de 2014[154] entérine légalement cet objectif d'efficacité de la gestion publique. Les motifs de ces directives font ainsi explicitement référence aux marchés publics comme solution pour une « utilisation optimale des deniers publics »[155] — la nouvelle réglementation européenne cherchant à « accroître l'efficacité de la dépense publique »[156]. Ces directives précisent cependant, immédiatement après, ne pas vouloir imposer le mode de gestion que les pouvoirs publics estimeraient le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services[157]. Le noeud du problème est ici, puisque une exigence européenne de bonne utilisation des fonds publics promet un contrôle très poussé sur les actions de commande publique des collectivités : comment dans ce cas fixer la limite de ce contrôle de bonne gestion ?

Si les directives actuelles ne retiennent pas explicitement dans leur corpus normatif une telle exigence, son emploi dans les motifs de celles-ci peut être interprété par les juges européens comme une volonté expresse de l'Union européenne de limiter la liberté des collectivités publiques jusqu'à ce niveau d'exigence. Pour l'instant, la transparence ne paraît pas encore être devenue un principe réellement autonome en droit européen de la commande publique, et semble plutôt intrinsèquement

---

151 Notamment le traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht), *JO* C 191 du 29 juillet 1992, entré en vigueur le 1er novembre 1993, mettant en place la politique économique et monétaire commune ; ainsi que le pacte de stabilité et de croissance (Résolution du Conseil européen relative au pacte de stabilité et de croissance, 17 juin 1997, *JO* C 236 du 2 août 1997) encourageant les États de l'Union économique et monétaire à mener des politiques budgétaires saines.

152 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 : JO L 134 du 30 avril 2004, p. 1-113 ; et 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 : JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114-240.

153 Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» : *JO* C 179 du 1er août 2006, p. 2-7.

154 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 ; 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374.

155 Directive 2014/24, relative aux marchés publics, *préc.,* § 2 des motifs ; Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* § 1, 3 et 4 des motifs ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* § 4 des motifs.

156 *Ibidem.* Il est d'ailleurs possible aussi de se demander en quoi l'efficacité de dépense publique des Etats membres relève de la compétence de l'Union. Mais il s'agit là d'une autre question.

157 Directive 2014/24, relative aux marchés publics, *préc.,* § 5 et 6 des motifs ; Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* § 5 et 6 des motifs.

liée au principe de concurrence. Toutefois, malgré son absence d'élévation au rang de principe à part entière, la Cour a tiré de cette obligation de transparence des conséquences très importantes en matière de commande publique. C'est par exemple sur cette base qu'elle a soumis la passation des contrats de concessions à un minimum de règles tirées de la réglementation sur les marchés publics[158]. Si la Cour ou l'Union en général venaient à faire évoluer leurs positions plus avant dans le sens d'un contrôle plus poussé de la bonne utilisation des fonds publics, les impacts concrets en termes d'organisation administrative seraient sans aucun doute très importants. L'interprétation extensive de la Cour sur le contrat de commande publique jusqu'aux entités liées du secteur public a d'ailleurs entrainé des conséquences très importantes dans les droits nationaux, dont les répercussions amènent *in fine* à créer la théorie de la quasi-régie, lorsqu'elles sont conjuguées avec un mouvement parallèle, toujours du juge européen, celui de la banalisation des cocontractants privilégiés des administrations publiques. Pourtant cette méthodologie n'est pas sans critique, notamment au regard de sa portée concrète.

**B) La portée extensive de l'interprétation fonctionnelle du droit de la commande publique**

La Cour utilise de façon quasi-systématique une méthode d'interprétation fonctionnelle dans le domaine des contrats publics, et c'est ce qui amène à une extension quasiment infinie de la portée de l'application du droit européen de la commande publique. Cette extension infinie ne va évidemment pas sans problèmes concrets, qui seront à la source du développement de la théorie de la quasi-régie. La conséquence première de l'extension de l'interprétation finaliste semble être une certaine fondamentalisation du domaine économique dans lequel s'insèrent les contrats de la commande publique, domaine dans lequel la CJUE a une position de constitutionnalisation des principes de la concurrence économique libérale (1). Parallèlement, la Cour restreint considérablement les situations d'exceptions non-économiques, ce qui entraîne l'application des principes de concurrence à des entités considérées nationalement et traditionnellement comme exclues de telles considérations (2).

*1) La fondamentalisation de l'objectif de concurrence dans la commande publique*

La Cour de justice utilise, dans son rôle juridictionnel d'interprète du droit de l'Union[159], une méthode fonctionnelle, ou finaliste[160], qui a joué un grand rôle dans la formation de l'exception

---

158 CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec*. p. I-10745, § 60 et 61.

159 Traité sur l'Union européenne (version consolidée issue du traité de Lisbonne) : *JO* C 115 du 9 mai 2008, p. 1-388, art. 19.

160 LECLERC, Stéphane, *Droit de l'Union européenne, 4e éd.,* Paris : Lextenso, 2015, p. 62 ; COURTY, Guillaume, DEVIN, Guillaume, *La construction européenne, 3e éd.,* Paris : La Découverte, 2010, p. 63.

des prestations intégrées aux règles européennes de la commande publique. Et cette interprétation est généralement orientée par une idéologie libérale inhérente aux traités européens[161].

En l'occurrence, sur l'interprétation à retenir de ce droit communautaire spécifique qu'est la réglementation des marchés publics[162], la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, notamment dans une affaire 199/85 du 10 mars 1987, *Commission c/ Italie*[163], que les directives relatives aux marchés publics visaient à garantir l'application effective de grands principes européens contenus dans le traité de Rome[164]. Ces grands principes sont ceux de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de reconnaissance mutuelle. Pour la Cour de Justice, les obligations mises en oeuvre par les directives relatives aux marchés publics sont donc les applications particulières de principes généraux tirés du traité. Or, les principes généraux de l'Union européenne ont une valeur très élevée dans la hiérarchie des normes européennes, équivalente à celle des traités européens eux-mêmes[165]. Leur mise en oeuvre par des normes de rang moins élevé peut les préciser, mais non les nier dans leur essence[166].

De plus, ces principes jouent globalement dans le domaine économique, et se rattachent donc à un principe très attractif pour le droit de l'Union : l'objectif d'une concurrence substantielle[167]. Pour Olivier GUEZOU notamment, il ne fait pas de doute que le droit européen de la commande publique s'inscrit dans une « notion transversale de concurrence »[168]. Bien que cette interprétation puisse être contestée sur la question de la finalité pratique de la concurrence et du

---

161 POIARES PESSOA MADURO, Luis Miguel, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution,* London : Hart, 1998, 208 p. ; BAQUERO CRUZ, Julio, *Between Competition and Free Movement : The Economic Constitutional Law of the European Community,* Oxford : Hart, 2002, 206 p.

162 Benoît DELAUNAY, à l'instar de nombreux auteurs, parle de « droit public spécial de la concurrence », dans son ouvrage, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 325.

163 CJCE, aff. 199/85 du 10 mars 1987, *Commission c/ Italie : Rec.* 1987, p. 1039 : *Recueil Dalloz Sirey* 1987, Som. p. 395, note L. CARTOU.

164 CJCE, aff. 199/85, *préc.,* § 14.

165 LECLERC, Stéphane, *Droit de l'Union européenne, 4e éd.,* Paris : Lextenso, 2015, p. 76 et s. Voy. les arrêts CJCE, gde ch., 3 septembre 2008, aff. C-402/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission,* § 307 et 308.

166 CJUE, gde ch., 29 juin 2010, aff. C-550/09, *E. et F.,* § 44 : « L'Union est une Union de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes, notamment, avec le traité FUE et les principes généraux du droit ».

167 DREXL, Josef, « La constitution économique européenne : L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011, vol. 4, p. 419 et s. ; DEBARGE, Olivier, GEORGOPOULOS, Théodore, et RABAEY, Olivier (dir.), *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 371 p. ; BRIAND-MELEDO, Danièle, « Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de la Communauté européenne », *RTD Com*., 2004, p. 205.

168 GUEZOU, Olivier, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en concurrence », *CP-ACCP* 2003, n° 3, p. 45.

droit de la commande publique[169], l'importance de la concurrence dans les motivations des dernières directives marchés publics et concessions, tout comme les fondements idéologiques historiques des traités et leur interprétation jurisprudentielle semblent plaider dans ce sens. Celui-ci emporte avec lui l'application d'une idéologie très marquée par le libéralisme économique[170], et qui peut donc se heurter aux définitions nationales de ce qui est, ou non, un domaine relevant du droit de la concurrence. Cela était notamment longtemps le cas du secteur public administratif en France[171]. Cette fondamentalisation des principes de la concurrence dans la commande publique, couplée à une interprétation finaliste de celle-ci, aboutit à interpréter de façon restrictive les exceptions et les exclusions aux règles de la commande publique.

*2) L'interprétation restrictive des exceptions à la commande publique*

Selon la Cour de justice de l'Union, les grands principes que sont la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et la reconnaissance mutuelle, qui sont tous valables en droit de la commande publique, ont vocation par eux-mêmes à s'appliquer de manière stricte afin de leur assurer un maximum d'effectivité[172]. Cela se comprend parfaitement dans le sens où ces principes représentent des garanties de bonne administration et de bon fonctionnement démocratique protégeant les justiciables de leurs administrations publiques. Des règles européennes de niveau législatif et contraires à ces principes pourraient donc être écartées par le juge européen, qui exerce un contrôle constitutionnel sur les lois européennes à partir de ceux-ci[173]. Il en est évidemment de même pour les droits des Etats membres.

En ce qui concerne la réglementation de la commande publique, les principes cités confortent les règles particulières de la commande publique, qui s'opposent évidemment à une totale liberté contractuelle de l'administration publique. Néanmoins, sur certains points, les précisions des textes s'avèrent insuffisantes pour interpréter toutes les situations. Outre les

---

169 DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 329.

170 PETIT, Nicolas, *Droit européen de la concurrence, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 2018, p.80-98 spéc.

171 *Cf.* CHARBIT, Nicolas, *Le droit de la concurrence et le secteur public,* Paris : L'Harmattan, 2002, 530 p. ; CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, 1044 p. ; DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 19-32.

172 Le principe de non-discrimination notamment, selon la Cour, « ne saurait être interprété restrictivement » : CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-275/98, *Unitron Scandinavia et 3-S, Rec.* p. I-8291, § 31.

173 TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law, 2nd ed.,* Oxford : Oxford University Press, 2007, 720 p. ; CRAIG, Paul, « General principles of Law : Treaty, Historical and Normative Foundations », *in* NEUVONEN, Paivi, MORENO-LAX, Violeta (dir.), *Research Handbook on General Principles of EU Law,* London : Edward Elgar, 2019, 26 p.

exclusions textuelles en tant que telles[174], c'est notamment le cas de la notion de contrat, de la notion d'échange, de la notion de cocontractant, et enfin de la notion de pouvoir adjudicateur — notions fondamentales pour la question des contrats de la commande publique. Une interprétation non restrictive aurait pu permettre aux Etats membres de fixer selon leurs propres critères ce qu'ils entendaient exactement dans ces cas. Cependant, la Cour de Justice a clairement fait le choix de faire prévaloir les principes de bonne administration sur ceux de liberté, ou de pouvoir discrétionnaire, des administrations publiques. Il s'agit là d'un positionnement connu de la Cour de justice de l'Union, qui se fait souvent la championne du droit de la concurrence face aux administrations publiques nationales réfractaires à ces attraits[175].

Au-delà de ce constat sur les qualifications, la Cour considère aussi que les exceptions spécifiquement prévues par les directives sur les marchés publics doivent être toujours strictement interprétées[176]. C'est presqu'un principe fondamental de son raisonnement, et c'est ce qui rend justement la théorie de la quasi-régie aussi intéressante et novatrice, puisque la Cour se contredit en partie elle-même en créant une nouvelle exception qui n'existait pas dans les textes, tout en prenant soin d'indiquer que « il y a lieu de rappeler que les seules exceptions permises à l'application [aux textes européens sur la commande publique] sont celles qui y sont limitativement et expressément mentionnées »[177]. En règle générale, les exceptions sont donc très strictement interprétées[178] afin, dans un but somme toute logique pour un droit international cherchant à harmoniser des législations divergentes, de ne pas permettre le maintien de dispositions nationales contradictoires et donc, par définition pour la Cour, de potentiels freins à la construction d'un véritable marché commun.

Cette interprétation restrictive entraîne des conséquences fortes sur les Etats. Tout d'abord, d'un point de vue processuel, la charge de la preuve de la justification de l'utilisation de procédures échappant à ces principes doit incomber à celui qui entend s'en prévaloir, c'est-à-dire en pratique, le pouvoir adjudicateur ne souhaitant pas organiser de mise en concurrence[179]. Ce fardeau de la preuve

---

174 Voyez notamment les exclusions spécifiquement prévues par le droit européen, soit que l'application des règles générales iraient à l'encontre des objectifs de la commande publique, soit que les objets ou les formalités ne s'y prêtent pas : DE LA ROSA, « Les exclusions », *RFDA* 2016, p. 227.

175 DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 334-335.

176 CJCE, 17 novembre 1993, aff. C-71/92, *Commission c/ Espagne*, *Rec*. p. I-5923, § 10, 11 et 22. Puis : CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, § 43.

177 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : § 43.

178 CJCE, 17 novembre 1993, aff. C-71/92, *Commission c/ Espagne, R.* p. I-5923, § 10.

179 CJCE, 8 avril 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie, R.* p. I-2173, § 56-58.

met concrètement les administrations publiques en situation d'infériorité procédurale, puisqu'en l'absence d'éléments de preuve, les principes s'appliquent — il n'y a pas de présomption d'innocence, et qu'il est toujours plus complexe de fournir des preuves que de ne pas avoir à le faire[180].

Ensuite, la Cour de justice interprète quasiment toujours les exceptions dans un sens compatible avec les principes économiques libéraux. La Cour estime en particulier que l'application des exceptions prévues par les directives marchés publics n'auraient plus de sens si celles-ci permettaient à des entités publiques de « se laisser guider par des considérations autres qu'économiques »[181]. C'est la mise en oeuvre des objectifs de concurrence effective et de transparence tels qu'élaborés *supra* qui permet d'assurer un respect de l'orthodoxie économique européenne.

Ces exigences n'interdisent toutefois pas les administrations de viser des objectifs qui ne sont pas uniquement économiques dans le cadre de la commande publique, notamment des objectifs environnementaux, voire sociaux[182]. Mais ces objectifs même non-économiques doivent néanmoins être réalisés dans des conditions de concurrence économique transparentes et non-discriminatoires, conformes à l'objectif communautaire d'une concurrence suffisante[183].

Ainsi, l'interprétation prétorienne restrictive qui est faite des exceptions de manière générale entraîne de fait des conséquences importantes sur les actions administratives des Etats membres. En pratique, cette interprétation restrictive aboutit à l'extension de la qualification des contrats soumis à la réglementation et aux principes européens, notamment les contrats passés entre entités du secteur public.

Malgré les limites inhérentes de cette méthodologie, l'interprétation extensive des principes de concurrence et de transparence se conjugue pour donner aux règles particulières du droit européen de la commande publique une portée plus importante que prévue textuellement. Ce mouvement d'extension du droit de la commande publique s'accompagne parallèlement d'une banalisation prétorienne et européenne du statut de certains cocontractants de la commande

---

180 GUINCHARD, Serge, *et al*., *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès, 10e éd.,* Paris : Dalloz, 2019, § 366 et s.

181 CJCE, aff. C-360/96, 10 novembre 1998, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, § 43.

182 Bien qu'une certaine bataille juridique continue d'avoir lieu sur ce point, notamment afin de déterminer les limites de ces considérations non-économiques : v. RICHER, Laurent, « La concurrence concurrencée : A propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP* 2015, n° 2, étude 2 (à propos de l'offre économiquement la plus avantageuse).

183 PETIT, Nicolas, *Droit européen de la concurrence, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 2018, p.81-92.

publique, jusque-là cocontractants privilégiés des administrations publiques nationales. C'est ce double mouvement de restriction qui amène à la formation de la théorie de la quasi-régie.

## II - La progressive banalisation des cocontractants privilégiés

Première étape paradoxale dans la formation de la théorie de la quasi-régie, l'extension de la qualification de contrat de commande publique passe tout d'abord par une qualification plus large de la notion de pouvoirs et entités adjudicateurs. Il est intéressant de noter qu'une interprétation plus souple de la notion d'organisme adjudicateur, écartant notamment certaines personnes liées aux personnes publiques, aurait eu des effets importants par la suite dans la formation de la théorie de la quasi-régie (A). L'interprétation extensive de la notion de contrat économique répondant à un besoin public qui est ensuite à l'oeuvre par la Cour (B) aboutit quant à elle à l'application des exigences de concurrence et de transparence à des entités liées qui jusque-là pouvaient être considérées nationalement comme exemptées de mise en concurrence dans leurs relations avec les pouvoirs adjudicateurs (C).

### A) La position de départ : l'interprétation large de la qualité d'organisme adjudicateur

Le développement extensif de la qualification jurisprudentielle d'organisme de droit public aboutit à développer les notions de personne liée à l'administration, elle aussi soumise à l'obligation de mettre en concurrence les contrats de commande publique qui répondent à ses propres besoins. Néanmoins, de façon paradoxale — car les personnes correspondent à la même réalité — ces mêmes critères ne sont pas réutilisés lorsqu'il s'agit de déterminer si un organisme adjudicateur peut confier sans mise en concurrence un contrat à un organisme lié. Ici encore, c'est le caractère restrictif de l'interprétation des règles de la commande publique qui entraîne cette situation.

La notion européenne de personne soumise au respect des règles des marchés publics est interprétée de manière tout-à-fait fonctionnelle, sans presque aucun égard pour les considérations organiques nationales[184]. Les directives marchés publics retiennent bien un critère organique afin d'identifier les personnes auxquelles appliquer la règle en question, mais celui-ci ne correspond pas aux critères organiques nationaux. Les obligations qui y sont prescrites concernent au premier chef l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, et les associations des uns ou des autres[185]. Une entité sous le contrôle d'une collectivité locale, comme les sociétés d'économie mixte locales, et les établissements publics personnalisés, sont des organismes de droit public au sens du

---

[184] RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, p. 75 et s.

[185] Directive 2014/24/UE, *préc*., art. 2.1.1.

droit européen, c'est-à-dire « une personne morale placée dans la dépendance d'une autorité publique »[186]. Cette définition a évolué afin d'inclure un maximum d'entités dans son champ. Or, les critères de qualification d'organisme de droit public recoupent en partie ceux des entités *in house*.

Les directives européennes précisent en effet qu'une entité est un organisme de droit public, si elle cumule trois critères[187] : cette entité est créée pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, elle possède une personnalité propre, et enfin elle fonctionne sous le contrôle d'autorités publiques. L'application expansive de ces trois critères par la Cour de justice de l'Union a fait évoluer la notion de pouvoir adjudicateur et de contrôle entre entités dans un sens qui préparait à l'arrivée de la notion de contrat *in house*. En effet, outre le premier critère (organisme créé spécifiquement pour satisfaire un besoin d'intérêt général), les deux autres critères (personnalité propre et contrôle d'une autorité publique) sont importants pour la définition d'une relation *in house*. Or, pour définir les personnes qui doivent appliquer dans leurs besoins la réglementation européenne, la Cour de justice a interprété ces deux critères dans le sens d'un maximum d'effet de la réglementation.

La Cour a notamment défini qu'une entité est soumise aux obligations de la commande publique à partir du moment où, même si elle est juridiquement indépendante d'une autorité publique, elle est étroitement dépendante de celle-ci[188]. Cette situation de dépendance peut découler de trois situations alternatives : soit un contrôle important de la gestion[189], soit un financement public majoritaire et permanent[190], soit un contrôle majoritaire des organes d'administration[191]. Ces critères sont interprétés dans le sens d'une qualification la plus large possible d'organisme de droit public, afin de faire application dans un maximum de cas de la réglementation des marchés publics. Cela est fort intéressant à noter, puisque ce sont ces mêmes critères, toujours interprétés rigoureusement (notamment le contrôle de gestion et le contrôle des organes d'administration), qui jouent dans la vérification de l'existence d'une relation de quasi-régie.

---

186 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, p. 83.

187 Directive 2014/23, *préc.*, art. 6 ; Directive 2014/24, *préc.*, art. 2 ; Directive 2014/25, *préc.,* art. 3.

188 CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagebau Austria e. a. : R.* p. I-73, § 20.

189 CJCE, 27 février 2003, aff. C-373/00, *Adolf Truley GmbH : R.* p. I-1931 , § 67-74.

190 CJCE, 3 octobre 2000, aff. C-380/98, *University of Cambridge : R.* p. I-8035, §

191 Directive 2014/23, *préc.*, art. 6 ; Directive 2014/24, *préc.*, art. 2 ; Directive 2014/25, *préc.,* art. 3.

**B) La pente glissante : la qualification extensive de contrat onéreux**

La qualification de contrat joue un rôle important dans la création de la théorie des prestations intégrées. En effet, l'absence de qualification de contrat en droit national de situations de proximité relationnelle parfois guidées par l'unilatéralisme (comme les établissements publics), permettaient d'échapper à l'application des règles de la commande publique. L'extension progressive de la définition européenne de contrat onéreux répondant à un besoin d'un acheteur public, de même que la limitation restrictive des exceptions autorisées, amènent à qualifier jurisprudentiellement de nombreuses situations jusque-là nationalement exclues.

Les directives marchés publics et concessions cumulent plusieurs critères afin de déterminer la présence d'un contrat soumis à la réglementation européenne de la commande publique. Un contrat de marché public est, selon la définition des directives, un contrat écrit, un contrat onéreux, conclu avec un opérateur économique, pour des travaux, fournitures, services[192]. Un contrat de concession est, selon la même source, un contrat confiant la réalisation d'une prestation (exécution d'ouvrages, exploitation de services) à un tiers en échange d'une contrepartie qui peut consister soit dans le seul droit d'exploitation des ouvrages ou des services, soit dans ce droit accompagné d'un prix[193]. Deux critères ne posent pas de problèmes particuliers : le caractère écrit du contrat[194], et l'objet des directives (contrat de fournitures, de travaux, de services, exécution d'ouvrage, exploitation de services). Les autres critères ont été élargis par la Cour suivant sa méthode d'interprétation fonctionnelle jusqu'à permettre d'inclure des actes qui paraissaient peu enclins à première vue à être définis comme des contrats publics, ou des prestations onéreuses.

La définition même de la notion de contrat a ainsi été interprétée largement par la Cour de justice. Elle peut notamment requalifier en contrat de commande publique tout acte économique entre au moins un pouvoir adjudicateur et un cocontractant, y compris un acte n'emportant pas directement un échange économique entre les titulaires du contrat, à partir du moment où cet acte aura des conséquences économiques directes sur le marché en accordant un avantage au cocontractant qui aurait pu être mis en concurrence[195], et qu'il répond à un besoin exprimé par le

---

192 Directive 2014/24, *préc.*, art. 2.

193 Directive 2014/23, *préc.*, art. 5.

194 Pour lequel il n'y a pas de jurisprudence de la Cour de justice, mais, comme le fait remarquer Laurent RICHER (*L'Europe des marchés publics, préc.,* p. 146) « l'on imagine pas qu'il suffise à un adjudicateur de ne pas avoir recours à l'écrit pour qu'il puisse se soustraire aux directives ».

195 Conclusions de l'Avocat Général Verica TRSTENJAK présentées le 14 avril 2010, sous l'affaire CJUE, gde ch., 15 juillet 2010, C-271/08, *Commission c/ Allemagne*, R. p. I-7091, § 102.

pouvoir adjudicateur[196]. Cela revient à dire que le coeur même de la définition du contrat de commande publique est la possibilité de mise en concurrence d'un besoin public. C'est une définition téléologique extrême de la commande publique, mais il semble que ce soit l'inéluctable point d'arrivée de la Cour de justice.

Certaines exceptions particulières restent toutefois en place dans le champ d'application *ratione materiae* de la commande publique. Ce sont les exceptions que Laurent RICHER et François LICHERE qualifient d'exceptions « à raison de l'objet du contrat »[197]. Il s'agit néanmoins uniquement d'exceptions basées sur l'impossibilité pratique de mise en concurrence, ou des effets pervers de l'application de la réglementation[198]. Ainsi, le droit de l'Union n'oblige pas à mettre en concurrence des contrats sur des marchés où il n'existe pas, par définition, de concurrence (pour une oeuvre d'art unique, ou à une personne bénéficiant d'un droit exclusif par exemple). De même, les marchés qui exigent le secret pourraient difficilement faire l'objet d'une mise en concurrence. Enfin, certains services restent encore trop subjectivement appréciables par l'administration qu'il est difficile de les faire mettre en concurrence. Il en est ainsi des services de secours et de lutte contre les incendies, les contrats d'emprunt, certains contrats de services juridiques. Toutes ces exceptions sont néanmoins interprétées de façon restrictive[199]. La qualité d'opérateur public lié au secteur public, elle, n'empêche pas le droit européen de la commande publique de s'appliquer.

### C) L'écueil : la longue absence de limites claires à la qualification de cocontractant

Le problème principal, concernant la théorie de la quasi-régie, ou des prestations intégrées, se résume finalement à la question de la définition et des exclusions larges ou restreintes de la qualité de cocontractant des organismes adjudicateurs. Or, il s'agissait là, jusqu'à la jurisprudence mettant en place l'exception de quasi-régie en 1999[200], puis les directives de 2014 intégrant cette

---

196 Voy. la non application de la réglementation dans le cas d'un pouvoir adjudicateur qui est mandaté par une entreprise non soumise à la réglementation et qui supporte l'intégralité des coûts : CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG, R.* p. I-73, § 42 et s.

197 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 404.

198 DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 363 et s.

199 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *op. cit.*, p. 406.

200 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

exception dans les textes législatifs européens[201], d'une grande impensée du droit européen de la commande publique. La situation précédant cette jurisprudence démontre que le manque de précision législative dans les directives européennes concernant la notion de cocontractant, laissant ainsi libre-cours à l'interprétation pro-concurrentielle de la Cour, formait dès le départ la base d'un contentieux éventuel.

En effet, le droit européen de la commande publique est seulement très progressivement monté en spécification au fil des années. Les premières directives étaient extrêmement courtes et laconiques (moins de trois pages au journal officiel), et ne visaient qu'une bien générale égalité de traitement et reconnaissance mutuelle des les Etats membres dans le cadre de leur commande publique. Néanmoins, par le biais de l'influence anglo-saxonne et du droit international, les premiers articles précisent toujours les définitions des termes employés, afin d'éviter toute équivoque future dans l'interprétation des textes. La précision du droit européen dans le domaine de la commande publique ne s'est pas traduite immédiatement par une définition précise du contenu de la notion de cocontractant de la commande publique.

Les premières directives européennes, en 1970-1971[202], imposant des règles sur le sujet précis des marchés publics restent ainsi, selon Jean-Marie RAINAUD, des filets aux « mailles encore fort larges »[203]. De le cadre de ces directives, les seules personnes visées par le dispositif normatif sont les pouvoirs adjudicateurs. Seuls les motifs de la directive n° 71/304/CEE font référence aux cocontractants, et ceux-ci sont décrits, par opposition aux Etats membres qui doivent respecter les principes de non-discrimination, comme des « personnes physiques ou morales de droit privé ». Est-ce à dire qu'il faille comprendre que seules les personnes de droit privé sont concernés par ces directives en tant que cocontractant ? La question ne se pose même pas à l'époque. Les directives marchés publics de 1992-1993 modifient sensiblement la donne par leur interprétation plus

---

201 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28.

202 Directive 70/32/CEE de la Commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public : *JOCE L* 13 du 19 janvier 1970 ; et Directive 71/304/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales : *JOCE L* 185 du 16 août 1971.

203 RAINAUD, Jean-Marie, « Les marchés publics dans la Communauté économique européenne », *Revue du Marché Commun* 1972, p. 365.

extensive mais aussi contradictoire — ce qui permet à la Cour d'apprécier plus largement l'interprétation correcte à effectuer dans ces cas.

Les directives 93/36 sur les marchés de fournitures[204] et 93/37 sur les marchés de travaux[205] ne précisent toujours pas que les cocontractants peuvent être des organismes publics[206]. Au contraire, la directive 93/37 semble même indiquer que le cocontractant est un « entrepreneur » par définition[207]. Au contraire, la directive 93/38 portant sur les marchés dans les secteurs « spéciaux »[208], c'est-à-dire de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, où sont présentes de nombreuses entités publiques ou contrôlées par les Etats, indique expressément que la réglementation relative à ces marchés s'applique y compris lorsque le cocontractant est lui-même une « entité adjudicatrice », c'est-à-dire une entité de ces secteurs contrôlée majoritairement par l'administration publique[209]. Enfin, la Directive 92/50 du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service prévoit quant à elle explicitement que ses dispositions s'appliquent pour les relations entre un pouvoir adjudicateur « toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public »[210]. La notion d'organisme

---

[204] Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 1-53.

[205] Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 54-83.

[206] La Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 1-53 indique que ce qu'est un « 'soumissionnaire': le fournisseur qui présente une offre » et ce qu'est un « 'candidat': celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ». Sans précision sur leur statut donc. Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 54-83 prévoit quant à elle que

[207] Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 54-83, art. 1er : « h) l'entrepreneur qui a présenté une offre est désigné par le mot 'soumissionnaire' ; celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou à une procédure négociée est désigné par le mot 'candidat' »

[208] 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 : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 84-138.

[209] 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 : JO* L 199 du 9 août 1993, p. 84-138, art. 1er : « 6) 'soumissionnaire': le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre et 'candidat': celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ; *le prestataire de services peut être une personne physique ou morale, y inclus une entité adjudicatrice au sens de l'article 2* » (c'est nous qui soulignons).

[210] Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service : JOCE L 209, p. 1, art. 1er, point c. : « le 'prestataire de services' est *toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public,* qui offre des services » c'est nous qui soulignons). La France fur d'ailleurs condamnée pour retard dans la transposition de cette directive : CJCE, 2 mai 1996, aff. C-234/95, *Commission c/ France, R.* I-2415.

public, elle-même non définie, fait sans doute référence à la notion d'organisme de droit public, qui permet d'identifier un pouvoir adjudicateur, bien que cela ne soit pas certain.

Une disposition commune à trois des quatre directives citées fait cependant hésiter dans le sens d'une non-application des règles des marchés publics aux relations générales entre pouvoirs adjudicateurs. En effet, l'article 6 de la directive 92/50 et l'article 2 de la directive 93/38 le précisent, ces règles ne s'appliquent pas « aux marchés publics de service « attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur […] sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de disposition législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ». La directive 93/36 prévoit quant à elle, à son article 2, non seulement les mêmes dispositions, mais aussi que le cocontractant privilégié doit en plus respecter le principe de non-discrimination pour les marchés qu'il passe dans le cadre de l'activité confiée. En partant d'un raisonnement *a contrario,* il paraît clair que les organismes publics peuvent donc être des cocontractants, et soumis, lorsqu'ils ne sont pas bénéficiaires de droits exclusifs, à des procédures de mise en concurrence et de transparence. Toutefois, rien n'est précisé sur la nature ou la forme de ces droits spéciaux ou exclusifs.

En rajoutant à cela le fait que dans les définitions mêmes des cocontractants toutes les directives ne sont pas à la même enseigne, une interprétation large pourrait au contraire aboutir à exclure des obligations européennes de nombreuses situations. Les incohérences textuelles sont encore fortes, et les lacunes profondes, notamment sur les contours exacts de ces cocontractants publics. En fait, ces divergences démontrent surtout l'impossibilité de s'entendre au niveau européen sur la notion de cocontractant. La situation est donc prête pour que le juge européen y intègre son interprétation, ce qui sera chose faite avec l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999.

**Conclusion de la section 1**

La notion de cocontractant, interprétée aussi strictement par la Cour de justice, ne peut donc pas aider les Etats membres à exclure les relations des pouvoirs adjudicateurs avec d'autres entités du secteur public. Cette interprétation est néanmoins parfaitement conforme à la méthodologie finaliste adoptée jusque-là par la Cour de justice dans son traitement du contentieux de la commande publique. Toutes ces limitations et restrictions abondent dans le sens d'une conception pro-concurrentielle, ou d'ouverture à un maximum de concurrence des commandes publiques nationales. Cette dynamique ne se limite plus uniquement à protéger la transparence et l'égalité de traitement des candidats à la commande publique, qui sont des limites négatives, d'interdiction, mais implique que ces commandes publiques nationales répondent désormais au niveau européen à

des objectifs d'efficacité et de bonne gestion, qui sont des obligations positives d'action. Dans le domaine des cocontractants, une telle interprétation entraîne une progressive banalisation des cocontractants usuellement privilégiés des administration publiques, menacés par une extension quasi-infinie des interprétations téléologiques pro-concurrentielles. C'est ici que la théorie jurisprudentielle de la quasi-régie, puis sa codification, interviennent pour limiter cette dynamique pro-concurrentielle. Elle ne peut néanmoins le faire en utilisant une méthode finaliste basée sur les objectifs des traités, et doit donc passer par des raisonnements méthodologiques alternatifs, ce qui semble perturber la mise au point d'un fondement à cette logique, de la compréhension de ses limites, et au final de la portée précise de cette exception.

## Section 2 : La théorisation de la quasi-régie comme limite pratique à l'expansion pro-concurrentielle

L'exception des prestations intégrées ou *in house* est d'abord une réponse jurisprudentielle sur des bases matérielles à une extension trop large de l'interprétation finaliste du droit de la commande publique, qui aboutirait à heurter de plein fouet la réalité européenne diverse des formes d'organisation des administrations publiques. Il est d'ailleurs révélateur à cet égard que cette exception, qui ne rentre pas dans le courant dominant d'interprétation du juge européen, ait eu du mal à trouver ses fondements, et qu'elle soit restée longtemps une exception presque brutale. La quasi-régie est restée ainsi longtemps une exception sans théorie claire pour la soutenir, si ce n'est la réalité de la diversité pratique des administrations nationales (I). La tentative de théorisation s'est effectuée visiblement *a posteriori,* dans des essais de rationalisation anachroniques mais plus compréhensibles, et notamment après l'intégration d'une vision moins pro-concurrentielle des objectifs de la commande publique (II).

### I - L'introuvable fondement logique de l'exception de quasi-régie

Ce n'est pas parce que l'arrêt *Teckal* intervient dès 1999 que les problèmes entre la dynamique pro-concurrentielle et les limites pratiques de son extension aux démembrements administratifs les plus proches des collectivités publiques sont entièrement résolues. L'arrêt en lui-même, même s'il permet de mettre une limite à l'extension d'une interprétation extensive, ménage en effet encore la vision pro-concurrentielle, par le jeu de conditions très strictes pour répondre à cette exception. Ne présentant pas non plus un fondement méthodologique et textuel précis pour

aboutir à cette exception, cette jurisprudence reste en elle-même d'interprétation et d'usage fragiles (A). Les explications les plus logiques ne sont pas européennes mais bien nationales, et se rencontrent dans la pratique des administrations des Etats membres. La diversité des fonctionnements nationaux limite une l'émergence d'une réelle cohérence européenne sur laquelle baser cette nouvelle théorie jurisprudentielle (B).

**A) L'arrêt *Teckal* et ses développements jurisprudentiels : une solution pratique au problème de l'interprétation extensive**

L'arrêt *Teckal,* du 18 novembre 1999[211], est l'occasion pour la Cour de justice de l'Union (à l'époque des Communautés européennes) d'éviter de remettre en cause son interprétation fonctionnelle extensive du droit européen de la commande publique, en mettant une exception basée sur des critères matériels, mais relativement stricts. Cela permet d'un côté d'affirmer clairement l'application des règles de mise en concurrence et de transparence aux organismes publics cocontractants, et d'un autre côté, d'en indiquer des limites pratiques (1). Une telle solution de compromis ne forme toutefois pas une base solide pour établir une jurisprudence stable et, en l'absence de reprise de ces critères par le législateur européen avant 2014, les interprétations prétoriennes ont largement varié (2).

*1) La solution de compromis de l'arrêt Teckal*

Dans l'arrêt *Teckal* la Cour indique les limites matérielles de son interprétation extensive : ce sera la théorie de la quasi-régie. Pour y parvenir, la Cour s'attache, dans un arrêt qui ne posait pas exactement cette question (a), et en refusant l'analogie avec des solutions textuelles proches, soulignant ainsi le caractère strict de son interprétation textuelle (b), à définir des conditions novatrices, mais matérielles et non fonctionnelles, qui permettent d'échapper à la qualification de cocontractant (c).

a) La question posée et sa reformulation par la Cour

Dans cette affaire, la commune italienne de Viano[212] est actionnaire à hauteur de 0,9% de la société Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia[213], qui est une société

---

211 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges Cosmas ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

212 Viano est une petite commune de la province de Reggio nell'Emilia, avec 3,374 habitants au 1er janvier 2016 (Istat, institut national de la statistique d'Italie).

213 Reggio Emilia ou Reggio nell'Emilia est la ville centre de la province de Reggio nell'Emilia, avec 171,345 habitants au 1er janvier 2016 (Istat, institut national de la statistique d'Italie).

regroupant plusieurs communes de la province de Reggio nell'Emilia[214] et dont l'objet est d'assurer la gestion de services d'énergie et d'environnement. Les statuts de l'AGAC prévoient une participation spécifique de toutes les communes actionnaires dans la surveillance de la société qui va au-delà des obligations légales prévues dans la loi italienne pour les sociétés anonymes. La commune de Viano, une fois actionnaire de l'AGAC, conclut, sans mise en concurrence, un contrat de gestion de certains de ces bâtiments avec l'AGAC, moyennant rémunération, ce que le droit italien permet explicitement. Ce contrat se conclut au détriment d'une société privée qui assurait jusque-là les mêmes missions à travers un marché public : la société *Teckal Srl*. Cette dernière demande au juge italien de reconnaître que la commune de Viano a méconnu les principes de transparence et de mise en concurrence découlant du droit européen de la commande publique, et notamment la directive 92/50. Le *Tribunale administrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma*, ayant un doute sur la compatibilité du droit italien par rapport aux exigences communautaires concernant les marchés publics, pose une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés sur ce point.

La CJCE répond dans cet arrêt à la question spécifique du degré de lien nécessaire entre un pouvoir adjudicateur et une entité tierce pour que cette dernière soit considérée comme un simple prolongement de l'entité administrative et non comme une société tierce. Le juge italien ne posait pas exactement cette question[215], mais sa question préjudicielle est reformulée par la Cour de justice en raison de son sentiment qu'il est dans l'intérêt de la Communauté d'interpréter ce point de droit précis[216]. Ce qui démontre bien que la nécessité de répondre à cette question commençait à se faire sentir dans les instances européennes. Pourtant, soulignant toujours le caractère restrictif de son interprétation, la Cour n'adopte pas de raisonnements par analogie, qui étaient pourtant plus aisés à mettre en oeuvre que la création *ex nihilo* d'une nouvelle exception et de nouveaux critères.

b) Le rejet de la solution par analogie de l'exception offerte aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires d'un droit exclusif

En l'occurrence, il s'agissait d'appliquer la directive 93/36 sur les marchés publics de fourniture. La Cour relève donc, aux points 43-44 que conformément à sa méthode habituelle, que les exceptions étant d'interprétation stricte, l'exception ouverte par l'article 6 de la directive 92/50

---

214 La province de Reggio nell'Emilia compte 532, 872 habitants et 44 communes au 1er janvier 2016 (Istat, institut national de la statistique d'Italie).

215 L'avocat général COSMAS dans ces conclusions souligne d'ailleurs que la reformulation de la question est le « problème fondamental » du litige : Conclusion COSMAS sous CJCE, aff. C-107/98 du 18 novembre 1999, *Teckal,* § 36.

216 Voy. sur la question de la reformulation des questions préjudicielles dans l'intérêt de la Communauté : CJCE, 19 novembre 1978, aff. C-83/78, *Pigs Marketing Board, R.* p. 2347.

sur les marchés publics de service pour les entités elles-mêmes pouvoirs adjudicateurs et qui bénéficient d'un droit exclusif, n'étant pas reprise par la directive 93/36, n'est pas applicable en l'espèce. Pourtant, l'application par analogie de la solution de l'article 6 de la directive 92/50, aurait pu permettre d'éviter une oeuvre prétorienne aussi novatrice dans ses critères. Une telle analogie n'était pas entièrement impensable, puisque l'exception prévue dans la directive 92/50 ne semblait pas de grand rapport avec le domaine en question (les services), mais plutôt avec la situation particulière du cocontractant en question (un pouvoir adjudicateur bénéficiant d'un droit exclusif). Un raisonnement par analogie aurait pu ainsi permettre une transposition de cette solution aux autres directives. Il n'en est rien, la Cour démontrant ainsi son attachement à sa conception restrictive des exceptions.

Outre ce rejet spécifique présent dans l'arrêt *Teckal,* d'autres critères tirées de notions textuelles auraient pu visiblement être utilisés par analogie pour répondre à la question posée. Elles ont, elles, été implicitement écartées, notamment les notions de l'entreprise publique et d'entreprise liée[217]. Le juge européen préfère en effet faire oeuvre de jurisprudence créatrice et créative avec une nouvelle exception transversale au droit de la commande publique, accompagnée de nouveaux critères.

c) Les solutions et les conditions de l'arrêt *Teckal*

La Cour fournit dans sa réponse les premières conditions du droit européen pour qu'une entité distincte de l'administration ne soit pas soumise aux exigences des principes de concurrence et de transparence lors d'une convention avec un pouvoir adjudicateur[218], allant ainsi à contre-courant de la dynamique finaliste et extensive allant dans ce sens jusque-là.

Deux arrêts précédents, les affaires *BFI Holding* du 10 novembre 1998[219] et *RI.SAN* du 9 septembre 1999[220] avaient déjà abordé la question des organismes publics cocontractants, mais sans la régler, malgré les propositions dans ce sens des Avocats généraux affectés à ces affaires, MM. LA PERGOLA et ALBER. Leurs propositions de solution sont néanmoins en partie reprises par le dispositif de l'arrêt *Teckal*. L'arrêt Teckal est donc le premier à trancher aussi clairement au niveau européen cette question. Il le fait de manière pratique, en mettant en avant deux conditions précises qui permettent, lorsqu'elles sont réunies, que des organismes proches ou contrôlés par des pouvoirs

---

[217] *Cf. infra,* chapitre suivant, pour une discussion de ces deux critères

[218] Conclusions LA PERGOLA, arrêt CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821 ; CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl : Rec.* 1999, p. I-5219, conclusions Siegbert ALBER.

[219] CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, conclusions Antonio LA PERGOLA.

[220] CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl : Rec.* 1999, p. I-5219, conclusions Siegbert ALBER.

adjudicateurs puissent se voir confier des marchés publics sans mise en concurrence ni transparence. A l'inverse, cela signifie que toutes les autres situations doivent se soumettre auxdites obligations. Le sens profond de cette décision doit sans doute se comprendre comme un compromis entre la reconnaissance que certains démembrements administratifs méritent d'être exclus de la concurrence malgré leur personnalité morale distincte, et l'impératif de concurrence qui irrigue tout le droit européen de la commande publique, qui impose des conditions strictes, et donc une exception stricte.

L'idée est pour la Cour que ne peuvent *pas* être considérées comme de véritables cocontractants de l'Administration certaines entités présentant certaines caractéristiques, qui forment donc des conditions d'exclusion de l'application des règles de la commande publique. Etant donné que ces conditions se trouvent au niveau de la définition d'un cocontractant de l'administration, et par son niveau de généralité, cette exception s'applique visiblement dans tous les domaines d'activités.

Ces conditions sont au nombre de deux et sont cumulatives :

- « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »[221]

et

- « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »[222].

A première vue, ces conditions — nouvelles, cumulatives, d'interprétation stricte — permettent à la fois de limiter les possibilités pour les collectivités publiques de s'engouffrer dans une brèche jurisprudentielle que le juge européen ne souhaite pas particulièrement ouvrir, mais aussi de libérer le carcan qu'une interprétation trop stricte d'un contrat pouvait entraîner pour des personnes juridiquement distinctes mais matériellement confondues. La voie est ouverte pour une exception limitée mais appréciable à l'interprétation extensive de la notion de cocontractant de l'administration.

Très étrangement, malgré cette précision-exception jurisprudentielle sur la question du cocontractant de l'administration, le législateur européen ne reprend pas par la suite ces conditions dans sa mise à jour des directives marchés publics en 2004. Il ne le fait qu'à l'occasion de la nouvelle mouture de cette réglementation en 2014, et en modifiant à la marge le régime

---

[221] CJCE, aff. C-107/98 du 18 novembre 1999, *Teckal, préc.,* § 50.

[222] CJCE, aff. C-107/98 du 18 novembre 1999, *Teckal, préc.,* § 50.

jurisprudentiel. Les imprécisions et les indécisions du législateur avant 2014 alimentent néanmoins le sentiment de perplexité sur la portée exacte de cette jurisprudence.

*2) L'absence de clarté juridique sur l'exception de quasi-régie jusque 2014*

L'absence de codification de la théorie de la quasi-régie dans la directive marchés publics de 2004, et les nouveaux apports de cette directive, perturbent quelque peu le sentiment de compréhension autour de la notion en création (a). La mêlée jurisprudentielle qui s'ensuite, qui modifie à chaque fois par petites touches la construction de l'arrêt *Teckal,* n'aide pas dans ce sens à trouver une logique claire à cette exception (b).

a) L'absence de codification de l'exception de quasi-régie en 2004

Plus clairement que les précédentes directives, la directive 2004/18 du 31 mars 2004 sur les marchés de fournitures et de travaux prévoit que le cocontractant du pouvoir adjudicateur peut être « toute personne physique ou morale ou entité publique »[223]. Hélène HOEPFFNER remarque qu'à partir de là, « a priori, les accords conclus entre des organismes de droit public ne sont pas exclus du champ d'application des directives »[224]. La formule semble prudente. Elle reflète le sentiment que cette situation sort des habitudes légales françaises et qui traduit un flottement juridique sur la portée exacte de la qualification de cocontractant et de l'exception *Teckal,* qui n'est pas encore bien assurée.

Le terme « d'opérateur économique » fait par ailleurs son apparition dans les textes européens pour viser de manière générale le cocontractant[225]. Laurent RICHER note que la question se posait alors de savoir ce que recouvrait ce terme, et s'il excluait, notamment, les opérateurs non économiques[226]. Selon la jurisprudence de la Cour en matière de droit de la concurrence, les activités non-économiques ne sont pas concernées par les règles européennes de concurrence[227]. La qualification d'opérateur non-économique pour les cocontractants de l'administration publique pouvait donc éventuellement emporter une exclusion de l'application de ces règles. Sur ce point, la

---

223 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 : JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114-240, art. 1.8.

224 HOEPFFNER, Hélène, « Mise en concurrence et intercommunalité », *CMP* 2009, n° 7, comm. 226.

225 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 : JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114-240, art. 1.

226 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009*,* p. 158 et s.

227 V. par ex. : CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/ Eurocontrol*, *Rec*., I, p. 43, point 30.

Cour utilise plus précisément le terme « d'entreprise » pour qualifier les entités engagées dans des activités économiques, et pour exclure celles qui n'en exercent pas. Or, la notion d'entreprise, comme l'indique Elsa BERNARD, « reste largement indéterminée et se laisse difficilement appréhender par le recours à des critères matériels »[228]. La Cour de justice a eu en effet beaucoup de difficulté à définir de manière précise ce qu'elle entend par activité économique[229], mais il est certain qu'elle en a une vision très large. Dans le cadre du droit de la concurrence, la Cour a ainsi pu évoquer « une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large »[230], ou encore la capacité à « offrir des biens et des services sur un marché donné »[231]. Cette définition revient à une tautologie, en précisant par des conditions matérielles un critère personnel. Elle est aussi très large, puisque toute entité, peu importe son statut juridique, peut être amenée à offrir des biens et des services sur un marché donné. Dans ces conditions, vu l'absence concrète de conséquence de la qualification d'opérateur économique, il faut en conclure avec Laurent RICHER que celui-ci « ne peut être un critère du marché public ou de la concession »[232] ? Il est certes complexe d'en faire un critère, étant donné sa faible portée. C'est une attitude prudente, mais quelle est alors la portée de la jurisprudence *Teckal* par rapport aux nouvelles directives ? Un certain flou persiste.

La situation en France particulièrement, semble perturbée par les directives, et n'est pas entièrement claire. Pendant longtemps en France le régime des marchés publics constituait le régime dérogatoire des relations entre une collectivité locale et une entreprise ou une entité publique. Or, à partir des années quatre-vingt-dix, comme le Gabriel ECKERT remarque qu'un véritable « choc entre le droit interne et le droit de l'Union européenne »[233] sur ce point fait passer le droit des contrats entre personnes publiques « d'une solution simple — peut-être déjà un peu simpliste — à un régime d'une complexité inouïe »[234], comprenant peu d'exceptions et de nombreuses conditions précises et restrictives à remplir pour y accéder. Les directives de 2004 n'apaisent donc pas entièrement les interrogations. Au contraire, les questions se multiplient, et

---

228 BERNARD, Elsa,« L' 'activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009/3, p. 353-385.

229 Elsa BERNARD considère que ces hésitations s'expliquent par le fait que la méthode fonctionnelle d'interprétation de la Cour est à ce sujet « mal assumée ».

230 CJCE, 7 november 1996, aff. C-77/95, *Züchner, R.* p. I-5689, § 13.

231 CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie, R.* p. I-2599, § 7.

232 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, p. 160.

233 ECKERT, Gabriel, « Contrats entre personnes publiques et le droit de la concurrence », *AJDA* 2013, p. 849.

234 *Ibidem.*

notamment sur la possibilité pour certaines entités correspondants *a priori* aux critères *Teckal* de pouvoir profiter de cette jurisprudence : c'est le cas des sociétés d'économie mixte locales, qui sont confrontées dans le même temps à une jurisprudence nationale inspirée des principes européens[235].

b) Les évolutions jurisprudentielles perturbantes quant aux critères de la quasi-régie

En réalité, même si la Cour reconnait matériellement l'existence d'une exception nécessaire pour ne pas faire déborder de façon trop manifeste le droit européen dans l'organisation interne des administrations des Etats membres, la démarche adoptée par le juge reste pro-concurrentielle. En effet, elle ne crée pas une exception soumise entièrement à la discrétion des Etats, mais une nouvelle exception strictes, aux conditions précises — bien que très subjectives — et sous le jugement ultime de la Cour de justice. Ce jugement ultime s'avère néanmoins quelque peu tâtonnant dans les premières années, ce qui fragilise un peu la théorie en question.

Une première étape, moins d'un an après, est celle de l'arrêt *ARGE* du 7 décembre 2000[236]. Dans cette affaire, l'Avocat général Philippe LEGER déjà « [regrette] le manque de précision dont souffrent ces critères » car, selon lui, « 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 »[237]. L'aspect subjectif de ces critères est donc immédiatement souligné, au sein même de la haute juridiction européenne. Quant à l'arrêt en lui-même, loin de revenir sur les critères *Teckal,* il écarte cette exception qui ne lui paraît pas applicable en l'espèce, pour affirmer au contraire qu'un organisme public, qui offre des services sur un marché, doit se voir appliquer les règles visant les soumissionnaires de la commande publique. Ce qu'affirmait déjà implicitement l'arrêt *Teckal* et donc bien confirmé : l'interprétation extensive de la notion de cocontractant continue à avoir cours, sous la réserve des conditions de l'arrêt du 18

---

235 LIGNIERES, Paul, DESBONNET, Catherine, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité du droit », *Dr. adm.* 2004, n° 1, prat. 1. ; PEYRICAL, Jean-Marc, « Collectivités locales et SEM : les limites du 'in house' », *Contrats publics* 2004, n° 29, p. 21.

236 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirstschaft : R.* p. I-11037 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131, conclusions Philippe LEGER, note C. Maugüé ; *LPA* 2001, n° 56, p. 16-20, note Y. Claisse ; *Public Procurement Law Review* 2001 p.NA54-NA56, note M. Öhler.

237 LEGER, Philippe, « Conclusions sous l'affaire C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirstschaft* » : *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131.

novembre 1999[238]. Mais la question du contrôle analogue en elle-même rebondit bientôt notamment à l'occasion des arrêts *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[239] et *Carbotermo* du 11 mai 2006[240]. Dans ces deux arrêts la Cour exclut explicitement certaines situations où des pouvoirs adjudicateurs contrôlent une entité de manière exclusive ou quasi-exclusive, mais sans exercer un contrôle qualitativement suffisant sur la direction[241]. Voilà qui n'est pas de nature à rassurer les praticiens ni les commentateurs.

La deuxième évolution est celle de l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[242]. Dans cet arrêt, bien que pour la première fois le juge européen indique clairement qu'une « autorité publique […] a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens […] sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses servies » (§ 48), comme dans l'arrêt *Teckal* cette reconnaissance paraît à tous points de vue la contrepartie d'une interprétation stricte des conditions à remplir pour profiter de cette exception prétorienne. En l'occurrence, la Cour refuse que puisse être considérée comme une entité contrôlée de manière analogue une société publique dont une partie du capital serait détenue par une entreprise privée. D'ailleurs, précisément, elle n'effectue pas cette exclusion sur l'idée qu'un contrôle analogue serait rendu impossible par la présence d'une personne privée au capital, mais plutôt par le fait qu'un placement privé « obéit à des considérations propres aux intérêts privés poursuit des objectifs de

---

238 La Cour affirme clairement par la suite qu' « il est impossible d'exclure a priori du champ d'application des directives en matière de passation des marchés publics les relations établies entre des institutions de droit public, quelle que soit la nature de ces relations » (§ 40) : CJCE, aff. C-84/03, 13 janvier 2005, *Commission c/ Espagne (transposition des directives marchés publics) : Rec.* p. I-139 : *Europe* 2005, n° 87, p. 21, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 3, p. 24-27, note W. Zimmer ; *Public Procurement Law Review* 2005, p. NA78-79, note M. Dischendorfer ; *Revista de Administración Pública* 2005 nº 168 p.167-185, note M. A. Bernal Blay.

239 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585 : conclusions Juliane Kokott ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

240 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine Stix-Hackl ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

241 Ces rebondissements et ces évolutions sont discutées plus avant dans les prochains chapitres.

242 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna : R.* p. I-1, conclusions Christine Stix-Hackl ; *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

nature différente » d'une entité publique. Ce qui amène à se demander s'il n'y aurait pas là un troisième critère à rajouter : celui de la poursuite d'intérêts publics, ou au moins l'exclusion du capital privé? Même cette condition d'exclusion du capital privé connaît par la suite des turbulences. En effet, après avoir été maintenue même dans des cas très minoritaire[243], la Cour accepte par la suite d'envisager une participation privée, si le partenaire privé est choisi selon des critères respectueux du droit de la commande publique[244]. Le législateur européen de 2014, quant à lui, a inclus la possibilité d'une telle participation privée, « *dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée* »[245]. Les évolutions successives de cette condition sont évidemment porteuses d'instabilité quant à la portée exacte de l'exclusion ainsi définie[246].

La troisième évolution correspond à l'indécision autour (encore une fois) du concept de contrôle analogue, lorsqu'est en cause une entité contrôlée conjointement par plusieurs pouvoirs

---

[243] Cette impression est renforcée par la suite dans un arrêt où la Cour exclue l'application de l'exception de quasi-régie même dans le cas d'une participation privée très minoritaire : CJCE, 6 avril 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autostrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA : R.* p. I-3303 ; conclusions L. A. Geelhoed ; *Europe* 2005, n° 6, p. 14, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 5, p. 14, note W. Zimmer ; *RDI* 2005, n° 3, p. 222, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 163, note B. du Marais.

[244] CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, *R.* p. I-9913, conclusions Damaso Ruiz-Jarabo Colomer : *Europe* 2009, n° 12, p. 23-24, note D. Simon ; *JCP-A* 2009, n° 51, p. 35-40, note C. Devès ; *RLCT* 2010, n° 53, p. 39-43, R. Passerieux et B. Thin ; *CMP* 2010, n° 1, p. 37-39, note W. Zimmer ; *AJDA* 2010, p. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier ; *BJCP* 2010, n° 68, p. 39-48, conclusions de D. Ruiz-Jarabo Colomer ; *RDI* 2010, n° 3, p. 153-154, note R. Noguellou

[245] Directive 2014/23 UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession : JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 1, § 46 des motifs.

[246] Là aussi, la portée exacte de cette condition est discutée plus longuement dans les prochains chapitres.

adjudicateurs. Alors que les arrêts *Parking Brixen*[247] et *Carbotermo*[248] précisent la nécessite d'un réel contrôle sur les entités en question, comme ne pas imaginer qu'un contrôle à plusieurs ne diminue l'influence individuelle de chacun sur l'entité? Un premier arrêt *ASEMFO* du 19 avril 2007[249] parait autoriser largement un tel contrôle, mais il est immédiatement relativisé car démontrant finalement une autre situation que celle de quasi-régie[250]. Un arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008[251] vient cependant autoriser les espoirs, en indiquant qu'il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais qu'il n'est pas indispensable qu'il soit individuel. La situation est un peu plus claire, mais elle reste précaire pour les petits actionnaires publics de ces sortes de sociétés. Il faut attendre un arrêt *Econord* du 29 novembre 2012[252] pour que

---

247 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585 : conclusions Juliane Kokott ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

248 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine Stix-Hackl ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

249 CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *R* p. I-2999 ; conclusions L. A. Geelhoed ; *Europe* 2007, n° 6, p. 62, note L. Idot ; *ADJA* 2007, n° 21, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *Dr. adm.* 2007, n° 7, p. 22, note A. Ménéménis ; *RLC* 2007, n° 12, p. 56, étude D. Piazzoni ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 297, comm. R. Schwartz ; *AJDA* 2007, n° 32, p. 1759, étude E. de Fenoyl ; *BJCP* 2007, n° 55, p. 430, étude A. Tabouis.

250 l'arrêt CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administración General del Estado (R.* p. I-12175 : *RLC* 2008, n° 15, p. 60, note D. Piazzoni ; *LPA* 2008, n° 88, p. 9, comm. G. Calley ; *Revue de jurisprudence commerciale* 2008, n° 2, p.138, chron. A. Raynouard ; *Dr. adm.* 2008, n° 3, p. 25, note F. Lichère ; *AJDA* 2008, n° 5, p. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *Europe* 2008, n° 2, p. 22, note L. Idot ; *CMP* 2008, n° 2, p. 22, comm. W. Zimmer) indique que pour *ASEMFO*, « un tel raisonnement doit être lu dans son contexte spécifique ». En effet, l'affaire *ASEMFO* concernait une entité ne disposant « pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions » en vertu du droit national, ce dont le juge avait inféré que « ses rapports avec lesdites communautés ne sont pas de nature contractuelle » (§ 60 de l'arrêt *ASMEFO, préc.*).

251 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel *Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec*. p. I-8457, conclusions Verica Trstenjak : *AJDA* 2008, n° 42, p. 2336 ; *Europe* 2009, n° 1, p. 24-25 note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 2, p. 115-116, note R. Noguellou ; *Dr. Adm.* 2009, n° 2, p. 19-22, note R. Caranta ; *CMP* 2009, n° 2, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2009, n° 2, p. 62-66, note R. Schwartz ; *Journal de Droit européen* 2009, n° 156, p. 48-49, note J.-M. Wolter.

252 CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

la Cour précise les conditions par lesquelles une collectivité publique peut être considérée, en cas de contrôle conjoint, comme exerçant un contrôle analogue. Mais ces conditions restent relativement subjectives, puisque la situation de ladite collectivité ne doit pas aboutir à ne pas s'assurer « la moindre possibilité de participation au contrôle »[253] [254].

Il est donc peu de dire que la décision du législateur européen de s'emparer à bras-le-corps de la question, et d'inscrire en tant que telle l'exception de prestations intégrées dans les directives de 2014 fut bien accueillie. Comme le résume de façon cinglante Willy ZIMMER, « force est en effet d'admettre que [la cohérence de l'exception de quasi-régie] devenait de plus en plus difficile à mettre en évidence du fait d'une jurisprudence de la Cour relative au *in house* de plus en plus sophistiquée, pour ne pas dire sibylline, elle-même propice au moutonnement des interprétations et des commentaires certes délectables mais peu sécurisant pour ceux qui chaque jour se confrontent à la réalité de la pratique »[255].

Passer immédiatement à l'études des règles telles qu'elles sont désormais codifiées par les directives empêcherait néanmoins de comprendre la cohérence derrière l'incohérence décriée, et qui pourrait encore permettre au juge européen, juge de la conformité des directives aux traités, de revenir encore une fois sur les conditions de la quasi-régie. Il convient donc d'abord de se pencher sur les raisons qui, à l'époque, ont justifié pour la Cour la création de cette exception à sa dynamique traditionnelle d'extension des obligations concurrentielles. Or, l'explication la plus évidente est d'abord la diversité des situations nationales dans le domaine des cocontractants privilégiés.

### B) Une exception justifiée par la pratique largement répandue en Europe des cocontractants privilégiés

Selon l'interprétation fonctionnelle de la Cour de justice de l'Union, la relation entre un pouvoir adjudicateur et sa filiale ne peut s'exonérer *a priori* de la mise en concurrence, comme le souligne l'Avocat général Christine STIX-HACKL dans ses conclusions sous l'arrêt *Stadt Halle*[256]. Toutefois, dans de nombreux droits nationaux la possibilité pour les collectivités publiques de créer

---

[253] § 31.

[254] La question du contrôle conjoint est discutée plus longuement dans les prochains chapitres.

[255] ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4.

[256] Voy. aussi CJCE, aff. C-264/03, Auroux, et CJCE, aff. C-84/03, Commission c/ Espagne. Les règles des marchés publics s'appliquent y compris en contractant avec un autre pouvoir adjudicateur (Arge, C-94/99, p. I-11037, § 28), mais aussi aux filiales des pouvoirs adjudicateurs d'après l'Avocat Général STIX-HACKL (§54).

des entités distinctes auxquelles elles confient des missions sans mise en concurrence est reconnue de manière ancienne. Ces modes particuliers de gestion publique, préexistant pour la plupart à la législation européenne, se heurtaient donc à l'interprétation extensive du droit de la concurrence et de la commande publique. De ce point de vue, la jurisprudence européenne, plus que de libérer, limite les modalités de gestion des collectivités publiques dans l'Union.

Quasiment tous les systèmes juridiques nationaux de l'Union connaissent depuis longtemps l'usage de la société de droit privé détenue par des administrations locales[257]. Pour quelques grands pays proches de nous, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne notamment, des sociétés de droit privé détenues par des collectivités territoriales coexistent ainsi généralement avec les services directement pris en charge par les administrations locales, des entités de droit public spéciales, et d'autres entités spéciales de droit privé[258]. Au regard du droit européen, c'est surtout cette dernière possibilité qui semble problématique.

Historiquement, c'est l'Allemagne qui est la plus avancée en la matière, puisque les libertés communales relatives à la participation à la vie économique y sont affirmées dans certains Lander depuis extrêmement longtemps[259]. En Bavière notamment, l'un des Lander les plus libéraux en matière locale[260], la possibilité pour les communes de s'enrichir est explicitée depuis 1818[261]. Le Code municipal bavarois de 1869 prévoit quant à lui non seulement l'autonomie la plus large de ces autorités, mais aussi la possibilité pour les communes de prendre des participations dans des sociétés de droit privé[262]. Or, le système bavarois d'autonomie communale est dès l'époque du IIe

---

257 Pour une présentation globale : DEXIA-Crédit Local de France, *Les entreprises publiques locales dans l'Europe des 25,* Paris : Dexia, 2004, feuillet détachable.

258 Pour une analyse plus approfondie de ces différents systèmes, voir : TERNY, Guy, *La gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain,* 1994, et RODRIGUES, Stéphane, *Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne : Éléments de droit comparé et analyse du droit communautaire,* thèse de doctorat : droit public : Paris 1 : 1999, 854 p. (spéc. deuxième partie) ; WOLLMANN, Helmut, MARCOU, Gérard (dir.), *Les services publics locaux*, Paris : CNRS, 2003, 679 p. ; et KUHLMANN, Sabine, BOUCKAERT, Geert (ed.), *Local public sector reforms in times of crisis : national trajectories and international comparisons,* London : Palgrave Macmillan, 2016, 366 p.

259 SCHMIDT-ASSERMANN, Eberhard, SCHOCH, Friedrich (dir), *Besonderes Verwaltungsrecht, 14. auflage*, Berlin : de Gruyter, 2008, p. 1-101.

260 Voyez : VOLKERT, Wilhelm, « Die Staats- und Kommunalverwaltung », *in* SPINDLER, Max (dir.), SCHIMD, Alois (ed.), *Handbuch der bayerischen Geschichte, 4. Band : Das neue Bayern, von 1800 bis zur Gegenwart,* München : C. H. Beck, 2007, p. 72-153.

261 *Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 über das Kommunalrecht rechtsrheinische Bayern* (Edit communal du 17 mai 1818 sur le droit communal de la rive droite du Rhin de la Bavière). *Cf.* MAGES, Emma, « Gemeinedeverfassung (19./20. Jahrhundert ) », *in Historisches Lexikon Bayerns,* [http://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Gemeindeverfassung (19./20. Jahrhundert)].

262 *Gemeindeordnung vom 29. April 1869 für das rechtsrheinische Bayern* (Charte communale du 29 avril 1869 pour la rive droite du Rhin de la Bavière). *Cf.* MAGES, Emma, *op. cit.*

Reich, le véritable modèle allemand de l'organisation communale[263], ce qu'illustre le fait que la « terre d'Empire » d'Alsace-Lorraine reçoit en 1895 un tel modèle d'organisation, permettant notamment aux communes de prendre en charge des activités à travers des sociétés de droit privé[264]. Cette possibilité n'étant pas rescindée après la réunification de l'Alsace-Lorraine en 1918 à la France, les communes alsaciennes et lorraines deviennent ainsi les premières collectivités territoriales françaises à pouvoir posséder des participations dans des sociétés privées[265]. Ce rôle de modèle du droit local bavarois est encore plus développé après la deuxième guerre mondiale en République Fédérale, et après la réunification dans toute l'Allemagne[266]. Or, les démembrements administratifs allemands sous forme de droit privé[267] n'étaient historiquement pas soumis à la mise en concurrence pour recevoir des contrats publics[268], y compris les sociétés d'économie mixte locales[269]. L'importance de ces entreprises dans le secteur économique allemand n'a d'ailleurs fait que s'accentuer avec les années, culminant en 2017 à un minimum de 1.474 entreprises publiques locales employant 268.123 employés, et générant plus de 116 millards d'euros de chiffre

---

263 Ce qui l'oppose ainsi à la Prusse, beaucoup plus stricte sur ce point : THIEL, Markus, « Gemeindliche Selbstverwaltung und kommunales Verfassungsrecht im neuzeitlichen Preussen (1648–1947) », *Die Verwaltung* 2002, n° 35, p. 25-60.

264 *Gemeindeordnung für Elsaß-Lothringen vom 6. Juni 1895* (Charte communale pour l'Alsace Lorraine du 6 juin 1895).

265 BURCKEL, Jean-Claude, *La participation des collectivités publiques locales aux sociétés d'économie mixte. Aspects généraux et particularismes du droit applicable dans les départements du Rhin et de la Moselle,* thèse de doctorat : droit public : Strasbourg, 1963, 185 p.

266 GEIS, Max-Emmanuel (dir), « Local Self-Government in Germany », site internet de l'Observatoire de l'autonomie locale [www.ola-europe.com/en/presentation-des-etats/allemagne/], consulté en ligne le 15 septembre 2015, p. 28.

267 Il convient ici de noter que, contrairement à ce que rapportent beaucoup de commentateurs français, la notion allemande de *Stadtwerke* ne correspond aucunement à la société d'économie mixte locale française, mais vise globalement les entreprises locales (plus exactement les « ateliers publics ») sous diverses formes juridiques, tout en excluant implicitement les entreprises d'infrastructure par exemple. Le terme générique pour désigner les entreprises publiques locales est celui de *Kommunalunternehmen.* Les entreprises publiques locales sous régime de droit privé n'ont pas de terme précis pour les déterminer. Il faut traduire mot à mot : *das privatrechtlich Kommunalunternehmen*. Leur manque de cohésion théorique s'oppose d'ailleurs à la cohérence des catégories d'entreprise de droit public, soit les régies directes (*Regiebetriebs*), régies autonomes sans personnalité (*Eigenbetrieb*), et les établissements de droit public (*Anstalt des öffentlichen Rechts*). Les sociétés d'économie mixte sont correctement traduites *Gemischtwirtschaftliches Unternehmen*.

268 BONKER, Frank, LIBBE, Jens, WOLLMANN, Hellmut, « Remunicipalisation Revisited : Long-Term Trends in the Provision of Local Public Services in Germany », *in* WOLLMANN, Helmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (dir.), *Public and Social Services in Europe : From Public and Municipal to Private Sector Provision,* London : Plagrave Macmillan, 2016, p. 71-85 ; voyez aussi : MUHLENKAMP, Holger, « Coopération und Wettbewerb im öffentlichen Sektor », *in* ROBER, Manfred (dir.), *Institutionelle Vielfalt und Neue Unübersichtlichkeit, Zukunftsperspektiven effizienter Steuerung öffentlicher Aufgaben zwischen Public Management und Public Governance,* Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, p. 28-54.

269 WOLLMANN, Helmut, « Administrative reforms and New Public Management modernization of (local level) public administration in Germany », *in* MADUREIRA, Cesar, ASENSIO, Maria (dir.), *Handbook de Administração Pública,* Lisbon : INA, 2013, p. 71-87.

d'affaires[270]. Il n'est donc logique que la République fédérale d'Allemagne se soit particulièrement battu devant la Cour pour faire admettre que de telles situations ne relevaient pas de contrat de la commande publique[271].

Ces particularités se retrouvaient aussi en Espagne et en Italie. Dans ces deux pays, bien que les lois sur les sociétés publiques locales soient plus tardives, l'esprit semble être le même, c'est-à-dire l'absence d'impossibilité de principe à utiliser le droit privé pour les collectivités locales[272].

Dans le cas italien, si le régime juridique des régies publiques (*azienda locale*) date de 1925[273], cela n'a pas empêché les communes d'utiliser dès se voir reconnaître par la loi communale de 1903[274] la possibilité d'emprunter une forme de droit privé pour organiser leurs interventions[275]. Celle-ci est donc de longue date bien acceptée en Italie, et pouvait recevoir sans mise en concurrence des contrats publics[276], y compris pour les sociétés d'économie mixte locales[277]. Ce n'est donc pas étonnant si c'est une société italienne qui est concernée dans l'affaire *Teckal*. Dans cette affaire, les arguments de l'Etat italien se fondent d'ailleurs sur ce droit national permissif et antérieur aux réglementations européennes[278].

La situation est presque identique en Espagne, avec peut-être une antériorité plus grande de l'utilisation de la forme privée par les collectivités territoriales, qui pré-date même les premières

---

270 Verband Kommunaler Unternehmen (VKU), *Figures, data and facts for 2019,* en ligne : [https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Ueber_Uns/VKU_ZahlenDatenFakten_2019_EN.pdf]

271 Voy. notamment les arguments de l'Etat allemand dans l'affaire : CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) : R*. p. I-02999 ; et aussi : CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26.

272 Pour l'Espagne : BALLESTEROS FERNANDEZ, Angel y Manuel, *Manual de gestión de servicios públicos locales, Madrid : Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 2005, p. 25 ; Pour l'Italie : CASSESE, Sabino (a cura di), *I servizi publicci locali nel Mezzogiorno,* Roma : Ricerche e Studi Formez, 1969, p. 28.

273 Regio Decreto n° 2578, dei 15 ottobre 1925, *Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie.*

274 Legge n° 103 dei 29 marzo 1903, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni.*

275 CAROLI CASAVOLA, Hilde, « Local public services entreprises in Italy », *in* MEUNIER, Patrick, et alii (dir.), *Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 292.

276 *Ibidem.*

277 BOGNETTI, Giuseppe, ROBOTTI, L., « The provision of local public services through mixed entreprises : the Italian case », *Annals of Public and Cooperative Economics* 2007, Volume 78, Issue 3.

278 Voy. notamment les arguments de l'Etat italien dans l'affaire : CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121.

législations sur les collectivités locales[279]. La législation tardive de 1958 sur ce point[280] entérine néanmoins cette possibilité, ainsi que la même acceptation concernant les contrats publics remis sans mise en concurrence[281]. En Espagne aussi, l'utilisation de la société d'économie mixte locale était donc compatible avec une absence de mise en concurrence[282], ce qu'elle fait valoir vainement devant la Cour de justice par la suite[283]. Pour l'Espagne, c'est bien l'irruption de la jurisprudence européenne qui bouleverse ces fonctionnements concernant les sociétés d'économie mixte locales[284].

Il semble bien que ce soit d'abord l'importance de ces problèmes pratiques — l'irruption du droit européen dans des modes de gestion traditionnels des collectivités publiques de nombreux pays — qui explique l'irruption de la jurisprudence sur la quasi-régie. Elle n'en explique pas les conditions, car celles-ci sont liées en réalité aux deux écueils divergents et concrets que la Cour essaye d'éviter ici : celui que des entités qui sont en pratique de simples détachements des pouvoirs adjudicateurs soient soumises à la commande publique, mais aussi celui que trop d'entités puissent se prévaloir de cette règle, afin d'assurer un maximum d'effet à cette législation pro-concurrentielle. Tout effort de théorisation au-delà l'idée qu'il s'agit là d'une solution de compromis de circonstance, se heurte aux conditions changeantes que la Cour met en place.

---

279 ORTUÑO PEREZ, Eugenia, *La empresa publica en forma privada : Antecedentes romanos y un apunte historico en la legislación de régimen local preconstitucional en España,* Madrid : Dykinson, 2017, 190 p. ; FERNÁNDEZ, Alexandre, « La gestion du service du gaz par la municipalité de Bilbao (1885-1928) », *in* GONZÁLEZ RUÍZ, Luis, MATÉS BARCO, Juan Manuel (dir.), *La modernización económica de los Ayuntamientos: servicios públicos, finanzas y gobiernos municipales*, Jaén : Universidad de Jaén, 2008.

280 Cf. la *Ley de Entidades Estatales Autónomas* (loi sur les entités étatiques autonomes) du 26 décembre 1958 (BOE n° 311 du 29 décembre 1958) et la *Ley General de Presupuestaria* (loi générale budgétaire) n° 11/1977 du 4 février 1977 (BOE n° 7, du 8 janvier 1977, p. 374). Voy. aujourd'hui la *Ley 6/19997 de Organización y Funcionamento de la Administración General del Estado* (loi sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration centrale de l'État), du 14 avril 1997 (BOE no 90, du 15 avril 1997, p. 11755).

281 FRANCH, Marta, « Les entreprises publiques locales en Espagne », *Contrats publics* 2013, n° 131, p. 63 ; BALLINA DIAZ, Diego, *La sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal : Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado,* Madrid : INAP, 2015, 390 p.

282 *Cf.* REGO BLANCO, Maria Dolores, « Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 », *Documentación Administrativa*, 2017, n° 4, p. 151-159.

283 Voy. par exemple, la position du gouvernement espagnol dans l'affaire CJCE, 16 octobre 2003, aff. C-283/00, *Commission c/ Espagne, R.* p. I-11697, § 25, 27, et 29, mais aussi dans l'affaire CJCE, 13 janvier 2005, aff. C-84/03, *Commission c/ Espagne, R.* p. I-142, § 24. Pour les critères qui amènent une société publique locale à être considérée comme un pouvoir adjudicateur, cf. CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria : R.* p. I-73, § 17 à 35. Dans le cas où la société est entièrement contrôlée par un pouvoir adjudicateur, il suffit pourtant de vérifier que cette société réalise des activités répondant à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial. Voy. aussi les arguments de l'Etat espagnol dans l'affaire CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) : R*. p. I-02999.

284 *Cf.* VIVANCOS MARTINEZ, Gabriel J., « La contratación pública de las sociedades de economía mixta », *Revista de Derecho UNED,* 2018, n° 23, p. 707-729.

## II - Une difficile justification théorique finaliste de la quasi-régie expliquant ses critères novateurs

Différentes théories sont visiblement discutées par la Cour, sans qu'elle arrive initialement à s'attacher à une particulièrement (A). L'irruption d'une codification législative reprenant le principe de l'exception semble permettre à la Cour de s'éloigner du débat sur la justification théorique de cette exception (B).

### A) Les théories justificatrices discutées par la Cour

Au regard des différentes et nombreuses justifications apportées par la Cour au fil de sa jurisprudence, il est parfois, comme le remarquait Willy ZIMMER[285], facile de ne pas s'y retrouver. Pour résumer la situation, la Cour et ses exégètes ont en effet hésité entre deux principales théories justificatrices de l'exception de quasi-régie, qui peuvent expliquer par la suite le choix des critères différentes à retenir pour reconnaître une quasi-régie. Il s'agit de l'idée de transparence des entités contrôlées (1) et de l'idée d'absence d'autonomie des entités (2).

*1) Justifications basées sur la transparence ou l'inexistence en pratique des entités contrôlées*

Plusieurs indices ou formulations laissent penser que la Cour de Justice voit dans certains démembrements administratifs et leurs collectivités publiques une seule et même personne. Ainsi, dans l'arrêt *Teckal*, la Cour de justice part de la prémisse 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* »[286]. Si dans le cas de deux personnes distinctes, la réglementation sur les marchés publics s'applique, cela peut signifier *a contrario* que si elle ne s'applique pas, il n'y a qu'une seule personne.

C'est d'abord l'Avocat général Siegbert ALBER, dans ses conclusions sous l'arrêt RI.SAN du 9 septembre 1999, qui considère que le fait d'être une société par actions « n'exclut pas [que la société en question] fasse partie intégrante de l'administration publique »[287]. Dans le même ordre d'idées, l'Avocat général LA PERGOLA, dans ses conclusions sous l'arrêt *BFI*[288], évoque plus précisément le fait que l'entité possédée entièrement par deux collectivités locales « n'a pas la nature d'un tiers » par rapport à celles-ci. Ces réflexions sont reprises par l'Avocat général COSMAS,

---

[285] ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4.

[286] CJCE, aff. C-107/98 du 18 novembre 1999, *Teckal, préc.,* § 49. C'est nous qui soulignons.

[287] Conclusions ALBER, arrêt CJCE, du 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl : Rec.* 1999, p. I-5219, § 52.

[288] Conclusions LA PERGOLA, arrêt CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821.

dans ses conclusions sous l'arrêt *Teckal,* lorsqu'il considère que sont exonérées de mise en concurrence les situations où « les deux parties contractantes n'ont pas, en fait, la qualité de tiers l'une par rapport à l'autre »[289].

Cela ne signifie toutefois pas que la Cour de justice considère le démembrement administratif possédant une personnalité morale comme un organisme transparent ou inexistant derrière lequel se cache l'administration. Comme la Cour exprime notamment dans l'arrêt *Stadt Halle,* la quasi-régie, telle que définie par les conditions prétoriennes qu'elle décrit, est une exception applicable « même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur »[290]. L'idée de transparence ou d'inexistence de l'entité est donc difficilement compatible avec cette théorie. De plus, les conditions qui découleraient de cette théorie risqueraient d'être extrêmement sévères — ou tout du moins extrêmement subjectives — car la reconnaissance de l'inexistence ou de la transparence d'une personne morale juridiquement distincte, même comme artifice de pensée à n'appliquer qu'au cas en présence, requiert par définition de sérieux indices. Cette théorie ne semble pas beaucoup prospérer par la suite, et une justification basée sur l'asbence d'autonomie suffisante de la volonté nécessaire pour former un contrat est plus souvent évoquée.

*2) Justifications basées sur l'absence d'autonomie de la volonté nécessaire pour former un contrat*

Le lien explicatif entre les conditions de l'arrêt *Teckal,* sans cesse reprises depuis, s'il n'est pas dans la transparence ou l'inexistence de certains démembrements, pourrait être à chercher dans l'absence de volonté autonome de ceux-ci par rapport à leurs collectivités, ce qui permettrait pour la Cour d'empêcher l'existence d'un contrat.

L'Avocat général COSMAS reprend aussi cette théorie — mélangeant ainsi deux explications pour une solution —, en basant son raisonnement sur l'observation que certains démembrements ne possèdent pas de volonté propre, et représentent uniquement les intérêts des collectivités qui les ont mises en place[291]. En l'absence d'intérêts distincts, il considère qu'il ne peut y avoir de véritables négociations et donc de contrat[292].

---

[289] Conclusions Georges COSMAS, arrêt CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121, § 63.

[290] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26, § 49.

[291] Conclusions Georges COSMAS, arrêt CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121, § 64 : « concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes différents »

[292] Conclusions Georges COSMAS, arrêt CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121, § 54, 64 et 67.

Une telle interprétation est entièrement souscrite par l'Avocat général CRUZ VILLALON dans ses conclusions sous l'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012[293]. Dans celles-ci, il qui indique précisément que le fondement de la jurisprudence sur la quasi-régie est que, puisqu'il y a absence d'autonomie de volonté, « il ne peut exister de relation contractuelle au sens strict entre l'entité adjudicatrice et la société ».

Enfin, l'Avocat général MENGOZZI reprend lui aussi cette interprétation dans ses conclusions sous l'arrêt *Technische Universität Hamburg-Harburg* du 8 mai 2014[294], en estimant que « le fondement de l'exception 'in house' se trouve dans la circonstance que la conclusion du contrat en cause n'est pas l'expression de volontés autonomes des entités qui y sont parties, mais d'une volonté unique »[295]. L'expression a au moins le mérite de rechercher à fonder logiquement l'exception de quasi-régie, ce qui par prétérition n'est donc pas une question tranchée.

C'est cependant faire là une interprétation très restrictive de la notion de contrat, au sens où ne seraient pas qualifiés de contrats toutes les conventions entre des entités ou des organes représentant une même volonté. En effet, de nombreux contrats peuvent être conclus en présence d'une même volonté, ou en l'absence d'intérêts distincts, par exemple entre deux entités possédées par une seule et même personne. Le problème semble être l'utilisation des termes très subjectifs de volonté[296] et d'intérêt[297], et leur possible confusion avec les concepts juridiques d'autonomie de la volonté et d'intérêt social.

Si l'autonomie de la volonté est, selon Immanuel KANT, le préalable nécessaire à la qualification de personne[298], ou si, selon Jean-Jacques ROUSSEAU, elle est nécessaire à l'établissement d'une société fondée sur le contrat social[299], ses conséquences sont bien différentes dans la pratique juridique. En pratique, l'autonomie de la volonté est principalement une condition de la validité des contrats qui sert à contrôler le consentement éclairé des parties dans le cadre de la

---

293 CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno et Comune di Varese : ECLI:EU:C:2012:758*, et conclusions Pedro CRUZ VILLALON : *ECLI:EU:C:2012:494.*

294 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2014:303.*

295 Conclusions MENGOZZI, arrêt CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH* : *ECLI:EU:C:2014:23.*

296 « Faculté de l'homme de se déterminer, en toute liberté et en fonction de motifs rationnels, à faire ou à ne pas faire quelque chose », *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi),* Nancy, CNRS, ATILF (Analyse et traitement informatique de la langue française), UMR CNRS-Université Nancy 2 [http://atilf.atilf.fr/frantext.htm].

297 « Ce qui importe à quelqu'un », *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi),* Nancy, CNRS, ATILF (Analyse et traitement informatique de la langue française), UMR CNRS-Université Nancy 2 [http://atilf.atilf.fr/frantext.htm].

298 KANT, Immanuel, « Fondements de la métaphysique des moeurs *», in Oeuvres philosophiques, t. 2,* Paris : Gallimard, coll. La Pléïade, 1985, p. 303 et s.

299 SALVAT, Christophe, « Autonomie morale et autorité ou la question de la volonté chez Rousseau », *Cahiers d'économie Politique,* 2/2007 (n°53), p. 73-90.

vérification de la validité des contrats du point de vue délictuel[300]. On en voit par exemple l'expression concrète dans les articles 1140, 1142 et 1143 du Code Civil français[301]. Cette hypothèse de justification parait s'inspirer de la théorie classique en droit des contrats de l'autonomie de la volonté[302] et du droit européen des contrats en formation sur ce point[303]. Et effectivement, dans une interprétation restreinte du contrat, certains auteurs précisent qu'il ne peut y avoir de contrat avec soi-même[304], ou de contrat valable avec une personne qui ne possède pas la liberté de contracter[305].

Mais l'autonomie de la volonté n'est en réalité pas, en pratique, une condition de la personnalité. Elle est plutôt une condition de la validité des contrats. La Cour de Justice elle-même remarque en 2007 que « le seul fait [qu'une] société ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande […], ni quant au tarif applicable à ses prestations, ne saurait avoir automatiquement pour conséquence qu'aucun contrat n'a été conclu [entre cette société et un pouvoir adjudicateur qui la contrôle] »[306]. L'absence de volonté autonome n'empêcherait donc *a priori* pas l'existence d'un contrat (mais peut-être sa validité). Il est aussi possible de rapprocher cette conclusion de la façon dont la Cour de Justice discerne des liens financiers entre l'Etat et une entreprise publique au sens de la directive sur les relations financières entre les États et les entreprises publiques[307], puisque dans ce cas « l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État […] est sans pertinence »[308]. Ainsi, la Cour ne semble pas imperméable non plus à l'idée de contrat à l'intérieur d'une même personne morale.

---

300 Voy. RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept,* Paris : PUF, 1980, 165 p. ; GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Étude critique de l'individualisme juridique,* Paris : A. Rousseau, 1912, 470 p.

301 Art. 1140 : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. »
Art. 1142 : « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers. »
Art. 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, *abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* et en tire un avantage manifestement excessif. » (c'est nous qui soulignons). Code civil : version issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

302 RANOUILH, Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept,* Paris : PUF, 1980, 165 p.

303 Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), BAR, Christian von, CLIVE, Eric, SHULTE-NOLKE, Hans (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR),* Munich : Sellier, 2009, Book II, art. 1:102.

304 DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des contrats maison », *RDUE* 2002, n° 1, p. 55.

305 BENABENT, Alain, *Droit des obligations,* 13e éd., Paris : Montchrestien, 2012, p. 50 et s.

306 CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c/ Administracion General del Estado : Rec. 2007, p. I-12175*, § 53.

307 Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 puis directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOUE* L 318/17 du 17 novembre 2006.

308 CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ République italienne, Rec.* 1987 p. 2599, § 11.

La proposition de MM. COSMAS, CRUZ VILLALON et MENGOZZI lorsqu'ils indiquent qu'en l'absence de volontés autonomes distincts, il ne saurait y avoir de véritable contrat, semble donc mal fondée.

De plus, même si le concept retenu par le juge était bien celui de l'absence d'autonomie d'une entité, en faudrait-il en inférer les conséquences sur les critères de reconnaissance de la quasi-régie. Or, comment reconnaître l'absence d'autonomie de volonté de manière certaine ? Le droit européen en général ne connaît pas de concept précis d'autonomie et d'absence d'autonomie. Comment reconnaître de manière précise et sûre une absence d'autonomie ? Tout semble ici être matière à interprétation.

Or, la Cour de justice, dès son arrêt *Teckal,* ne reconnaît qu'un seul type d'autonomie justifiant l'exception de mise en concurrence. Selon elle, ne sont pas autonomes les démembrements administratifs qui sont contrôlés de manière analogue au contrôle exercé sur les services internes des collectivités, et dont les activités sont principalement dictées par ces mêmes collectivités. C'est là une interprétation à la fois tautologique, car elle repose sur la définition de ses critères, mais aussi une définition très restrictive de ce que peut être une entité non-autonome, et à l'inverse une interprétation très large de ce que peut être une entité autonome. Cette interprétation ne paraît pas s'appuyer sur une justification théorique particulière, mais bien sur un sentiment juridique, une intuition du juge face à la pratique administrative des États membres, qui s'est cristallisée dans cette définition jurisprudentielle étonnante de l'autonomie.

Le sentiment que le droit européen de la commande publique doit connaître une limite d'application dans la pratique des démembrements administratifs reçoit néanmoins une confirmation législative forte en 2014 dans la nouvelle mouture des directives sur la commande publique. Celle-ci évite cependant d'aborder l'épineux problème de la justification du choix des critères — qu'elle modifie par ailleurs, démontrant ainsi toute leur subjectivité propre et leur caractère modulable en l'absence de justification théorique précise.

### B) Une correction législative évitant les questions dérangeantes sur le fondement des critères de la quasi-régie

Les directives de 2014 apportent certes la caution démocratique qui manquait à la justification de l'exception prétorienne de quasi-régie. Elles vont plus loin en ouvrant justement les critères à des situations que le juge avait explicitement rejetées comme n'allant pas dans le sens de l'application suffisamment large du droit de la commande publique. Une certaine correction démocratique est donc apportée sur ce point (1). Néanmoins, les directives, bien que cristallisant une liberté organisationnelle des collectivités publiques que le juge avait déjà reconnu par sa

jurisprudence, n'accompagnent pas ces codifications par des justifications théoriques en ce qui concerne les choix des critères retenus pour reconnaître ou exclure une prestation intégrée. Au même moment, la Cour de justice, finissant par reconnaître l'inventivité dont elle a fait preuve à cet égard, abandonne finalement toute prétention trop théorique pour admettre que ces critères sont motivés par des considérations « particulières », c'est-à-dire en réalité pratiques et subjectives (2).

*1) La codification rectificative des principes de l'exception de quasi-régie et des conditions l'accompagnant*

Bien que l'arrêt *Teckal* n'aborde pas frontalement la question, la Cour de justice n'hésite pas, quelques années plus tard dans son arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle,* à affirmer qu' « *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* »[309]. La justification de l'existence de l'exception est posée, et la formulation est reprise de façon habituelle par la Cour dans ses décisions ultérieures sur la question. Le législateur européen consacre cette formule en 2014, le transformant d'un principe jurisprudentiel restreint en un principe général de la commande publique européenne (a), mais modifiant aussi en partie les critères de définition de la quasi-régie (b).

a) La reconnaissance d'un principe de liberté d'organisation des autorités publiques

Le principe de la liberté d'organisation se décline à l'article 2 de la directive 2014/23 sur les concessions[310], et à l'article 1er, paragraphe 4 de la directive 2014/24 sur les marchés publics[311]. Il faut d'ailleurs sur ce point noter l'importance dans cette consécration de la voix du Parlement européen, qui ajoute ces points aux versions présentées par la Commission[312]. Mais cette

---

309 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle,* § 48.

310 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2.

311 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 1er.

312 Voyez pour les concessions : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM/2011/0897 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0024. Et pour les marchés publics : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Marc TARABELLA au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0007/2013, du 11 janvier 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0025.

consécration était déjà en partie consacrée, bien que de façon plus indirecte, par le biais du protocole additionnel n° 26 au traité de Lisbonne signé en 2007[313].

Le protocole, ayant vocation à régler l'interprétation européenne des services d'intérêt général, porte en effet en partie sur le pouvoir des collectivités publiques de « fournir, faire exécuter et organiser »[314] lesdits services. En particulier, le protocole reconnaît un « large pouvoir discrétionnaire des autorités » publiques pour effectuer les choix de fourniture, d'exécution et d'organisation, reprenant ainsi, mais de façon indirecte et appliquée uniquement aux services d'intérêt général, la formulation de la jurisprudence sur les quasi-régies de l'arrêt *Stadt Halle*. Les directives de 2014 sont beaucoup plus formelles.

Tout un article de la directive concessions est consacré à la consécration d'un « principe de libre administration par les pouvoirs publics ». Cet article 2 de la directive indique précisément « [reconnaître] le principe de libre administration par les autorités » publiques. et en infère que ces mêmes autorités sont « libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié »[315]. Les autorités publiques peuvent pour cela non seulement faire appel à des tiers, mais surtout utiliser « leurs propres ressources »[316] et ce, y compris en coopération avec d'autres autorités publiques. Une formule presque identique quoique plus prudente est aussi insérée dans la directive marchés publics. Son article 1er indique que la directive « n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les pouvoirs publics de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques »[317]. Cette affirmation n'est cependant pas absolue. Ce principe de libre choix, précise en effet le même article, cède en effet devant le respect du droit national et du droit de l'Union. En réalité, comme le souligne le député européen Philippe JUVIN, rapporteur de la Commission du marché intérieur du Parlement européen pour ce texte, il ne s'agit pour le législateur européen que d'une « réaffirmation du principe de libre administration des pouvoirs publics »[318], et non d'une avancée particulière par rapport à la jurisprudence. Mais les directives

---

313 Protocole sur les services d'intérêt général annexé au traité de l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne : *JOUE* du 17 décembre 2007, C 306/1.

314 *Ibidem*, article premier.

315 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2.

316 *Ibidem.*

317 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 1er.

318 Rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013.

codifient aussi en apportant des « assouplissements »[319] aux critères des prestations intégrées entre autorités publiques, faisant là oeuvre novatrice.

b) La reprise légèrement correctrice des critères jurisprudentiels de la quasi-régie

Les articles 17 de la directive 2014/23, 12 de la directive 2014/24 et 28 de la directive 2014/25[320] apportent en effet non seulement la consécration des solutions jurisprudentielles, mais aussi, selon Michaël KARPENSCHIF, une « rénovation profonde du cadre dérogatoire posé par l'arrêt *Teckal* »[321]. Il convient sans doute de tempérer ces propos, tant les directives reprennent presque mot pour mot les indications prétoriennes. Il est vrai néanmoins qu'elles font preuve d'inventivité là sur des points où le juge n'avait pas encore clairement tranché. Cependant, sur tous ces points où le législateur modifie les critères, il le fait sans explications particulières autre que l'intérêt pratique de desserrer le carcan trop que la Cour avait pu imposer[322], ce qui souligne la subjectivité, et l'opportunité politique au final, de tels critères.

Tout d'abord, l'exclusion des capitaux privés de l'arrêt *Stadt Halle* est maintenue. Elle est même renforcée dans son principe, puisqu'elle se transforme en condition supplémentaire, alors qu'elle n'était jusque-là qu'une simple modalité de vérification d'un contrôle analogue[323]. Toutefois, ses modalités précises évoluent largement et c'est là l'apport principal des directives. En effet, le législateur admet, au-delà de l'interdiction de principe, une exception pour « *des formes de participation privée imposées par la loi, conformément aux traités, qui n'influent pas sur les*

---

319 KARPENSCHIF, Michaël, « Du 'in house' aux 'in house' après la directive concession ? », *Contrats publics* 2014, n° 141, p. 64.

320 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28 : DE LA ROSA, Stéphane, « Les exclusions », *RFDA* 2016, p. 227.

321 KARPENSCHIF, Michaël, « Du 'in house' aux 'in house' après la directive concession ? », *Contrats publics* 2014, n° 141, p. 64.

322 Le rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013, précise uniquement, au point 5 « exclusions »: « Le rapporteur soutient l'exclusion de la coopération public-public du champ d'application de la directive qui se justifie par sa nature même. La codification de la jurisprudence *Teckal* et *Coditel* de la CJUE sur le "**in-house"** et le "**in-house" conjoint** est bienvenue car elle clarifie des critères trop vagues (art. 15.1 et 15.3). Le rapporteur propose néanmoins de préciser la notion de "contrôle analogue" en s'inspirant des dispositions existantes dans le règlement (CE) n° 1370/2007 relatif au transport de voyageurs, pour faciliter l'identification de l'existence d'un tel contrôle. De plus, la clarification d'une partie seulement des termes de la jurisprudence ("90 % des activités" au lieu de "l'essentiel des activités") doit être complétée par la précision du terme "activités" (le chiffre d'affaires) afin d'assurer la cohérence de raisonnement. L'exclusion explicite de la coopération horizontale (coopération intercommunale, art. 15.4) suscite des doutes quant au statut du transfert de compétences entre pouvoirs publics qui ne fait pas, quant à lui, l'objet d'une exclusion explicite. Un nouveau paragraphe est donc proposé excluant les accords portant sur des transferts de compétences entre pouvoirs publics. »

323 NICINSKI, Sophie, « Le(s) '*in house*' au sein de la commande publique », *JCP-A* 2020, n° 28, étude 2201.

*décisions du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui exerce le contrôle* »[324]. Ici, le législateur dans ses travaux préparatoires évite de préciser le fondement de sa logique[325]. Il est toutefois facile d'imaginer qu'il s'agit là de considérations de pratiques nationales qui imposent parfois la participation de personnes privées, généralement sans but lucratif, parfois de manière obligatoire, dans une entité autrement contrôlée par une personne publique. Cette ouverture législative n'offre pas moins de nouvelles libertés dont certains pays — notamment la France avec les sociétés d'économie mixte locales — pourraient bien profiter à plein. Sans cadre théorique propre justifiant l'ouverture de cette interdiction, le débat sur la portée exacte de cette nouvelle disposition législative n'est cependant pas aisé à régler, et le débat loin d'être épuisé[326]. Il en est de même pour les autres conditions modifiées de la quasi-régie.

La condition de la quasi-exclusivité de l'activité matérielle de l'entité cocontractante connaît elle aussi quelques légères précisions. Un débat juridique impossible à résoudre portait en effet sur ce qu'il fallait entendre lorsque la Cour indiquait que l'activité du cocontractant devait être « [essentiellement] »[327] consacrée au pouvoir adjudicateur qui la contrôle[328]. Le législateur, élabore un peu plus sur ce point : la Commission proposait de retenir un seul de 90% des activités, le Parlement abaisse celui-ci à 80%, et précise qu'il faut pour le calcul se baser sur le chiffre d'affaires total moyen des trois dernières années, ou tout autre paramètre adéquat basé sur l'activité lorsque celui-ci n'est pas utilisable. Loin de terminer le débat, cette précision appréciable n'éteint pas toutes les questions possibles, et dans l'arrêt *Undis* du 8 décembre 2016[329], la Cour se libre à de savantes considérations sur les activités à prendre en compte, rejetant celles des personnes n'exerçant pas un contrôle analogue, mais incluant celles qu'un pouvoir adjudicateur aurait pu confier par le passé, y compris lorsqu'il n'était pas dans une position de contrôle analogue à l'époque. Cet exemple n'est

---

[324] Cette exception ne se retrouve néanmoins pas dans la directive 2014/25 relative aux marchés dans les secteurs spéciaux.

[325] Voyez l'absence de justifications apportées aux amendements proposés dans : Rapport de M. Philippe Juvin au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0024, amendement n° 131. Et pour les marchés publics : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Marc Tarabella au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0007/2013, du 11 janvier 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0025, amendement n° 73.

[326] V. par ex. : Sestier, Jean-François, « SEML et *in house :* le désordre ? », *AJDA* 2017, p. 262.

[327] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121.

[328] Voyez, encore récemment : Vila, Jean-Baptiste, « Le critère matériel de la quasi-régie : entre imprécisions et contradictions des droits », *JCP-A* 2020, n° 28, étude 2200.

[329] CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona : ECLI:EU:C:2016:935.*

donc pas pour rassurer. Il démontre surtout comment cette limite à l'exclusivité des activités est utilisée comme un curseur politique permettant d'atténuer la dureté bien comprise par ses créateurs de l'exception de quasi-régie. Point de théorie particulière ici.

Enfin, dernier point méritant d'être mentionné, et critère fondamental de l'exception de quasi-régie, la condition de contrôle analogue est elle aussi, sans discussion particulière, reprise par les directives. Le terme même d'analogie, pourtant critiqué par une partie des commentateurs[330], a donc résisté aux divers détours que lui a fait subir la jurisprudence évolutive de la Cour. Là encore, aucune réflexion poussée n'est portée par le législateur sur cette condition[331]. Le législateur reprend néanmoins aussi les précisions prétoriennes selon lesquelles ce contrôle analogue doit s'entendre comme l'exercice d'« une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée »[332]. Le cadre est quelque peu élargi néanmoins, puisque le contrôle est reconnu y compris lorsqu'il est effectué à travers un intermédiaire, ce qui est un cas pour le moins limite. La pluralité du contrôle, reconnue par le juge, est elle aussi entérinée en élargissant ses conditions, puisque le législateur prévoit que plusieurs entités contrôlantes peuvent exercer un contrôle analogue même à travers un seul représentant choisi en commun, ce qui est utile pour éviter les conseils d'administration pléthorique, mais peu pratique pour reconnaître l'existence d'une réelle « influence décisive ».

De plus, le législateur européen perturbe encore un peu plus la vision prétorienne restrictive de la quasi-régie en ouvrant le champ des possibilités contractuelles : un contrat pouvant désormais être confié, lorsqu'il se place dans une relation de quasi-régie, non seulement d'un pouvoir adjudicateur contrôleur à une entité contrôlée, mais aussi de cette entité contrôlée à une autre entité contrôlée par le même pouvoir adjudicateur. Les quasi-régies ascendantes et horizontales sont donc expressément autorisées, points sur lesquels le juge européen n'avait pas encore statué.

---

330 Voyez notamment : RICHER, Laurent, « Contrats *in house :* de l'analogie. A propos de la jurisprudence *Teckal »*, publié sur le site internet du cabinet d'avocats Richer & Associés, daté de janvier 2012, consulté le 1er mars 2014 [http://www.droitpublic.eu/fr/publications/contrats-house-de-lanalogie-propos-de-la-jurisprudence-teckal].

331 Voyez, encore une fois, l'absence de justifications apportées aux amendements proposés dans : Rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0024, amendement n° 131. Et pour les marchés publics : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Marc TARABELLA au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0007/2013, du 11 janvier 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0025, amendement n° 73.

332 La jurisprudence retenait le terme « influence déterminante » et non « décisive », mais la différence ne traduit pas ici de changement remarquable : CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65. L'idée d'influence déterminante se retrouvait déjà dans les conclusions ALBER (§ 51) sous l'arrêt CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl c/ Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA : R.* p. I-5219 : *Rev. Concessions et DSP* 1999, n° 6, p. 23-54.

L'oeuvre du législateur dans la matière des prestations intégrées permet donc de stabiliser les hésitations jurisprudentielles qui menaçaient l'utilisation et jusqu'à la compréhension de ces exceptions. Du côté des fondements, le législateur assure pour la première fois aussi clairement et politiquement dans le domaine de la commande publique la liberté d'organisation des collectivités publiques. Ce fondement était toutefois présenté comme la clé de compréhension de toute cette théorie dès l'arrêt *Stadt Halle*[333] et précédemment par les opinions des avocats généraux. S'il explique les raisons de l'existence d'une telle exception, il n'en éclaire pas le fondement du raisonnement détaillé, celui qui amène à choisir les critères et les conditions des prestations intégrées. De ce fait, les directives ne reprennent qu'*a minima* les conditions jurisprudentielles en les élargissant quelque peu, ce qui laisse encore de la marge au travail d'interprétation du juge. En effet, ce n'est pas le débat sur la justification même de l'exception qui entraînait les interprétations mouvantes de la Cour, mais bien le débat sur les critères de reconnaissance de la quasi-régie. C'est donc sur les fondements logiques de ces critères que la réflexion doit porter. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice sur les quasi-régies, dont il aurait pu être espéré qu'elle soit plus éclairée par l'inscription du principe législatif de libre organisation, reste encore hésitante quant à la formalisation d'une théorie de ses conditions.

*2) Une explication jurisprudentielle par défaut : l'existence d'un lien interne particulier*

*In fine* pour la Cour de justice, il semble que la formule vague de « lien interne particulier » soit la plus à même de décrire théoriquement la relation entre une entité considérée comme quasi-régie et la collectivité qui la contrôle. En remontant en généralisation théorique, l'absence de reconnaissance de la véracité d'une théorie en particulier (et notamment celle de l'autonomie de la volonté du cocontractant) souligne le plus clairement l'abandon de toute tentation conceptualiste face aux considérations pratiques ou empiristes[334] que sont les nombreuses situations nationales de démembrements des collectivités publiques. Elle souligne aussi que les juges, dans leur raisonnement, ne sont pas partis des concepts connus, mais du résultat à atteindre, dans une logique téléologique qui limite (bien qu'elle n'empêche pas) toute justification *a posteriori*.

Il faut remarquer à cet égard que les Avocats généraux font effectivement appel à des principes naturels et non de théorie pour appuyer leurs plaidoiries dans le sens d'une exception au droit des marchés publics pour certains démembrements. Certains démembrements n'auraient « pas

---

333 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26, § 48.

334 Voyez sur cette dualité fondamentale dans l'appréciation du droit jurisprudentiel : FORTSAKIS, Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1987, 542 p.

la *nature* d'un tiers »[335], ne possèderaient pas « *effectivement* la qualité de tiers »[336]. Un contrat entre un démembrement et sa collectivité de rattachement serait une « forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative »[337], sans plus de précision. Bien que de façon non-dite, les avocats généraux, ainsi que la Cour, estiment visiblement qu'un démembrement administratif sans autonomie est une exception *naturelle* à la réglementation des marchés publics.

C'est donc d'abord parce qu'elle considère que la situation des collectivités assurant des activités en régie, par leurs propres services (« *in house providing* »), est quasiment similaire à la situation où elles confient cette activité à une entité juridiquement distincte mais ne disposant pas d'autonomie décisionnelle, et en conséquence ne *devrait* pas impliquer une mise en concurrence, que la Cour de Justice aboutit à l'idée de quasi-régie (« *quasi-in house* »). Il s'agit là d'un argument téléologique puisque le juge se base sur les buts à atteindre afin d'en tirer une conclusion, et ne peut se baser sur des concepts théoriques préexistants.

Après avoir longtemps évité d'adresser la question de la justification théorique de son exception, la Cour offre pour la première fois, bien que de manière cursive, une formulation légèrement plus explicite dans un arrêt du 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg c/ Datenlosen*[338]. Elle y indique que « la raison qui justifie la reconnaissance de l'exception en ce qui concerne les attributions dites 'in house' [est] l'existence d'un lien interne particulier entre le pouvoir adjudicateur et l'entité attributaire »[339]. La formule est reprise dans l'arrêt *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona* du 8 décembre 2016[340]. De plus, ce même arrêt précise que dans les cas correspondant aux critères de l'arrêt *Teckal* : « il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a, *en réalité*, recours à ses propres moyens […] et que l'entité attributaire fait *quasiment* partie des services internes de celui-ci »[341]. Le juge européen reconnaît donc observer une « réalité », un « lien particulier », qui reflète « quasiment » une situation de gestion interne qui n'aurait pas à se soumettre à la concurrence et à la transparence. Or, comme le résume fort à propos Jean-François SESTIER, « Lorsqu'ils servent à nommer un état de fait, une conduite à tenir, ou une règle de droit,

---

335 Conclusions LA PERGOLA, arrêt CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, § 54. C'est nous qui soulignons. Qu'est-ce qu'une nature de tiers ? L'Avocat général ne le précise pas.

336 Conclusions Georges COSMAS, *préc.,* § 53.C'est nous qui soulignons. Le terme « effectivement » renvoie clairement ici à la perception concrète ou pratique qui s'oppose à la perception juridique.

337 Conclusions LA PERGOLA, arrêt CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, § 54.

338 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH. : ECLI: ECLI:EU:C:2014:303.*

339 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, préc.,* § 29.

340 CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona : ECLI:EU:C:2016:935.*

341 *Ibidem.* C'est nous qui soulignons.

les ‘quasi’, ‘para’, ‘proto’ et autres ‘méta’ sont indéniablement les marqueurs d'une incapacité ou d'un renoncement (voire les deux à la fois) du diseur de droit à donner la définition d'éléments pourtant structurants du raisonnement juridique »[342]. Dans le cas présent, l’idée de *quasi*-régie ne peut que renvoyer à une fiction juridique accommodante, dont il serait vain de rechercher le fondement explicatif parfait. D’un autre côté, l’idée de réalité fait référence à une nature essentialisée des choses, que le juriste ne pourrait pas contredire sauf à ses dépens. Et la Cour n’indique toujours pas pourquoi, ce qui serait compliqué étant donné l’essence pragmatique de son fondement, les deux — ou trois — critères de la quasi-régie sont utilisés pour reconnaître ce lien particulier, et non d’autres.

Mais, en ayant recours par prétérition à ces fondements à la fois naturalistes et fictionnelles, le juge européen démontre que le roi est nu, car ce faisant, la Cour distingue clairement l’état juridique recherché pour atteindre l’exception (un lien interne particulier) des conditions qui en sont les marqueurs (un contrôle analogue et une exclusivité matérielle). Ce qui signifie que les critères utilisés pour qualifier la situation de quasi-régie sont parfaitement subjectifs, c’est-à-dire qu’ils peuvent être arbitraires, ce qui ne peut qu’inciter le chercheur à se pencher sur cette question de façon plus approfondie.

**Conclusion de la section 2**

La justification théorique *a posterio* de la quasi-régie se fait donc difficilement. Même la codification textuelle des principes jurisprudentiels n’a pu amener à une clarification de ses éléments, et la Cour en est réduite à trouver le fondement de l’exception de quasi-régie dans un vague « lien interne particulier ». Celui-ci démontre bien tout le pragmatisme qui préside à la création de l’exception prétorienne de la quasi-régie. Ce pragmatisme devient nécessaire quand l’usage immodéré de la méthode d’interprétation fonctionnelle, pro-concurrentielle, de la Cour aboutirait autrement à bouleverser des situations nationales considérées comme évidentes pour les Etats membres.

---

[342] Sestier, Jean-François, « SEML et *in house :* le désordre ? », *AJDA* 2017, p. 262.

## Conclusion du chapitre 1 : La création de l'exception de quasi-régie : une liberté en trompe-l'oeil ?

Alors que la création de l'exception de quasi-régie est présentée par la Cour de justice comme découlant d'une nouvelle liberté européenne des collectivités publiques de s'organiser et de choisir le mode de gestion qui leur paraît le plus adapté[343], une toute autre analyse, à partir des objectifs concurrentiels que démontrent l'usage de cette exception, conduit à estimer que cette exception cache bien plus une restriction des libertés des collectivités publiques qu'une libéralisation de leur situation.

Le mouvement général de la réglementation européenne en matière de commande publique ne va pas dans le sens d'un allégement des obligations des collectivités publiques, bien au contraire. Même si la codification récente du droit européen des concessions en 2014[344] a pu permettre un assouplissement de certaines règles jusque-là tranchées par le juge seul[345], cette codification reprend principalement les règles et les conditions établies de façon prétorienne[346]. Elle n'en change pas fondamentalement le sens : celui d'une restriction des marges de manoeuvre non-économiquement rationnelles des collectivités publiques pour gérer leurs activités[347]. Ces règles européennes sont venues s'ajouter aux exigences de concurrence mises en place aux niveaux nationaux pour réglementer les formes d'action des collectivités publiques[348], notamment dans leur liberté de contracter avec d'autres personnes juridiques, y compris d'autres personnes publiques[349]. Les définitions européennes de plus en plus précises de ce qui doit ou ne doit pas être mis en concurrence dans la commande publique ne font que couvrir de plus en plus d'activités[350]. Et lorsque des exceptions apparaissent par le biais jurisprudentiel, leurs conditions de mise en oeuvre

---

343 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26, § 48.

344 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64.

345 Depuis le célèbre arrêt CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec*. p. I-10745.

346 PLATON, Sébastien, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA* 2014, p. 841.

347 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

348 Particulièrement à partir des années 1980-1990, voy. par exemple, le respect de la réglementation relatives aux aides d'Etat vis-à-vis de leurs propres services ou encore l'ouverture à la concurrence des réseaux d'utilité publique (*cf.* DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2016, p. 31).

349 Voy. notamment : MAUGUE, Christine, « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », *AJDA* 2003, p. 981.

350 LINDITCH, Florian, « Une définition élargie des marchés publics destinée à couvrir de larges pans de l'activité économique », *Cahiers de droit européen* 2007, n° 5, dossier 29.

sont d'une précision telle qu'elles ne peuvent aller que dans le sens d'une règlementation plus stricte, là encore, de la liberté des collectivités publiques[351].

C'est ainsi le cas de l'exception de quasi-régie. Cette exception est topique des défauts de la méthodologie finaliste employée par la Cour de justice pour interpréter le droit européen. Certes, si l'usage de cette technique aboutit à des interprétations souvent pro-concurrentielles, c'est sans aucun doute car les traités font une large place à de tels buts. Mais la concurrence pour la concurrence ne peut pas être un but en soi, et l'épisode de la quasi-régie le démontre. Des considérations pratiques, des habitudes administratives inscrites si profondément qu'elles peuvent participer d'une véritable « constitution administrative »[352] non-écrite, sont à même de faire obstacle à une application finaliste trop stricte. Il revient alors au juge et au législateur de prévoir ou de faire ressortir des exceptions à ces interprétations. Pour ce qui est de la quasi-régie, c'est sans aucun doute les concrètes pratiques administratives de démembrements et autres décentralisations fonctionnelles qui, tout en créant des personnes morales distinctes continuent de les soumettre et de les considérer comme des parts intégrantes de l'Administration, a amené le juge européen dans un premier temps, le législateur dans un second, à reconnaître qu'une exception devenait nécessaire ici. Toutefois, cette exception se basant sur une réalité pragmatique s'oppose logiquement à l'interprétation finaliste reconnue au droit européen de la commande publique, ce qui complique la stabilisation d'une jurisprudence théoriquement assurée. Les doutes sur les théories explicatives, auxquels ne répond pas non plus le législateur, entraînent ainsi une infinité de questions sur la portée exacte de la solution-exception de quasi-régie. Les conditions à remplir pour être considéré comme une entité de quasi-régie font ainsi l'objet de très nombreux débats, qui ne sont toujours pas conclus à ce jour. Si l'exception de quasi-régie paraît évidente ou naturelle aux acteurs de par son fondement concret, il n'en est pas de même des critères qui sont utilisés pour la reconnaître. Ceux-là — l'exclusivité des activités, l'exclusion du capital privé, et le contrôle analogue, y compris en cas de contrôle divisé entre plusieurs collectivités publiques —, étonnent encore par leur subjectivité et leur ambiguïté.

---

[351] LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Où en est-on du *in house* ? », *CMP* 2006, n° 5, repère 5.

[352] BIENVENU, Jean-Jacques, PETIT, Jacques, PLESSIX, Benoît, SEILLER, Bertrand (dir.), *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, 2012, 404 p.

# Chapitre 2 : Les hésitations des critères de la quasi-régie

*« Il continue d'être quelque peu malaisé de donner une définition positive du critère du contrôle analogue, étant donné que la plupart des éléments […] n'indiquent pas en quoi consiste ce contrôle analogue, mais plutôt les circonstances dans lesquelles un tel type de contrôle n'est pas vérifié. »*

Marco GIORELLO[353]

*« Le critère de 'l'essentiel de l'activité', seconde condition à satisfaire pour bénéficier de l'exception in house, ne fait que rarement l'objet de précisions jurisprudentielles de la part de la Cour de justice […]. [L']interprétation souple du second critère de l'arrêt Teckal doit toutefois faire l'objet d'une application stricte […] le critère du contrôle analogue devant être préalablement et impérativement satisfait. »*

Michaël KARPENSCHIF[354]

*« Il est difficile de partager l'opinion selon laquelle « ... la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services... » ; ceci parce qu'il faut reconnaître que cette affirmation ne correspond pas à la vérité dans tous les cas. […] En se prononçant ainsi, la Cour a, en d'autres termes, rendu un jugement qui, dans sa simplicité apparente, soulève néanmoins une série de questions »*

Giannangelo MARCHEGIANI[355]

---

353 GIORELLO, Marco, « Gestions *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, p. 37-38.

354 KARPENSCHIF, Michaël, « Après le 'contrôle analogue', 'l'essentiel de l'activité' », *JCP-A* 2017, étude 2015.

355 MARCHEGIANI, Giannangelo, « Les relations inhouse et le syndrome du cheval à bascule : Quelques considérations à propos de l'arrêt Stadt Halle », *Revue de l'Union européenne* 2006, p. 47

Jusque 2012[356], la Cour n'indique pas expressément l'intérêt d'exiger un contrôle analogue, une quasi-exclusivité des activités, et une exclusion de toute participation privée dans une entité pour pouvoir reconnaître à celle-ci la qualité de quasi-régie. Et lorsqu'elle le fait enfin, c'est sur la base d'un vague « lien interne particulier » qu'il s'agirait de démontrer, mais qui n'explique en réalité aucun des critères choisis. Les commentateurs sont d'ailleurs nombreux à exiger une meilleure justification, ou proposer des critères alternatifs, mettant en cause le fait que ces conditions relèveraient de l'évidence. Les deux ou trois critères (l'exclusion de capital privé n'étant jusqu'aux directives de 2014 qu'un indice du contrôle analogue) portent pourtant en eux-mêmes de sérieux problèmes. Il est possible que ces problèmes proviennent de la difficulté de la Cour de justice et du législateur plus tard à concilier les logiques contradictoires de la volonté d'instaurer un mécanisme anti-concurrentielle (la quasi-régie) dans un cadre pro-concurrentiel, et avec des outils d'interprétation pro-concurrentiels. La question est ici celle de l'accommodation, et du niveau d'accommodation de ces dynamiques entre elles. Le juge suprême de l'Union, ne souhaitant pas imposer de choix politiques *a priori,* est bien obligé de les réaliser pour résoudre les affaires dont il a à traiter. Il fait alors ce choix de manière relativement détournée, et, comme les opinions politique sur le sujet sont très subjectives, ces choix évoluent parfois de manière très rapide, complexifiant la compréhension de ces critères.

Il apparaît ainsi clairement que le choix d'une comparaison avec les services internes des pouvoirs adjudicateurs porte en lui une certaine idéologie pro-concurrentielle, qui est néanmoins rapidement remise en cause tant son interprétation finaliste dérange (section 1). Le critère de la quasi-exclusivité des relations est quant à lui de plus en plus ignoré, son rôle de limitateur concurrentiel paraissant relativement incongru (section 2). Quant à la condition de l'exclusivité du capital public (ou de l'exclusion du capital privé), son fondement et son interprétation finaliste subjective amènent la Cour à reconnaître d'autres exceptions parallèles à celles de quasi-régie, tandis que le législateur en vient à en rectifier le sens en 2014 (section 3). Globalement, le succès n'est donc pas vraiment au rendez-vous pour ces critères.

---

356 CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord Spa* : *ECLI:EU:C:2012:494,* § 42 : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

# Section 1 : Un critère du contrôle analogue rapidement écarté

La faiblesse du critère du contrôle analogue réside en premier lieu dans son manque de logique pratique, la comparaison ne pouvant être une méthode idéale dans ce cas (I). Elle amène rapidement à une chaîne de précisions qui semble toujours prévoir les cas de plus en plus minutieusement, ce qui aboutit à recherche une influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques, qui se traduit elle-même par la recherche d'un contrôle structurel et fonctionnel sur lesdites décisions et l'entité en cause (II).

## I - Le choix peu judicieux de l'analogie

Le juge européen recherche, avec les conditions fixées à la reconnaissance des quasi-régies, à vérifier le « lien interne particulier »[357] qui lie celles-ci aux collectivités publiques qui les contrôlent. La justification des quasi-régies trouvant sa base dans la pratique administrative des États et non en Droit, le juge a été amené à créer le droit entourant l'exception qu'il reconnaissait avec l'arrêt *Teckal*. Cette création s'est donc faite dans une certaine liberté quant aux critères juridiques amenant à l'exception, et le juge a choisi des critères qui n'avaient rien de particulièrement évidents. Notamment, comme le démontrent les réflexions sur le sujet, des avocats généraux comme de la doctrine, d'autres critères que celui de contrôle analogue auraient pu être employés sans inconvénients majeurs (A). Par comparaison, le mécanisme de l'analogie est en lui-même un critère très complexe voire impossible à manier (B).

### A. Le refus de critères alternatifs

En imposant la technique de l'analogie de contrôle sur leurs propres services, la CJCE écarte d'autres possibilités de reconnaître une quasi-régie d'un démembrement administratif soumis aux obligations de mise en concurrence et de transparence dans ses relations avec la collectivité dont il dépend. Si les conditions de reconnaissance de l'entreprise publique ne sont sans doute pas adaptées, la Cour aurait pu reprendre les critères de l'entreprise liée, ou encore énoncer des critères

---

[357] CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona : ECLI:EU:C:2016:935,* § 30.

particuliers d'actionnaire ou de contrôle. Toutefois, à la décharge de la Cour, il faut remarquer que les définitions européennes d'entreprise publique (1) ou d'entreprise liée (2) sont plus lâches et ne démontrent pas une confusion des personnalités, mais seulement un lien de dépendance. Mais la question se pose de son refus de reconnaître au moins une présomption de quasi-régie aux entités entièrement contrôlées, ou autres filiales exclusives (3).

### *1) Les critères de l'entreprise publique : une influence déterminante*

Une première possibilité aurait été de reconnaître comme quasi-régie toutes les entreprises publiques. Cette solution aurait eu le mérite de la simplicité car la notion d'entreprise publique est bien connue du droit européen puisqu'elle apparaît dans les traités fondateurs[358], et a donc mené à une définition jurisprudentielle européenne. La Cour semble refuser l'application des critères de l'entreprise publique aux quasi-régies afin de s'assurer d'une plus grande application du droit de la commande publique, en rejetant des entités qui auraient pu, dans le cas contraire, être reconnues comme des exceptions à ce droit.

La Cour, aidée en cela par le droit dérivé[359], a effectivement eu à préciser cette notion juridique, y compris dans des cas incluant une situation de régie[360]. Si la question épineuse de la qualification d'entreprise publique en droit national peut diverger d'un État à un autre autre[361], et même à l'intérieur d'un même État[362], le droit européen a quant à lui élaboré une définition autonome valable dans son système juridique pour l'application des règles relatives aux entreprises publiques. Pour résumer, selon Gabriel ECKERT et Jean-Philippe KOVAR, l'entreprise publique européenne s'entend comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer

---

358 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 106, § 1 : « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. », *JOUE* n° 115 du 9 mai 2008, p. 91.

359 Une première directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 est remplacée par une nouvelle directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOUE* L 318/17 du 17 novembre 2006. Une définition des entreprises publiques est donnée à l'article 2.

360 Voy. par ex. CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ République italienne, Rec.* 1987 p. 2599 : concernant la reconnaissance d'une entreprise publique dans un service interne de l'État non pourvu de la personnalité juridique.

361 VIROLLE, Jean, « Le droit des communautés européennes et l'entreprise publiques », *RFDA* 1984, p. 729 ; et VAN GEHUCHTEN, Pierre-Paul, *Puissance publique et puissance privée dans l'interventionnisme économique : le cas des holdings publics. Une approche de droit comparé*, Thèse de doctorat : droit : Institut universitaire européen de Florence : 1998, 726 p.

362 Voy. par ex. : VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques :* Thèse pour le doctorat de droit : université de Lille 2, 1990, 819 p.

directement ou indirectement une influence dominante »[363]. Les directives marchés publics de 2014 reprennent à cet effet une définition de 1980 relative aux entreprises publiques dont les relations financières doivent obéir à certaines règles[364]. Elles précisent que cette influence déterminante est « présumée lorsque, directement ou indirectement, [les pouvoirs publics] : i) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou ii) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou iii) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise »[365]. Cette définition insiste sur le fait que cette influence peut être due à la propriété, la participation financière, ou de manière plus générale, aux règles qui régissent ladite entreprise[366].

Il s'agit donc d'une définition très large de l'entreprise publique, puisque des conditions de majorité y suffisent. C'est aussi une définition aisée à utiliser. Pourtant, la CJCE, contrairement à l'opinion de certains de ces avocats généraux[367], ne souhaite pas reprendre ces critères. Or, il est particulièrement paradoxal — voire dangereux pour la compréhension — que ce critère de l'influence déterminante soit rejeté d'un côté, quand il s'agit d'assouplir sa jurisprudence, mais retrouvé de l'autre, dans une application plus stricte. En effet, la même formulation d'« influence déterminante » est par la suite reprise par la Cour puis par le législateur pour qualifier un contrôle analogue suffisant[368]. Elle ne correspond néanmoins pas aux mêmes conditions, celles de l'entreprise publique étant plus facilement atteintes. L'appréhension pro-concurrentielle de la Cour amène donc à distinguer avec le même critère mais interprété différemment, une application extensive du droit de la commande publique et de la concurrence pour les entreprises publiques en général et pour les entreprises publiques en particulier lorsqu'elles sont exclues de la qualification

---

363 ECKERT, Gabriel, KOVAR, Jean-Philippe, « Entreprises publiques », *Répertoire de droit européen Dalloz,* actualisation : juin 2016, § 6.

364 Directive n° 80/723 du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOCE* 29 juillet 1980, n° L 195, art. 2.

365 Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* art. 7 ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* art. 4.

366 Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* art. 7 ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* art. 4.

367 C'est ce qu'il ressort des conclusions de Philippe LEGER sous l'arrêt CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-99/94, *ARGE : R*. p. I-1103, § 58-66, et de Christine STIX-HACKL, sous l'arrêt CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26, §76-77.

368 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65 : conclusions Juliane KOKOTT ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

de quasi-régie. La situation est tout de même paradoxale. D'autres critères proches mais écartés par la Cour démontrent les mêmes tares : ceux des entreprises liées.

### *2) Les critères des entreprises liées*

Une autre solution, préexistante à l'arrêt *Teckal*, aurait été de reprendre les critères des entreprises liées telles que prévues par les directives concessions et secteurs spéciaux[369]. Pour certains auteurs comme Catherine RIBOT la situation du prestataire intégré des collectivités locales rentre d'ailleurs dans la catégorie générique des entreprises liées[370]. Pourtant, une analyse fine démontre qu'il n'en est rien, la Cour considérant sans doute que les critères de l'entreprise liée, comme ceux de l'entreprise publique, qu'ils reprennent en partie, sont encore trop peu restrictifs.

La directive secteurs spéciaux prévoyait en effet depuis 1993 pour les marchés de services une exclusion *ratione personae* en ce qui concerne les entreprises faisant partie d'un groupe avec une entité adjudicatrice[371]. Ces entreprises, dites entreprises liées, doivent répondre aux critères des entreprises publiques[372] ainsi qu'à une exigence supplémentaire : que la quasi-totalité du chiffre d'affaire de ces sociétés s'effectue au profit de l'entité adjudicatrice qui la domine[373]. On retrouve ici sous une autre forme les deux critères de la quasi-régie : l'influence sur les décisions et l'exclusivité matérielle. De plus, comme les quasi-régies, ces entreprises sont exonérées de mise en concurrence dans le cadre de la commande publique, mais en remplissant, pour le critère de l'influence, uniquement les conditions de définition des entreprises publiques, c'est-à-dire un contrôle de moindre force qu'un contrôle analogue. Et la Cour de Justice a explicitement exclu d'appliquer les critères de l'entreprise liée pour reconnaître une quasi-régie[374]. Pourquoi une telle distinction ?

Tout d'abord, Laurent RICHER souligne que les textes ne visent qu'une relation de sous-traitance entre deux entreprises[375]. De plus, cette relation est exclusivement réservée aux cas des

---

369 Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* art. 13 ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* art. 29.

370 RIBOT, Catherine, *La passation des marchés publics,* Paris : Ed. Le Moniteur, 2007, p. 83-86.

371 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, p. 84-138, art. 1 et 13.

372 Directive 93/38/CEE, *préc*., art. 1.

373 Directive 93/38/CEE, *préc*., art. 13.

374 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, Rec.* 2006, p. I-4137, § 49-57.

375 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics,* Paris : 2009, LGDJ, p. 116.

relations avec des entités adjudicatrices, et non des pouvoirs adjudicateurs. Les directives auraient ainsi prévu l'exception des entreprises liées afin de ne pas pénaliser les entités adjudicatrices à la tête d'un groupement de sociétés[376], ce qui est une situation courante puisque ces entités adjudicatrices peuvent être des entreprises du secteur privé investies de droits spéciaux. Enfin, les entités adjudicatrices forment une catégorie d'acheteurs publics qui bénéficient de manière générale de règles moins exigeantes que les pouvoirs adjudicateurs car elles sont censées évoluer dans un environnement concurrentiel spécial[377].

Toutefois, il était tout-à-fait loisible à la CJCE de s'inspirer de cette situation pour l'adapter à celle des entreprises prestataires intégrés des collectivités locales afin d'éviter la création d'une nouveau concept comme celui de contrôle analogue. Or, ce n'est clairement pas son choix, comme elle le souligne dans l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006, dans lequel elle dissocie la notion d'entreprise liée et la notion de quasi-régie[378]. Autrement dit, la Cour de justice ne décèle pas de « lien interne particulier » assez fort entre une collectivité publique et une entité équivalente à une entreprise liée pour justifier une exception à la mise en concurrence. Ou, dans une vision plus finaliste, elle ne souhaite pas que les collectivités locales se limitent à des comportements de simples actionnaires majoritaires ou influenceurs principaux avec leurs quasi-régies. Cela créée toutefois une différence de traitement appréciable entre les groupes d'entreprises publiques et les groupes privés.

Un exemple très parlant tiré d'une affaire du 19 juin 2008, *Pressetext*[379]*,* concerne l'appréhension du « contrôle analogue » pour les entreprises privées dans une affaire d'entreprises liées. Il s'agit d'un cas où un marché public est accordé à une entreprise privée, qui la délègue ensuite à une de ses filiales. Se pose la question de savoir si cela remet ou pas en cause le contrat, ou si, en utilisant la jurisprudence du *in house,* il est possible de considérer que, sous la condition d'un contrôle analogue, il est possible de considérer que l'entreprise privée et sa filiale ne forment qu'une seule et même partie au contrat. Mme KOKOTT, présentant des conclusions sous cette affaire, propose de retenir « qu'en tout état de cause […] les filiales contrôlées par l'adjudicataire

---

376 Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* § 39 des motifs.

377 Voy. notamment : Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* § 43-47 des motifs.

378 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, Rec*. 2006, p. I-4137, § 51-57.

379 CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche, R.* p. I-4401, conclusions J. KOKOTT : *CMP* 2008, n° 8-9, p. 22-24, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2008, n° 10, p. 38-40, note R. Noguellou ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 336-342, note R. Schwartz ; *AJDA* 2008, n° 36, p. 2008-2013, note J.-D. Dreyfus.

d'une manière similaire à celle dont il contrôle ses propres services »[380] doivent être considérées comme une réorganisation purement interne. Toutefois, dans son arrêt la Cour ignore la question du contrôle similaire ou analogue, et prend en compte comme indices uniquement le fait qu'il s'agit d'une « filiale détenue à 100% » et qu'il existe un « pouvoir de direction » sur cette entité tierce au contrat[381]. Or, nous l'avons vu plus haut, l'adoucissement du critère du contrôle analogue n'a lui jamais été accepté pour les entités de quasi-régies, malgré son absence de contenu précis. Cet exemple illustre donc bien l'inégalité de fait instaurée par la Cour de justice entre les entreprises privées et les entités de quasi-régie. Une telle différence ne peut se comprendre que par une interprétation jurisprudentielle plus favorable aux groupes d'entreprises privées qu'aux groupes d'entreprises publiques.

### *3) Le rejet des filiales exclusives*

Allant encore plus loin dans l'exigence, et toujours dans l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006, la Cour a indiqué que même l'entier contrôle du capital social d'une société anonyme ne suffisait pas à assurer automatiquement une relation de prestation intégrée. Bien que selon elle, le contrôle de la totalité du capital « tend à indiquer » la présence d'un contrôle analogue, cette indication n'est pas « décisive »[382], et la vérification d'un contrôle analogue doit donc reposer sur l'examen de la situation globale, à la fois juridique et pratique de la relation. Il ne s'agit donc pas réellement d'une présomption, d'abord car la Cour aurait pu l'indiquer clairement si cela avait été le cas, et secondement car la possession exclusive n'implique pas l'absence de vérification des autres critères, sauf cas manifeste d'incompatibilité, ce qui correspond plus à la définition d'une présomption.

C'est-à-dire que ce qui en droit privé est considéré comme une filiale entièrement détenue, et donc entièrement soumise à la volonté de sa société-mère, n'est pas considéré automatiquement, dans le cas d'une collectivité publique, comme une entité entièrement dépendante, ou suffisamment contrôlée pour justifier une absence de mise en concurrence. Ce dernier rejet ne fait que renforcer l'impression générale que la condition du contrôle analogue n'est pas explicative en soi, et qu'elle porte en réalité tout le poids d'une vision pro-concurrentielle de l'interprétation des exceptions au droit de la commande publique.

---

[380] Conclusions J. KOKOTT, CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche, R.* p. I-4401, § 57. C'est nous qui soulignons.

[381] CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche, préc.,* § 44.

[382] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA : R.* p. I-4137, § 37.

## B. La faiblesse intrinsèque du critère de l'analogie

La condition de contrôle analogue est placée au centre de la réflexion juridique sur la quasi-régie. Or, l'étude de la condition de l'analogie ne mène qu'à souligner le contresens logique qu'elle recouvre. L'analogie dans ce cas présuppose en effet que la situation de départ est connue et réplicable. Or, cela dépend d'interprétations et de théories différentes dans chaque droit national. Le critère de l'analogie se révélait donc faible dès le départ.

Dès l'affaire du 7 décembre 2000, *Arge Gewässershutz*[383], l'Avocat général LEGER constatait dans ses conclusions « le manque de précision dont souffrent » les critères du *in house*, et les « sérieuses hésitations » que peut susciter notamment « la nature du contrôle exercé par une collectivité sur un organisme juridiquement distinct »[384]. Plus précisément, Grégory KALFLECHE note fort à propos qu'il n'y a « pas grand-chose de commun entre ce contrôle et le contrôle hiérarchique au sein d'une même personne publique », et que de ce point de vue « le caractère 'semblable' ou 'analogue' du contrôle paraît utopiste »[385]. C'est le débat récurrent de la comparabilité, que l'on retrouve en droit comparé. Une comparaison implique nécessairement un degré de ressemblance, elle ne peut s'appliquer entre des situations trop dissemblables, ou comme le décrit Pierre LEGRAND, « L'absolument autre ne saurait être qu'indéchiffrable, c'est-à-dire muet »[386]. La Cour de justice semble ici faire peu de cas des particularités des droits nationaux des collectivités publiques, ou bien souhaite laisser aux juges nationaux en ce domaine — ce qui serait assez paradoxal — le pouvoir d'exercer une « analyse subjective » qui leur laisserait une « large marge d'appréciation »[387], comme le note à juste titre Claude DEVES.

De plus pour reprendre la distinction kantienne, la technique de l'analogie en soi pêche tant du point de vue de la raison pure que de la raison pratique. Du côté de la pure logique, il faudrait déjà pouvoir définir précisément le contrôle exercé par une collectivité sur ses propres services,

---

383 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *Arge Gewässershutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Rec.* 2000, p. I-11037 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131, conclusions Philippe LEGER, note C. Maugüé ; *LPA* 2001, n° 56, p. 16-20, note Y. Claisse ; *Public Procurement Law Review* 2001 p.NA54-NA56, note M. Öhler.

384 Conclusions LEGER, CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *Arge Gewässershutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Rec.* 2000, p. I-11037, § 55.

385 KALFLECHE, Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », RFDA 2012, p. 1123

386 Voy. LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé,* Paris : PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2015, p. 73

387 DEVES, Claude, « Le *'in house'* toujours en chantier », *CMP* 2013, avril, n° 4, p. 10.

c'est-à-dire la référence de l'analogie[388]. Or, cela la Cour se retient de le définir, puisqu'elle le laisse aux droits nationaux. Si elle précise par la suite le degré de contrôle qui est exigé sur les quasi-régies (notamment une influence déterminante sur les décisions importantes), elle ne précise pas la référence de l'analogie. L'analogie devient donc en quelque sorte caduque, dépassée par ces précisions sur l'influence déterminante. Pourtant, la Cour n'en garde pas moins l'idée d'analogie, ou de similarité[389]. Et le législateur européen de 2014 renforce sans discussion particulière[390] cette formulation[391].

Du côté de la raison pratique, une définition européenne du contrôle des collectivités publiques sur leurs propres services ne serait de toute façon pas aisée à effectuer face à la multiplicité et la diversité des droits nationaux. Or, l'utilisation d'un critère analogique propre à chaque situation nationale pourrait provoquer des différences injustifiables entre États membres au regard du droit européen. Le terme même de contrôle sur ses propres services peut en effet recouvrir des définitions juridiques nationales très différentes, y compris dans une même langue[392]. Outre les distinguos linguistiques possibles, du point de vue juridique, les termes n'entraînent pas forcément les mêmes conséquences dans chaque langue. Depuis les directives marchés publics et concessions de 2014, des termes officiellement équivalents peuvent être employés dans les vingt-

---

388 Voyez, là aussi : LEGRAND, Pierre, *Le droit comparé,* Paris : PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2015, p. 73 : pour la comparaison, la connaissance de soi est une « condition préalable à toute entrée en négociation du soi avec l'altérité ».

389 Voy. encore récemment : CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935 :* § 31.

390 Comp. notamment : la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics adoptée par la Commission le 20 décembre 2011, COM/2011/896/FINAL ; le Rapport de M. Marc TARABELLA sur la proposition de directive du PE et du Conseil sur la passation des marchés publics COM(2011)0896, au nom de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, adopté par le Parlement européen le 15 janvier 2014, n° A7-0007/2013 ; et le Débat du Parlement européen, 14 janvier 2014, point 9 - attribution de contrats de concession - Passation des marchés publics - Passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (débat), n° PV 14/01/2014 - 9.

391 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 12 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 28.

392 D'après le Trésor de la Langue Français Informatisé publié par le CNRS et l'université de Lorraine [http://atilf.atilf.fr/ : consulté le 30 janvier 2017], le terme contrôle vient du latin médiéval *contrarotulus* : registre tenu en double pour la vérification d'un autre. Avec une idée de domination et non de vérification, il signifie un état de domination, et par extension le fait de diriger une entreprise.

quatre langues de l'Union européenne[393]. Une analyse juridique comparée des traduction du terme de *contrôle* dans les différentes langues prouve déjà que certaines langues y voient un sens plus qu'un autre hésitant entre *direction* et *surveillance* (pour l'allemand[394]) ou plutôt tendant vers un *contrôle a posteriori* (pour l'anglais[395]).

L'impossible de la technique de l'analogie apparaît donc relativement importante. Tous ces problèmes inhérents au système de l'analogie, mais aussi à la notion de contrôle analogue nous incitent à penser que l'utilisation du critère de contrôle analogue aurait dû déjà être abandonnée depuis longtemps. Toutefois, la Cour a paré aux critiques en développant une jurisprudence plus fine sur les indices concrets qu'il faut prendre en compte pour reconnaître une situation de contrôle analogue, et notamment, l'idée d'influence. Bien que gardant la formule de l'analogie, elle a alors précisé petit à petit ce qu'elle entendait par ce contrôle, remplaçant sans en avoir l'air un critère par un autre.

## II - Le dépassement de l'analogie par le critère de l'influence déterminante fonctionnelle et structurelle

Les limites de la technique de l'analogie facilement atteintes, les juges du droit de l'Union européenne ont développé un indice de l'analogie plus concret et facile à démontrer que l'analogie elle-même : l'influence déterminante de la collectivité publique sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques de l'entité tierce

**(A). Cette influence déterminante se démontre elle-même par un faisceau d'indices très concrets mais assez variés et se traduisant par un contrôle très lourd. Par exemple, allant toujours dans le sens d'une restriction de l'exception du *in house*, l'un des indices les plus évidents d'un contrôle étendu, la possession exclusive du capital, n'est considérée que comme une présomption réfragable d'une influence déterminante (B).**

---

393 Devant la Cour de Justice, seule la langue de procédure fait foi, *cf.* Règlement de procédure de la Cour de Justice du 25 septembre 2012, *JO L* 265 du 29 septembre 2012, tel que modifié le 19 juillet 2016, *JO L* 217 du 12 août 2016, art. 41

394 *Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage,* Berlin : Duden, 2016, article « Kontrolle ».

395 *Oxford Dictionnaries*, Oxford : Oxford University Press, 2016, article « control ».

## A. Le chaînon de l'influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques

La formulation « contrôle analogue » apparaît originellement dans les conclusions de l'Avocat général COSMAS sous l'arrêt *Teckal*[396], mais comme un indice parmi d'autres d'une absence d'autonomie de volonté qui prouverait une absence de tiers au contrat. Cet indice devient néanmoins l'élément central du raisonnement juridique sur la quasi-régie dans la jurisprudence de la Cour jusqu'à aujourd'hui, ainsi que dans les directives de 2014[397]. Pourtant, cet indice semble avoir été éclipsé de plus en plus par la notion d'influence déterminante, qui est de fait aujourd'hui la notion clé de la démonstration, malgré son rôle apparemment secondaire.

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Teckal,* l'Avocat général M. COSMAS ne semble pas mettre en exergue la notion de contrôle analogue à part pour démontrer — parmi d'autres indices — l'improbabilité d'une absence de volonté autonome de l'entité en cause[398]. Plus exactement, M. COSMAS semble chercher à démontrer soit un « contrôle hiérarchique [de la collectivité] sur l'AGAC »[399], soit que l'AGAC n'a pas la qualité de tiers par rapport à la collectivité. Ce sont là visiblement les conditions centrales qu'il cherchait à détecter, et non l'existence d'un contrôle analogue. C'est la Cour de Justice, dans sa formulation de l'arrêt *Teckal*[400] du 18 novembre 1999 qui choisit d'en faire un élément central, l'une des deux conditions de l'exception mise en place par cet arrêt, avec l'exclusivité matérielle.

Cette formulation est remise en cause dès l'année suivant l'arrêt *Teckal* dans les conclusions de l'Avocat général LEGER sous l'arrêt *Arge* du 7 décembre 2000, qui n'hésite pas à critiquer le caractère vague de ces critères[401]. De même, l'Avocat général J. KOKOTT, dans ses conclusions sous

---

396 Conclusions COSMAS sous CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121.

397 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

398 Conclusions COSMAS sous CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl, préc.*, § 61.

399 *Ibid.*, § 63.

400 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121, § 50 : «

401 Conclusions LEGER, CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *Arge Gewässershutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Rec.* 2000, p. I-11037, § 55.

l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[402], propose à la Cour de considérer que le critère du contrôle analogue doit s'interpréter, non par analogie formelle avec les pratiques des collectivités sur leurs services, mais par rapport au fait que la collectivité serait « à tout moment effectivement en mesure de faire valoir en totalité ses objectifs d'intérêt général »[403]. Cela lui semble être « ce qui est décisif »[404], même si elle continue à présenter des équivalences entre l'une et l'autre notion. Ainsi, elle souligne que l'influence déterminante permet de démontrer l'existence ou non d'une « autonomie telle […] qu'il n'est plus possible de parler d'un contrôle analogue ». Se gardant ainsi de critiquer le critère de l'analogie en soi — mais sans pour autant le justifier non plus — Mme KOKOTT propose concrètement son remplacement par un autre, créant ainsi une certaine confusion dans l'enchaînement des critères. La Cour lui donne cependant raison sur ce point, et concède que pour prouver un contrôle analogue, les parties doivent démontrer « un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions »[405] du démembrement, c'est-à-dire « une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes »[406]. Quelle portée donner à ce nouveau critère ?

A partir de cet arrêt, toutes les décisions de la Cour de justice revenant sur ce point reprennent cette équivalence, ou enchaînement entre contrôle analogue et influence déterminante. Les Avocats généraux P. CRUZ VILLALON et P. MENGOZZI, dans leurs conclusions respectives sous les arrêts *Econord* du 29 novembre 2012[407] et *Datenlosen* du 8 mai 2014[408], reviennent pourtant sur les fondements de l'exception *in house* en donnant raison à l'idée d'autonomie de la volonté et en liant celle-ci à l'autonomie décisionnelle des entités. Pourtant, eux aussi reprennent l'idée

---

402 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65 : conclusions Juliane KOKOTT ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

403 Conclusions KOKOTT, CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 72.

404 *Ibidem.*

405 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65.

406 *Ibidem.*

407 Conclusions P. CRUZ VILLALON, CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord Spa* : *ECLI:EU:C:2012:494,* § 42 : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

408 Conclusions P. MENGOZZI, CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH, ECLI:EU:C:2014:23,* § 41-43.

d'influence déterminante et de contrôle analogue, malgré le caractère artificiel de cet enchaînement, et ne vont pas jusqu'à demander une adaptation de la jurisprudence sur le contrôle analogue à la réalité concrète des indices demandés. Enfin, les directives de 2014 ont légalement entériné cette formule d'enchaînement du contrôle analogue[409].

La suppression de la formule du contrôle analogue paraissait pourtant posséder les vertus de la clarté. En effet, l'influence déterminante présente un sens concret beaucoup plus facilement compréhensible et facile à mettre en oeuvre que la méthode de l'analogie. Néanmoins, face à la complexité des situations possibles, il reste un concept encore trop peu clair, et la Cour est bientôt obligé de le préciser, lui aussi, créant ainsi la troisième maille d'un long enchaînement partant du contrôle analogue, jusqu'à la recherche d'un contrôle structurel et fonctionnel.

## B. Le chaînon jurisprudentiel du contrôle structurel et fonctionnel

Après les premiers arrêts effectuant une simple balance des éléments penchant vers une influence importante et les éléments tendant vers une influence moindre[410], une certaine consolidation théorique se dégage peu à peu. Celle-ci souligne l'importance des éléments structurels — au sens de lieux de pouvoirs — et fonctionnels — au sens de relations de pouvoirs — des entités (1), ce qui implique l'utilisation d'un faisceau d'indices dont la liste n'est pas fermée (2).

### *1) L'origine du critère du contrôle structurel et fonctionnel*

À partir de l'arrêt *Commission c/ Italie* du 17 juillet 2008[411], rendu d'ailleurs sans conclusions, la Cour remarque en effet que l'analogie se dégage d'un « contrôle structurel et fonctionnel »[412]. Les indices mentionnés par les juges dans cette affaire sont la capacité de nommer les membres de la direction de l'entité, ainsi que la présence d'un fonctionnaire spécial chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci . Il est fort probable que les juges considèrent le pouvoir de nomination des organes dirigeants comme un pouvoir structurel, et le pouvoir d'orienter

---

409 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

410 Voir les arrêts CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, R.* p. I-1 ; CJCE, 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH : R.* p. I-8585 ; et CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA* : *R.* p. I-4137.

411 CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie : R.* p. I-110.

412 *Ibidem,* § 26.

ou de peser directement sur les actions d'une entité comme un pouvoir fonctionnel[413]. Cette interprétation est confirmée par la suite dans l'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012[414].

Il faut toutefois remarquer qu'entre temps plusieurs arrêts évoquant la balance des éléments de l'influence n'avaient pas repris cette formulation précise, ce qui pouvait laisser penser qu'elle n'était pas si évidente. Il s'agit notamment des arrêts *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008[415] et *Sea srl* du 10 septembre 2009[416], qui ont donc participé à une certaine confusion sur la question. Cependant, depuis l'arrêt *Econord* du 20 novembre 2012, la recherche d'un contrôle structurel et fonctionnel semble désormais reprise dans la formulation de la Cour pour les affaires où une balance des éléments est nécessaire[417]. Les arrêts *Technische Universität Hamburg-Harburg c/ Dantenlosen* du 8 mai 2014[418] et *Undis* du 8 décembre 2016[419] notamment, sont particulièrement didactiques sur ce point puisqu'ils soulignent que ces éléments de synthèse ont eu pour but d'expliciter la notion de contrôle analogue[420]. Le législateur de 2014 n'a néanmoins pas repris cette formulation, ce qui lui donne un caractère purement jurisprudentiel pour l'instant, et signifie que ces critères peuvent aisément évoluer.

---

413 Une telle dichotomie correspond d'ailleurs de façon intéressante aux théories anthropologiques et sociologiques opposées de Claude LEVI-STRAUSS pour le structuralisme et de Bronislaw MALINOWSKI pour le fonctionnalisme. Toutefois, c'est sans doute involontaire car l'utilité de telles notions réside dans leur force d'explication globale des particularités culturelles d'une société humaine. Leur transposition aux relations et lieux de pouvoirs dans une entité juridique semble plus liée aux racines linguistiques des termes *structure* (« disposition des parties d'un tout ») et *fonction* (« ensemble des activités, obligations et devoirs inhérents à l'exercice d'une charge ». Les définitions sont issues du Trésor de la Langue Français Informatisé publié par le CNRS et l'université de Lorraine [http://atilf.atilf.fr/ : consulté le 30 janvier 2017]

414 CJUE, 20 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758*, § 27 : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

415 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec*. p. I-8457, § 29-40.

416 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127, § 73-79 pour les éléments négatifs, et § 81-86 pour les éléments positifs.

417 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH c/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2014:303,* § 26 ; et CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935,* § 26. Voy. aussi les conclusions de l'Avocat général P. MENGOZZI sous l'affaire CJUE, 19 mai 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004,* § 23.

418 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, préc.*

419 CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl, préc.*

420 *Ibidem,* § 26.

### *2) Les éléments concrets de contrôle structurel et fonctionnel : un faisceau d'indices non fermé*

Les éléments concrets que cette notion de contrôle structurel et fonctionnel recouvre sont multiples et variés — puisque sinon point n'aurait été besoin de les synthétiser selon cette formule. Le juge se permet donc, en l'absence d'indices clairs et définitifs, d'utiliser pour les reconnaître un faisceau qui ne peut être fermé, c'est-à-dire basé uniquement sur des indices connus. Cette technique laisse la place à des marges d'interprétation des Etats, mais aussi des juges. Il faut commencer néanmoins par relire les arrêts n'utilisant pas ces expressions pour arriver à tirer des conclusions intéressantes sur ce qu'elles recouvrent, trop peu d'arrêts effectuant pour l'instant l'étape du contrôle structurel et fonctionnel de façon explicite. La logique de distinction entre contrôle structurel et contrôle fonctionnel permet néanmoins de classer rétrospectivement les indices que la Cour a pu reconnaître ou rejeter.

Du côté du contrôle structurel, on remarque que les juges européens se penchent évidemment sur les structures de gestion et de direction, et particulièrement sur les organes de direction ordinaires des entités et leur mode de désignation, mais aussi les organes spéciaux que les collectivités publiques ont pu mettre en place pour s'assurer d'un ferme contrôle sur l'entité[421]. La désignation de tous les membres du conseil de direction d'une entité par les collectivités publiques semble remplir cette première exigence dans l'arrêt *Commission c/ Italie* du 17 juillet 2008[422].

Quant au contrôle fonctionnel, il s'agit visiblement du niveau de responsabilité et d'autonomie, et plus généralement des pouvoirs accordés aux organes de gestion de l'entité, ainsi que les relations de pouvoirs entretenues avec la collectivité de rattachement[423]. La désignation d'un fonctionnaire extérieur à l'entité chargé de contrôler et d'orienter l'action de la société semble suffisante pour remplir cette exigence dans l'arrêt *Commission c/ Italie*[424]. L'arrêt *Sea* note quant à lui de manière positive la présence et les pouvoirs de comités spéciaux créés en sus du droit général des sociétés pour limiter le plus complètement possible l'autonomie des organes classiques de direction[425]. Les pouvoirs des organes de direction sont donc mesurés, mais aucun seuil particulier

---

421 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.,* § 81-86.

422 CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie, préc.,* § 25.

423 CJCE, 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH, préc.,* § 66-69 ; CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA, préc.,* § 37-39 ; et CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, préc.,* § 29.

424 CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie, préc.,* § 25.

425 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.,* § 81-86.

ne semble ressortir[426]. Or, cela remet largement en question les concepts de décisions importantes et d'objectifs stratégiques s'il ne sont pas définis même en temps que seuil ou limite minimale sous laquelle ne pas descendre. De tels concepts ne sont en effet pas des plus aisés à définir *ex abrupto*.

Une situation très complexe en découle, dans laquelle aucun facteur ne semble l'emporter sur un autre, et où les « circonstances pertinentes »[427], et les « possibilités concrètes »[428] plus que les règles juridiques relatives à chaque affaire doivent être pesées par le juge. Comme le résume parfaitement Claude DEVES, un tel faisceau d'indices repose en effet sur une « analyse subjective laissant au juge une large marge d'appréciation »[429], ce qui pourrait donc aboutir à des lectures divergentes du droit européen selon les pays, voire même à l'intérieur d'un même pays[430]. Nous en avons d'ailleurs un exemple frappant dans deux décisions contradictoires des juges italiens portant sur la société *Teckal :* dans l'arrêt de retour de la question préjudicielle n° C-107/98, le Tribunal Administratif Régional de Parma, dans une décision du 17 octobre 2000[431], dénie la qualité d'entité de quasi-régie à la société *Teckal*, tandis que le Consigilio di Stato, à l'occasion d'un autre litige, mais impliquant les mêmes protagonistes, lui reconnaît au contraire cette qualité le 9 mai 2001[432].

En conclusion, si la précision du juge concernant les deux types de contrôle qu'il recherche est la bienvenue, elle reste encore en deçà d'une véritable définition du contrôle analogue voire même de ce que doit être une influence déterminante. L'enchaînement logique de la condition du contrôle analogue à la condition de l'influence déterminante à la condition du contrôle structurel et fonctionnel affaiblit d'autant la crédibilité et la logique fondamentale de ce premier critère. Sans compter que, dans son interprétation restrictive, la Cour de justice en arrive à jeter la suspicion sur des situations pourtant *a priori* évidentes, comme le démontre le refus d'une présomption d'une

---

426 Il faut noter toutefois le seuil évoqué par la Cour dans l'arrêt *Parking Brixen*, qui reflète une situation où le conseil d'administration de l'entité pouvait constituer de manière autonome des sûretés jusque 5 millions d'euros, et prendre tout acte pour l'objet de la société et réaliser des opérations sans l'accord préalable de l'assemblée des actionnaires. Une telle situation « atténue de manière considérable le rapport de dépendance » (§ 68-69) de l'entité.

427 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 65.

428 CJCE, 11 mai 2005, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, Rec.* p. I-4137, conclusions C. STIX-HACKL.

429 DEVES, Claude, « Le 'in house' toujours en chantier », *CMP* 2013, n° 4, étude 4.

430 Nous en avons d'ailleurs un exemple frappant dans deux décisions contradictoires des juges italiens portant sur la société *Teckal :* dans l'arrêt de retour de la question préjudicielle n° C-107/98, le Tribunal Administratif Régional de Parma, dans une décision du 17 octobre 2000, n° 444, dénie la qualité d'entité *in house* à *Teckal*, tandis que le Consigilio di Stato, Sezione quinta, le 9 mai 2001, décision n° 2605, lui reconnaît au contraire cette qualité (à l'occasion d'un autre litige, mais impliquant les mêmes protagonistes).

431 Tribunal Administratif Régional de Parma, décision du 17 octobre 2000, n° 444.

432 Consigilio di Stato, Sezione quinta, décision du 9 mai 2001, n° 2605.

situation de quasi-régie en cas de possession exclusive du capital d'une société par une collectivité publique.

## C. Une absence de présomption d'influence déterminante même en cas de possession exclusive du capital

Après l'arrêt *Stadt Halle* du 11 novembre 2005, il paraissait pour beaucoup d'auteurs que la possession exclusive du capital par des personnes publiques, permettrait de remplir les conditions de l'exception *in house*[433]. En effet, cet arrêt indiquait que l'inclusion d'une personne privée dans le capital d'une entreprise publique excluait de fait toute possibilité de faire jouer l'exception de quasi-régie. Une logique simplificatrice aurait voulu, en faisant jouer la condition à l'inverse, que les sociétés à capital entièrement public soient automatiquement considérées comme des entités en quasi-régie. Ce n'est toutefois pas la conclusion de la Cour de justice de l'Union, qui considère au contraire que si la détention exclusive du capital est une condition nécessaire, elle n'est pas une condition suffisante en elle-même pour démontrer la réalité d'une influence déterminante.

En pratique, une personne qui contrôle — y compris totalement — le capital d'une société par actions n'en contrôle pas forcément tous les agissements. Ce raisonnement est largement étayé par la théorie économique de l'agence, qui souligne la divergence d'objectifs qui peut se mettre en place à partir du premier degré d'indépendance qui existe entre deux entités, y compris lorsque l'une est censée contrôler l'autre[434]. De plus, certains auteurs, comme Alain MENEMENIS concourent d'ailleurs en ce sens : « la logique du droit des sociétés est en principe une logique d'autonomie, dans laquelle les organes sociaux ont une pleine liberté d'action pour la poursuite de l'intérêt de la société »[435].

---

433 Ainsi, pour Christine LECUYER-THIEFFRY et Patrick THIEFFRY, l'arrêt sur ce point renforce une conception stricte de l'influence, « contrairement à ce qu'on pouvait raisonnablement escompter » (LECUYER-THIEFFRY, Christine, THIEFFRY, Patrick, « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence : les évolutions en cours », *AJDA* 2005, p. 927).

434 Voy. notamment : JENSEN, Michael C., MECKLING, William H., « Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics,* 1976, vol. 3, issue 4, p. 305-360.

435 MENEMENIS, Alain, « Droit communautaire : la notion de contrat in house », *Dr. adm.* 2006, n° 10, comm. 148.

Mais une personne morale détenue entièrement et exclusivement par une autre personne morale rentre pourtant dans la catégorie juridique des filiales[436], et la personne morale détenante est même appelée « société-mère ». Si la société-mère ne demande pas forcément de comptes à sa société-filiale, il n'en est pas moins vrai que la société-filiale exclusivement contrôlée n'a concrètement de comptes à rendre qu'à sa société-mère. De plus, sous certaines conditions, et bien que ce ne soit pas le cas dans tous les ordres juridiques nationaux, une certaine responsabilité juridique des sociétés-mères a pu être reconnue par rapport aux agissements de leurs filiales[437].

Malgré ces éléments, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union est sur ce point particulièrement restrictive et a pu, comme le souligne Gabriel ECKERT, « agiter la jurisprudence — et plus encore la doctrine »[438]. Les arrêts *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[439] et *Carbotermo* du 11 mai 2006[440] ont en effet démontré le peu de cas que la Cour faisait de la possession exclusive du capital social d'une société pour en tirer des conclusions quant au contrôle de cette dernière. En effet, alors que dans l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[441] la Cour indiquait que le capital d'une société anonyme devait nécessairement être détenu exclusivement par des entités publiques pour être considérée comme une quasi-régie, ces deux autres arrêts précisent que l'inverse n'est pas valable. Dans l'arrêt *Parking Brixen,* le juge suprême européen précise que la transformation d'un organisme communal en société anonyme contrôlée entièrement milite dans le sens d'une précarité d'un contrôle de la commune, car l'organisme aurait acquis ainsi « une vocation de marché »[442]. Puis, dans l'arrêt *Carbotermo,* la Cour indique que la « circonstance » d'un contrôle exclusif du

---

436 Voy. notamment : PARIENTE, Maggy, *Les groupes de sociétés : aspects juridique, social, comptable et fiscal,* Paris : LGDJ, 1993, 334 p. ; HANNOUN, Charley, *Le droit et les groupes de sociétés,* Paris : LGDJ, 1991, 321 p. ; PELLETIER, Madeleine, *Les filiales,* thèse de doctorat : droit privé : Paris 2, 1980. Et pour un point actuel : LECOURT, Arnaud, « Groupe de sociétés », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour avril 2017.

437 Voy. notamment : OUASSINI SAHLI, Meriem, *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales,* thèse de doctorat : droit, université Paris Dauphine, 2014, p. 54.

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

439 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65 : conclusions Juliane KOKOTT ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

440 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, Rec.* p. I-4137, conclusions C. STIX-HACKL.

441 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

442 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, préc.*, § 67.

capital, « tend à indiquer, sans être décisive »[443], la présence d'un contrôle analogue. Une telle formulation ne correspond pas à une présomption, même réfragable, car bien trop large. François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX considéraient une telle interprétation comme étant « pourtant légitime »[444] au regard des enjeux. Et en effet, pourquoi rajouter plus de critères que nécessaire pour reconnaître une entité quasi-régie ?

Ce serait oublier que la théorie de la quasi-régie reste une exception au droit européen de la commande publique et de la concurrence, et que dans ces domaines la Cour de justice interprète les exceptions strictement et selon sa logique fonctionnelle qui l'amène à privilégier des interprétations pro-concurrentielles. Du point de vue juridique, deux visions s'opposent ici : une vision organique / objective — dans laquelle on s'intéresse aux organes de la société — et une vision fonctionnelle / subjective — dans laquelle on s'intéresse aux relations pratiques entretenues entre la collectivité et la société. La Cour de justice, afin de ne pas donner prise aux contournement du droit européen par des artifices juridiques nationaux, privilégie l'interprétation fonctionnelle[445] ou subjective du droit européen. Appliquée au cas présent, cette dernière implique de prendre la détention du capital uniquement comme un indice d'une véritable influence déterminante, et non comme une présomption.

Procéduralement, cela entraîne aussi la nécessité pour les collectivités publiques et leurs sociétés souhaitant profiter de cette exception, de devoir se justifier au-delà de la détention exclusive. La charge de la preuve revient donc, une nouvelle fois, à la collectivité publique.

La Cour aurait toutefois pu aller plus loin et considérer qu'une telle détention exclusive constituait au moins une présomption d'influence déterminante sur une telle société. Ce n'est pas son choix. Elle souligne ainsi le rôle central de l'autonomie dans la mise en oeuvre de la théorie de la quasi-régie, car ce qui heurte la Cour dans les affaires *Brixen* et *Carbotermo*, n'est pas l'utilisation d'un instrument de droit des sociétés pour exercer une activité publique. Bien que la remarque sur la vocation de marché dans l'affaire *Carbotermo* ne soit pas passée inaperçue[446], elle n'est en effet pas reprise dans les arrêts ultérieurs. Ce qui heurte principalement la justice européenne c'est la possibilité de ne pas mettre en concurrence une entité qui aurait « de très amples

---

443 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, préc.,* § 37.

444 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Où en est-on du in house ? », *CMP* 2006, n° 5, repère 5.

445 CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, *CILFIT c/Ministère de la santé : Rec.* p. I-3415. Voy. aussi : BOULOUIS, Jean, « Interprétation (Méthodes) », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise-à-jour décembre 1992, § 36-40.

446 ECKERT, Gabriel, « Contrat 'in house' : des précisions mais peu d'espoirs ! », *CMP* 2006, n° 7, comm. 203.

pouvoirs de gestion qu'[elle] peut exercer de manière autonome »[447]. En d'autres termes, même un contrôle exclusif du capital pourrait permettre une certaine indépendance des entités, que la Cour ne pourrait visiblement supporter.

## Conclusion de la section 1 : le contrôle analogue, une notion encore utile ?

Le critère du contrôle analogue présente donc, comme le relevait très tôt Marco GIORELLO, des difficultés pour aboutir à une « définition positive »[448]. L'utilisation de théories plus aisées à saisir, comme les critères de l'entreprise publique et de l'entreprise liée, malgré leur très grande proximité, est rejetée par la Cour, afin d'assurer une exception de quasi-régie la plus stricte possible. Néanmoins, le choix de l'analogie paraît aboutir en lui-même à des impasses intellectuelles propres à toutes les comparaisons. Il s'agit ici du problème de la diversité des situations nationales et des potentielles absences, certes regrettables, de théories du contrôle de la régie sur lesquelles la quasi-régie pourrait se comparer.

Cet aspect négatif du contrôle analogue s'est néanmoins amélioré par l'utilisation de ce qui est présenté comme un sous-critère, l'influence déterminante sur les objectifs et les décisions essentielles, et qui prend peu à peu toute la place dans l'analyse prétorienne. Le critère du contrôle analogue devient de plus en plus un critère vide, sans substance, et il conviendrait alors pour la logique de le faire disparaître du raisonnement, ce qui devient presque impossible puisqu'il est désormais entériné par le législateur européen. Pourtant les défauts d'une chaîne d'indices, à laquelle il faut ajouter l'idée de contrôle structurel et fonctionnel, présente de nombreux désavantages. Et en premier lieu, le fait qu'une multiplication d'indices restrictifs — et interprétés comme tels, comme le démontre le refus d'accepter la situation de filiale exclusive comme une présomption de contrôle analogue — permet aux juges, lorsqu'un des critères paraît rempli mais un autre moins, de conclure, plus aisément que s'il n'y avait eu qu'un critère, au rejet d'une qualification de quasi-régie. A côté de ce critère de faible valeur explicative, le critère de l'activité matérielle quasi-exclusivement consacrée paraît beaucoup plus simple d'appréhension.

---

[447] *Ibidem.*

[448] GIORELLO, Marco, « Gestions *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, p. 37-38.

# Section 2 : Le critère malaimé de l'activité essentiellement dédiée

La question du critère de l'activité essentiellement dédiée, ou de l'activité quasi-exclusive, ne provoque pas le même enthousiasme des commentateurs que celle du contrôle analogue. Le nombre d'études centrées sur la question est très restreint, car elle paraît bien aride à première vue, bien plus simple d'appréhension concrète que sa condition voisine. D'un point de vue juridique positiviste, la question est alors vite réglée[449]. Aborder la question sous l'angle de l'interprétation pro-concurrentielle qui peut en être faite permet à l'inverse de recherche à comprendre l'idée fondatrice de cette exigence supplémentaire. Or, de ce point de vue, le critère de l'activité essentiellement dédiée prouve un caractère particulièrement discutable et dans son fondement (I), et dans son application (II).

## I - Un critère au fondement foncièrement pro-concurrentiel

D'après l'arrêt *Teckal,* l'activité matérielle des entités de quasi-régie doit être consacrée essentiellement à ses actionnaires publics et, de façon accessoire uniquement, à des donneurs d'ordre extérieurs[450]. La Cour a justifié son raisonnement en présentant comme évident que l'activité des entités de quasi-régie ouverte vers le marché fausserait la concurrence, et qu'il faudrait en conséquence la limiter[451] (A). La Cour semble toutefois rejeter, de façon implicite, les propositions qui allaient plus directement dans le sens du rattachement du critère matériel à l'idée d'une « vocation de marché » que ne pourraient avoir les quasi-régies, et qui auraient pu être

---

449 Voyez par ex. VILA, Jean-Baptiste, « Le critère matériel de la quasi-régie : entre imprécisions et contradictions des droits », *JCP-A* 2020, étude 2200 : « Le mécanisme, tel qu'il résulte de ces évolutions et ses traductions dans les textes, est-il opportun juridiquement et économiquement ? Il ne revient pas à l'universitaire, commentateur et spectateur exogène au mécanisme et aux contrats administratifs, de prendre parti en répondant à cette dernière interrogation ».

450 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121, § 50.

451 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137, § 59-62 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine STIX-HACKL ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

interprétées comme d'autant plus pro-concurrentielles en interdisant plus largement l'activité sur le marché des quasi-régies (B).

## A) Les justifications fondamentales de ce critère

Les juges européens ont imposé dès l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 l'exigence double d'un contrôle analogue et d'une activité « essentiellement » réalisée avec la collectivité qui la contrôle[452]. Il n'est pas clair si ce deuxième critère de la quasi-régie a une justification propre, ou s'il se rattache à l'idée d'autonomie de l'entité. Ce rattachement, s'il existe, est moins explicatif, car confus par rapport à la condition de contrôle analogue (1). Sa justification propre et le plus conséquente est celle d'éviter que ces entités faussent le jeu de la concurrence (2).

### *1) Une justification générale peu évidente basée sur l'absence d'autonomie*

Il est indéniable que dans le discours de la Cour la condition d'exclusivité matérielle est liée au fondement même de la théorie de la quasi-régie qui est que l'absence d'autonomie d'une entité entraîne l'absence de justification concurrentielle d'une mise en concurrence de cette entité.

La formulation de ce principe n'est généralement pas présentée clairement[453]. Cette justification est la plus clairement exprimée dans l'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012[454], lorsque le juge affirme, au point 59 qu'il « *ne faut pas ignorer que le fait qu'ASPEM a un objet*

---

[452] CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121, § 50.

[453] Par exemple, dans l'arrêt *Carbotermo* (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, Rec.* 2006, p. I-4137), la Cour indique au point 61 qu' « une entreprise *n'est pas nécessairement privée de liberté d'action* du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs. » (c'est nous qui soulignons). En l'occurrence la jurisprudence *Teckal* n'a pas pour but de priver de liberté d'action les entités de quasi-régie. L'interprétation la plus logique de cette étrange formulation revient à estimer que le juge a voulu exprimé par l'absence de liberté d'action, l'absence d'autonomie de l'entité.
Il faut rapprocher aussi cette formulation de celle de l'acquisition d'une « vocation de marché *rendant précaire le contrôle des collectivités* qui en sont les actionnaires » (*cf. infra,* et tout d'abord : CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65). Cette formulation, qui se rapporte spécifiquement au critère matériel, en ce qu'elle insiste sur l'aspect de précarité du contrôle des collectivités, souligne sa proximité d'objectif (et donc de fondement) avec la première condition *Teckal,* celle du contrôle analogue, et en conséquence, le but d'une absence d'autonomie, qui était l'objectif fondamental initial annoncé de la condition de contrôle analogue.

[454] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA* : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

*particulièrement large et qu'elle peut éventuellement se consacrer à la prestation de services à l'égard desquels l'entité publique ayant une participation minoritaire dans son capital aurait à peine un pouvoir de décision pourrait être un indice de ce que cette société jouit d'un degré d'autonomie qui fragiliserait le contrôle des collectivités publiques qui détiennent une part minoritaire de son capital* ». Pour reformuler, le danger est que les entités disposent d'un degré d'autonomie trop important, notamment dans le cas d'une collectivité détenant peu de pouvoirs de contrôle dans une société dont l'action ne serait de plus pas guidée par ses obligations envers des collectivités publiques. Cette justification, qui se vaut, ne peut néanmoins fonctionner que dans le cas précis d'un actionnaire minoritaire. Hors ce cas, par exemple une entité entièrement détenue par une seule collectivité publique, la justification ne tiendrait plus : rien empêcherait l'entité d'exercer ses activités pour d'autres commanditaires dans ce cas. Et, dans ce cas, l'entité jouirait-elle d'un « degré d'autonomie » qui fragiliserait le contrôle de la collectivité seule actionnaire ? Il faudrait là avoir une conception du « degré d'autonomie » basée sur les activités. C'est-à-dire concrètement que le fait d'avoir pour clients des tiers et non son actionnaire unique *autonomiserait* de fait une filiale exclusive. Si cela peut avoir un sens concrètement, dans le sens d'une autonomie financière ou économique, ce raisonnement ne peut en avoir de conséquence sur l'autonomie fonctionnelle, ou directionnelle, et donc, pour reprendre le raisonnement initial de la Cour de justice, sur l'autonomie de la volonté d'une filiale.

Ce raisonnement peut avoir un sens cependant si, pour reprendre le raisonnement modernisé de la Cour, l'on se base sur l'appréhension d'une autonomie qui se ferait par rapport à la vérification d'un « lien interne particulier ». Cette idée de lien particulier n'étant basée sur aucune théorie particulière (contrairement à l'idée d'autonomie de la volonté), tous les indices sont valables pour rechercher en quoi une entité s'en éloignerait. Dans ce cas, toutes les conceptions de l'autonomie, y compris l'autonomie économique ou financière, pourraient être valables. La force explicative de ce fondement, pour justifier l'existence du second critère *Teckal* est néanmoins dans ce cas faible, contrairement à la justification basée sur l'idée d'éviter pour l'entité de quasi-régie de fausser le jeu de la concurrence.

### *2) Une justification spécifique basée sur l'intérêt d'éviter de fausser le jeu concurrentiel*

Il est intéressant de noter l'absence d'instrumentalisation de ce point dans les conclusions de l'Avocat général dans l'arrêt *Teckal*, qui abordait uniquement la question de la volonté autonome

sous l'angle du contrôle, mais non d'une relation ou d'activités exclusives. La seule mention faite d'une activité matérielle ne porte aucun jugement particulier sur cette pratique concrète de la société en cause dans l'affaire alors que, justement, celles-ci pouvaient être consacrées à d'autres personnes que les actionnaires[455]. La Cour, en instaurant, en s'éloignant ainsi des conclusions de son Avocat général, l'essentiel de l'activité comme deuxième critère de la quasi-régie dans son arrêt *Teckal,* ne précise pas le fondement logique de ce critère[456].

La Cour n'y répond pas plus dans l'arrêt *Stadt Halle,* s'arrêtant à la création du critère de la participation d'une personne privée au capital, alors même que la question était visiblement très débattue par les parties, et que le juge de renvoi la posait explicitement[457]. Le juge de renvoi proposait de se baser pour l'interprétation correcte de ce critère sur son assimilation à celui de la reconnaissance d'une entreprise liée dans le cadre du droit de la commande publique dans les

---

[455] Conclusions COSMAS sous CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121 :
« 15. L'article 3 des statuts de l'AGAC prévoit (paragraphe 1) qu'elle a pour objet la prise en charge directe et la gestion des services publics énumérés, parmi lesquels la production et la distribution de gaz méthane et de chauffage pour les usages domestiques et industriels. Le paragraphe 2 de ce même article prévoit que l'AGAC peut étendre ses activités à d'autres services connexes ou accessoires. En vertu du paragraphe 3, elle peut constituer des sociétés publiques ou privées ou des organismes (enti) pour la gestion d'activités connexes ou accessoires ou participer à de telles sociétés ou entités. En vertu du paragraphe 4, le groupement peut fournir les services précités à des communes, des particuliers ou des organismes publics (enti) qui ne participent pas au groupement ».
« 20. En vertu de l'article 28 des statuts, les éventuels bénéfices de chaque exercice peuvent, après décision de l'assemblée, être affectés à diverses fins: ils peuvent être répartis entre les communes participant au groupement, être conservés par le groupement pour constituer ou augmenter le fonds de réserve ou être réinvestis pour d'autres activités de l'AGAC ».
« 54. Il résulte de ce qui précède que la directive ne s'applique pas dans le cas où le pouvoir adjudicateur recourt à ses propres ressources pour la fourniture des produits qu'il souhaite. Le droit communautaire n'oblige pas les pouvoirs adjudicateurs à respecter la procédure assurant une concurrence effective entre les intéressés dans le cas où les pouvoirs en question souhaitent se charger eux-mêmes de la fourniture des produits dont ils ont besoin ».

[456] CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121, § 50 : « conformément à l'article 1 , sous a), de la directive 93/36, 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. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale 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 ».

[457] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna : préc.,* § 20.
« l'Oberlandesgericht Naumburg a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes: […] —Pour qu'une société de participation du secteur public soit considérée comme relevant des services du pouvoir adjudicateur sous l'aspect de la réalisation de l'essentiel de son activité avec celui-ci, suffit-il qu'au moins 80 % du chiffre d'affaires moyen atteint par cette entreprise dans la Communauté au cours des trois dernières années dans le secteur des services proviennent de la fourniture de ces services au pouvoir adjudicateur ou aux entreprises liées à celui-ci ou relevant de lui ou que — dans la mesure où l'entreprise d'économie mixte n'a pas encore accompli trois années d'activité — les prévisions permettent d'escompter que ce seuil de 80 % sera atteint? ».

secteurs spéciaux[458]. La directive 93/38 prévoit en effet, à son article 13, la non application de la mise en concurrence de la commande publique entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée par elle par des caractères de contrôle, mais « pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée ». Les motifs de la directive n'indiquent pas le pourquoi exact d'une telle condition[459]. Il est toutefois facile à comprendre : c'est évidemment la protection des concurrents de ces entreprises publiques qui, sinon, cumuleraient trop d'avantages selon le législateur. La Cour de justice, dans l'arrêt *Stadt Halle,* évite de reprendre le raisonnement de l'entreprise liée, trop lié à un domaine spécifique, de plus légiféré — c'est-à-dire que, reprenant ce critère exactement, la Cour aurait semblé trop clairement prendre le rôle du législateur.

Elle répond néanmoins sur le fondement du critère comme sur ses conséquences dans l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006[460]. D'après cet arrêt, les deux critères *Teckal* « ont notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé »[461]. Dans l'acceptation large de l'expression « jeu de la concurrence » comme le jeu qui s'installe entre compétiteurs sur un marché donné, celle-ci ne s'applique pas uniquement à la commande publique (processus dans lequel, effectivement, des agents économiques sont en compétition *pour* un marché). Il est alors peu compréhensible que la première condition *Teckal*, celle du contrôle analogue, ait des répercussions sur le jeu de la concurrence en général. En effet, en quoi le fait qu'une entreprise soit contrôlée *de façon analogue ou non* par une entité publique fausserait-il le jeu de la concurrence ? La logique veut donc que ce soit surtout au deuxième critère que la Cour fasse ici référence, c'est-à-dire que c'est le critère de l'essentiel des activités qui pourrait fausser le jeu de la concurrence. Là, le lien logique est plus

---

458 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, p. 84-138, art. 13 : « 1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services: a) qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée; b) passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens de l'article 2 paragraphe 2, auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices, pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Lorsque le même service ou des services similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total dans la Communauté résultant de la fourniture de services par ces entreprises. »

459 *Ibidem,* § 32 des motifs : « considérant qu'il convient d'exclure certains marchés de services attribués à une entreprise liée dont l'activité principale en matière de services est de fournir ses services au groupe auquel elle appartient et non de commercialiser ses services sur le marché ».

460 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, préc.*

461 *Ibidem,* § 59.

évident : en intervenant en réponse ou non à des commandes privées, un agent joue dans la concurrence. S'il joue en concurrence des commandes privées tout en recevant en partie des commandes publiques sans mise en concurrence, un effet anticoncurrentiel pourrait être, dans les faits, plus facilement relevé. Mais cette justification, présente dans l'arrêt *Carbotermo,* reste encore peu substantielle. L'arrêt *Undis,* enfin, la reprend et l'étend.

L'arrêt *Undis* du 8 décembre 2016[462] est du point de vue des justifications beaucoup plus transparent que ses prédécesseurs. Il indique ainsi clairement que « *l'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a pour objet de garantir que la directive 2004/18 demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises* »[463]. C'est donc la crainte d'une concurrence avec les autres entreprises qui fonde ce critère. Il s'agit là d'un raisonnement pro-concurrentiel, au profit du secteur privé, puisque la condition vise, non pas à s'assurer de la présence d'un « lien interne particulier » avec l'entité qui contrôle, mais uniquement à éviter la présence sur le marché concurrentiel de ces entités. Or, ce fondement pro-concurrentiel, visiblement peu assumé, comme le prouve le fait qu'il n'est pas repris par le législateur dans les nouvelles directives[464], n'est pas sans conséquences pratiques. Une autre formulation, encore plus claire sur les raisons mais écartée par le juge européen, celle de la vocation de marché, aurait amené plus rapidement à une telle conclusion sur le fondement.

## B) Une justification non retenue : l'absence de « vocation de marché »

Il s'agissait là d'un but plus pro-concurrentiel encore que celui d'éviter de fausser le jeu de la concurrence, car l'idée se rattache à une « vocation », c'est-à-dire un indice entièrement finaliste voire téléologique. C'est l'intention qui aurait été recherchée, et non les effets.

---

462 CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935.*

463 *Ibidem,* § 33. C'est nous qui soulignons.

464 Voyez notamment : Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, § 46 des motifs.

Dans le premier arrêt où les juges européens recherchent les éléments concrets du contrôle analogue, l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[465], la Cour oppose les éléments qui vont dans le sens d'un contrôle d'un côté (§ 66) aux éléments qui ne vont pas dans ce sens de l'autre (§ 67). Or, elle précise que cette liste d'éléments négatifs constitue les indices d'une « vocation de marché »[466], qui serait donc implicitement contraire à l'idée de quasi-régie.

L'Avocate générale V. TRSTENJAK développe la première cette idée dans ses conclusions sous l'affaire *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008[467]. Le démembrement qui pourrait s'affranchir de la volonté de sa collectivité de rattachement serait en effet capable d'avoir une « vocation de marché », puisqu'il n'aurait pas uniquement les intérêts publics à l'esprit, d'après l'Avocate générale[468]. La Cour, reprend l'expression de « vocation de marché »[469] dans l'arrêt *Coditel Brabant*. Elle y indique rechercher si l'entité en cause a « une vocation de marché et une marge d'autonomie qui rendraient précaire le contrôle exercé par les autorités publiques qui lui sont affiliées »[470]. Elle résout la question au moyen de vérifications du statut juridique et de l'objet statutaire de la société.

La Cour reprend encore à son compte l'expression dans son arrêt *Sea Srl* du 10 septembre 2009, en approfondissant le lien entre vocation de marché et contrôle précaire des collectivités. Elle va plus loin dans cet arrêt, puisqu'elle précise que la vérification de la vocation de marché se fait en examinant « la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé »[471]. Il faut tout de suite remarquer que la Cour semble dans cet arrêt, attaché en partie à l'expression de vocation de marché, semble exiger un indice supplémentaire à la réalisation d'un lien de quasi-régie : celui d'une limite géographique, d'une territorialité des actions, qui ne pourraient visiblement se dérouler

---

[465] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585, § 65 : conclusions Juliane KOKOTT ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm.* 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

[466] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458-03, *Parking Brixen, préc.,* § 67.

[467] Conclusions Verica TRSTENJAK, CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec.* p. I-8457, § 57-60 et 75-77.

[468] *Ibidem.* Un parallèle peut être fait ici avec les personnes privées dans le capital des sociétés d'économie mixte, que la Cour considère comme ayant des objectifs distincts des personnes publiques. *Cf infra.*

[469] CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec.* p. I-8457, § 36-41.

[470] *Ibidem,* § 36.

[471] CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127, § 73.

que sur le territoire d'action de ses actionnaires publics[472]. Cet indice n'est néanmoins repris ni dans la jurisprudence ultérieure, ni dans les textes législatifs européens de 2014, et l'on peut donc imaginer qu'il a été abandonné par la Cour. Il est un signe que cette formulation paraît plus facilement contraignante pour les collectivités publiques. Mais au final, dans l'arrêt *Sea Srl*, la Cour dresse une équivalence entre la vocation de marché et l'idée d'activités essentielles[473], et c'est ce dernier critère qui va l'emporter puisque la formule de la vocation de marché n'est plus reprise par la suite sauf une dernière fois, dans les conclusions de l'Avocat général sous l'arrêt *Econord*.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Econord* du 29 novembre 2012[474], M. CRUZ VILLALON estime qu'il conviendrait de rajouter la vocation de marché comme un élément particulier du contrôle analogue, afin qu'un tel « examen plus exigeant », soit « plus juste et complet »[475] qu'un examen n'en prenant pas compte. Ici apparaît clairement la mission que se donne réellement la Cour : vérifier que les conditions de la quasi-régie sont bien strictes. Toutefois, ce serait introduire par cette expression une confusion entre contrôle analogue et finalité de l'entité, qui n'est pas à traiter sur le même plan. Si la finalité de l'entité est effectivement abordée par le droit de l'Union, c'est indépendamment de la vérification d'un contrôle analogue[476]. Or, comme nous l'avons démontré

---

472 Cette condition est reprise dans le droit français des SPL, *cf. infra.*

473 . « *il convient de considérer que, si le pouvoir reconnu à la société adjudicataire en cause au principal de fournir des services à des opérateurs économiques privés est simplement accessoire à son activité essentielle, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, l'existence de ce pouvoir n'empêche pas que l'objectif principal de cette société demeure la gestion de services publics. Dès lors, l'existence d'un tel pouvoir ne suffit pas pour considérer que ladite société a une vocation de marché qui rend précaire le contrôle des collectivités qui la détiennent* », CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127, § 76.

474 Conclusions CRUZ VILLALON sous l'affaire CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA : ECLI:EU:C:2012:758* , § 37, 46-47 et 64 : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

475 *Ibidem,* § 46 : « Cependant, j'estime que l'examen plus exigeant mené dans les arrêts précités Coditel Brabant et Sea est beaucoup plus juste et complet. Ainsi que précédemment indiqué, la Cour a tenu compte dans ces arrêts de deux circonstances cumulées, à savoir, d'une part, la situation statutaire de la collectivité publique dans les organes de gestion de la société et, d'autre part, le défaut de «vocation de marché» de cette société. »
§ 47 : « Il est clair que ces deux éléments ne sont que des indices de l'absence d'autonomie susmentionnée, mais j'estime que si la Cour exigeait la réunion des deux éléments, la garantie de l'existence d'un «contrôle analogue» serait supérieure. Selon moi, il sera difficile d'apprécier ce contrôle analogue sans une présence directe des entités adjudicatrices dans les organes de gestion ou, ce qui revient au même, sans une position statutaire qui garantisse l'«influence déterminante» exigée par la jurisprudence dans l'adoption de décisions. »

476 Les autres arrêts distinguent d'ailleurs toujours clairement ces deux étapes : voy. CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna : préc.,* le § 49 aborde le contrôle analogue et c'est seulement « en second lieu » que le § 51 aborde l'atteinte à la concurrence.

par l'explication théorique de la quasi-régie, c'est la présence d'une certaine autonomie qui rend précaire le contrôle analogue, ce qui n'a donc rien à voir avec la finalité de l'entité. Mélanger les deux critères reviendrait donc à étendre sans fondement qui pourrait poser problème dans le cas où la condition de l'activité était dans le futur supprimée (ou la condition du contrôle analogue, ce qui est beaucoup moins probable). Malgré les conclusions en ce sens de l'Avocat général CRUZ VILLALON, la Cour ne reprend finalement pas la notion de vocation de marché, ni comme critère finaliste à part entière faisant partie du contrôle analogue, ni même comme référence terminologique. Faut-il y voir un abandon de cette notion ? Le relativement faible nombre d'affaires traitant de la question du *in house* au niveau européen laisse planer un doute, notamment car si l'idée de vocation de marché n'est pas retenue en elle-même, elle se rapproche fortement des justifications pro-concurrentielles qui ont poussé à l'utilisation d'un critère d'exclusivité matérielle qui, dans sa portée, même une fois reconnu par le législateur européen, reste encore discriminant.

## II - La portée discriminante du fondement pro-concurrentiel du critère matériel

Le raisonnement du critère de l'essentiel de l'activité dédiée est donc que lorsque les démembrements administratifs sont en concurrence avec le secteur privé, ils ne peuvent bénéficier d'un lien *in house*. Cela crée pourtant une différence importante entre les services propres des collectivités, puisque ces derniers ne sont jamais obligatoirement mis en concurrence, y compris lorsque ces services propres exécutent des activités au bénéficie d'autres personnes que la collectivité publique (A). La question n'est pourtant pas remise en cause par la Cour, et les directives marché public et concessions du 26 février 2014 codifient cette jurisprudence sans modification substantielle[477]. De plus, l'absence de sens avec le « lien interne particulier » que l'idée de quasi-régie cherche à concrétiser, amène à ce que les indices pratiques de ce qui est une essentielle activité soient particulièrement subjectifs (B).

---

[477] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

## A) Une différence de traitement par rapport aux services exécutés par les services propres des collectivités

Les services propres des collectivités publiques qui doivent, selon le droit de l'Union, agir sur le marché dans les limites des règles du droit de la concurrence des activités publiques[478], ne sont quant à eux pas soumis à une telle condition (celle de ne travailler que pour soi-même). Pourquoi une entité *in house* est-elle alors soumise à une telle restriction de liberté sur le marché alors que les services propres des collectivités ne le sont pas ? Le fait de créer une personne morale distincte suffit-il à emporter un danger concurrentiel plus grand ? Si cela est probable, cela relève du domaine du concret, et non de la théorie. En théorie, les deux options ne peuvent que se valoir, et notamment si l'entité démembrée reste sous l'entier contrôle de la première — ce qui est justement le premier critère de l'arrêt *Teckal*. C'est donc une approche idéologique qui permet à la Cour de justice d'anticiper les possibles distorsions concrètes de concurrence que pourraient entraîner les comportements des entités de quasi-régie, notamment dans l'utilisation des ressources publiques reçues à travers les contrats publics dévolus sans concurrence pour concurrencer indûment le secteur privé. Mais cela est paradoxal, car le danger d'une utilisation non-concurrentielle des ressources publiques est d'autant plus grand par un service exercé dans la personnalité morale propre de la collectivité publique : ceux-ci devraient alors logiquement être plus surveillés que les quasi-régies. Ce n'est pas le cas.

Il faut rappeler tout d'abord que le droit européen est, d'après les traités, indifférent à ce que des activités économiques soient pris en charge par les collectivités publiques[479]. Les activités non économiques des collectivités publiques sont certes moins encadrées par le droit européen de la concurrence[480]. Toutefois, les Traités prévoient aussi un traitement économiquement le plus neutre possible pour les entreprises publiques, notamment en ce qui concerne leur financement et la

---

478 Voy. DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 107. KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP A* 2013, n° 1, p. 27-33 ;

479 TFUE, art. 345.

480 Les activités relevant des fonctions essentielles de l'Etat ou se rattachant par leur nature, leur objet ou leurs règles à ces fonctions sont considérées comme des activités d'autorité publique non-soumises au droit des aides d'État. Dans certains États, les soins de santé basés sur le principe de solidarité, les activités en matière d'éducation et de recherches sans but de profit, et certaines activités culturelles et de conservation du patrimoine peuvent aussi être exclues. Les autres activités sont considérées comme des activités économiques soumise à ce droit. Voy. notamment CJCE, 19 janvier 1994, C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, *ECLI:EU:C:1994:7*, § 30, et CJCE, 18 mars 1997, C-343/95, *Calì & Figli, ECLI:EU:C:1997:160*, § 22-23.

définition préalable des missions d'intérêt général subventionnées[481]. L'interdiction des aides d'Etat a une valeur normative très importante puisqu'elle est inscrite directement dans le corps du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[482], et son contrôle est confié exclusivement à la Commission européenne afin d'empêcher tout détournement par les États-membres[483]. De même, les activités économiques mais non intérêt général des collectivités publiques doivent respecter une concurrence égalitaire avec le secteur privé[484], et notamment prouver l'absence de financement d'activités privées grâce aux droits spéciaux ou aux aides d'État accordés pour financer une mission d'intérêt général[485]. Il y a donc — au niveau européen au moins — une « égalité de concurrence » *a priori* entre opérateurs économiques privés et publics, comme le formule Gabriel ECKERT[486]. Une grande liberté des collectivités publiques d'agir sur le marché comme des opérateurs privés est affirmée par le droit européen, sous la condition d'« égalisation des conditions de concurrence »[487] avec les opérateurs privés.

Or, ce cadre concurrentiel ne va pas jusqu'à limiter le pourcentage relatif d'activités exercées pour le compte d'autres personnes. C'est même plutôt l'inverse : la Cour de justice reconnait systématiquement aux opérateurs publics (collectivités publiques et entreprises publiques) la même possibilité qu'aux opérateurs privés d'agir sur le marché, le droit européen s'opposant à

---

481 Outre les activités publiques relevant des fonctions essentielles de l'État et les autres activités non-économiques (soins de santé basés sur le principe de solidarité, activités en matière d'éducation et de recherches sans but de profit, certaines activités culturelles et de conservation du patrimoine) qui sont exemptées du droit des aides d'État, les collectivités publiques peuvent déterminer, dans leurs champs de compétence, des missions d'intérêt général qui méritent d'être financées publiquement. De telles activités sont acceptées par le droit de la concurrence, dans la limite de l'erreur manifeste d'appréciation. Une fois établie la mission d'intérêt général à remplir, les collectivités doivent aussi établir avec précision le financement de ces activités le moins nocif à la concurrence. Voy. notamment CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, *ECLI:EU:C:2003:415*, points 87 à 95 ; et Commission européenne, Communication « Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public (2011) », 2012/C 8/03, *JO* C 8 du 11.1.2012, p. 15–22.

482 TFUE, art. 106 pour les entreprises publiques et art. 107 pour les aides d'Etat de manière générale.

483 TFUE, art. 106, § 3 et 108.

484 CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03 et C-34/03, *Fabricom SA c/ Belgique, R.* p. I-1559, § 31-36.

485 Par exemple en imposant une comptabilité analytique pour chaque activité : Directive 2006/11/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JO* L 318, p. 17, articles 1 et 2.

486 ECKERT, Gabriel, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Gouverner, administrer, juger, Mélanges en l'honneur de Jean Waline,* Paris : Dalloz, 2002, p. 207 et s. Voy. aussi sur ce sujet : LOCHAK, Danièle, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, p. 261 ; et LOMBARD, Martine, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chron. 163. Et pour une synthèse plus récente : KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP A* 2013, n° 1, p. 27-33.

487 DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2015, p. 107.

leur exclusion systématique à des appels d'offre de la commande publique par exemple[488]. Cette position tranche clairement dans le sens d'une large ouverture des opérateurs publics aux activités marchandes privées. Or, si dans le cas général des collectivités et entreprises publiques prenant en charge des activités économiques, l'égalité de concurrence est présumée et vérifiée *a posteriori*, pour leurs démembrements, même contrôlés de manière analogue, il s'agit d'une interdiction *a priori*. Il aurait pourtant pu sembler plus logique ou plus économe en termes de libertés économiques des personnes publiques de vérifier *in concreto* et *a posteriori* les éventuels abus de concurrence que pourraient entraîner les entités de quasi-régie, plutôt que de les interdire dès le départ.

La conclusion logique tombe : si les quasi-régies sont plus limitées que les services propres des collectivités publiques dans leurs activités concurrentielles, c'est tout simplement parce qu'il qu'il est plus facile de le faire, car autorisé par une interprétation stricte des exceptions au droit de la commande publique. En l'occurrence, il nous semble que le juge a entraîné le législateur européen, qui a confirmé ce critère dans les directives de 2014, dans une interdiction anticipatrice qui nous paraît très restrictive. Le législateur ici confirme le penchant prétorien européen à limiter l'utilisation de démembrements administratifs sur des motifs pro-concurrentiels. Il n'est pas certain que le législateur ait eu conscience de cette discrimination qu'il entérinait — et sur laquelle il faut avouer peu de personnes s'émeuvent — mais du moins s'agit-il là d'une interdiction plus démocratique. Le législateur a cependant au moins souhaité éclaircir les doutes pratiques quant à son calcul, dont on serait tenté de dire qu'il provienne de ce fondement mal avoué.

## B) Un critère longtemps subjectif car peu clair sur son fondement

Le critère de l'activité a toujours posé des problèmes d'interprétation, auxquels le législateur de 2014 a tenté d'apporter des solutions par des réponses beaucoup plus détaillées sur ce qu'il faut entendre par l'essentiel des activités, et comment mettre en oeuvre ce critère. S'il ne répond pas à la question de la logique fondant ce critère, le législateur, en le précisant, lui assure au moins une meilleure stabilité.

---

488 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirstschaft : R*. p. I-11037, § 25. Voy. notamment les éclairantes conclusions de l'Avocat général Philippe LEGER sur la question des aides d'État illégale dans ce cas, § 108-128. Pour un exemple plus récent : CJUE gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme c/ Corporació de Salut del Maresme i la Selva, ECLI:EU:C:2015:664,* conclusions N. JÄÄSKINEN : *RDI* 2015, n° 11, p. 531-532, note R. Noguellou ; *Europe* 2015, n° 12, p. 21, note S. Cazet ; *Contrats Pub.* 2015, n° 160, p. 10, note R. Deau ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 458-459, note A. L. Durviaux ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 414-417, note L. Coutron.

Il faut dire que l'expression même d'essentiel des activités ne brillait pas par son caractère précis. L'Avocate générale STIX-HACKL résumait déjà en 2005 le problème, en notant à ce propos que « *la question centrale est donc de savoir à partir de quelle participation le seuil de l'exception de l'affaire Teckal est atteint. Les opinions à ce sujet sont multiples. Elles vont de plus de 50 % à 'exclusivement', en passant par 'dans une proportion notable', 'essentiellement' et 'presque exclusivement'* »[489]. En réponse, la Cour, considérant que la présence de capital privé dans cette société prime sur la vérification de l'essentiel de l'activité, ne traite pas au fond de ces questions. C'est par l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006[490] que la Cour culmine dans ses précisions sur ce critère. Celles-ci restent cependant encore peu précises, malgré d'appréciables avancées.

Du côté des avancées, la Cour précise que les activités confiées qu'il convient de prendre en compte visent les activités répondant aux besoins des collectivités publiques en contrôle, mais aussi les activités répondant aux besoins de personnes tierces, du moment que cela se fait sur la demande desdites collectivités publiques (§ 65-67). Cette précision n'était donc pas évidente pour de certains acteurs à la lecture de l'arrêt *Teckal*. Cette précision est intéressante car cela signifie que la Cour se base sur cette idée de demande ou non des collectivités publiques pour distinguer au final entre un marché qui n'a pas besoin d'être protégé, et un marché qui en a besoin, et qui l'est en imposant une mise en concurrence à une entité qui pourrait être entièrement contrôlée à part cela.

D'autre part, la Cour reconnait dans cet arrêt précise encore la jurisprudence *Teckal,* sur la possibilité des collectivités publiques en contrôle de partager conjointement le bénéfice d'une activité essentiellement exercée. L'arrêt *Teckal* précisait que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec *la ou les* collectivités qui la détiennent »[491]. Les acteurs de terrain se sont néanmoins demandé si cela signifiait qu'une collectivité publique en contrôle peut être reconnue comme en situation de quasi-régie, alors que l'activité qu'elle confie à l'entité contrôlée est infime, ou si cela relevait d'un abus d'interprétation[492]. A cette question légitime, la Cour répond 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* »[493]. Il

---

489 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26*,* conclusions STIX-HACKL, § 84.

490 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, Rec.* 2006, p. I-4137.

491 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : § 50. C'est nous qui soulignons.

492 Dans le chapitre suivant, nous verrons que la même question s'est posée pour la condition de contrôle analogue.

493 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, Rec.* 2006, p. I-4137, § 70.

s'agit là, même si le cas était évoqué à demi-mots dans l'arrêt *Teckal,* d'une interprétation large, et non restrictive, de la condition d'essentiel de l'activité, ce qui fait dire aux commentateurs français, comme Florian LINDITCH, que « le *in house* [est] finalement sauvé par la Cour de justice »[494], ou, comme Alain MENEMENIS, que « ce choix, bien entendu, est heureux »[495]. Cette marge d'interprétation fait aussi ressortir, en creux, tout ce que le juge européen n'a pas accepté de préciser sur cet indice.

Du côté des imprécisions, dans l'arrêt *Carbotermo*, la Cour indique laisser au juge national, juge du fond, le soin de calculer si l'activité consacrée aux actionnaires est bien « substantielle » et « [principale] », par rapport à une activité concurrentielle « marginale »[496], et en se référant à « toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives »[497]. En l'espèce, cela inclut de se baser sur le chiffre d'affaires, mais le juge ne semble pas en faire un principe[498]. L'Avocate générale sous cette affaire, Christine STIX-HACKL encore, proposait pourtant à la Cour de distinguer précisément « des éléments quantitatifs » et d'autres « qualitatifs »[499], de décider s'il fallait ou non se référer au chiffre d'affaires car il « n'est pas évident » que celui-là soit le seul élément quantitatif pertinent, et de décider s'il fallait reprendre le critère des 80% des entreprises liées, alors qu' « un autre pourcentage fixe pourrait également être objectif et approprié ». La réponse entièrement vague et le demi-silence de la Cour à ces questions paraissent rétrospectivement particulièrement éloquents. La Cour ne souhaite visiblement pas s'insinuer dans une définition plus exacte de ce critère. Sans doute la Cour évite ainsi la critique de se faire trop prescriptive dans ses jugements.

Mais la réalité est que ce critère reste source d'une instabilité juridique chronique. Ainsi, dans l'arrêt *Sea srl* du 10 septembre 2009, la Cour prend en compte la porté géographique de

---

494 LINDITCH, Florian, « Le *in house* finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *JCP-A* 2006, n° 23, comm. 1125.

495 MENEMENIS, Alain, « Le droit communautaire : la notion de contrat *in house* », *Dr. adm.* 2006, n° 10, comm. 148.

496 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA, préc.,* § 62-63.

497 *Ibidem,* § 64.

498 *Ibidem,* § 65 : « Quant à la question de savoir s'il faut prendre en compte dans ce contexte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de tutelle ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité, il faut considérer que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise en vertu des décisions d'attribution prises par la collectivité de tutelle, y compris celui réalisé avec des utilisateurs en exécution de telles décisions. »

499 *Ibidem,* conclusions STIX-HACKL, § 83.

l'activité comme indice de l'essentiel de l'activité[500], ce qui restreint l'interprétation de ce critère. Si cette nouvelle méthode n'est par reprise par la suite, elle démontre la diversité des possibilités d'interprétation. Depuis l'arrêt *Stadt Halle,* la Cour a de plus implicitement refusé de reprendre au compte de l'exception de quasi-régie les indices pratiques utilisés pour les entreprises liées, qui avaient le mérite d'être clairs. Peut-être préférait-elle, comme l'Avocate générale le reconnaissait, ne pas trop s'engager sur l'avenir en gardant un critère d'interprétation ouverte. Cela restait toutefois préjudiciable pour la sécurité juridique des acteurs, puisque les interprétations d'une activité essentielle pouvaient alors varier grandement. Par exemple, dans ses conclusions sous l'arrêt *Centro Hospitalar de Setubal* du 19 juin 2014, l'Avocat général Paolo MENGOZZI, considère que 20% du chiffre d'affaire consacré aux activités concurrentielles est une proportion trop importante pour être « marginale »[501], et ne devrait donc pas être atteinte. Autant dire que la méthode de calcul de cet essentiel d'activités pouvait dépendre non seulement des différents juges nationaux, mais encore au sein même de la Cour de justice de l'Union, de ses différentes formations et personnes.

Or, *in fine,* ce sur quoi ces personnes et ces juges se différencient les uns des autres c'est une vision de la concurrence — et du niveau de jeu concurrentiel auquel les entités de quasi-régie ont droit. Le fait de ne pas nommer ce fondement, ou de l'ignorer même, ne fait que rendre encore plus aléatoire car concrètement subjectif le critère, puisque chacun pense qu'il suffit d'interpréter *naturellement* un critère par définition *subjectif*. Le manque de recul sur les méthodes d'interprétation, dont beaucoup de raisonnements restent basées sur l'idée d'une interprétation stricte qui serait l'inverse d'une interprétation large, aboutit souvent à ne pas prendre en compte *l'objectif* — d'autant plus lorsqu'il est implicite — du juge dans un arrêt de jurisprudence comme l'arrêt *Teckal*. Alors qu'en partant d'une hypothèse d'objectif du juge — ici sa tendance pro-concurrentielle —, le problème paraît beaucoup plus clair : le critère de l'essentiel des activités vise à limiter l'action concurrentielle sur le marché des entités de quasi-régie en dessous d'un certain niveau. Formulée comme ceci, on s'aperçoit bien qu'il s'agit là d'une question éminemment politique : il est normal que le juge ne puisse facilement se décider sur un niveau idéal, et que

---

500 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127 : § 50-51 et § 73-76, et notamment les § 75 : « En outre, l'article 8 bis, paragraphe 2, de ces statuts énonce que Setco gère les services exclusivement au profit des associés adjudicateurs et dans les limites des territoires relevant de la compétence de ces associés », et § 76 : « De telles dispositions tendent à indiquer, d'une part, que le champ géographique des activités de la société adjudicataire en cause au principal ne s'étend pas au-delà du territoire des communes qui en sont les actionnaires et, d'autre part, que cette société a pour objet de gérer les services publics seulement pour ces communes. ».

501 Conclusions de l'Avocat général Paolo MENGOZZI sous CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004*, § 62.

chacun, en fonction de ses propres convictions politiques au regard des activités publiques concurrentielles, ait un niveau différent pour qualifier l'activité d'essentielle ou de marginale.

Le paquet de directives de 2014 a justement résolu cette question politique d'une heureuse façon — puisque démocratiquement discutée — en fixant une limite législative maximum aux quasi-régies de 20% de leur chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années pouvant être issus d'activités concurrentielles[502]. La Commission européenne proposait quant à elle 90% du chiffre d'affaires moyen[503], ce qui démontre, si besoin était, qu'un arbitrage politique a donc bien eu lieu.

La question du calcul de cette activité accessoire reste toutefois encore délicate en pratique, et les directives prévoient, dans les cas où le chiffre d'affaire moyen ne serait pas le paramètre le plus adapté, que la limite de 20% des activités puisse être calculée sur « un autre paramètre approprié fondé sur les activités »[504]. Cependant, dans ce dernier cas, désormais en présence d'un fondement législatif — et donc d'un cadre politique fixé — la Cour pourra à notre avis à l'avenir assurer ses fonctions d'interprétation plus clairement, et avec moins d'hésitations. La grande variabilité dans l'interprétation et la fiabilité faibles des solutions du critère de la quasi-exclusivité matériel l'ont néanmoins déjà conduit à ne plus être qu'un critère de second rang, uniquement subsidiaire au critère du contrôle analogue[505].

## C) Une application possiblement grippée

Le juge de l'Union a visiblement tempéré ma subjectivité peu propice à un climat juridique stable du critère matériel des activités par l'utilisation mesurée qu'il fait de ce critère qui, de fait, n'intervient que subsidiairement par rapport à celui du contrôle analogue (1). Reste que, concrètement, malgré les précisions législatives, ce critère reste encore d'interprétation complexe (2).

---

502 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

503 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics adoptée par la Commission le 20 décembre 2011, COM/2011/896/FINAL, art. 11. Ceci étant encore une illustration de l'appréciation différente selon chacun de ce critère insaisissable jusque là.

504 Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* art. 17 ; Directive 2014/24, relative aux marchés publics, *préc.,* art. 12 ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* art. 28.

505 Qui lui peut être interprété moins subjectivement grâce à son aspect plus facilement technique, et donc moins directement lié aux préférences politiques.

### *1) Un critère subsidiaire*

Il semble que depuis l'arrêt *Coditel Brabant,* dans lequel la Cour accepte que la condition d'essentiel de l'activité puisse être interprétée collectivement et en se basant à la fois sur des éléments qualitatifs et quantitatifs, sans les préciser plus, le critère matériel ait connu un relatif déclin, alors que le critère de l'analogie était de plus en plus précisé (absence de présomption, contrôle structurel et fonctionnel permettant une influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques) et devenait ainsi clairement central, la condition de l'exclusivité du capital public lui étant d'ailleurs rattaché jusqu'aux directives de 2014. En comparaison, comme le résume Rozen NOGUELLOU, depuis l'arrêt *Coditel Brabant* une certaine « détente »[506] sur le critère du contrôle matériel s'est installé, qui est désormais interprété de manière plus souple.

Dans son utilisation *in casu,* il est notable que ce critère n'est pas abordé à partir du moment où le critère du contrôle n'est pas rempli. Ce qui en fait, de fait, un deuxième critère, ou un critère subsidiaire. La codification textuelle dans le droit de la commande publique de cette condition en 2014 ne change pas la situation. Jean-Baptiste VILA note que « cet état des lieux fait l'unanimité »[507] parmi les commentateurs. Il est en tout cas intéressant de remarquer que ce critère, mal fondé, soit en plus subsidiaire. Cela peut interroger sur son maintien — ou plutôt maintenant qu'il s'agit d'une norme de niveau législatif, de sa suppression — qui nous paraît non seulement peu intéressante pour des raisons de logique, mais serait aussi visiblement de peu d'effets, tant le critère du contrôle analogue en phagocyte la portée. Toutefois, cela n'empêche pas que ce critère puisse parfois pose problème.

### *2) Une interprétation concrète encore complexe malgré la codification de 2014*

Le commentateur raisonnable, face à la précision quasiment millimétrique avec laquelle les directives marchés publics et concessions de 2014 ont précisé législativement le critère de l'exclusivité matérielle de la quasi-régie, aurait pu penser que les problèmes interprétatifs de ce critère enfin s'aplanir. Si cela est vrai en grande partie, au moins sur l'incertitude des critères qualitatifs et quantitatifs — ceux-ci étant *a priori* clairement préférés pour leur qualité de stabilité

---

506 NOGUELLOU, Rozen, « L'exception de contrat *in house* et la coopération locale », *RDI* 2009, p. 115.

507 VILA, Jean-Baptiste, « Le critère matériel de la quasi-régie : entre imprécisions et contradictions des droits », *JCP-A* 2020, étude 2200.

—, et sur la méthode à adopter dans leur interprétation, les directives n'ont pas pu prévoir toutes les situations. L'arrêt *Undis* du 8 décembre 2016[508], en fait la démonstration.

Résolue après l'expiration du délai de mise en oeuvre des directives de 2014, l'affaire ne portait pas sur l'interprétation de celles-ci, l'affaire devant être examinée sous l'emprise du droit applicable à l'époque de l'absence de mise en concurrence, c'est-à-dire des directives de 2004. Toutefois, la Cour de renvoi, dont les mots sont repris par le juge préjudiciel, estime que les dispositions pertinentes de 2014 « sont, en tout état de cause, importantes en vue de la solution de ce litige »[509]. Si la Cour ne reprend pas la solution législative précisément, elle ne s'en éloigne au moins pas, en conservant la jurisprudence antérieurement applicable sans la modifier, et en lui apportant des précisions qui pourront être aussi utilisables au cas ultérieurs dans lesquels les directives de 2014 s'appliqueront. Quelles sont ces précisions ?

Présenté sans conclusions, l'arrêt peut surprendre à première vue, par son interprétation large des conditions *Teckal,* relativement contraire à sa méthodologie habituelle. En effet, la Cour indique que pour évaluer si la situation de l'exclusivité d'activités dédiées à ses actionnaires est bien remplie, « il convient de tenir compte également de l'activité que cette entité a réalisée pour ces collectivités territoriales avant qu'un tel contrôle conjoint ne soit devenu effectif »[510]. Evidemment, ce sont les faits particuliers de l'affaire qui ont motivé une telle solution, mais il n'en reste pas moins que cette interprétation ouvre relativement plus grandement les portes de l'exception de quasi-régie, avec un effet « rétroactif »[511] de la qualité d'actionnaire.

Cependant, une telle solution n'a été possible que dans la nécessaire prise en compte des myriades de situations pouvant exister dans les entités de quasi-régies, notamment du fait qu'une activité marginale à destination de personnes qui ne sont pas en position de contrôle analogue est possible. Dans le cas hypothétique où une telle activité marginale était totalement interdite, la solution serait rapide[512]. C'est le maintien d'une activité marginale à destination de tiers qui pose problème, et la clarification des directives 2014 n'y changera rien. C'est de plus l'articulation avec le critère du contrôle analogue qui pose problème. En effet, une collectivité, comme le cas *Undis* le montre bien, peut être soit un tiers, soit un actionnaire en situation de contrôle analogue, soit un

---

508 CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935 : JCP-A* 2017, n° 2, p. 21-23, note M. Karpenschif ; *Europe* 2017, n° 2, p. 24, note E. Daniel ; *BJCP* 2017, n° 111, p. 90-94.

509 *Ibidem,* § 17.

510 *Ibidem,* § 39.

511 VILA, Jean-Baptiste, « Le critère matériel de la quasi-régie : entre imprécisions et contradictions des droits », *JCP-A* 2020, étude 2200.

512 Evidemment, dans le cas inverse, où cette condition n'existait pas ou était supprimée, la question ne se poserait pas non plus.

actionnaire mais non en situation de contrôle analogue. Il suffit alors que le pouvoir de contrôle d'une collectivité publique évolue avec le temps entre ces trois catégories pour que le calcul de la condition de l'activité essentielle/marginale se complexifie grandement. Et il faut imaginer ce système démultiplié par le nombre possiblement infini d'actionnaires. Pour résumer cette situation complexe, il est possible de reprendre les mots conclusifs de Michaël KARPENSCHIF, sur cet arrêt : « assurément, les questions déjà nombreuses sur la portée effective de ce *in house* renouvelé ne sont pas prêtes de se tarir… »[513]. L'intérêt limité de ce critère, face aux contradictions de sa portée, ne s'en fait que plus fortement sentir.

## Conclusion de la section 2 : l'essentiel des activités : un critère à supprimer

Doté d'une justification mal assumée, et d'une portée discriminatoire, le critère de l'essentiel de l'activité paraît voué à un sombre avenir… du moins théoriquement. En pratique, sa codification législative de 2014 démontre plutôt l'attachement que lui porte le législateur. Mais est-ce bien un véritable attachement quand la discussion législative a à peine abordé la question de fond de l'utilité de ce critère ? Lorsqu'elle l'a fait, le Parlement européen a alors proposé à la Commission d'élargir l'activité marginale autorisée de 10 à 20% du chiffre d'affaires, ou de tout autre moyens quantitatifs ou qualitatifs permettant de déterminer que cette activité autorisée hors commanditaire actionnaire reste sous un certain seuil. Ce simple geste démontre bien que la logique est plutôt à l'élargissement de cette activité autorisée — et en effet, l'étude des fondements logiques de son existence ne fait que conforter l'idée qu'il s'agit là d'un critère visant tout simplement à limiter l'activité publique sur le marché concurrentiel, seulement par le biais de la quasi-régie puisque le principe inverse de liberté est reconnu pour les services en régie. Cette discrimination profondément ancrée dans le coeur de ce critère nous paraît empêcher toute évaluation transparente et démocratique de ce critère si les motivations de fond — c'est-à-dire une posture de politique économique — ne sont pas clairement affirmées ou comprises comme telles. Il nous semble que cette clarification dans les fondements entraînerait alors une application plus logique et plus cohérente de ce critère (s'il était maintenu — ce qui n'est pas forcément la voie qui nous paraît la meilleure). De tels justifications politiques sont aussi à l'origine de l'exclusion du capital privé des entités de quasi-régie, mais au moins leur caractère politique n'est-il pas aussi implicite.

---

513 KARPENSCHIF, Michaël, « Après le 'contrôle analogue', 'l'essentiel de l'activité' », *JCP-A* 2017, étude 2015.

# Section 3 : La présence rejetée du capital privé

Il a déjà été souligné *supra* combien la présence d'un capital exclusivement public ne suffisait pas à assurer une situation d'exception *in house*[514]. À l'inverse, la Cour a insisté, et ce dès l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[515], sur une exclusion ferme à la présence d'investisseurs privés dans le capital d'entité quasi-régies. Cette exclusion semble toutefois être formée principalement sur des justifications idéologiques et non purement basées sur le droit de la concurrence actuel (I). Le critère étant plus clairement posé comme une question d'appréciation politique, le législateur s'en est emparé plus vivement que pour les autres critères, et a assoupli la possibilité d'actionnaires privés dans les quasi-régies depuis 2014, rebondissant sur et donnant un nouveau sens à l'idée de partenariats public-privé institutionnalisés (II).

## I - L'exclusion initialement absolue du capital privé

Bien que l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999[516] énonce l'importance d'un contrôle analogue pour exempter certaines entités de mise en concurrence dans l'attribution de contrats de commande publique, ce n'est qu'à partir de l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[517] que la Cour précise que la présence d'investisseurs privés au capital d'entreprises publiques exclut *a priori* et dans toutes les configurations la confirmation d'un contrôle analogue. Les juges choisissent de justifier cette exclusion sur le fait que les intérêts des collectivités publiques et des entreprises du secteur privé seraient foncièrement irréconciliables. Cela revient à avancer une explication idéologique et essentialiste difficilement rattachable aux conceptions générales du droit européen, alors que d'autres solutions étaient sans doute imaginables (A). En tout cas, les conséquences de cette exclusion absolue se font sentir très rapidement, et entraînent de nombreux problèmes. Notamment, la question de savoir si une entité dont le capital peut théoriquement être ouvert aux investisseurs privés peut être considérée comme une quasi-régie a abouti à une solution assez équilibrée, qui

---

514 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, préc.,* § 37.

515 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26, § 50.

516 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges Cosmas ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

517 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *préc.*

permet de ne pas restreindre par trop la liberté des collectivités d'organiser leur propre forme juridique (B).

## A. L'exclusion du capital privé : des raisons plus idéologiques que juridiques

À une première raison juridique évidente que constitue l'inégalité de traitement des investisseurs privés choisis pour participer au capital d'entreprises publiques, les juges européens ont ajouté une raison surabondante que l'on peut qualifier d'idéologique : l'incompatibilité des buts poursuivis par les investisseurs privés avec ceux des investisseurs publics. Une telle justification ne repose pourtant pas sur des éléments scientifiquement prouvés, mais permet au juge de fermer complètement la porte des entités *in house* aux capitaux privés y compris lorsqu'une inégalité de traitement ne serait pas prouvée. Les entités *in house* sont ainsi automatiquement au-dessus de tout soupçon de ce point de vue, mais se voient fermer une possibilité de financement ou de mixité capitalistique qui aurait pu leur paraître intéressante financièrement ou fonctionnellement[518]. Cette solution radicale (2) limite pourtant des pratiques nationales connues des collectivités publiques (1).

### *1) Position du problème de l'économie mixte*

La société d'économie mixte, c'est-à-dire dont la société dont le capital est partagé entre entités publiques et entités privées, est un outil très utilisé en Allemagne, en Italie, et en Espagne, en plus de la France[519]. Or, « les sociétés d'économie mixte sont classées, selon les pays, soit parmi les modes directs, soit parmi les modes indirects de gestion des services publics »[520]. Dans cette logique, les sociétés d'économie mixte considérées comme outil de gestion directe ont pu être exemptées, selon les législations nationales, d'une mise en concurrence pour l'attribution des contrats de leurs actionnaires, comme cela fut longtemps le cas en France avant 1993[521]. L'interprétation extensive pro-concurrentielle du juge européen s'y oppose visiblement.

---

518 Les arguments de l'économie mixte incluent parfois l'intérêt pour les entreprises publiques de disposer des compétences ou des idées des investisseurs privés.

519 DEXIA-Crédit Local de France, *Les entreprises publiques locales dans l'Europe des 25,* Paris : Dexia, 2004, feuillet détachable.

520 COSSALTER, Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », RFDA 2002, p. 938.

521 Cons. Constit., 20 janvier 1993, décision n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : POUYAUD, Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, p. 903-920.

L'arrêt *Teckal*[522] du 18 novembre 1999 n'avait pas abordé la question puisqu'aucune participation privée ne figurait dans le capital de la société en cause. L'affaire *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[523] présente une telle situation. Concrètement, la commune de Halle détient 100% des parts d'une société municipale[524], dont la filiale exclusive[525] détient 75,1% des parts sociales de la société RPL Lochau. Toutefois, les 24,9% restants des parts sociales sont détenus par une société privée. La participation majoritaire donne à la ville, à travers ses sociétés municipales, des droits de gestion et de contrôle très étendus notamment dans les votes statutaires de la RPL Lochau pour lesquels la majorité qualifiée est nécessaire. La commune de Halle (et non ses intermédiaires) possède aussi statutairement des droits de regard étendus sur la société RPL Lochau. Selon la commune, la société RPL Lochau se trouve dans une relation de quasi-régie avec elle. Elle lui confie en conséquence sans publicité ni concurrence un contrat de prestation de services. La ville qualifie d'ailleurs le contrat de prestations en cause d'« opération interne »[526]. Transmise par l'Oberlandesgericht Naumburg, sur la saisine d'un concurrent de RPL Lochau, la Cour de justice doit trancher la question de la portée de contrôle analogue en présence d'actionnaires privés au capital de la société.

La réponse de la Cour est nette et définitive dans sa formulation : la participation d'une entreprise privée au capital d'une société publique exclut « en tout état de cause que [le] pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société une contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services »[527]. Les juges écartent ainsi l'application de l'exception du *in house* aux cas des sociétés d'économie mixte proposée par l'Avocate générale Chrsitine STIX-HACKL dans ses conclusions[528]. Les arguments en faveur d'une telle possibilité étaient pourtant assez conséquents car la présence d'un actionnaire privé au capital d'une entreprise publiques qui se voit attribuer des contrats publics sans mise en concurrence n'indique pas forcément un détournement de procédure au profit de cet actionnaire privé. Or, de même que l'abus de concurrence n'est jamais établi *ex ante* mais toujours

---

522 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121.

523 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* : *R.* p. I-26.

524 La *Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs− und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH* : en français la Société à responsabilité limitée de Gestion pour les Services Publics et les Entreprises de Transport de la Commune de Halle.

525 La *Stadtwerke Halle GmbH :* en français Régie Municipale ou Services Techniques de Halle S.A.R.L.

526 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.,* § 18.

527 *Ibidem,* § 49.

528 Conclusions sous l'arrêt CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *R.* p. I-26. § 70-71 : « la participation de sociétés privées n'a donc en principe pas d'impact négatif », et § 96.

au cas par cas[529], le détournement de procédure du droit des marchés publics nécessite aussi une enquête concrète.

Le point important est que, dans le cas de la RPL Lochau, les critères du contrôle analogue pouvait paraître remplis, puisque la collectivité publique avait les moyens d'influencer de façon déterminante la société, et que son activité était entièrement dédiée. Dans un tel cas, ce n'était pas tant le manquement à la procédure qui importerait, puisque la société paraissait en situation de quasi-régie, que l'inégalité de traitement d'un concurrent privé des investisseurs privés minoritaires, qui ne pouvait pas, lui, participer à la société. La Cour avait donc la possibilité de considérer que, dans le cas d'un soupçon d'inégalité de traitement par octroi de contrat sans mise en concurrence à une société d'économie mixte, il eusse fallu vérifier à chaque contrat dévolu sans concurrence à une société d'économie mixte en situation de quasi-régie, si les actionnaires privés minortiaires bénéficiaient par ce biais d'un avantage indu. Une telle procédure aurait néanmoins eu pour inconvénient de devoir se répéter à chaque opération de contractualisation devant un juge de la concurrence, et aurait sans doute permis à de nombreux contrats conclus abusivement de passer inaperçus et de ne pas être contestés[530]. Le juge a donc préféré une approche plus radicale de la question.

### *2) Une réponse radicale*

La Cour conclut que la présence d'un investisseur privé exclut « en tout état de cause que [le] pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société une contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services »[531]. Elle reconnaît qu'un risque existe que l'actionnaire privé des sociétés d'économie mixte profite d'un avantage indu par rapport à ses concurrents grâce à l'absence de mise en concurrence[532], mais ce n'est semble-t-il pas sa première motivation. En effet, elle précise auparavant que cette exclusion s'explique car « tout placement de capital privé obéit à des

---

[529] Sauf pour les ententes, dont l'objet anticoncurrentiel est sanctionné, alternativement avec ses effets : cf. BLAISE, Jean-Bernard, « Ententes », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise-à-jour avril 2016, § 478-488. Comp. avec l'abus de position dominante : BOSCO, David, « Abus de position dominante », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise-à-jour octobre 2015, § 58-62. Pour un résumé : MAULIN, Romain, « L'approche par les effets en droit de la concurrence : Le devoir d'inventaire », *Concurrences* 2015, n° 3, pp. 24-39.

[530] La Cour considère d'ailleurs l'attribution d'un contrat à une quasi-régie suivie d'une ouverture du capital de celle-ci à une entreprise privée comme « une manoeuvre visant à masquer l'attribution de marchés publics » : CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c. Autriche, Rec*. p. I-9722, § 42.

[531] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* : *R.* p. I-26*,* § 49.

[532] *Ibidem,* § 51.

considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente »[533] d'un investissement public. La Cour de justice a donc semble-t-il opté pour une approche radicale du droit de la commande publique, refusant une présomption d'innocence de l'association de personnes privées à une société majoritairement contrôlée par l'Administration, et pouvant ainsi percevoir indirectement le bénéfice de l'exception de quasi-régie. Ainsi, si une importante participation privée paraît évidemment exclue[534], même une participation extrêmement minoritaire qui n'apporterait aucun pouvoir à l'actionnaire privé aboutit à l'exclusion du bénéfice du régime du *in house*[535]. De même, la présence de membres privés sans but lucratif et prévus par la loi au sein d'un conseil de direction n'est pas non plus autorisée dans cette configuration[536]. La Cour de justice sacrifie à l'objectif strict de la concurrence une partie des libertés des collectivités publiques grâce à l'argument idéologique et très peu juridique — car impossible à vérifier dans l'absolu — des intérêts publics et privés divergents[537].

Il faut néanmoins tempérer quelque peu ce constat de radicalité : le principe de l'économie mixte est juridiquement respecté, puisque la liberté des collectivités publiques de s'associer avec des personnes privées qu'elles choisissent librement dans une société n'est pas remise en cause en tant que telle[538]. Seulement, la mise en concurrence de ces sociétés pour obtenir des contrats des la commande publique est désormais obligatoire, l'entité découlant d'une telle coopération étant « en tout état de cause »[539] écartée de l'exception à la mise en concurrence et à la transparence de l'arrêt *Teckal*. D'ailleurs, ce cas n'est pas étranger, puisqu'il existait déjà en France pour les sociétés d'économie mixte locales, dont la mise en concurrence est exigée pour la plus grande part de la

---

533 *Ibidem,* § 50.

534 CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c/ Autriche (attribution du contrat d'élimination des déchets de la ville de Mödling) : R.* p. I-9705, § 24 : cas dans lequel la ville gardait 51% des parts sociales.

535 CJCE, gde ch., 8 avril 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie (affaire des Hélicoptères de marque Augusta) : R*. p. I-2173, § 38-39, et § 53 : alors même que la société ne disposait pas de la liberté de refuser les commandes publiques ni de choisir le tarif applicable à ses prestations.

536 CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004 :* § 39 ; conclusions P. MENGOZZI : *JCP A* 2014, n° 41, p. 13-16, note S. Brameret ; *CMP* 2014, n° 10, p. 29-31, note W. Zimmer ; *RTDE* 2015, n° 2, p. 401-402, note A. L. Durviaux.

537 Grégory KALFLECHE (« Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA* 2012, p. 1126) remarque par exemple que si « les entreprises privées, par nature, ne pouvaient défendre l'intérêt général et que leur présence viciait l'*affectio societatis* de la SPL, alors comment justifier que l'on accepte de déléguer des services publics à des entreprises privées ? ».

538 Voyez : CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-215/09, *Mehiläinen Oy et Terveystalo Healthcare Oy c/ Oulun kaupunki*, *Rec*. p. I-13749, § 33-34 : *CMP* 2011, n° 2, p. 25-27, note W. Zimmer ; *Europe* 2011, n° 2, p. 29-30, note D. Simon ; *Contrats pub.* 2011, n° 107, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet.

539 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.,* § 49.

commande publique depuis 1993[540]. Mais cette interprétation reste une restriction dans certains pays, comme l'Allemagne[541], l'Espagne[542], ou encore l'Italie[543]. Cet arrêt provoque d'ailleurs de nombreux commentaires juridique en Europe, dans les pays qui utilisent l'économie mixte sans forcément de mise en concurrence[544], ainsi qu'en France, dont certains types de contrats des SEML paraissent concernés[545].

Tous les arrêts postérieurs traitant de la question des actionnaires privés reprennent par la suite *in extenso* le raisonnement de l'arrêt *Stadt Halle*. Aucune circonstance particulière ne semble atténuer cette position, à moins de prévoir une mise en concurrence pour l'attribution d'un contrat qui inclue la création d'une société d'économie mixte. De plus, la Cour ne va pas jusqu'à imposer de forme juridique particulière aux entités de quasi-régie. Notamment, elle n'exclut pas la forme sociétaire qui prévoit la possibilité d'une transformation future en société d'économie mixte. L'important est que le capital reste entièrement public pendant toute la durée du contrat en cause.

## B. La vérification de la précarité temporelle des situations d'exclusivité du capital

C'est un problème très classique en droit que celui de la temporalité des situations à évaluer[546]. Pour les entités de quasi-régie, le fait est que l'exception à la mise en concurrence et à la

---

[540] Cons. Constit., 20 janvier 1993, décision n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : POUYAUD, Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, p. 903-920.

[541] TRYBUS, Martin, « L'exception de *in house* en Allemagne », *JCP-A* 2020, n° 28, étude 2204.

[542] VIVANCOS MARTINEZ, Gabriel J., « La contratación pública de las sociedades de economía mixta », *Revista de Derecho UNED,* 2018, n° 23, p. 707-729.

[543] CARANTA, Roberto, « Le *in house* en Italie », *JCP-A* 2020, n° 28, étude 2205.

[544] Cf les commentaires dans des revues européennes de l'arrêt CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.* : *Public Procurement Law Review* 2005, p. NA72-NA77, note A. Brown, H. Smith (revue publiée au Royaume-Uni) ; *Revue du Droit de l'UE* 2005, n° 4, p. 845-853, note B. Kotschy (revue publiée en France) ; *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, p. 400-405, note S. Storr (Allemagne) ; *Die öfftenliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke (Allemagne) ; *Österreichisches Recht der Wirtschaft* 2005, p. 204-208, note B. Rieder (Autriche) ; *Nederlandse jurisprudentie* 2005, n° 388, note M.R. Mok (Pays-Bas) ; *Giornale di diritto amministrativo* 2005, p. 271-276, note C. Guccione (Italie) ; *Επιθεώρησης Δημοσίου Δικαίου και Διοικητικού Δικαίου* 2005, p. 897-902, note E. Prevedourou (Grèce).

[545] Cf les commentaires dans des revues françaises de l'arrêt CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.* : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[546] Voy. par ex. pour des illustrations récentes : Association Henri Capitant, *Le temps et le droit,* Paris : Dalloz, 2014, 128 p., et CLOSSET-MARCHAL, Gilberte, *Le temps et le droit : Hommage au professeur Closset-Marchal,* Bruxelles : Bruylant, 2013, 708 p.

transparence ne peut jouer que dès lors que les conditions du contrôle analogue sont maintenues tout au long du contrat (1). Encore faut-il prendre en compte la situation de l'ouverture prévisible mais non encore réalisée de ces entités (2).

### *1) Interdiction de privatisation d'une quasi-régie sans remise en concurrence*

Or, si la jurisprudence européenne interdit clairement les modifications substantielles des éléments d'un contrat de commande publique dans le temps sans remise en concurrence[547], cette même jurisprudence n'interdit pas la vente ou l'acquisition de parts sociales d'entreprises bénéficiant de contrats de la commande publique. Cette distinction a pu laisser penser que la privatisation partielle d'une entreprise bénéficiant de contrat de quasi-régie était possible sans nouvelle procédure de mise en concurrence.

La Cour a rapidement démenti cette impression[548]. Elle a dans ce cas considéré qu'il pouvait s'agir là d'une « manoeuvre visant à masquer l'attribution de marchés publics […] à des entreprises d'économie mixte »[549]. Sans doute peut-on voir là une application du caractère idéologique de l'incompatibilité entre les actionnaires publics et privés, car cela revient à préempter toute vérification concrète que l'actionnaire privé a été ou non choisi dans le but de contourner le droit des marchés publics ou avec comme conséquence une inégalité de traitement inadmissible. Il s'agit là en tout cas d'une restriction à la liberté des collectivités publiques de vendre des actions de leurs sociétés aux personnes de leur choix.

### *2) Conciliation avec la liberté de passer par des formes de société privatisables*

La possibilité pour les quasi-régies de prendre une forme de société anonyme n'est cependant pas en tant que telle interdite par la jurisprudence européenne[550]. Elle n'est pas allée jusqu'à empêcher les entités légalement, réglementairement ou statutairement privatisables de

---

[547] Voy. notamment CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche, R.* p. I-4401, conclusions J. Kokott : *CMP* 2008, n° 8-9, p. 22-24, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2008, n° 10, p. 38-40, note R. Noguellou ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 336-342, note R. Schwartz ; *AJDA* 2008, n° 36, p. 2008-2013, note J.-D. Dreyfus.

[548] CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c/ Autriche : R*. p. I-9722.

[549] CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c/ Autriche : préc.*, § 42.

[550] CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.*, § 41.

bénéficier de l'exception *in house*[551], mais elle contrôle néanmoins qu'une telle privatisation n'est pas prévue pendant la durée du contrat, auquel cas elle l'anticiperait et ferait tomber l'exception[552].

La question devient toutefois plus problématique dans les cas où une ouverture du capital est prévue mais pas encore réalisée. Le principe de sécurité juridique s'oppose en effet à ce qu'une personne soit condamnée avant d'avoir enfreint la loi. La Cour de justice de l'Union semble pourtant, encore une fois au regard de l'exception aux principes de la commande publique, avoir une vision très restrictive des possibilités d'ouverture du capital des quasi-régies. Dans une affaire *ANAV* du 6 avril 2006 notamment, la Cour a considéré qu'il revenait aux juges nationaux de vérifier si la collectivité *envisageait* ou non d'ouvrir le capital social afin d'appliquer ou non l'exception *in house*[553]. Elle a précisé cette position dans son arrêt *Sea Srl* du 10 septembre 2009, selon lequel doit être pris en considération l'existence d'une « perspective concrète et à court terme » d'une ouverture du capital[554] et non la simple capacité d'ouverture du capital prévue par les statuts. La Cour n'a pas précisé ce qu'elle entendait exactement par « court terme » ou « perspective concrète », et semble donc laisser toute liberté aux juges du fond de traiter ce point contentieux selon leurs visions nationales. Une telle solution paraît au final assez équilibrée, même si elle peut paraître manquer de précision.

Enfin, il ne faut pas non plus qu'une loi prévoie l'obligation pour les collectivités publiques de céder au moins un minimum de participation de leurs entreprises publiques. La privatisation partielle de sociétés du secteur public local peut être en effet conçue comme un politique publique particulière, connexe mais distincte de la privatisation[555], et qui peut être imposée par le gouvernement central. L'Italie notamment, a pendant un temps légalement prévu une ouverture obligatoire du capital des sociétés d'économie mixtes locales au secteur privé[556]. Malgré les préventions de son Avocat général, la Cour a considéré dans l'affaire *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, qu'un contrôle analogue ne pouvait alors exister lorsque le législateur prévoyait une

---

551 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127 : § 50-51 et § 79.

552 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, préc. :* § 72.

553 CJCE, 6 avril 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autostrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA : R.* p. I-3303, § 29.

554 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.*, § 50.

555 Voy. notamment : LAFAY, Jean-Dominique, LECAILLON, Jacques, *L'économie mixte,* Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, 127 p. ; et KERNINON, Jean, *Les cadres juridiques de l'économie mixte,* 2e éd., Paris : L.G.D.J., 1993, coll. « Systèmes ». 169 p.

556 CAROLI CASAVOLA, Hilde, « Local public services entreprises in Italy », *in* MEUNIER, Patrick, *et alii* (dir.), *Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 289-310.

obligation de vente d'une partie du capital sous deux ans[557]. La Cour ne vise toutefois pas expressément le délai obligatoire de deux ans, mais considère qu'une ouverture légalement prévue « à court terme » du capital s'oppose à l'exception *in house*. Mme KOKOTT, l'Avocat général dans cette affaire, considérait à l'inverse que l'exigence de sécurité juridique conduisait à mettre de côté cette obligation de vente à terme, et à attendre la réalité ou non de la vente[558]. Cette question très délicate de la sécurité juridique *ratione temporis* ne semble pas avoir été réglée avec plus de détails par la Cour, ni par la codification de 2014, mais il est vrai que la situation d'une obligation légale de vente à terme du capital des sociétés d'économie mixte locales est, en pratique, peu courante.

La Cour, puis le législateur européen, ont néanmoins cherché par la suite à mieux concilier la forme de société d'économie mixte et le respect de la commande publique.

# II - La reconnaissance européenne de l'économie mixte

Les premiers arrêts statuant sur l'exception de la quasi-régie semblaient tendre, en cas de contrats publics passés sans mise en concurrence, vers une interdiction absolue des partenaires privés au capital, pour des raisons préventives, plus idéologiques que concrètes, car il s'agissait de refuser de faire confiance aux personnes publiques pour établir des relations avec le secteur privé qui ne soient pas abusives. Des exceptions de deux types amènent à une atténuation de cette règle. Tout d'abord, la participation de personnes privées au capital de sociétés publiques peut résulter de la sélection transparente, par les mérites, de cet associé privé lors d'une mise en concurrence. Dans ce cas, la Cour de justice de l'Union a pu admettre qu'une deuxième mise en concurrence n'était pas nécessaire pour confier à cette société un contrat, ou inversement pour laisser un actionnaire privé entrer au capital d'une entité de quasi-régie qui dispose déjà d'un contrat. Ce mécanisme particulier ne peut cependant pas être confondu avec l'exception de quasi-régie (A). Une deuxième exception atténue plus directement la règle de l'exclusion des investisseurs privés du capital des quasi-régies. Les directives marchés publics et concessions de 2014 ont en effet prévu la possibilité d'une participation privée aux entités de quasi-régie, mais dans des situations très encadrées, notamment si ces participations sont imposées par la loi et n'entraînent aucune influence sur la direction des quasi-régies (B).

---

[557] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 67.

[558] Conclusions Juliane KOKOTT sous CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 56-59.

## A. L'exception des partenariats public-privé institutionnels construits après mise en concurrence

Dès l'arrêt *Stadt Halle*[559], les Etats et les acteurs de l'économie mixte s'émeuvent d'une vision trop restrictive du *in house* et plaident pour une extension de la jurisprudence aux relations entre collectivités publiques et sociétés d'économie mixte[560]. En effet, une collectivité publique peut souhaiter faire gérer un activité publique par une société au sein de laquelle collaborent des investisseurs publics et des investisseurs privés. Ne s'agit-il d'ailleurs pas là d'un choix politique qui peut être antérieur au choix des collaborateurs privés ? C'est-à-dire un choix qui resterait au niveau des modes de gestion[561] souhaités, au même titre que le choix entre exécuter l'activité à travers un contrat public, une concession de service, une entité de quasi-régie, en collaboration avec d'autres collectivités, ou directement par les services de la collectivité (en régie) ? Or, à ce niveau de choix politique, le droit européen n'impose pas la mise en concurrence obligatoire puisque d'autres options sont possibles[562]. Après les premières décisions établissant l'incompatibilité de principe entre le capital privé et la situation de quasi-régie, une première subtilité est alors apparue à travers l'idée de partenariats publics-privés institutionnalisés.

La Commission prend toutefois la défense de la CJUE dans une communication sur les partenariats public-privé du 15 octobre 2005, mais étrangement principalement sur des critères de bonne administration et accessoirement sur des critères de droit de la concurrence[563]. Elle propose de répondre au problème des sociétés d'économie mixte — ou partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) dans son vocabulaire — dans le cadre du droit existant à travers une simple communication interprétative. Le Parlement européen soutient lui aussi la position de la Cour et de

---

559 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.,* § 48 : « 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. »

560 Commission européenne, *Communication sur les partenariats public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 15 octobre 2005 : COM(2005) 569 final, § 4.2.

561 Voy. à propos de la liberté de choix des modes de gestion pour la France : DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », folio n° 6132, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mars 2008.

562 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, préc.,* § 49.

563 *Ibidem* : « Il ne semble toutefois pas y avoir d'éléments probants donnant à penser que la qualité des services publics pourrait être améliorée ou les prix diminués si les entreprises privées - via des PPPI - obtenaient des missions de service public sans une procédure de mise en concurrence préalable. En outre, il est difficile de voir comment un traitement privilégié des PPPI par rapport à leurs concurrents privés pourrait être conforme à l'obligation d'égalité de traitement telle qu'elle ressort du Traité CE ».

la Commission[564]. À travers sa communication interprétative, publiée 12 avril 2008[565], la Commission invite les collectivités publiques à sélectionner le partenaire privé d'un PPPI à travers une procédure de commande publique correspondant à l'objet de l'activité qui sera confiée au PPPI, pouvant inclure des critères sur la contribution du partenaire privé au fonctionnement de l'entité mixte[566]. Elle détaille d'autre part les procédures qui pourraient selon elle permettre de respecter le droit de la commande publique et les principes fondamentaux du traité CE comme l'égalité de traitement et la transparence. La Commission se montre donc prudente, puisqu'elle interprète la jurisprudence de la Cour de justice comme interdisant la possibilité de confier à des sociétés d'économie mixte des activités sans mise en concurrence dans toutes les situations sauf mise en concurrence adéquate préalable.

La jurisprudence européenne entérine ces limites et autorisations sur l'économie mixte dans l'arrêt *Acoset* du 15 octobre 2009[567]. Elle y indique qu'une collectivité peut effectivement confier sans mise en concurrence un contrat à une entité d'économie mixte, à condition de sélectionner le ou les investisseurs privés à travers une procédure de mise en concurrence prévoyant de confier un contrat de commande publique à la future entité d'économie mixte. On voit tout de suite la distinction ici avec la quasi-régie, qui est une méthode d'éviction de la mise en concurrence. La question pourrait se poser, dans la situation où, après avoir confié un contrat sans mise en concurrence à une entité de quasi-régie, un actionnaire privé est choisi par mise en concurrence pour participer au capital de cette entité. Toutefois, la société qui résulterait de cette opération ne correspondrait plus à une entité de quasi-régie. L'opération ainsi délimitée correspond plutôt à un nouveau type de contrat public. Cela ne modifie en rien la règle de l'incompatibilité du capital privé et de la relation de quasi-régie.

Les juges européens insistent d'ailleurs sur le fait que pour sélectionner un partenaire de PPPI, les candidats doivent avant tout démontrer leur capacité à pouvoir répondre au contrat, puis les avantages économiques ou autres de leur participation à une telle entité, et enfin, en dernière

---

564 Parlement européen, *Résolution sur les partenariats public-privé,* 16 octobre 2006 : P6_TA(2006)0462, § 37.

565 Commission européenne, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, n° 2008/C 91/02 : *JOUE* C 91, 12 avril 2008, p. 4-9.

566 Commission européenne, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, n° 2008/C 91/02 : *préc.,* § 2.2.

567 CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, *R*. p. I-9913.

position uniquement, leur capacité à devenir actionnaire[568]. Cette formulation très claire démontre bien que, du point de vue de la Cour, dans une procédure de PPPI ce n'est pas l'entité juridique nouvellement créée qui indique le droit applicable, mais l'activité qui lui est conférée. En ce sens, les PPPI, s'ils sont effectivement une réponse à la jurisprudence sur le *in house* pour les sociétés d'économie mixte, ne sont pas une autorisation pour les quasi-régies d'accueillir en leur sein des partenaires privés. Une telle possibilité leur est toutefois désormais offerte avec les nouvelles directives marchés publics et concessions de 2014, qui autorisent la présence de tels investisseurs, sous condition de leur absence d'influence[569].

## B. La présence autorisée d'investisseurs privés sous condition de leur imposition par la loi et de leur absence d'influence

De façon assez surprenante après l'interprétation jurisprudentielle très stricte sur les entités d'économie mixte, les directives marchés publics et concessions du 26 février 2014[570] légalisent la présence d'investisseurs privés dans les quasi-régies, sous certaines conditions novatrices.

Ces conditions sont que la participation privée doit être imposée par la loi[571] et qu'elle ne doit pas permettre d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Si la première condition est facilement compréhensible au regard des exigences d'égalité de traitement, la deuxième interroge par rapport à la jurisprudence très stricte à ce sujet. La Cour de justice considère en effet qu'une participation privée même dénuée de tous les pouvoirs classiques des actionnaires empêche la reconnaissance d'un contrôle analogue des actionnaires publics[572]. Cette contradiction législative semble donc être une tentative de déjouer la jurisprudence de la Cour en prévoyant un

---

568 CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres, préc.,* § 59.

569 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

570 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 ; 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374.

571 Le texte précise que la loi doit être conforme aux Traités, ce qui est assez évident en droit européen, sauf à vouloir prévoir une marge de manoeuvre nationale permettant d'en contourner les principes fondamentaux.

572 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.,* § 15 et 46.

mécanisme neutre par rapport aux critères annoncés par celle-ci. Cette contradiction risque toutefois de poser des problèmes concrets dans sa mise en oeuvre.

### *1) Une volonté parlementaire de contourner une jurisprudence pro-concurrentielle*

Il faut remarquer en premier lieu que ce sont les parlementaires européens qui ont introduit cette exception[573], à rebours des propositions de la Commission du 20 décembre 2011 qui conservaient, elles, l'exclusion totale du capital privé pour les situations de quasi-régie[574]. La modification des textes de la Commission proposée par les commissions parlementaires est adoptée au Parlement début 2014[575] sans débat particulier sur ce point[576]. Elle est ensuite acceptée par le Conseil de l'Union sans modification de fond et se retrouve ainsi dans le texte final[577], sans que les objectifs du législateur aient été particulièrement éclairés par le débat — ce qui peut avoir des répercussions lors de l'interprétation jurisprudentielle de cette exception.

Il est évident qu'une telle modification a été influencée par la volonté des collectivités publiques et les États-membres de pouvoir faire participer des personnes privées à des entités publiques. Cette volonté est issue sans doute non pas liée à l'idée de faire participer des capitaux privés aux entreprises publiques[578] mais plutôt de l'idée de participation active de la société civile

---

573 Rapport de M. Marc TARABELLA sur la proposition de directive du PE et du Conseil sur la passation des marchés publics COM(2011)0896, au nom de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, adopté par le Parlement européen le 15 janvier 2014, n° CELEX : 52014AP0025, amendement 73.

574 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics adoptée par la Commission le 20 décembre 2011, COM/2011/896/FINAL : point 14 des motifs et article 11 de la proposition.

575 Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 15 janvier 2014 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, n° P7_TC1-COD(2011)0438.

576 Débat du Parlement européen, 14 janvier 2014, point 9 - attribution de contrats de concession - Passation des marchés publics - Passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (débat), n° PV 14/01/2014 - 9.

577 Directive 2014/23, relative aux contrats de concessions, *préc.,* art. 17 ; Directive 2014/24, relative aux marchés publics, *préc.,* art. 12 ; Directive 2014/25, relative aux marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux, *préc.,* art. 28.

578 Cette conception correspond à l'idée théorique d'économie mixte. Voy. notamment BERGOUNIOUX, Alain, « L'économie mixte », *in* BERGOUNIOUX, Alain, MANIN, Bernard (dir.), *Le régime social-démocrate,* Paris : PUF, 1989, p. 57-70 ; et GUGLIELMI, Gilles J., « Les juristes, le service public et les entreprises publiques au XIXe-XXe siècles », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine* 2005, n° 3, p. 98-118.

aux décisions publiques[579]. Allier cette dernière idée à la jurisprudence sur le *in house* est néanmoins paradoxale puisqu'elle vise à ce que les représentants de la société civile participent plus activement aux décisions des personnes publiques qui les concernent, alors que la formulation de la directive interdit justement qu'elles aient une capacité de contrôle ou de blocage, ou qu'elles exercent une influence décisive sur l'entité. La formulation laisse entrevoir une solution : que les personnes privées exercent une influence non-décisive sur l'entité. Cela nous semble toutefois aller à rebours de la jurisprudence européenne restrictive[580], bien qu'elle pourrait avoir du sens par rapport aux situations concrètes que l'on peut rencontrer dans les législations nationales.

En effet, certains gouvernements prévoient une ouverture à la société civile de leurs entités publiques qui passe par la présence d'acteurs non-étatiques dans les instances de direction de ces dernières. Une affaire *Centro Hospitalar de Setubal* du 19 juin 2014[581] par exemple, portait sur la présence d'associations d'aide sociale dans le comité de direction d'un hôpital public local. Sous l'emprise des directives de 2004[582], la Cour de justice a considéré dans cette affaire qu'une relation de quasi-régie n'était pas vérifiée alors que tous les acteurs non-étatiques étaient exclusivement des associations sans but lucratif et que la loi portugaise prévoyait expressément leur participation. L'argument principal de la Cour reposait, encore une fois, sur la divergence d'intérêts entre le secteur public et le secteur privé[583], que nous avons critiqué plus haut et qui démontre ici tous ses effets pervers. Comment ne pas reconnaître, en effet, que dans un tel cas la jurisprudence impose à des entités dont le but est visiblement d'intérêt public, et qui visent accessoirement à inclure dans sa gouvernance la société civile non-économique, d'être mises en concurrence ? Les collectivités

---

[579] Ce qui correspond à une « démocratisation » des entreprises publiques, sans être une privatisation. Voy. notamment : CHEVALLIER, Jacques, « Quelle légitimité pour le service public ? Vers une nouvelle démocratie participative », *Informations sociales*, 2003, n° 109, pp. 130-139 ; et GUGLIELMI, Gilles J., « La démocratisation du service public », intervention au Forum Brésil-France sur la professionnalisation et la consolidation du service public dans un contexte de réformes des politiques publiques, Brasilia, 14-16 septembre 2009, disponible en ligne [http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Guglielmi_-_DemocratisationSP-_ENAP.pdf]. Sur l'idée d'instaurer (ou de retrouver) plus de démocratie dans l'administration publique, voy. notamment : DENHARDT, Janet V., DENHARDT, Robert, *The New Public Service,* 4th ed., New York : Routledge, 2015, 256 p.

[580] Comp. CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.,* § 15 et 46.

[581] CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004*, conclusions P. MENGOZZI : *JCP A* 2014, n° 41, p. 13-16, note S. Brameret ; *CMP* 2014, n° 10, p. 29-31, note W. Zimmer ; *RTDE* 2015, n° 2, p. 401-402, note A. L. Durviaux.

[582] 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, *JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114–240 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JO* L 94 du 28.3.2014, p. 1–64.

[583] CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest, préc.* § 36 et 39.

publiques n'auraient alors plus que le choix entre la mise en compétition ou l'absence de gouvernance publique-privée.

### *2) Des limites encore mal définies*

Désormais, sous l'emprise des directives de 2014, de telles situations sont possibles. Les juges devront néanmoins vérifier si la loi impose bien ces partenaires privés, et si ces derniers sont bien dénués de toute influence décisive sur l'entité[584]. Une telle situation par rapport à l'ancienne jurisprudence, qui excluait sans précision toute participation de personnes privées, produit toutefois de nouvelles questions juridiques en termes d'interprétation.

En effet, comment interpréter l'obligation légale de prévoir de tels actionnaires ? Et comment reconnaître une absence d'influence décisive de ces acteurs ? Une loi nationale prévoyant une possibilité d'inclure *uniquement certaines catégories* de personnes privées, comme dans l'affaire *Centro Hospitalar de Setubal* serait-elle considérée comme une participation obligatoire prévue par la loi ? Les directives introduisent certainement un « doute » comme le remarque à juste propos Francesco MARTUCCI[585]. La prudence nous porte cependant à répondre négativement à cette dernière question, au regard de l'interprétation jusque-là très restrictive de la Cour de justice sur le sujet de la quasi-régie. Il apparaît plutôt que seule une loi *imposant* la présence d'acteurs privés dans les organes de direction ou dans le capital d'une entité publique pourrait esquiver la mise en concurrence[586]. Une loi prévoyant la *possibilité* d'une présence privée sans l'imposer pourrait sans doute pour la Cour paraître comme une incitation à détourner le droit de la concurrence aux profits de quelques uns.

Enfin, concernant la définition de l'absence d'influence décisive, la Cour réutilisera-t-elle les mêmes critères que pour les actionnaires publics, c'est-à-dire une influence structurelle,

---

584 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

585 MARTUCCI, Francesco, « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », *in* DE LA ROSA, Stéphane (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession,* Paris : Société de Législation Comparée, 2015, p. 66.

586 C'est aussi l'avis de la direction des affaires juridiques du ministère français de l'économie, mais pas de la « quasi-unanimité de la doctrine » d'après François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Sociétés d'économie mixte et quasi-régie : la fin des illusions ? », *CMP* 2016, n° 10, repère 9.

fonctionnelle et effective[587] ? Cela permettrait au moins d'établir un système qui se tienne, équivalent pour les actionnaires publics et les actionnaires privés des entités de quasi-régie. Il nous semble toutefois que cela est peu probable, sachant que l'actionnariat privé ne doit pas résulter en un détournement de la concurrence au profit de ces derniers. Leurs actions et leur influence devraient donc être examinés de très près par les tribunaux, plus encore que l'influence des collectivités actionnaires.

## Conclusion de la section 3 :

L'exemple de la jurisprudence *Centro Hospitalar de Setubal* du 19 juin 2014[588], que l'on vient d'évoquer, démontre bien comment même l'exclusion du capital privé dans les entités de quasi-régie, qui se base sur un *a priori* de distinction entre des collectivités garantes de l'intérêt public et des investisseurs privés dont les objectifs ne sont que le profit, et qu'il convient donc de juguler grâce au système de la mise de concurrence de la commande publique — même cette exclusion du capital privé présente au *final* une conséquence pro-concurrentielle, lorsqu'elle appliquée de façon trop rigide. Là encore, des atténuations à cette rigidité jurisprudentielle ont été apportées par le législateur en 2014, mais là encore avec des conséquences encore imprécises sur leur portée exacte.

---

[587] CJUE, 20 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758*, § 27 : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

[588] CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004*, conclusions P. MENGOZZI : *JCP A* 2014, n° 41, p. 13-16, note S. Brameret ; *CMP* 2014, n° 10, p. 29-31, note W. Zimmer ; *RTDE* 2015, n° 2, p. 401-402, note A. L. Durviaux.

# Conclusion du chapitre 2 : la confusion des critères

Les trois citations sur laquelle s'ouvrait ce chapitre, et présentant les critères de la quasi-régie comme flous et pas assez explicatifs, sont donc encore relativement valables, même si de façon très atténuée après la codification en 2014 de la jurisprudence dans les directives marchés publics et concessions[589]. La confusion peut s'expliquer, selon nous, par l'absence de conciliation précise des fondements de l'exception de quasi-régie, et notamment l'absence de reconnaissance claire du positionnement politique idéologique que cette théorie implique. Car si la méthode d'interprétation classique de la Cour de justice, dans le domaine de la commande publique, est celle d'une interprétation pro-concurrentielle, l'exception de quasi-régie ne se justifie que par des fondements s'en éloignant, des justifications anti-concurrentielles. Or, la conciliation de ces deux dynamiques contradictoires implique de faire un choix politique affirmé sur le niveau où l'une cède à l'autre, ce qui est difficilement faisable pour une Cour de justice qui n'a pas vocation à remplacer le législateur européen. De plus, il est bien certain dans le cas de la quasi-régie que la logique anti-concurrentielle reste une exception. Affirmée de façon large en 1999 dans l'arrêt *Teckal,* elle risque, à titre d'exception, de se retrouver soumise à une interprétation pro-concurrentielle réductrice de sa portée à chaque nouvel obstacle concret nécessitant d'être tranché par le juge.

Le critère du contrôle analogue, en premier lieu, exprime bien les atermoiements de choix politiques de la Cour de justice, qui exprime le rejet de plusieurs critères plus simples et plus claires, afin d'affirmer une exception stricte — mais qui se révèle une impossibilité intellectuelle. Précisé par les indices de l'influence déterminante et du contrôle structurel et fonctionnel, ce critère devient une chaîne d'indices trop complexes à manipuler, et qui ne sont ni alternatifs, ni complets, ni ne se présument. Pour réduire cette complexe, il conviendrait certainement de réduire la chaîne d'indices, et au moins de ne pas garder l'idée de contrôle analogue, alors que l'analogie en tant que telle a perdu tout sens explicatif dans cette affaire.

Le second critère de l'arrêt *Teckal* est celui d'une activité essentiellement dédiée à la ou les collectivités qui exercent un contrôle analogue sur cette entité. Pour résumer, il nous paraît aujourd'hui inutile et discriminatoire. Discriminatoire car si en droit de l'Union toutes les collectivités publiques peuvent bien prendre en charge toutes les activités qu'elles souhaitent, y compris pour le compte de tiers, en agissant comme de simples entreprises marchandes, lorsqu'elles

---

589 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

agissent en régie, les quasi-régies n'ont pas ce droit sans passer par une mise en concurrence. Le fondement qui justifie l'exception de quasi-régie n'explique pas une telle discrimination, car une entité peut être absolument sous le pouvoir d'une autre tout en ayant une activité économique et financière qui ne lui soit pas dédiée. Le fait d'être consacré matériellement par les directives de 2014, s'il emporte une solution aux errances interprétatives, il n'emporte pas solution justificatrice. De plus, outre ou sans doute à cause de ce fondement difficilement explicable, le critère s'est révélé à l'usage très subsidiaire par rapport au premier, et au troisième. Sa disparition n'entraînerait même pas un changement important selon nous face à une interprétation encore stricte de l'exception des quasi-régies sur les autres critères.

Enfin, le troisième critère, consacré comme tel par les directives, alors qu'il relevait plutôt du contrôle analogue pour la Cour, se révèle lui aussi manquer de fond justificateur, et de précision dans l'application. Quant au fond, le juge motive ce critère par une incompatibilité essentialisante entre les objectifs publics et les objectifs des investisseurs privés. Non seulement une telle assertion ne peut être prouvée vraie dans tous les cas, mais encore le législateur l'a considérablement affaiblie en autorisant les participations privées sans influence et obligatoires selon la loi. Elle s'explique beaucoup plus facilement sur son deuxième fondement, pourtant moins mis en avant : celui de l'inégalité de traitement des potentiels investisseurs dans les entités d'économie mixte. Cette voie devrait toutefois souligner plus encore l'étrange présomption automatique et irréfragable ainsi créée d'inégalité de traitement des mécanismes de la gestion mixte. La liberté des collectivités publiques de s'investir dans des formes juridiques sociétales avec des personnes privées n'est pas remise en cause, mais elle n'offre désormais qu'un choix restreint entre emprunter une voie concurrentielle car mixte, ou non concurrentielle mais purement publique. Cela peut paraître aller à contre-sens des dernières évolutions de la gestion publique, qui font une place toujours plus importante aux acteurs non-gouvernementaux dans la décision et la gestion de la chose publique.

De ces trois critères, celui du contrôle a encore au moins le mérite d'être directement lié et expliqué par rapport à son but — l'exception de quasi-régie. Le troisième critère s'y rattache, même s'il pourrait être allégé. Le second offre par contre peu de prise aux critiques positives. Les trois bénéficieraient certainement d'une clarification tant théorique que pratique.

# Chapitre 3 : Un aménagement important : le contrôle conjoint

> *« Le grand apport de l'arrêt 'Coditel Brabant' est d'admettre, pour les structures entièrement contrôlées par des personnes publiques, que la condition tenant au contrôle analogue ne soit pas appréciée individuellement, collectivité par collectivité, mais 'collectivement'. Ce qui importe 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. Cette appréciation collective du contrôle analogue modifie fondamentalement les données »*
>
> Rozen NOGUELLOU
>
> « La notion de contrôle analogue », *RLCT* 2010, n° 60, p. 19

À l'origine de la jurisprudence sur les contrats de quasi-régie se trouve l'idée qu'un lien interne particulier[590] assez fort entre une collectivité et un de ses démembrements justifie une absence de mise en concurrence dans leurs relations. Mais, une telle situation peut-elle être transposée dans les cas où plusieurs personnes publiques participent à la direction de l'entité ? Il s'agit ici d'une situation historiquement très répandue en Europe[591], un mode de gestion coopératif traditionnel dans certains pays des activités des collectivités publiques. La Cour de justice, confrontée à ce phénomène, a reconnu que le contrôle analogue pouvait être un « pluri-contrôle »[592] public ou « contrôle conjoint »[593]. Une simple participation actionnariale dans une entité entièrement publique ne saurait toutefois suffire à remplir les exigences du contrôle analogue et de

---

590 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, préc.,* § 29 ; et CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl, préc.,* § 30.

591 Voy. notamment : Conseil de l'Europe, Comité européen sur la Démocratie Locale et Régionale, avec la collaboration de Clothilde DEFFIGIER, *Les bonnes pratiques en matière de coopération intercommunale en Europe,* Strasbourg : éd. Conseil de l'Europe, 2007, 70 p. ; mais aussi : France, Sénat, *Rapport d'information n° 264 (2008-2009) fait au nom de la misstion temporaire sur l'organisation et l'évolution des collectivités territoriales présentant ses premières orientations sur la réorganisation territoriale (rapport d'étape) par Yves KRATTINGER, et Jacqueline GOURAULT,* p. 58-66 ; et enfin : DELCAMP, Alain, « La coopération intercommunale en Europe », *in* CURAPP, *L'intercommunalité : bilan et perspectives,* PUF, 1997, p. 91-112.

592 COUTON, Xavier, « Précisions sur le pluri-contrôle analogue : un contrôle conjoint mais néanmoins personnel », *Construction-Urbanisme* 2013, n° 1, p. 11-13.

593 GATTINARA, Giacomo, « De la gestion 'in house' à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs : anciennes et nouvelles questions de la jurisprudence de la Cour de Justice », *RDUE* 2011, n° 3, p. 381-409.

l'influence déterminante, particulièrement si l'actionnariat est divisé (section 1). D'un autre côté, la Cour de justice admet d'autres types de coopérations public-public, qui ressemblent à la quasi-régie sans pouvoir y être assimilées. La différence principale réside dans la condition requise des quasi-régies conjoints d'un contrôle individuel effectif minimum (section 2). Enfin, la situation est devenue plus complexe depuis que les directives marchés publics et concessions du 26 février 2014 ont introduit plusieurs cas-limites qui n'étaient pas reconnu par la Cour, et qui posent problème au regard de leur articulation avec le contrôle conjoint (section 3).

## Section 1 : Un improbable contrôle analogue conjoint

Il n'est pas aisé pour gérer une pluralité de partenaires dans une même entité de fonctionner sur le mode du consensus ou de l'unanimité, surtout quand les mêmes partenaires qui doivent se mettre d'accord sont potentiellement eux aussi des organisations soumises à des forces divergentes[594]. La division du capital — ou même simplement du contrôle[595] — d'une entité affecte donc très généralement la méthode de prise de décision à l'intérieur de celle-ci, comme le droit de l'Union a eu l'occasion de le constater à plusieurs reprises. *A priori,* une dilution du contrôle paraît incompatible avec une exigence de contrôle analogue (I). Pourtant, plusieurs cas ont pu être jugés par lesquels la Cour de justice de l'Union reconnaît une situation de *in house* malgré un contrôle actionnarial visiblement très faible. De telles situations devraient rester exceptionnelles et s'apparentent visiblement à des cas de compétences propres finances par une autre collectivité (II).

---

[594] Cela peut d'ailleurs aboutir à des situations très critiquables du point de vue démocratique : cf. DESAGE, Fabien, GUERANGER, David, *La politique confisquée, Sociologie des réformes et des institutions intercommunales,* Vulaines-sur-Seine : Éditions du Croquant, 2011, 247 p.

[595] Par souci de simplification du discours, nous ne ferons pas de distinction ici entre l'actionnariat ou un autre type de contrôle, comme les associés dans une associations, ou les membres d'une entité publique.

# I. La dilution du contrôle analogue en cas de contrôle pluriel des quasi-régies

Une fois admise l'exclusivité publique du capital dans l'arrêt *Stadt Halle* le 11 janvier 2005[596], la question se pose de la compatibilité d'une pluralité de contrôleurs des quasi-régies avec la condition de contrôle analogue. Une interprétation trop large du contrôle analogue au regard des petits actionnaires irait à contrecourant de l'objectif européen de concurrence. Une interprétation trop stricte au contraire, entraverait la liberté des collectivités publiques de s'organiser, notamment d'exercer leurs activités en collaboration. La Cour de justice adopte tout d'abord dans l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005[597] une position très défavorable aux actionnaires minoritaires pour les entités de quasi-régie, suivant une méthode d'interprétation très subjective.

Dans cet arrêt, une méthode de bilan *in concreto* est adoptée, qui met en balance les indices tendant vers un contrôle analogue et les indices s'opposant à un tel contrôle. Le problème de cette méthode est qu'elle est par définition subjective et n'est donc pas évidente à mettre en oeuvre. Giannangelo MARCHEGIANI note à ce propos que 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' »[598]. Concrètement, une présence trop faible au capital peut ainsi être l'indice d'un contrôle trop ténu pour justifier l'exception de quasi-régie. Les juges européens considèrent, dans l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005 que le simple exercice d'un pouvoir normal d'actionnaire « atténue de manière considérable le rapport de dépendance » entre les deux entités[599]. Il est donc logique dans cette conception qu'un actionnaire minoritaire ne puisse pas se prévaloir de l'exception de quasi-régie. La Cour l'indique explicitement dans l'arrêt *Coname*

---

[596] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[597] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585.

[598] MARHEGIANI, Giannangelo, « Les relations in-house et le syndrome du cheval à bascule », *RMCUE* 2006, p. 47 et s.

[599] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : préc.,* § 69.

du 21 juillet 2005[600], dans lequel elle précise — de façon surabondante par rapport à la solution — qu'une participation de 0,97% dans le capital d'une société « est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un [contrôle *in house*] »[601]. Cet indice n'étant cependant pas déterminant pour la solution, on peut le considérer comme un *obiter dictum* qui n'emporte pas jurisprudence.

Une lecture *a contrario* de l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006[602], semble aller elle aussi dans le sens d'une difficulté pour les actionnaires minoritaires. C'est en effet dans cet arrêt que la Cour, tout en reconnaissant une quasi-présomption de conformité en cas de capital exclusivement public d'une entité, indique que cette exclusivité n'entraîne pas automatiquement l'existence d'un contrôle analogue. Mais la Cour va plus loin dans cette affaire car elle estime en l'occurrence que la possession de 99,98% du capital d'une holding contrôlant à 100% une entité filiale n'est pas suffisante pour reconnaître un contrôle analogue entre l'actionnaire principal de la holding et l'entité filiale[603]. Les juges européens insistent aussi sur le fait que les actionnaires n'utilisent que leurs pouvoirs normaux d'actionnaires. Or, si un actionnaire ultra-majoritaire peut se voir refuser le bénéfice d'un contrôle analogue car il passe par une holding et sans pouvoirs spéciaux, on voit mal comment des actionnaires minoritaires pourraient réussir le test du contrôle analogue en général avec des pouvoirs normaux d'actionnaires, y compris en l'absence de holding intermédiaire.

La question de la dilution du pouvoir des actionnaires est bien au coeur du problème des entités contrôlées par plusieurs collectivités publiques, qui peuvent être concrètement considérées comme de véritables démembrements de l'Administration dans certains États-membres, qui les excluent *de facto* de toute mise en concurrence, au moins avec leurs actionnaires. La réponse jurisprudentielle semble face à cet état de fait extrêmement restrictive et beaucoup s'en

---

600 CJCE, gde ch., 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti : R.* p. I-7287 ; conclusions Christine Stix-Hackl ; *Europe* 2005, n° 10, p. 23, note L. Idot ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 11, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *AJDA* 2005, n° 43, p. 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney, et N. Charbit ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet.

601 CJCE, gde ch., 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti : R.* p. I-7287, § 24.

602 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137.

603 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : préc.*, § 37-40.

inquiètent[604]. D'autres, comme le Parlement européen, trouvent la situation trop confuse[605]. La Cour s'attelle alors à mieux définir ses exigences, tout en adoucissant ses critères.

# II. La circonstance particulière de la mise à disposition obligatoire

La position restrictive sur les actionnaires minoritaires de la Cour de justice évolue à l'occasion d'une affaire dans laquelle une entité entièrement publique était soumise à l'obligation légale de fourniture de biens et de services à ses actionnaires très minoritaires. Les juges européens considèrent dans cette affaire *Asemfo* du 19 avril 2007[606] que la situation est bien une situation de quasi-régie pour les actionnaires minoritaires, malgré le fait que ceux-ci ne peuvent se prévaloir que d'une partie infinitésimale du capital. Des circonstances particulières s'ajoutant à la qualité d'actionnaire semblent donc jouer un grand rôle dans cette première contradiction avec la jurisprudence antérieure, puisque la méthode d'interprétation ne change pas (A). Ces mêmes circonstances pourraient aussi être les prémisses de l'existence d'une autre exception à la mise en concurrence : celle de mise à disposition sans moyen de refuser les commandes (B).

## A) Un contrôle analogue conjoint atténué autorisé en cas de mise à disposition légale

L'arrêt *Asemfo* remet en question la vision restrictive du contrôle analogue qui ressortait de ces premiers arrêts. À travers celui-ci il est admis qu'une très faible participation — moins de 0,02% — au capital social peut permettre une relation *in house*[607]. Cet arrêt présente néanmoins certaines circonstances très particulières à celui-ci, nommément l'impossibilité légale pour l'entité de négocier ses tarifs et de refuser une commande. L'Avocat général dans cette affaire, prenant la

---

604 Voy. les conclusions C. STIX-HACKL sous CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei, Rec.* p. I-4137, § 71, qui remarquent que la jurisprudence *Parking Brixen* est « considérée comme trop sévère par de nombreux commentateurs », ou encore R. NOGUELLOU, « Précisions sur le *in house* », *RDI* 2008, p. 500, qui note que la Cour a adopté dans l'arrêt *Carbotermo* « une appréciation très rigoureuse » du *in house.*

605 Parlement européen, *Résolution sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, JO* C 313E du 20 décembre 2006, p. 447-452, § 43.

606 CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *R* p. I-2999.

607 CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *préc.*, § 58-61.

stricte interprétation de la jurisprudence sur le *in house,* proposait de ne pas reconnaître là une situation *in house* et donc de refuser l'exception aux règles normales de la commande publique au bénéfice cette entité[608]. La Cour choisit néanmoins de faire rentrer une telle situation de fourniture obligatoire de services dans les critères de l'exception de quasi-régie. Elle tord pour se faire quelque peu les conditions de l'exception de quasi-régie puisque le contrôle analogue des très petits actionnaires y est affirmé, compte tenu de la circonstance particulière de l'impossibilité de refuser une commande.

Cette explication reste néanmoins assez confuse, car l'entité ne peut légalement refuser aucune commande de collectivités publiques, et non uniquement celles de ses quatre actionnaires collectivités locales. Or, la situation de quasi-régie n'est confirmée que pour les actionnaires à l'exclusion des autres collectivités. Cela signifie donc qu'il suffirait pour une collectivité de prendre une participation symbolique dans l'entité pour se voir reconnaître une relation de quasi-régie. Mais ne serait-ce pas là un détournement de la jurisprudence ? Il semble que la Cour a ici tordu non seulement la forme mais aussi l'esprit de l'exception *in house* pour y faire rentrer des situations n'y correspondant pas réellement, comme la mise à disposition ou fourniture obligatoire de service. La formulation du dispositif de l'arrêt s'en ressent, qui s'éloigne quelque peu des arrêts antérieurs en qualifiant l'entité en cause de « moyen instrumental propre et service technique de plusieurs autorités publiques »[609].

Or, de telles circonstances vont quasiment au-delà d'une situation de filiale ou de démembrement administratif, et semblent plutôt correspondre à un outil de mise à disposition ou de centralisation légale, dont l'idée était déjà abordée dans les directives marché public de services. Par exemple, bien que d'application limitée, l'article 6 de la directive 92/50 portant coordination des

---

608 Conclusions Leendert A. GEELHOED, sous CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *R* p. I-2999 : § 139.

609 CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *préc.* : la formulation en elle-même mêle un respect des critères *Teckal* et une formulation moins classique sous-tendant les circonstances particulières en cause : « Les directives [marchés publics] ne s'opposent pas **à un régime juridique tel** que celui dont bénéficie Transformación Agraria SA, qui lui permet, en tant qu'entreprise publique **agissant en sa qualité de moyen instrumental propre et service technique de plusieurs autorités publiques**, de réaliser des opérations sans être soumise au régime prévu par les directives, dès lors que [les conditions classiques de la quasi-régie sont remplies : contrôle analogue et activité essentiellement dédiée] » (c'est nous qui soulignons).

procédures de passation des marchés publics de services — repris dans les directives ultérieures[610] — prévoit notamment que les directives marchés publics ne s'appliquent pas aux marchés de services attribués à un pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif légal, réglementaire ou même administratif[611]. Cette disposition ne fonctionne toutefois que pour les marchés de services et uniquement si le droit exclusif est compatible avec les Traités, c'est-à-dire avec les objectifs généraux du droit communautaire que sont la concurrence et la transparence. En l'occurrence, l'affaire *Asemfo* ne correspond pas à la définition légale d'une entité disposant de droits exclusifs au sens européen, puisque l'entité en cause n'excluait pas les concurrents privés de ce segment d'activité[612].

Cet arrêt *Asemfo* nous semble au moins éclairer la logique de la Cour de justice qui tenait, selon sa méthode du bilan concret, à « tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes »[613] applicables aux quasi-régies, et à sortir de la stricte interprétation du contrôle analogue au profit d'une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes[614]. Si le simple statut légal d'actionnaire ne suffit pas à démontrer une relation de quasi-régie, des circonstances particulières s'ajoutant à cette situation peuvent y mener. Il convient donc, pour se conformer au contrôle analogue conjoint, de dépasser le simple statut légal d'actionnaire. L'indice important reste cependant le lien entre l'actionnaire et l'entité en cause.

L'évolution jurisprudentielle vers la nécessité de circonstances supplémentaires à la situation légale habituelle d'un actionnaire, même principal, est annoncée par l'arrêt *Carbotermo*[615], qui ne reconnait pas une présomption irréfragable de contrôle analogue même dans le cas où l'entièreté du capital social est détenue par des collectivités publiques. On peut néanmoins se demander si le cas de l'arrêt *Asemfo* ne relève pas plutôt d'une nouvelle exception à la mise en concurrence plutôt que

---

610 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, *JO* L 134 du 30 avril 2004, p. 114–240, art. 18 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JO* L 94 du 28.3.2014, p. 1–64, art. 10 ; puis 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, *JO* L 94 du 28.3.2014, p. 65–242, art. 11.

611 Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JO L* du 24 juillet 1992, p. 1-24, art. 6.

612 Un droit exclusif exclue *a priori* d'autres personnes d'exercer certains droits. Cette notion est néanmoins particulièrement difficile à cerner étant donné qu'il ne s'agit pas d'un monopole en tant que tel. La directive 2014/23, *préc.,* en son considérant 32 indique qu'il s'agit du cas où une personne est désignée comme « la seule source d'un service donné ».

613 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 65.

614 *Ibidem*.

615 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : préc.*

de l'exception de quasi-régie. La même interroge se pose pour une autre exception proche : celle relative aux financements d'une compétence propre par une autre collectivité.

## B) L'exception des compétences propres financées par une autre collectivité

Le contrôle conjoint mérite d'être aussi distingué d'une situation confusément proche, et dont la question s'est posée de savoir si elle relevait de l'exception de quasi-régie ou non. Il s'agit du cas où une collectivité publique finance (et peut donc décider de certaines caractéristiques de la gestion, à travers le financement) la compétence nominalement appartenant et exercée une autre collectivité publique. Si la Cour, a répondu qu'un tel cas méritait d'être exempté du droit de la commande publique, elle ne s'est toutefois pas référée à la théorie de la quasi-régie pour cela.

Un arrêt de grande chambre de la Cour de justice du 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande*[616] (concernant le financement du service de transport d'urgence en ambulance de Dublin) exonère de concurrence le cas où une législation nationale prévoit l'obligation pour l'une des parties de fournir un service à l'autre, moyennant un financement adéquat. Une telle situation s'approche beaucoup du cas de l'arrêt *Asemfo*, dans lequel des contrats onéreux ne faisaient que reprendre ce qu'imposait une législation nationale. Elle s'en distingue néanmoins par la formulation de la Cour, qui précise qu'elle ne voit pas dans le cas des transports en ambulance dublinois un contrat de marché public, mais seulement une situation légale. Il ne s'agit pas non plus une situation de droits exclusifs malgré la ressemblance importante[617]. Une législation nationale peut en effet prévoir que les « propres compétences »[618] de certains adjudicateurs soient financés par un autre pouvoir. Bien que ressemblant de près à un contrat de marché ou une concession — c'était d'ailleurs l'avis de l'Avocat général sous cette affaire[619] —, une telle situation légale ne pose selon la Cour pas automatiquement de problème au regard des obligations de concurrence et de transparence issues des principes généraux du droit européen[620].

---

616 CJCE, gde ch., 18 décembre 2007, aff. C-532/03, *Commission c/ Irlande (service de transport d'urgence en ambulance), Rec.* p. I-11353.

617 DREIFUSS, Muriel, « Le ciel s'obscurcit pour les contrats intégrés dérogeant aux règles communautaires de mise en concurrence », *Dalloz* 2006, p. 423.

618 En tout cas, jusqu'à preuve du contraire : *Ibidem,* § 35-37.

619 Conclusions de l'Avocat général Christine STIX-HACKL sous CJCE, gde ch., 18 décembre 2007, aff. C-532/03, *Commission c/ Irlande (service de transport d'urgence en ambulance), Rec.* p. I-11353.

620 *Ibidem,* § 33-35.

Il semble que cette dernière configuration — l'obligation légale de fournir un service à un autre pouvoir adjudicateur moyennant rémunération — constitue un autre type d'exception jurisprudentielle proche mais bien différent des quasi-régies. Le croisement des deux exceptions, illustré par l'arrêt *Asemfo*, aboutit à reconnaître un contrôle analogue à des collectivités actionnaires ultra-minoritaires. Une solution plus claire serait de ne reconnaître que la première exception, et non l'exception de quasi-régie. Cette exception pourrait cependant poser question si l'usage de l'opérateur n'est pas obligatoire mais à la discrétion des autres pouvoirs adjudicateurs. L'opérateur en question serait en effet en concurrence directe avec le secteur privé. Il nous semble néanmoins que cela ne poserait pas de problème si le prix est légalement fixé et si une commande ne peut être refusée.

Enfin, dans ses arrêts ultérieurs, la Cour de justice de l'Union passe à une autre étape dans son raisonnement sur le contrôle conjoint. Deux situations sont distinguées, la coopération publique « pure »[621], non-institutionnalisée, qui est permise sous certaines conditions de neutralité par rapport au marché, et la coopération institutionnalisée sous forme de quasi-régie, dont les conditions évoluent. Pour la coopération non-institutionnalisée, une influence d'un pouvoir adjudicateur sur un autre n'est pas nécessaire, tandis que la coopération institutionnalisée induit une influence minimum.

## Conclusion de la section 1 : les problèmes inhérents de la théorie du contrôle conjoint

La réalité complexe du contrôle conjoint, mais aussi ses limites logiques, ne jouaient pas en faveur de la reconnaissance par la Cour de justice d'une telle possibilité. C'est pourtant le cas, et le nombre exponentiel d'exceptions, à l'intérieur de la quasi-régie comme dans des situations proches, démontre que la Cour est prête à reconnaître que la coopération publique doit être instituée comme une exception importante au droit de la commande publique et de ses obligations de mise en concurrence. Toutefois, face à la multiplication des cas autorisées, la quasi-régie conserve son caractère relativement restrictif puisqu'elle doit, contrairement aux autres coopérations publiques, toujours démontrer un contrôle. Les autres types de coopérations publiques ont néanmoins elles aussi leurs propres limites.

---

621 DREYFUS, Jean-David, RODRIGUES, Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? » *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721.

## Section 2 : Une condition d'influence minimum distinguant les quasi-régies des autres coopérations publiques

La jurisprudence sur les quasi-régies n'excluait pas la possibilité d'autres formes de coopération public-public. La Cour de justice avait notamment réservé dans l'arrêt *Stadt Halle* la possibilité d'autres exceptions prétoriennes à la mise en concurrence dans la commande publique entre entités publiques[622]. L'arrêt de grande chambre *Commission c/ Allemagne (ville de Hambourg)* du 9 juin 2009[623] établit une telle exception, et redéfinit ainsi le système juridique européen de la coopération entre entités publiques. Cet arrêt ne concerne en effet pas directement la jurisprudence sur les quasi-régies, mais règle les situations non-institutionnalisées (accords directs entre plusieurs collectivités). Du côté des quasi-régies conjointement contrôlées, l'arrêt *Coditel Brabant* a reconnu que celles-ci étaient une forme de « collaboration avec d'autres autorités publiques »[624]. Un système juridique européen de coopération public-public échappant à la concurrence semble ainsi voir le

---

[622] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna : R.* p. I-1, § 50.

[623] CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec.* p. I-4747, conclusions Jan MAZAK : *JCP-A* 2009, n° 27, p. 39-42, note Ph. Proot ; *CMP* 2009, n° 7, p. 25-28, note H. Hoepffner ; *LPA* 2009, n° 151, p. 10-21, note J.-M. Glatt ; *Europe* 2009, n° 8, p. 23-24, note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 9, p. 469-470, note R. Noguellou ; *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *RLCT* 2009, n° 50, p. 55-58, note Ch. Mondou ; *RDUE* 2009, n° 3, p. 570-574, note B. Pirker ; *JCP-A* 2009, n° 44, p. 2248, note F. Lichère et F. Linditch ; *RJEP* 2009, n° 670, p. 23-25, note A. Santamaria Dacal ; *JCP-G* 2010, n° 13, p. 662-664, note A. Chaminade.

[624] CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel *Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, préc.,* § 49.

jour[625], divisé entre situations institutionnelles et non-institutionnelles, avec des règles communes et des règles propres à chaque subdivision. Tandis que les collectivités organisant une coopération hors d'un cadre institutionnalisé doivent elles démontrer que cette coopération est bien organisée dans l'intérêt public (I), les quasi-régies ne semblent pas être soumises à une obligation aussi forte. Sur ces dernières, une exigence d'influence individuelle minimum des actionnaires-cocontractants sur l'entité est exigée (II). Néanmoins, les directives de 2014 ont aussi organisé une exception pour un cas que la Cour avait considéré comme trop éloigné de l'exception de quasi-régie : celui des contrats entre entités à l'intérieur d'une même holding publique (III).

# I. Une distinction avec la notion de coopération publique non-institutionnalisée

Cette nouvelle exception de coopération public-public renouvelle la réflexion sur la coopération public-public en droit de l'Union européenne, en autorisant plus largement et plus clairement celle-ci en dehors des cadres concurrentiels, comme c'est le cas pour la quasi-régie (A). Les conditions de sa mise en oeuvre permettent quant à elles de souligner les contours précis de la coopération institutionnalisée que peut être la quasi-régie conjointe. On y trouve notamment la condition d'influence individuelle minimum (B).

---

[625] Voy. notamment les arrêts :

- CJUE, gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.,* Conclusions V. TRISTENJAK : *ECLI:EU:C:2012:817* : *JCP A* 2013, n° 3, p. 24-30, note F. Tesson ; *Europe* 2013, n° 2, p. 32-33, note D. Simon ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *Rec. Dalloz Sirey* 2013, n° 5, p. 309, note D. Capitant ; *CMP* 2013, n° 3, p. 19-20, note W. Zimmer ; *AJDA* 2013, n° 11, p. 630-634, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2013, n° 2, p. 183-185, note A. Sée ; *RDI* 2013, n° 4, p. 213-214, note R. Noguellou ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 346-349, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA61-NA64, note D. McGowan ; *Public Procurement Law Review* 2013 p.225-235, note E. Olsson ;
- CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2013:38 : CMP* 2013, n° 8-9, p. 11-12, note W. Zimmer ; *Europe* 2013, n° 8, p. 32, note D. Simon ; *AJDA* 2013, n° 30, p. 1750-1754, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats publics* 2013, n° 136, p. 70-74, note M. Noël et G. Minaire ; *JCP A* 2013, n° 41, p. 33-36, note F. Linditch ; *RLCT* 2013, n° 95, p. 60-64, note S. Elie ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 496-497, note A. L. Durviaux ; *CMP* 2013, n° 8-9, p. 1-2, chron. F. Llorens et P. Solers-Couteaux ;
- et CJUE, 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, Conclusions N. WAHL : *ECLI:EU:C:2013:416* : *CMP* 2013, n° 8-9, p. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; *Contrats Publics* 2013, n° 135, p. 13-14, note S. Chavarochette-Boufferet ; *Contrats publics* 2013, n° 136, p. 70-74, note M. Noël et G. Minaire ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 498, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA158-NA160, note D. McGowan.

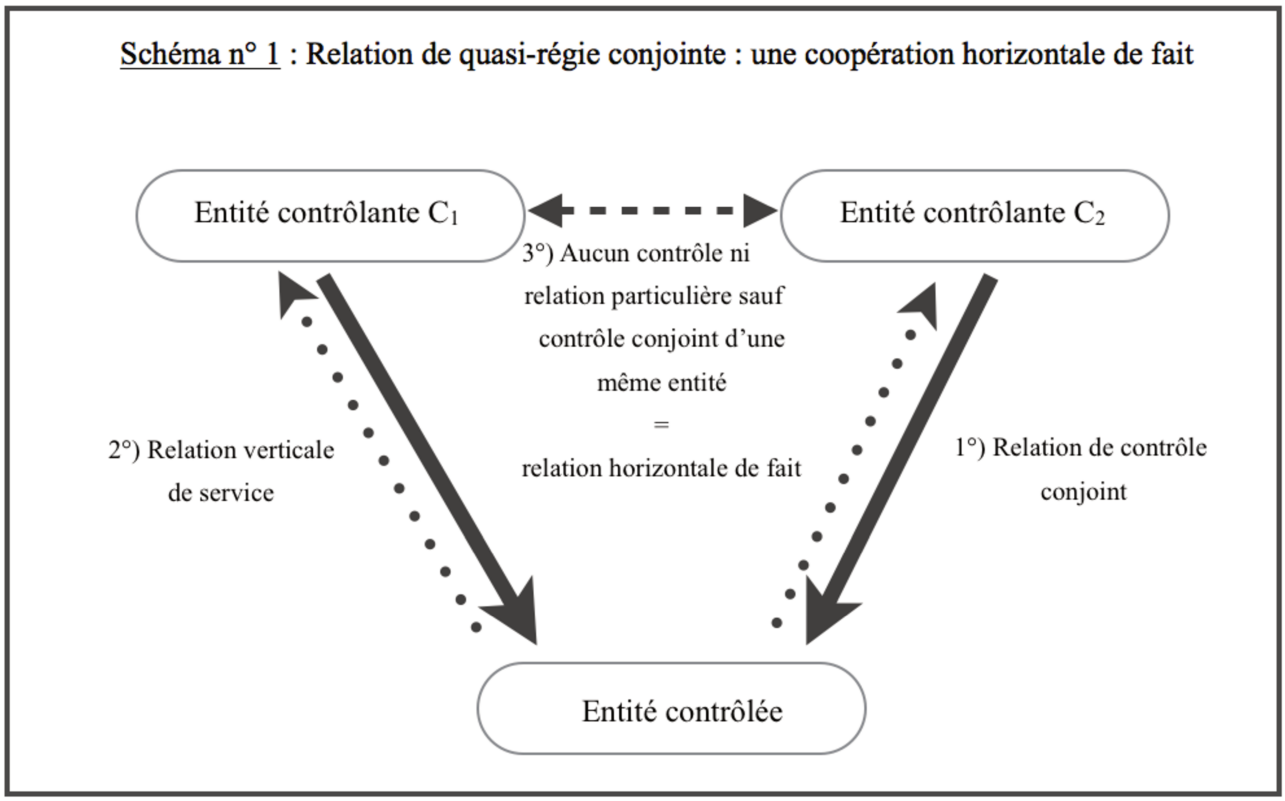
## A) Une nouvelle exception de coopération public-public

Une nouvelle exception aux obligations de transparence et de mise en concurrence de la commande publique voit le jour lorsque la Cour consacre dans un arrêt de grande chambre *Commission c/ Allemagne (ville de Hambourg)* du 9 juin 2009[626] les conditions d'exonération de la mise en concurrence des coopérations public-public qui ne prennent pas la forme d'une entité propre. Cette exception de coopération public-public est très proche de celle de la quasi-régie à plusieurs actionnaires, puisqu'elle permet à plusieurs collectivités d'organiser conjointement leurs activités. Les théoriciens, repris dans les travaux de la Commission, la présentent parfois comme une coopération horizontale, à l'opposé de la coopération verticale que permettrait la relation de quasi-régie[627]. Cela pose néanmoins des problèmes de logique, car du point de vue de la coopération public-public, la quasi-régie permet de coopérer *entre* collectivités publiques et non pas entre la collectivité et la quasi-régie. Si techniquement la quasi-régie contrôlée conjointement n'est pas forcément créée dans un but explicite de coopération, il n'en reste pas moins que l'utilisation d'une quasi-régie conjointe aboutit à une coopération de fait, comme on peut le voir sur le schéma n° 1.

---

626 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.*

627 Commission européenne, *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 »)*, SEC(2011) 1169 final du 4 octobre 2011 : § 3.3.2.




Si la coopération publique regroupe les formes institutionnalisées et non-institutionnalisées de coopération par ses conséquences (l'absence de soumission aux obligations de concurrence), ces deux formes se distinguent toutefois par leurs conditions distinctes pour déclencher l'exception européenne.

L'exception de coopération public-public non-institutionnalisée est plus difficile à accepter pour le droit communautaire que l'exception de quasi-régie. En premier lieu, le lien de subordination rappelant l'exception offerte aux entreprises de sous-traitance dans les directives[628], et dont la logique pouvait jouer pour les quasi-régies[629], n'existe pas dans ce cas. De plus, le droit européen a déjà par le passé expressément indiqué que les contrats de commande publique entre collectivités publiques doivent être soumis aux principes généraux des traités européens et aux directives marché public[630].

---

628 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, articles 13, 14 et 42 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, *préc.*, articles 63 et 71 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, articles 79 et 88.

629 *Cf supra*.

630 CJCE, 13 janvier 2005, aff. C-84/03, *Commission c/ Espagne, Rec.* p. I-139, § 33-40 : *Europe* 2005, n° 87, p. 21, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 3, p. 24-27, note W. Zimmer ; *Public Procurement Law Review* 2005, p. NA78-79, note M. Dischendorfer ; *Revista de Administración Pública* 2005 nº 168 p.167-185, note M. A. Bernal Blay.

Les points communs avec l'exception de quasi-régie sont toutefois nombreux. D'un point de vue économique, une quasi-régie conjointement contrôlée peut être considérée comme un véhicule de coopération public-public. Le terme de coopération, « oeuvre collective fondée sur la l'association dans le travail et la répartition des bénéfices entre les producteurs »[631], prend en effet un sens particulier en science administrative lorsqu'il décrit l'association de deux collectivités publiques qui agissent dans un but commun[632]. Différentes traditions nationales européennes considèrent « hors marché » de telles coopérations que la jurisprudence européenne, en interprétant très restrictivement le droit européen sur ce point, n'avait pas manqué de perturber[633].

L'arrêt de grande chambre de la Cour de justice du 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande*[634] (service de transport d'urgence en ambulance), évoqué *supra*, ouvrait une première brèche dans les positions ultra-concurrentielle de la Commission en exonérant de mise en concurrence une entité obligée légalement de fournir des prestations à une autre.

Un deuxième arrêt de grande chambre, *Commission c/ Allemagne (ville de Hambourg)* du 9 juin 2009[635] marque lui une véritable rupture avec l'exception de la quasi-régie. Cet arrêt revient clairement sur l'interprétation extrêmement large de la notion de contrat de commande publique entre deux autorités publiques, et qui entraînait une mise en concurrence dans la plupart des cas[636]. Comme le remarque Florian LINDITCH, la Cour cette fois « se contente de poser de façon toute prétorienne les jalons d'une nouvelle exception, sans le détour d'une quelconque fiction

---

631 D'après le Trésor de la Langue Français Informatisé publié par le CNRS et l'université de Lorraine [http://atilf.atilf.fr/ : consulté le 30 janvier 2017]

632 Voy. par ex. CROZIER, Michel, « Esquisse d'une théorie générale de l'action administrative », *in* AUBY, Jean-Marie, *et alii* (dir.), *Traité de science administrative,* Paris : Mouton, 1966, p. 779. Voy. aussi, pour une vision juridique française : UNTERMAYER-KERLEO, Elise, « Les 'contrats' entre personnes publiques sont-ils des contrats ? », *AJDA* 2013, p. 843 et s.

633 Voy. notamment Commission européenne, *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 »)*, SEC(2011) 1169 final du 4 octobre 2011 : § 1.

634 CJCE, gde ch., 18 décembre 2007, aff. C-532/03, *Commission c/ Irlande (service de transport d'urgence en ambulance), Rec.* p. I-11353.

635 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec.* p. I-4747, conclusions Jan MAZAK : *JCP-A* 2009, n° 27, p. 39-42, note Ph. Proot ; *CMP* 2009, n° 7, p. 25-28, note H. Hoepffner ; *LPA* 2009, n° 151, p. 10-21, note J.-M. Glatt ; *Europe* 2009, n° 8, p. 23-24, note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 9, p. 469-470, note R. Noguellou ; *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *RLCT* 2009, n° 50, p. 55-58, note Ch. Mondou ; *RDUE* 2009, n° 3, p. 570-574, note B. Pirker ; *JCP-A* 2009, n° 44, p. 2248, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, n° 670, p. 23-25, note A. Santamaria Dacal ; *JCP-G* 2010, n° 13, p. 662-664, note A. Chaminade.

636 CJCE, 13 janvier 2005, aff. C-84/03, *Commission c/ Espagne, Rec.* p. I-139, § 33-40 : *Europe* 2005, n° 87, p. 21, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 3, p. 24-27, note W. Zimmer ; *Public Procurement Law Review* 2005, p. NA78-79, note M. Dischendorfer ; *Revista de Administración Pública* 2005 nº 168 p.167-185, note M. A. Bernal Blay.

juridique »[637]. D'autres commentateurs s'interrogent même sur l'opportunité de cette nouvelle exception[638]. Les conclusions de l'Avocat général sous cet arrêt vont d'ailleurs dans le sens d'une application stricte de la jurisprudence jusque-là entretenue sur le *in house*[639], et rejettent la demande de l'Allemagne de considérer la situation comme hors marché. Prenant le contre-pied de son Avocat général, la Cour de justice découvre, dans sa formation la plus solennelle, une nouvelle exception qui paraît plus générale que celle de la jurisprudence *Teckal*[640], et qui pourrait sans doute l'englober, comme « deux manifestations d'une seule et même exception »[641].

En effet, dans cette affaire *Ville de Hambourg* la Cour reprend la formulation de l'arrêt *Stadt Halle* qui indique que l'exception des fournitures *in house* n'est pas forcément la seule circonstance dans laquelle l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire « même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte » du pouvoir adjudicateur[642]. Les juges européens, dans leur formation la plus solennelle, acceptent l'argumentation de la République allemande selon laquelle le « droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une formule juridique particulière »[643]. Et donc, que le recours à une entité de quasi-régie n'est pas nécessaire pour faire fonctionner l'exception de coopération public-public dont découle l'exception de quasi-régie — ce que soutenait la Commission[644]. Elle émet cependant plusieurs conditions cumulatives à cette nouvelle exception, qui prennent la forme plus d'un faisceau d'indices que des conditions à strictement parler[645]. Ces

---

637 LINDITCH, Florian, « La Cour de justice des Communautés accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération », *JCP A* 2009, n° 44, note 2248.

638 Voy. DREYFUS, Jean-David, « La coopération intercommunale renforcée par la CJCE ? », *AJDA* 2009, p. 1715 et s.

639 Conclusions Jan MAZAK sous CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 42-48.

640 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

641 PLATON, Sébastien, MARTIN, Sébastien, « L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1138.

642 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, Rec. p. I-1, § 48.

643 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 47.

644 *Ibidem,* § 46.

645 DREYFUS, Jean-David, RODRIGUES, Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? » *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721.

conditions sont ensuite reprises dans plusieurs arrêts ultérieurs[646] avant d'être inscrites dans les directives européennes marché public et concessions de 2014[647] avec très peu d'altérations.

## B) Les points communs et différences avec l'exception de quasi-régie

Si une partie de ces conditions correspond à celles de la quasi-régie, d'autres s'en éloignent et soulignent ainsi le caractère particulier de cette coopération non-institutionnalisée.

Certains points sont communs avec l'exception de quasi-régie. Tout d'abord, la Cour réaffirme la liberté des collectivités de s'organiser[648], qui était présentée dans l'arrêt *Stadt Halle*[649]. Elle souligne néanmoins au même point le caractère exceptionnel de ces exceptions au regard de l'objectif européen principal de libre concurrence[650], ce qui justifie l'encadrement de cette exception par des conditions strictes.

Deuxième point commun, ces coopérations doivent se faire en l' « absence de participation d'une partie privée »[651]. Les directives de 2014 précisent même que les activités de cette coopération ne doivent pas être réalisées à plus de 20% sur le marché concurrentiel[652], ce qui est l'exact miroir de la condition sur les activités pour les quasi-régies. Cette condition vise à exiger la neutralité de l'accord par rapport au secteur privé, et à ne pas mettre de prestataire privé en situation privilégiée[653]. Dans le même ordre d'idée, la Cour ajoute de façon quelque peu superfétatoire dans

---

646 Voy. notamment les arrêts CJUE, gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.,* Conclusions V. TRISTENJAK : ECLI:EU:C:2012:817 ; CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2013:38* ; et CJUE, 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, Conclusions N. WAHL : ECLI:EU:C:2013:416.

647 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

648 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 47.

649 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, *préc.*, § 48.

650 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 47.

651 *Ibidem,* § 44.

652 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

653 CJUE, gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., préc.,* § 35 et 38 ; CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH, préc.,* § 37 et 40 ; et CJUE, 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo, préc.,* § 44 et 55.

l'arrêt *Ville de Hambourg* que l'accord ne doit pas être un « montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics »[654], ce qui est plus une limite juridique générale (le respect de l'esprit de la loi) qu'une condition.

Les points communs sont donc la liberté des collectivités de s'organiser et l'absence de participation privée. Ils forment le cadre commun de l'exception de coopération public-public. Les points divergents mettent en valeur les avantages et les désavantages du recours à une coopération institutionnalisée ou non.

Première différence, la coopération de type *Commission c/ Allemagne* n'est pas institutionnalisée, c'est-à-dire qu'elle ne nécessite pas l'intermédiaire d'une entité juridique tierce. Certains auteurs la qualifient à ce titre de coopération « fonctionnelle »[655]. Les multiples sens de ce terme en droit[656] ne nous paraissent néanmoins pas plaider pour l'utilisation de celui-ci mais plutôt pour celle de coopération non-institutionnalisée[657].

Deuxième différence, liée à la première, la condition de contrôle analogue ou d'influence déterminante n'existe pas pour la coopération non-institutionnalisée. Il peut s'agir de collectivités libres et sans rapport à première vue les unes avec les autres.

Toutefois, les collectivités ne doivent pas être totalement sans rapport entre elles puisque la coopération non-institutionnalisée doit avoir « pour objet d'assurer la mise en oeuvre d'une mission de service public » commune[658]. Il s'agit là d'une différence très notable. Cette condition est réaffirmée clairement dans les directives de 2014, pour lesquelles un tel contrat doit établir « une coopération […] dans le but de garantir que les services publics dont [ces pouvoirs publics] doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun »[659]. Les quasi-régies ne sont elles, visiblement pas soumises à une telle exigence. Elles sont donc en théorie autorisées pour gérer des compétences qui ne sont pas communes entre les collectivités. Le cas

---

654 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 48.

655 HOEPFFNER, Hélène, « Mise en concurrence et intercommunalité », *CMP* 2009, n° 7, comm. 226.

656 Cf. TUSSEAU, Guillaume, « Critique d'une méta-notion fonctionnelle, La notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641 et s. ; et FORTSAKIS, Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1987, p. 315 et s.

657 Commission européenne, *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 »)*, SEC(2011) 1169 final du 4 octobre 2011.

658 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 37.

659 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

typique est une société chargée de la gestion de l'eau potable et de l'assainissement créée entre une collectivité responsable de l'eau et une autre de l'assainissement. Le cas ne serait pas possible dans une coopération non-institutionnalisée.

Quatrième différence, qui complète la précédente, les relations (notamment financières) entre les collectivités doivent être « uniquement régie[s] par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »[660]. Les directives 2014 reprennent une formulation encore plus nette : « la mise en oeuvre n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public »[661]. Par conséquent, en comparaison, les coopérations institutionnalisées ne paraissent pas soumises à une telle condition. Leurs relations financières, par l'entremise de l'entité de quasi-régie, pourraient donc, en théorie, prendre la forme de relations capitalistes ou financières intéressées, et non désintéressées, par exemple la gestion d'un fond d'investissement fonctionnant sur les mêmes principes qu'un fond privé.

L'examen de la Cour de justice est donc beaucoup plus important dans le cadre d'une coopération non-institutionnalisée, car il incorpore une condition de finalité : l'intérêt public. Or, cette notion très discutée[662] est tellement plastique qu'elle permet surtout aux juges d'exercer un contrôle beaucoup plus approfondi que lorsque les conditions sont purement matérielles. Elle permet d'exercer un contrôle sur ce que le juge européen considère comme relevant ou non de l'intérêt public — et de plus, non seulement sur les finalités, mais aussi sur les échanges entre les collectivités. Le tableau n° 1 en résume la situation.

*Tableau n° 1 : Points communs et différences entre coopération institutionnalisée et non-institutionnalisée*

| | **Coopération institutionnalisée** | **Coopération non-institutionnalisée** |
|---|---|---|
| **1. Forme juridique de la coopération** | entité tierce détenue conjointement | contrat direct entre deux pouvoirs adjudicateurs |
| **2. Relation entre les entités** | influence déterminante des pouvoirs adjudicateurs sur l'entité tierce exigée | pas de relations particulières exigées |

660 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 47.

661 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

662 Voy. notamment la récente thèse de Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, *L'intérêt public local,* Paris : Dalloz, 2016, 558 p.

| | Coopération institutionnalisée | Coopération non-institutionnalisée |
|---|---|---|
| **3. Objet de la coopération** | non précisé | assurer en commun une mission de service public dont ils ont la charge |
| **4. Moyens de la coopération** | non précisés | la mise en oeuvre n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public |
| **5. Participation des personnes privées** | interdite (sauf exceptionnellement si aucune influence et aucun avantage) | interdite |
| **6. Impact sur le marché concurrentiel** | 20% maximum des activités peuvent être réalisées sur le marché concurrentiel | 20% maximum des activités peuvent être réalisées sur le marché concurrentiel |
| **7. Mise en concurrence et transparence** | pas de mise en concurrence ni transparence nécessaires | pas de mise en concurrence ni transparence nécessaires |

Un arrêt de grande chambre du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* démontre d'ailleurs l'étendue du contrôle plus restreint porté sur les coopérations non-institutionnalisées[663]. Dans cet arrêt, un contrat entre une agence sanitaire et une université publique ayant pour objet l'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières publiques n'est pas reconnu comme une mission commune entre les deux entités. Les activités en cause, selon le juge européen, « ne s'apparentent […] pas à la recherche scientifique » et correspondent à des activités « généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes ». L'éloignement de l'objet du contrat de la mission principale de recherche scientifique de l'université — mission visiblement déterminée par le juge — aboutit à la conclusion que le contrat aurait du être ouvert à la concurrence[664]. Dans une autre instance, une même réponse est fournie quant aux activités de conseil sur l'élaboration de plans d'urbanisme et de reconstruction suite à un séisme confiées par

663 CJUE, gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.,* Conclusions V. TRISTENJAK : ECLI:EU:C:2012:817 : *JCP A* 2013, n° 3, p. 24-30, note F. Tesson ; *Europe* 2013, n° 2, p. 32-33, note D. Simon ; *Contrats pub.* 2013, n° 129, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *D.* 2013, n° 5, p. 309, note D. Capitant ; *CMP* 2013, n° 3, p. 19-20, note W. Zimmer ; *BJCP* 2013, n° 87, p. 119-129, conclusions V. Trstenjak ; *AJDA* 2013, n° 11, p. 630-634, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2013, n° 4, p. 213-214, note R. Noguellou ; *Concurrences* 2013, n° 2, p. 183-185, note A. Sée ; *AJDA* 2012, p. 2407, note D. Poupeau ; *Public Procurement Law Review* 2013, p. NA61-NA64, note D. McGowan ; *Public Procurement Law Review* 2013, p. 225-235, note E. Olsson.

664 *Ibidem,* § 37.

des communes à des universités publiques[665]. Dans une autre illustration de ce pouvoir des juges de déterminer ce qui est ou non mission commune de service public, les juges européens ont pu établir une distinction entre activités principales de service et les activités accessoires à cette mission. Ainsi, les activités de nettoyage de bureaux d'une administration ne sont pas considérées par ceux-ci comme une mission commune de service public et, à ce titre, délégable à une autre collectivité sans mise en concurrence ni transparence[666].

Cette différence importante entre les deux types de coopération public-public[667] semble donc *a priori* avantager l'utilisation de la quasi-régie lorsque l'intérêt public de l'activité ou son caractère commun n'est pas évident. À l'inverse, la coopération non-institutionnalisée n'est pas soumise aux conditions de contrôle conjoint. Or, l'interprétation stricte de ces conditions peut rétablir l'équilibre entre ces deux formes de coopération public-public.

## II. Un contrôle conjoint autorisé à condition d'être individuellement effectif

Presqu'au même moment où les conditions de la coopération non-institutionnalisée sont indiquées par la Cour de justice dans l'arrêt *Ville de Hambourg*[668], les conditions de la coopération institutionnalisée sont elles explicitées plus clairement dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008[669]. Le contrôle conjoint, y compris la prise de décision à la majorité des actionnaires, est à

---

665 CJUE, 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, Conclusions N. Wahl : ECLI:EU:C:2013:416 : *CMP* 2013, n° 8-9, p. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; *Contrats publics* 2013, n° 135, p. 13-14, note S. Chavarochette-Boufferet ; *CMP* 2013, n° 136, p. 70-74, note M. Noël et G. Minaire ; *RTDE* 2014, n° 2, p. 498, note A. L. Durviaux.

666 CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2013:38* : *CMP* 2013, n° 8-9, p. 11-12, note W. Zimmer ; *Europe* 2013, n° 8, p. 32, note D. Simon ; *AJDA* 2013, n° 30, p. 1751, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-A* 2013, n° 41, p. 33-36, note F. Linditch ; *RLCT* 2013, n° 95, p. 60-64, note S. Elie ; *RTDE* 2014, n° 2, p. 496-497, note A. L. Durviaux ; *CMP* 2014, n° 8-9, p. 1-2, comm. F. Llorens et P. Solers-Couteaux.

667 Commission européenne, *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 »)*, SEC(2011) 1169 final du 4 octobre 2011.

668 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.*

669 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec*. p. I-8457, conclusions Verica TRSTENJAK : *AJDA* 2008, n° 42, p. 2336 ; *Europe* 2009, n° 1, p. 24-25 note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 2, p. 115-116, note R. Noguellou ; *Dr. Adm.* 2009, n° 2, p. 19-22, note R. Caranta ; *CMP* 2009, n° 2, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2009, n° 2, p. 62-66, note R. Schwartz ; *Journal de Droit européen* 2009, n° 156, p. 48-49, note J.-M. Wolter.

partir de cette date explicitement autorisé (A) à condition que les actionnaires minoritaires puissent effectivement participer individuellement au contrôle (B), et que leurs intérêts soient préservés (C).

## A) Les fondements du contrôle analogue conjoint : la justification de la non-concurrence

Nous avons déjà montré comment la théorie du contrôle analogue se basait implicitement puis explicitement sur le lien particulier qui existe entre une collectivité publique et une entité qu'elle contrôle entièrement, et qui justifie dans de nombreuses traditions nationales l'absence de mise en concurrence et de transparence. Nous avons aussi démontré que cette justification passait par la notion de contrôle analogue, alors que ce terme est mal adapté pour décrire le lien existant. Le terme d'influence déterminante sur les objectifs et les décisions semble plus adapté à décrire une telle situation, mais reste peu utilisé au profit de celui de contrôle analogue. Or, cette formulation se révèle d'autant plus inadaptée au cas des entités contrôlées par plusieurs collectivités.

En effet, une portion de contrôle ne peut, pas définition, être analogue au contrôle entier exercé sur une entité détenue entièrement, encore moins au contrôle exercé sur les services internes des collectivités. La Cour de justice, au lieu de simplifier son explication et clarifier sa justification en abandonnant le concept de contrôle analogue, continue néanmoins de l'employer, au départ à travers l'usage d'une fiction juridique. L'arrêt *Coditel Brabant* tout d'abord, parle de « considérer »[670] le contrôle collectif comme un contrôle analogue. L'arrêt *Econord,* du 29 novembre 2012[671], quant à lui, ne renouvelle pas cette précaution sémantique puisqu'il indique directement que dans la jurisprudence européenne « le 'contrôle analogue' peut être exercé conjointement […] sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement pour chacune d'elles »[672]. Le concept d'analogie est là étiré à son maximum, et ne semble plus recouvrir

---

[670] *Ibidem,* § 41 : « le contrôle exercé […] par les autorités publiques affiliées à une telle société coopérative intercommunale sur les décisions prises par celle-ci peut être **considéré comme** permettant à ces autorités d'exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services » (c'est nous qui soulignons).

[671] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

[672] *Ibidem,* § 28.

de réalité concrète. Il est pourtant repris *expressis verbis* par le législateur européen dans les directives marchés publics et concessions de 2014[673].

Sur le fond, un contrôle collectif analogue pose plusieurs problèmes. Notamment, le lien particulier entre les collectivités et les entités qui justifiait l'exception de quasi-régie peut être sérieusement mis à mal dans des cas où une collectivité est minoritaire dans les instances de direction de l'entité (et où elle ne possède pas de pouvoir de veto). Or, les arrêts *Coditel Brabant*[674] et *Sea Srl* du 10 septembre 2009[675] autorisent expressément les prises de décision à la majorité dans les instances dirigeantes[676]. Cela signifie que la collectivité minoritaire peut ne pas être d'accord mais se voir imposer la volonté d'une ou plusieurs autres collectivités majoritaires dans les instances d'une entité qui est sa quasi-régie. Où résiderait la réalité d'un contrôle analogue dans ce cas ? Grégory KALFLECHE, remarque à ce sujet que si le « contrôle collectif est indispensable si l'on ne veut pas trop limiter les hypothèses de quasi-régie »[677], il porte en lui-même un vice lié à cette division possiblement infinie du contrôle entre les actionnaires.

Malgré la reconnaissance explicite d'un contrôle analogue collectif pour justifier le lien particulier qui lient les collectivités à leur quasi-régie, il semble que le juge européen exige véritablement, une fois la possibilité d'une quasi-régie admise, l'existence d'une implication individuelle forte de l'actionnaire prétendant à une relation de quasi-régie.

## B) La contrepartie du contrôle conjoint : l'exigence concrète d'une influence déterminante individuellement effective

Une exigence d'effectivité est ajoutée au contrôle conjoint. Selon la formule de l'arrêt *Coditel Brabant* : « il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais

---

673 L'exception joue lorsque « le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ». Cf. Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

674 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, préc.*

675 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127 : *CMP* 2009, n° 10, p. 15-17, note W. Zimmer ; *JCP-A* 2009, n° 43, p. 27-34, note C. Devès ; *Europe* 2009, n° 11, p. 24-26, note D. Simon ; *AJDA* 2009, n° 40, note R. Sermier et D. Epaud.

676 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec.,* § 51 ; CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.,* § 60.

677 KALFLECHE, Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », *RDFA* 2012, p. 1120.

il n'est pas indispensable qu'il soit individuel »[678]. Il n'est pas évident à la lecture de cette formule, réitérée dans l'arrêt *Sea Srl*[679], que les collectivités publiques sont tenues d'exercer individuellement un contrôle sur l'entité en cause. Logiquement, à partir du moment où la Cour décide de reconnaître que le contrôle analogue peut s'étendre à des situations où le contrôle est collectif, ce qui est paradoxal en soi et étend largement l'interprétation de l'exception *in house*, la jurisprudence aurait pu en rester là. Cela aurait néanmoins eu pour conséquence de faire échapper aux obligations de mise en concurrence et de transparence de nombreuses activités, puisqu'il aurait suffi à une collectivité de se rattacher purement symboliquement à une entité entièrement publique pour lui confier des activités sans mise en concurrence.

Des cas d'actionnaires ultra-minoritaires ont été exemplifiés dans les arrêts *Coname* du 21 juillet 2005[680] (0,97% du capital) et *Asemfo* du 19 avril 2007[681] (environ 2% du capital divisés en quatre actionnaires). Tandis que dans la première affaire le contrôle avait été reconnu comme trop faible pour être analogue, dans la deuxième, vues les circonstances de l'affaire, le juge européen a reconnu une situation de contrôle analogue. La situation jurisprudentielle n'était donc pas claire entre une position souple (contrôle conjoint à nombre illimité de participants) et une position dure (pas de contrôle analogue pour les actionnaires minoritaires). L'arrêt *Coditel Brabant* tranche cette hésitation, et reconnaît à un actionnaire minoritaire disposant d'une minorité confortable (environ 16% du capital), le bénéfice de l'exception de quasi-régie. Sa position est encore clarifiée dans l'arrêt *Econord*[682] au travers duquel une collectivité très minoritaire (entre 1 et 19 actions sur 173.785) avec très peu de possibilités d'influence dans les procédures de décisions se voit refuser le bénéfice de l'exception *in house*. Pour atteindre une position équilibrée, « un certain resserrement » des conditions du contrôle conjoint selon l'expression de Jean-David DREYFUS[683], le juge européen choisit de mobiliser encore une fois un vocabulaire plutôt vague, avec la notion de contrôle

---

678 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, préc.,* § 46.

679 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, préc.* : § 55 : « la jurisprudence n'exige pas que le contrôle exercé sur la société adjudicataire dans un tel cas soit individuel ».

680 CJCE, gde ch., 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti : R.* p. I-7287 ; conclusions Christine STIX-HACKL ; *Europe* 2005, n° 10, p. 23, note L. Idot ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 11, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *AJDA* 2005, n° 43, p. 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney, et N. Charbit ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet.

681 CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *R* p. I-2999.

682 CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, préc.*

683 DREYFUS, Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *AJDA* 2013, p. 178.

effectif[684]. Ce qui est sûr, c'est que ce concept n'est pas, comme on pourrait le comprendre à première vue, uniquement un contrôle effectif vérifié de façon collective, mais qu'il s'agit bien d'une condition à remplir individuellement. Il s'agit donc plutôt d'une influence individuelle effective à démontrer, le terme contrôle étant ici mal adapté pour un actionnaire minoritaire par exemple.

En effet, si la formulation peut parfois surprendre — et notamment dans les directives de 2014[685] — le contrôle effectif est en réalité une influence individuelle. Il est important selon nous de distinguer le lien particulier collectif qui justifie théoriquement l'absence de mise en concurrence (le contrôle collectif), et l'influence individuelle à démontrer dont le but est de limiter les situations d'abus. Il semble que les juges européens n'ont sur ce point pas tiré toutes les conséquences de leurs choix et mélangent l'une et l'autre condition. Ainsi, dans l'arrêt *Econord,* la Cour indique qu'un actionnaire minoritaire ne possédant aucune possibilité de participer au contrôle de l'entité « ne prendrait aucunement part à l'exercice du 'contrôle analogue' sur cette entité »[686], ce qui souligne que le contrôle analogue s'exerce collectivement sur l'entité, mais que les actionnaires minoritaires par une absence de contrôle pourraient annuler ce contrôle. Or, la relation de contrôle analogue se vérifie concrètement devant les tribunaux par rapport à la situation de l'entité vis-à-vis d'un seul co-contractant actionnaire, et non de l'ensemble des actionnaires. Il est donc juridiquement inadéquat de parler de contrôle *analogue collectif*, car celui-ci n'a aucune conséquence juridique descriptible. C'est le contrôle individuel de chaque actionnaire qui est passé au crible du « contrôle analogue ».

Les arrêts *Coditel Brabant* et surtout *Econord* présentent les exigences pratiques de cette vérification individuelle. Cette condition d'effectivité doit se traduire, selon l'arrêt *Econord,* par une participation de chaque collectivité « tant au capital qu'aux organes de direction »[687] de l'entité. Les directives marchés publics et concessions de 2014 se montrent toutefois sur ce point plus souples, puisqu'elles admettent que plusieurs collectivités puissent être représentées par une même personne

---

[684] D'après le Trésor de la Langue Français Informatisé publié par le CNRS et l'université de Lorraine [http://atilf.atilf.fr/ : consulté le 30 janvier 2017] effectif signifie « qui existe réellement », ou « dont on peut vérifier la réalité ».

[685] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

[686] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, préc.* : § 31.

[687] *Ibidem,* § 33.

dans les organes décisionnels, et que l'influence décisive soit conjointe[688]. Il ne nous est pas possible de connaître à l'avance quelle interprétation la Cour tirera de cette formulation, toutefois, comme ses conditions jurisprudentielles sont elles-mêmes vagues, il est fort probable à notre sens qu'elle continue d'exiger un contrôle décisif individuel de chaque collectivité. Autrement, elle reviendrait sur les limites qu'elle fixait au contrôle conjoint afin de ne pas le « vider de son sens », selon ses propres mots[689]. En sus de cette exigence, comme une sorte de dernier garde-fou garantissant un lien privilégié entre collectivité et quasi-régie, les directives ont imposé que les intérêts des deux entités ne soient pas incompatibles.

## C) Un garde-fou supplémentaire : la réserve d'intérêts compatibles entre collectivités et quasi-régie

Un dernier garde-fou qui concerne uniquement les quasi-régies détenues conjointement est mis en place dans les directives marchés publics et concessions de 2014. Pour celles-ci en effet, il est nécessaire — outre l'existence d'un contrôle analogue démontré par une influence déterminante et une activité essentiellement dédiée aux actionnaires — que « la personne morale concernée ne [poursuive] pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent »[690]. Cette exigence paraît aller au-delà du nécessaire et de ce qui existait déjà concernant les quasi-régies. Elle risque de faire tomber le contrôle des quasi-régies conjointes dans un contrôle subjectif de finalité, comme c'est déjà le cas pour les coopérations non-institutionnalisées[691].

Une telle exigence n'était pas retenue dans les arrêts *Coditel Brabant* ou *Econord,* bien que dans le premier la Cour avait effectivement noté que la loi belge interdisait aux entités intercommunales de « [poursuivre] aucun intérêt distinct de celui des autorités qui lui sont

---

[688] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

[689] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, préc.* : § 30.

[690] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

[691] Voy. Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28 ; et CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 37.

affiliées »[692]. Cet argument ne jouait néanmoins que comme l'un des indices de la vocation de marché de l'entité, et propre à l'affaire, et non comme une condition à part entière, ce qu'elle devient avec les directives de 2014.

Il est vrai aussi que l'arrêt *Stadt Halle* justifiait déjà l'exception de la quasi-régie par la liberté que détiennent les collectivités publiques « d'accomplir les tâches d'intérêt public qui leur incombent »[693] par leurs propres moyens, sans avoir besoin de faire appel au secteur privé. Cette formulation, immanquablement reprise *in extenso* dans les jurisprudences ultérieures, peut faire penser qu'il existe une condition relative au but des quasi-régies, que celles-ci ne pourraient avoir d'activité que d'intérêt public. Ce n'était toutefois pas le cas, puisque cette formulation ne se traduisait pas dans les conditions juridiques exigées pour reconnaître une quasi-régie. On pouvait donc en conclure qu'elle n'avait pas de conséquence juridique. Elle n'est d'ailleurs pas reprise comme telle par les directives de 2014[694], puisque la nouvelle condition relative aux intérêts ne vise qu'une compatibilité d'intérêts entre les actionnaires et la quasi-régie, et rien n'est dit de la nature ou de la visée de ceux-ci. Une telle formulation instillait néanmoins le doute. Il peut être levé en considérant que cette formule vise uniquement à assurer un nouveau droit (la liberté des collectivités publiques) et non à instaurer une condition (relative à l'utilisation de la quasi-régie).

Il est toutefois compréhensible que le législateur européen ait pu instituer une telle condition pour les coopérations institutionnalisées afin de protéger les actionnaires des quasi-régies, spécialement les petits. Cette nouvelle condition permet en effet tout d'abord de restreindre l'activité des quasi-régies dans le sens d'une meilleure subordination à la volonté de leurs actionnaires. De plus, elle permet de s'assurer que les petits actionnaires ne puissent pas être gravement floués par de grands actionnaires qui détourneraient l'outil et agiraient dans un sens contraire aux intérêts des petits.

Cependant la réapparition sous une autre forme d'un contrôle de finalité interroge sur la capacité donnée aux juges européens de juger subjectivement ce contentieux. Ce garde-fou, en souhaitant limiter les conséquences excessives possibles de la jurisprudence, donne toujours plus de pouvoir au juge, mais aussi aux acteurs juridictionnels en général, qui peuvent désormais invoquer valablement la méconnaissance de cette condition devant le juge. Néanmoins, la formulation semble

---

692 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, préc.,* § 38.

693 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, *préc.*, § 48.

694 Comp. Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

plus légère que celle qui s'impose aux coopérations non-institutionnalisées[695] : il ne s'agit que d'un contrôle d'incompatibilité des intérêts[696]. Le terme d' « intérêts »[697] laisse néanmoins une large marge d'interprétation aux juges. Le contrôle de la finalité des coopérations institutionnalisées à travers cette clause paraît ouvrir une possibilité aux juges européens de réaliser un contrôle subjectif sur les activités prises en charge. Une telle possibilité entraînerait des incertitudes juridiques importantes sur les activités que les quasi-régies peuvent prendre ou non en charge. Toutefois, à l'inverse de cette condition possiblement restrictive, les directives de 2014 autorisent aussi des schémas de coopération que la Cour n'avait pas considéré comme compatibles avec la théorie de la quasi-régie : l'attribution de contrats sans concurrence entre quasi-régies « soeurs », et plus généralement entre entités parentes.

## Conclusion de la section 2 : La multiplication des types de coopérations publiques

L'évolution jurisprudentielle et législative a démontré que les quasi-régies détenues conjointement, si elles étaient les premières, n'étaient pas les dernières exceptions de coopération publique. Elles en représentent désormais la forme institutionnalisée, qui s'oppose par de nombreuses bien que relativement faibles différences, aux formes non-institutionnalisées. Les points communs sont néanmoins plus fort, et peuvent poser la question de l'intérêt de conserver certaines des critères différents qui peuvent paraître dans un cas restreignant et dans l'autre libérateur, alors que le but, la coopération publique, reste le même. Surtout que les exceptions ont connu un développement exponentiel grâce à l'imagination du législateur, qui s'est penché sur le

---

695 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28 ; et CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), préc.,* § 37.

696 Incompatible signifie que deux objets « ne peuvent coexister » (*TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, http://www.atilf.fr/tlfi, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, consulté le 1er janvier 2017), or deux intérêts peuvent coexister qui ont des buts différents. Il s'agit donc d'un rapport très lâche. Sur la particularité du rapport de compatibilité en droit, voy. notamment : BERGE, Jean-Louis, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *JDI* 2013, n° 1, p. 3-25 ; et pour un exemple en droit français : FAVRET, Jean-Marc, « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », *AJDA* 2001, p. 727-730.

697 Selon le Trésor de la Langue Français Informatisé publié par le CNRS et l'université de Lorraine [http://atilf.atilf.fr/ : consulté le 30 janvier 2017] l'intérêt est « ce qui importe à quelqu'un ».

cas des « groupes de sociétés » que pourraient former les quasi-régies avec leurs collectivités et les quasi-régies que celles-ci détiennent.

# Section 3 : Le cas-limite législativement autorisé des relations entre entités parentes

Si par certains aspects le législateur européen de 2014 a semblé restreindre les exceptions de mise en concurrence pour les contrats de quasi-régie au-delà de ce que la Cour de justice avait exigé, le plus grand changement relève surtout d'un élargissement de ces exceptions dans des cas que la Cour avait expressément rejeté. L'explication théorique sous-jacente de la relation de quasi-régie s'en trouve quelque peu affaiblie, mais sans être non plus entièrement infirmée. Premièrement, le législateur admet spécifiquement que la relation *in house* n'est pas endommagée par l'interposition d'un intermédiaire lui aussi contrôlé (I). Ensuite, les directives marchés publics de 2014 reconnaissent la légalité d'un accord sans mise en concurrence ni transparence entre deux entités détenues par une même collectivité, y compris lorsque cette détention n'est que partielle (II). Et enfin, elles entérinent la possibilité pour une quasi-régie de confier, sans mise en concurrence ni transparence, un contrat à l'un de ses détenteurs — situation qui n'avait jusque-là pas reçu la sanction des juges européens (III).

## I. La relation de quasi-régie verticale indirecte : une nouvelle exception mal limitée

Le paquet de directives européennes du 26 février 2014 a particulièrement renversé la position de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question des holdings publiques dans les relations de quasi-régie. Alors que celle-ci ne validait pas à première vue l'idée d'une chaîne ininterrompue de relations de quasi-régie, le législateur européen a quant à lui visiblement considéré qu'un tel mécanisme n'était pas une menace pour les objectifs de concurrence du droit de la commande publique de l'Union. La voie ainsi ouverte ne précise toutefois pas explicitement les limites de l'utilisation de ce procédé en poupées gigognes, ce qui pourrait nécessiter de nouveau l'intervention des juges européens sur ce point.

L'unique arrêt de la Cour de justice portant précisément sur une situation de holding dans le cadre de la jurisprudence sur les quasi-régies est l'arrêt *Carbotermo,* du 11 mai 2006[698]. Dans cette affaire, une collectivité publique détenait avec d'autres collectivités publiques 99,98% des actions d'une entité qui détenait, elle, 100% des actions d'une deuxième entité. La relation entre la collectivité et la première entité ne pose pas de problème pour le juge européen, c'est la relation entre la collectivité et la seconde entité dont il est en question dans cette affaire. Or, malgré le degré de contrôle extrêmement important des entités, quasiment exclusif pour l'un et exclusif pour l'autre, la Cour considère que la relation ne peut être exemptée des règles de principe de la commande publique sur cette seule base. En effet, l'influence déterminante doit être démontrée par des moyens supplémentaires à la seule possession du capital, et l'intervention d'un intermédiaire comme une holding peut « affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital »[699].

Le raisonnement de la Cour, plus sévère que la solution proposée par son Avocate générale Mme STIX-HACKL, peut se comprendre d'autant mieux en intégrant les difficultés de l'admission du contrôle conjoint. Si l'arrêt *Carbotermo* présente des conditions proches de l'exclusivité et avec un seul intermédiaire, admettre une telle situation aurait pu entraîner l'idée que des situations proches étaient acceptables. Par exemple, que faire lorsque de nombreux intermédiaires s'insèrent entre le pouvoir adjudicateur et l'une de ses filiales ? Et quid d'un contrôle conjoint d'autant plus délayé qu'il existe d'intermédiaires ? La solution de la Cour de justice, si elle n'avait pas celui de la bienveillance à l'égard des mécanismes classiques du droit des affaires appliqués au secteur public[700], avait au moins le mérite de la simplicité.

C'est sur cette simplicité que revient le législateur européen des directives de 2014. Par une formule rapide, il ajoute à la suite des conditions indiquant qu'un pouvoir adjudicateur « est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », que « ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, *qui est elle-*

---

698 CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137, § 59-62 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine STIX-HACKL ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

699 *Ibidem,* § 39.

700 Voy. sur la question de la disparition de la spécificité du secteur public à travers la filialisation de ses actiivtés : RAPP, Lucien, « Aux frontières du secteur public et du secteur privé : les filiales des entreprises publiques », *PMP* 1987, n° 3, p. 61-82.

*même contrôlée de la même manière* par le pouvoir adjudicateur »[701]. Cette modification consiste donc en un « assouplissement » des conditions, comme le souligne M. MARTUCCI[702]. Les quasi-régies en chaîne forment ainsi l'image d'un groupe de sociétés, une sphère de relations internes dans laquelle les exigences de la concurrence ne pénètrent pas.

Mais le législateur a-t-il bien soupesé toute la portée de cet assouplissement ? En effet, pour reprendre la formule de MM. LEVAIN et PRATS-DENOIX, il nous semble que « la Cour de justice devra interpréter si le législateur a entendu poser une limite à ce mécanisme »[703], car la formule est pour le moins ouverte à interprétations. Ces interprétations sont de deux ordres : le nombre de maillons de la chaîne, et la possibilité d'un contrôle conjoint de ces maillons.

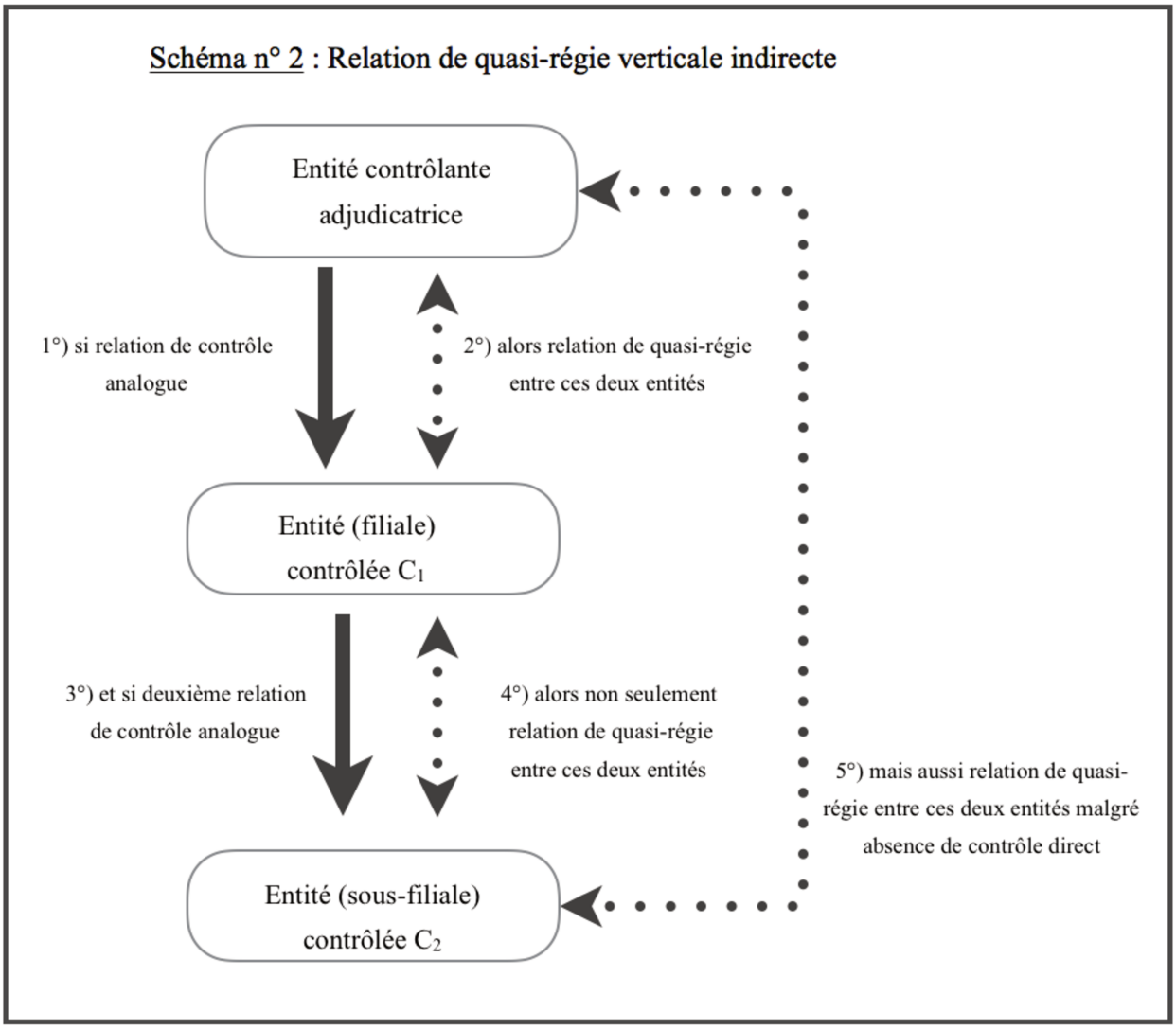
Tout d'abord, sur le nombre d'intermédiaires possibles, la formule laisse penser que la chaîne du lien de quasi-régie est limitée à un seul intermédiaire. C'est en soi assez paradoxal, car le « saut », comme décrit sur le schéma n° 2 (5ème point), entre le pouvoir adjudicateur et la deuxième entité de quasi-régie, peut se comprendre par le fait que des liens de quasi-régie unissant le pouvoir adjudicateur et la première entité mais aussi la première et la deuxième entité, équivalent à un lien de quasi-régie entre le pouvoir adjudicateur et la deuxième entité. Or, dans ce cas, pourquoi ne pas autoriser la chaîne à fonctionner au-delà de la deuxième entité ?

---

701 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17, point 1, alinéa 2 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12, point 1, alinéa 2 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28, point 1, alinéa 2.

702 MARTUCCI, Francesco, « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », *in* DE LA ROSA, Stéphane, *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession,* Paris : Société de Législation Comparée, 2014, p. 62.

703 LEVAIN, Lionel, PRATS-DENOIX, Mathieu, « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes »*, JCP E* 2015, n° 16, p. 31-37.




De plus, en pratique, la collectivité adjudicatrice a la liberté de contracter sans mise en concurrence avec sa quasi-régie ($C_1$), qui peut elle-même contracter sans mise en concurrence avec sa quasi-régie ($C_2$). Une activité pourrait donc être confiée par l'entité contrôlante à $C_1$ et se voir confier par la suite à $C_2$, toujours sans mise en concurrence ni transparence. L'entité $C_2$ pourrait, selon la jurisprudence et les directives, la confier ensuite à sa propre quasi-régie (une possible $C_3$, qui n'apparaît pas sur le schéma). D'après la formulation stricte des directives toutefois, il nous semble que l'entité contrôlante ne peut pas confier elle-même directement cette activité à une possible $C_3$ qui serait la filiale de $C_2$. La clarté de la situation n'est toutefois pas très satisfaisante.

La formule des directives ne précise pas non plus explicitement si un tel saut est réservé aux relations exclusivement contrôlées par une même personne, ou si des contrôles conjoints (au niveau de l'intermédiaire comme au niveau de la sous-filiale) aboutissent au même résultat. En effet, si la question du contrôle conjoint était déjà polémique quant au degré de dilution du contrôle, qu'en est-

il d'un cas où une entreprise est une sous-filiale contrôlée conjointement par plusieurs filiales, qui pourraient elles-mêmes être contrôlées conjointement par plusieurs collectivités ? Mathématiquement, dans une telle situation, le lien entre l'entité adjudicatrice et l'entité récipiendaire serait dilué par deux divisons. Il nous semble que c'est là aussi que se trouve l'explication de la désaffection de la Cour de justice à l'extension de l'exception de quasi-régie aux relations verticales indirectes[704]. Or, la formulation des directives n'interdit pas explicitement ce type d'interprétations, qui seraient à notre sens fort problématiques, notamment au regard de la condition du contrôle individuel effectif[705]. Certains commentateurs semblent d'ailleurs admettre la possibilité du contrôle conjoint pour des exceptions formulées de façon similaire, notamment pour les relations « ascendantes »[706], tandis que ceux qui font une place particulière à la technique du contrôle indirect ne précisent pas si un contrôle conjoint est possible[707].

À notre avis toutefois, au vu de sa méthode stricte d'interprétation des exceptions et de sa précédente jurisprudence sur la question, la Cour de justice ne soutiendra pas une interprétation souple en autorisant la quasi-régie ascendante en cas de contrôle conjoint. Premièrement, la place de cette exception dans les articles réservés aux coopérations public-public est antérieure et formellement distincte de l'exception du contrôle conjoint puisqu'elle prend place dans le premier point, réservé aux quasi-régies exclusivement contrôlées. Cet argument plaide donc en faveur d'une interprétation stricte excluant tout contrôle conjoint et sur la filiale et sur la sous-filiale. Deuxièmement, même si la Cour acceptait la possibilité d'un contrôle conjoint, elle pourrait en limiter l'utilisation. La condition de contrôle individuel effectif, que les directives ne mentionnent pas ni ne suppriment clairement, nous semble en effet garder toute sa pertinence pour le cas du contrôle indirect. Dans ce cas, la Cour pourrait exiger que le pouvoir adjudicateur contrôle de manière effective la sous-filiale à travers une présence ou une influence directe dans les organes de

---

704 L'arrêt *Carbotermo* présentait en effet la situation d'un contrôle conjoint, même si celui-ci était réalisé au profit quasi-exclusif d'une seule collectivité. Or, la Cour n'a pas reconnu à l'époque la possibilité d'une quasi-régie indirecte dans ce cas.

705 Voy. : CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

706 ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4. M. CLAMOUR penche quant à lui pour la possibilité d'une relation ascendante indirecte, mais sans préciser si le contrôle peut être conjoint ou non : CLAMOUR, Guylain, « Marchés et concessions 'entre entités dans le secteur public' », *CMP* 2014, n° 6, dossier 6, § 7.

707 Voy. par ex., pour les commentateurs qui en parlent le plus tout en ne précisant pas si le cas du contrôle conjoint est ou pas autorisé : LEVAIN, Lionel, PRATS-DENOIX, Mathieu, « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP-E* 2015, n° 16, p. 36.

direction et de contrôle. Un tel mécanisme présente néanmoins un degré de complexification certain, qu'il n'est pas sûr que la Cour endosse aisément.

La question des conditions précises de la quasi-régie verticale indirecte n'est donc pas encore entièrement tranchée. Les possibilités d'une chaîne supérieure à deux maillons et d'un contrôle conjoint ne sont pas réglées. Cela est d'autant plus gênant qu'il s'agit là d'une innovation introduite par les directives de 2014 afin de contrarier la jurisprudence européenne. Or, les mêmes questions se posent à propos des relations de quasi-régie horizontales, entre entités soeurs, et la relation verticale ascendante. Sur ces points néanmoins plus d'expressions doctrinales ont été exprimées.

## II. Les relations horizontales ou latérales de quasi-régie

Une deuxième innovation introduite par les directives du 26 février 2014 consiste à autoriser explicitement les passations de contrats sans mise en concurrence ni transparence entre ce que l'on a appelé des entités soeurs en référence au langage applicable aux groupes de sociétés[708]. Comme pour les entités contrôlées indirectement, il n'est toutefois pas clair si un contrôle conjoint permet une telle relation entre deux entités uniquement partiellement contrôlées par une même personne. Les commentateurs de cette disposition semblent pencher plutôt vers la possibilité d'une telle interprétation, tandis que la position de la Cour de justice n'est pas arrêtée.

Le fondement d'une telle exception ressort du fait que si un pouvoir adjudicateur est libre, selon la théorie de la quasi-régie, de confier une prestation ou de demander un produit à une entité qu'il contrôle et qui lui consacre exclusivement son activité, lorsque ce pouvoir dispose de deux entités pareillement contrôlées, le choix de l'une ou de l'autre n'emporte pas de conséquences sur la concurrence. Ce qui est confié à l'une peut ainsi être confié à l'autre dans les mêmes conditions. De ce fait, les entités de quasi-régies sont interchangeables entre elles, et le fait que l'une confie à l'autre une partie de ses activités, ou lui demande un service ou un produit, ne devrait pas en toute logique impacter la concurrence sur le marché[709]. Le législateur européen semble tirer la conclusion de cette équation juridique pour aboutir à la conclusion qu'une quasi-régie peut ainsi passer un contrat, sans respecter les règles des directives, « à une autre personne morale contrôlée par le

---

[708] Voy. CLAMOUR, Guylain, « Marchés et concessions 'entre entités dans le secteur public' », *CMP* 2014, n° 6, dossier 6.

[709] Voy. SIMMONET, Yann, « Application de l'exception *in house* aux opérations dite « internes horizontales » : retour vers le futur ? », *AJDA* 2014, p. 2001.

même pouvoir adjudicateur »[710], c'est-à-dire à une autre quasi-régie contrôlée par la même personne.

Cette disposition ne règle cependant pas le problème, déjà abordé pour les relations de quasi-régies indirectes, du paramètre perturbateur du contrôle conjoint dans ce système. D'autant que si dans le cas de la quasi-régie indirecte les indices penchent plutôt du côté d'une exclusion du contrôle conjoint, il nous semble que dans le cas des entités soeurs, ceux-ci penchent plutôt du côté de la possibilité d'une telle situation.

Une décision du 8 mai 2014[711], c'est-à-dire postérieure à l'adoption des directives de 2014, et dans une affaire où les entités sont contrôlées conjointement, la Cour reconnait la possibilité de relations *in house* entre entités soeurs à condition d' « étendre significativement » l'exception de quasi-régie par rapport à la jurisprudence de la Cour. Or, les directives du 26 février 2014 s'éloignent justement particulièrement de l'interprétation de la Cour, même si la formulation exacte reste au singulier. La reconnaissance d'un contrôle conjoint pour les entités soeurs serait-elle néanmoins acquise ?

L'Avocat général Paolo MENGOZZI dans ses conclusions présentées le 23 janvier 2014 — soit quelques jours avant l'adoption définitive des trois directives marchés publics, concessions et secteurs spéciaux — proposait, lui, de reconnaître une telle exception uniquement lorsque les deux entités sont détenues exclusivement par la même entité parente[712]. En d'autres termes, cela revenait à ne pas reconnaître une relation de quasi-régie pour les entités soeurs conjointement contrôlées, sur la base de ce que le lien avec l'entité mère est forcément dilué et ne pourrait représenter une absence de volonté distincte[713].

La logique de la condition d'exclusivité ressort bien de la comparaison des schémas n° 3 et n° 4. Dans le schéma n° 3, la relation exclusive permet de former un triangle parfait de relations de quasi-régies, équivalentes aux relations de plusieurs services internes entre eux. Les entités $X_1$ et $X_2$ étant entièrement contrôlées, le contrôle peut être facilement considéré comme analogue à celui exercé sur les propres services de l'entité mère ($X_0$), tandis que dans le schéma n° 4, l'irruption de

---

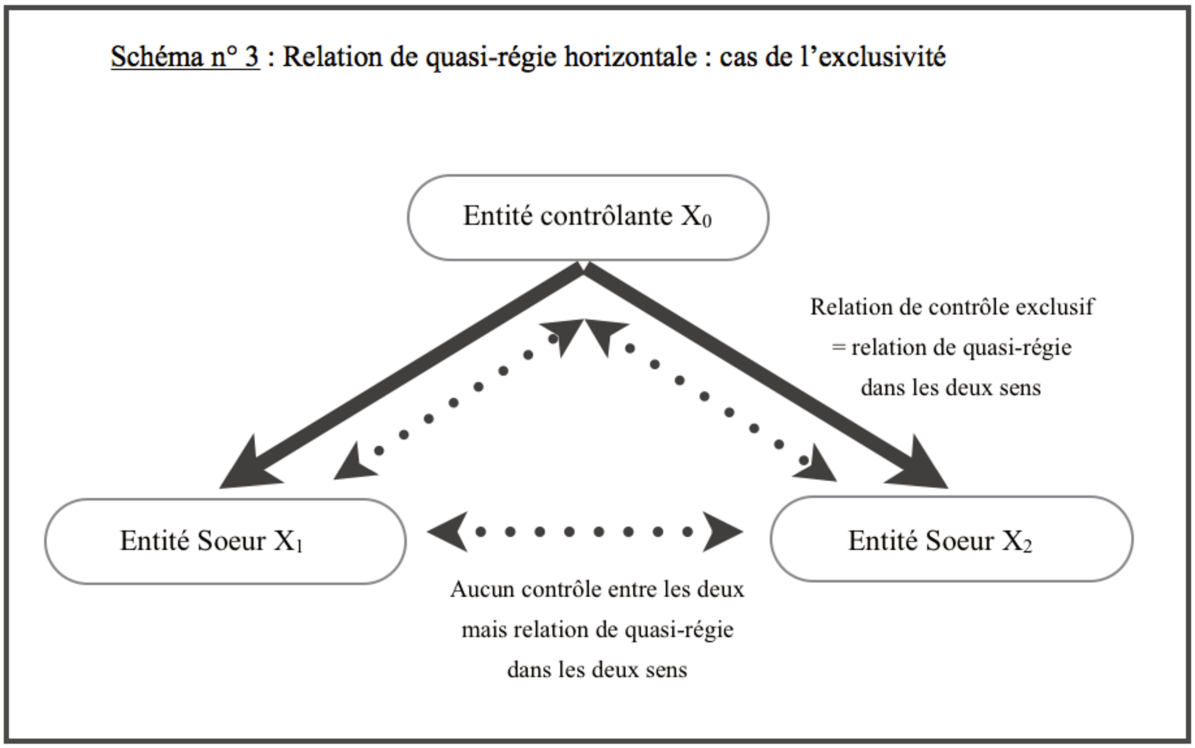
710 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17, point 2 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12, point 2 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28, point 2.

711 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH c/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2014:303* : *ADJA* 2014, p. 2001, note Y. Simmonet.

712 Conclusions de l'Avocat général P. MENGOZZI, CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH c/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2014:303.*

713 *Ibidem,* § 41-46.

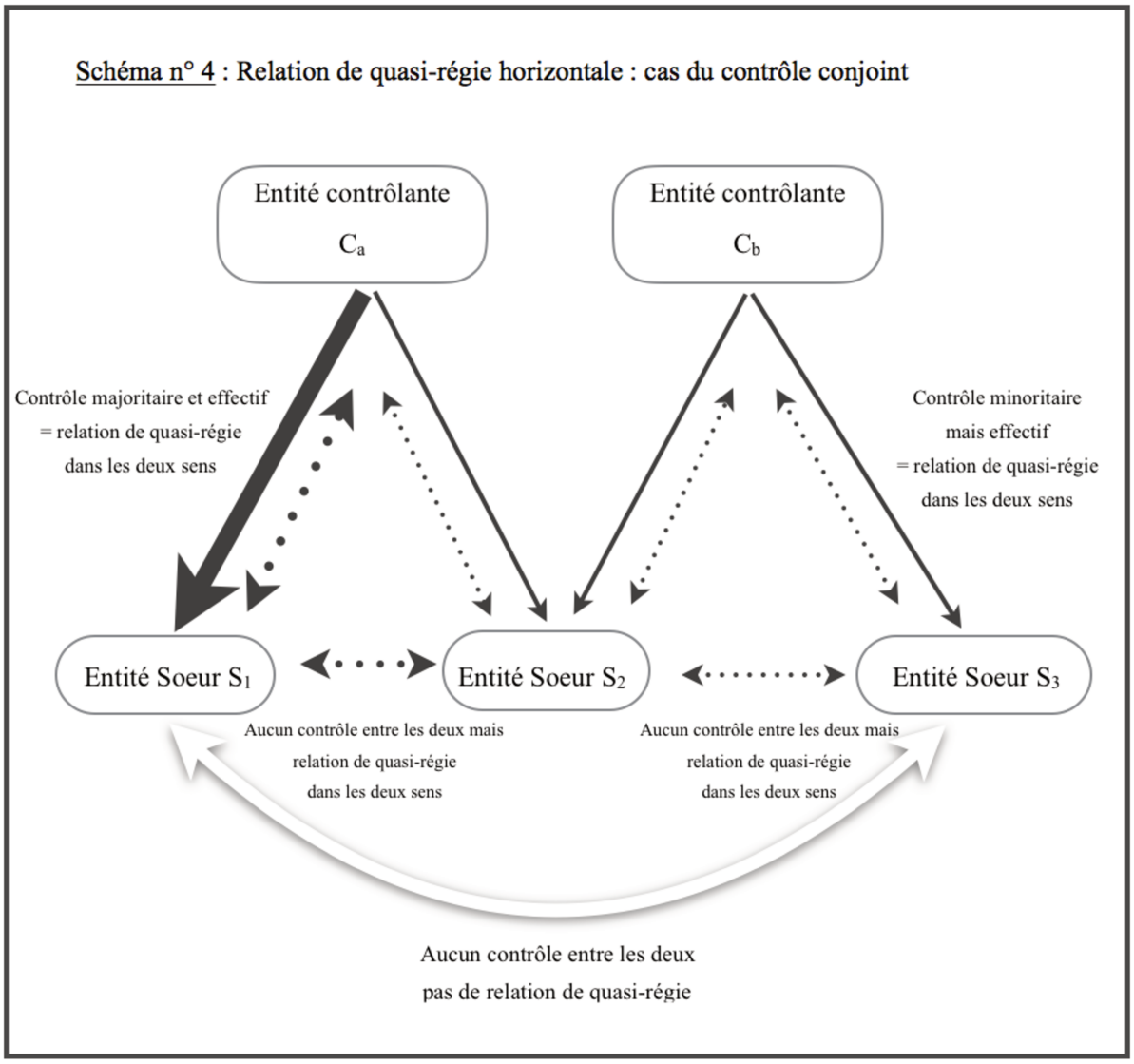
nombreux acteurs potentiels, entités soeurs ou parentes, crée un complexe système de parenté qui peut rendre une image de confusion dans le contrôle analogue.




De plus, des relations asymétriques apparaissent entre les entités lorsque l'on admet la possibilité de relations horizontales. Le terme de relations de quasi-régies horizontales pouvant porter à confusion avec la coopération non-institutionnelle public-public dite elle aussi horizontale, certains auteurs proposent d'ailleurs le terme de relations « latérales »[714]. Ainsi, le schéma n° 4 illustre la possibilité par l'entité $C_b$, qui contrôle conjointement de façon minoritaire deux entités de quasi-régie $S_2$ et $S_3$, de créer entre celles-ci une relation de quasi-régie qui paraît très fragile en pratique. La Cour de justice a répondu aux critiques de l'application de l'exception de quasi-régie aux contrôleurs minoritaires par la condition du contrôle effectif. On peut légitimement se demander si de nouvelles conditions jurisprudentielles ne viendront pas préciser les textes législatifs quant aux relations horizontales qui peuvent s'établir entre deux entités toutes les deux contrôlées faiblement par une même personne. De telles conditions pourraient aussi s'appliquer au cas des entités qui ne sont pas — contrairement à la formulation des directives en ce qui les intermédiaires — contrôlées « de la même manière ». Nous pensons ici à la possibilité, illustré par le schéma n° 4, d'entités ($S_1$ et $S_2$) contrôlées à des degrés différents par un entité $C_a$, et qui se peuvent ainsi se

[714] ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4.

passer de mise en concurrence et de transparence dans leurs relations entre elles. Cette possibilité heurte la logique mathématique, qui rechercherait plutôt un parallélisme des formes et des relations.




De plus, admettre la validité d'un contrôle conjoint pourrait aussi créer des situations problématiques. Ainsi, dans le schéma n°3 les entités $S_1$ et $S_3$ ne peuvent pas se confier de contrat sans respecter les exigences de la commande publique. Elles peuvent toutefois confier et se voir confier sans mise en concurrence ni transparence ces mêmes contrats. La relation est donc poreuse entre $S_1$ et $S_3$ grâce à $S_2$, qui pourrait transmettre une activité de l'une à l'autre en échappant à la mise en concurrence. La logique de l'Avocat général MENGOZZI retrouve ici tout son sens, puisque les relations entre entités soeurs exclusivement détenues, telles que décrites dans le schéma n° 3, ne porterait pas une aussi grave atteinte à la concurrence.

Les commentateurs juridiques quant à eux ne semblent pas tous d'accord sur cette possibilité. Si M. SIMMONET reconnaît qu'un « un éclaircissement de la Cour serait souhaitable »[715] sur ce point, il penche plutôt dans le sens des conclusions de M. MENGOZZI. Toutefois, les commentateurs s'accordent sur le fait que la relation verticale ascendante est quant à elle ouverte au contrôle conjoint[716]. Or, cette disposition législative européenne est insérée dans la même phrase que celle relative aux relations entre entités soeurs. Le même raisonnement devrait donc s'y appliquer aussi. Le fondement de ces exceptions n'est toutefois pas le même, et sans doute faut-il rester prudent et estimer que la Cour rejetterait, encore une fois, une interprétation trop souple des exceptions législatives. Elle pourrait exiger, comme a pu déjà en avoir l'occasion[717], que le contrôle conjoint inclue un contrôle individuel un minimum effectif, afin de limiter l'expansion *ad infinitum* de l'exception de contrôle conjoint.

La question des limites du contrôle conjoint se pose aussi quant à l'application de ce problème aux relations dites ascendantes. Dans ce dernier cas, les commentateurs semblent étrangement plus optimistes, sans doute car cette exception se base sur une pratique administrative courante : la mutualisation de services entre entités juridiques distinctes mais liées.

## III. Les relations verticales ascendantes ou inversées : une exception à rapprocher des mutualisations de services

À la différence des relations internes indirectes et horizontales, la relation verticale ascendante, elle, met en relation directement une personne contrôlante et une personne contrôlée. Ainsi, la justification de cette exception est plus aisée puisqu'elle réside dans l'idée que la relation de quasi-régie joue à double-sens et non seulement à sens unique (*cf*. schémas n° 3 et 4). Un certain parallélisme des formes et des relations est ici établi, qui ne correspond pas aux situations horizontales et indirectes. De plus, une telle technique ressemble aux possibilités déjà existantes et ouvertes dans certains pays aux regroupements de collectivités pour confier à l'une de leur collectivité des contrats de manière discrétionnaire. C'est-à-dire que cette technique ressemble à la

---

715 SIMMONET, Yann, « Application de l'exception *in house* aux opérations dite « internes horizontales » : retour vers le futur ? », *AJDA* 2014, p. 2001.

716 Voy. ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4 ; LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Interrogations à propos du *in house* 'ascendant' », *CMP* 2014, n° 8-9, repère 8 ; NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires,* 5e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 576.

717

mutualisation de services entre collectivités superposées sur un même territoire. La justification plus aisée de cette nouvelle exception semble permettre aux commentateurs de croire que, dans ce cas-ci, la présence d'un contrôle conjoint ne poserait pas de problème.

Le fait que la relation soit « inversée »[718] — car elle prend le contrepied du sens habituel de commande de l'entité « mère » vers la filiale — donne l'impression que cette relation n'est que l'autre côté du miroir de la relation de contrôle[719]. Il ne faut pas oublier que de manière générale, les exceptions de quasi-régie sont justifiées de deux manières principales. Tout d'abord par une théorie contractualiste, en insistant sur le fait qu'il ne peut y avoir de contrat entre deux entités, même juridiquement distinctes, si celles-ci n'ont pas de volontés propres[720]. Et ensuite par le fait que les entités de quasi-régies ressemblent à des services internes des collectivités publiques, et que le choix du recours aux services internes ou aux services de quasi-régie est une prérogative des collectivités publiques que le droit européen ne peut restreindre[721]. Dans tous les cas, la collectivité et sa quasi-régie forment un groupe, une véritable sphère publique dans laquelle les relations concurrentielles n'ont pas cours.

La jurisprudence européenne n'a pas eu l'occasion de se prononcer directement sur cette technique, la Commission ayant abandonné une procédure de manquement entamée en 2007 à l'égard de la France au sujet des mutualisations de services[722]. La question se posant néanmoins de façon récurrente en pratique, la Commission propose par la suite d'y répondre en 2011 dans un document de travail sans valeur normative. Dans ce document elle précise que selon elle, dans le cas d'une attribution de marché ascendante, « la logique de 'in-house', à savoir l'absence de deux

---

[718] Voy. notamment : OLIVIER, Frédérique, LESQUINS, Jean-Louis, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'Etat », *CMP* 2014, étude 8.

[719] On sait pourtant, depuis Lewis CARROLL, tout ce que ce côté peut cacher d'inconnu.

[720] Voy. DE LA ROSA, Stéphane, « Les exclusions », *RFDA* 2016, p. 227.

[721] Voy. notamment : MARTUCCI, Francesco, « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », *in* DE LA ROSA, Stéphane, *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession,* Paris : Société de Législation Comparée, 2014, p. 49-71.

[722] Commission européenne, Communiqué de presse du 27 juin 2007, n° IP/07/922 ; et RICHER, Laurent, « Mutualisation des services : tout s'arrange », *Complément Services publics* 2011, n° décembre, p. 7.

entités aux objectifs indépendants, continuerait de s'appliquer »[723]. Cette interprétation est consacrée dans les directives de 2014 au même titre que les contrats avec les entités soeurs[724].

Les termes des directives se référant à la personne contrôlante sont néanmoins au singulier et le paragraphe est antérieur et distinct de celui décrivant le cas du contrôle conjoint[725]. La question se pose donc encore une fois de la dilution de la relation entre collectivité et quasi-régie, et de la possibilité de l'application du contrôle conjoint dans le cas d'une relation ascendante.

Un arrêt de la CJUE du 13 juin 2013, *Piepenbrock*[726] souligne d'ailleurs le caractère fragile de la distinction entre coopération non-institutionnalisée et quasi-régie ascendante conjointe et les problèmes qui peuvent en découler. Dans cet arrêt, la Cour semble écarter la possibilité de relations ascendantes entre un groupement de collectivités locales et une collectivité locale[727]. Toutefois, il faut noter que le groupement de collectivités en cause, un *Landkreis* de droit allemand, n'est pas un un regroupement de communes au sens du droit français, mais plutôt une circonscription administrative recouvrant plusieurs communes, et dont les communes sont « membres », sans en avoir la direction (les *Landkreise* sont dirigés par des assemblées élues au suffrage universel direct)[728]. La Cour note que si la relation de quasi-régie ascendante ne peut jouer, l'exception de coopération public-public non-institutionnalisée pourrait jouer puisque nous sommes en présence de deux entités publiques visiblement proches. Le fondement de ces exceptions — la mutualisation de services — est en tout cas proche, alors que les conditions d'applicabilité ne le sont pas.

---

723 Commission européenne, *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 »)*, SEC(2011) 1169 final du 4 octobre 2011, point 3.2.4.

724 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17, point 2 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12, point 2 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28, point 2.

725 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17, point 3 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12, point 3 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28, point 3.

726 CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2013:38 : CMP* 2013, n° 8-9, p. 11-12, note W. Zimmer ; *Europe* 2013, n° 8, p. 32, note D. Simon ; *AJDA* 2013, n° 30, p. 1750-1754, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats publics* 2013, n° 136, p. 70-74, note M. Noël et G. Minaire ; *JCP A* 2013, n° 41, p. 33-36, note F. Linditch ; *RLCT* 2013, n° 95, p. 60-64, note S. Elie ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 496-497, note A. L. Durviaux ; *CMP* 2013, n° 8-9, p. 1-2, chron. F. Llorens et P. Solers-Couteaux.

727 DREYFUS, Jean-David, « Une délégation de tâche de droit public est-elle soumise au droit des marchés publics ? », *AJDA* 2013, p. 1751.

728 GEIS, Max-Emanuel, MADEJA, Sebastian, THIRMEYER, Stephan, « Local self-government in Germany », *Observatoire de l'Autonomie Locale,* 2011, p. 20. Disponible sur le site de l'*Observatoire de l'Autonomie Locale* (ISSN 2112-5952) à l'adresse [www.ola-europe.com], document consulté le 1er février 2017.

Les directives marchés publics et concessions de 2014 tiennent séparées ces deux techniques et M. BRENET interprète cette distinction par les fonctions différentes qu'elles occupent[729]. Selon lui, la coopération conjointe (notamment ascendante) relèverait d'une logique de mutualisation, tandis que la coopération non-institutionnalisée relèverait d'une logique de coopération. Il nous semble quant à nous que ces deux logiques sont assez proches pour pouvoir se recouvrir l'une l'autre dans de nombreux cas, et que leur distinction reste toute relative, ce qui rend problématique leurs conditions d'application différentes.

Enfin, se pose la question de la relation ascendante indirecte (*cf*. schéma n° 2). Peu d'auteurs l'abordent, mais ceux qui le font effectuant le rapprochement avec les entités soeurs, puisque selon la formulation des directives les deux hypothèses sont alternatives[730]. MM. LLORENS et SOLER-COUTEAUX posent très clairement les termes du débat en 2014[731]. Ils font valoir d'un côté que la logique plus respectueuse des libertés des collectivités publiques à l'oeuvre dans les directives tend vers une reconnaissance d'un contrôle conjoint permettant une relation ascendante, tandis que la lettre même du texte et la méthode stricte d'interprétation des exceptions de la Cour de justice tendent vers une exclusion de celui-ci. Pour M. ZIMMER, cela « semble donc devoir signifier que la personne contrôlée doit pouvoir attribuer un marché public à n'importe lequel des pouvoirs adjudicateurs qui participe à son contrôle conjointement »[732], à condition de respecter les conditions du contrôle analogue conjoint. Mme NICINSKI et MM. CLAMOUR et BRENET considèrent aussi clairement que la relation ascendante indirecte est autorisée par les directives[733].

Il reste enfin que cette dernière technique remet en lumière les aspects problématiques de la relation verticale indirecte. Si la relation verticale indirecte posait problème, *quid* de la relation verticale indirecte inversée (*cf*. le schéma n° 2), et *quid* de la relation verticale indirecte inversée et conjointe ? Il nous semble que ce genre de cas prouverait assez complexe à justifier d'une relation

---

729 BRENET, François, « L'exception de 'coopération' entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

730 Par exemple, pour les concessions la directive indique que l'exception de quasi-régie « s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur […] attribue une concession au pouvoir adjudicateur […] qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur […] » (c'est nous qui soulignons ; nous avons aussi remplacé les répétitions « pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice » par « pouvoir adjudicateur » pour simplifier la lecture) : Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17, point 2

731 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Interrogations à propos du *in house* 'ascendant' », *CMP* 2014, n° 8-9, repère 8.

732 ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4.

733 NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires,* 5e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 576 ; CLAMOUR, Guylain, « Les marchés exclus », *CMP* 2015, n° 10, dossier 3, § 42 ; BRENET, François, « L'exception de 'coopération' entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

particulière devant le juge communautaire. Aussi la prudence est-elle sans doute recommandée aux collectivités publiques avant de jouer avec les limites des textes européens. Ce dernier cas de figure démontre d'ailleurs s'il le fallait encore l'importance des fondements logiques de l'exception de quasi-régie sur l'usage immodéré de la technicité juridique peu assurée de son sens[734]. Loin d'être « paradoxale »[735] ou de témoigner d'un problème « juridiquement mal ou étroitement posé »[736], la remise en question de la distinction entre relation descendante et ascendante prend alors tout son sens.

Il ne serait donc pas étonnant selon nous que la Cour revienne sur son exigence de contrôle individuel effectif pour caractériser de telles relations. Comme pour le contrôle indirect, une telle exigence devra prendre en compte les nouvelles formulations des directives, mais il est possible qu'une qualification plus précise du contrôle effectif ait lieu. Par exemple, la Cour pourrait exiger un contrôle *a minima* en sus des organes de direction à proprement parler où les collectivités peuvent se faire désormais représenter depuis les directives de 2014, comme la possibilité de nomination de fonctionnaires contrôleurs ou de comités spéciaux. Un minimum de participation pourrait aussi être concrètement demandé, comme le Conseil d'Etat français a pu l'exiger[737].

---

734 Voy. notamment sur ce point ZIMMER, Willy, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », *CMP* 2015, n° 10, dossier 4.

735 BÉNOIT, Jean, « Les conventions de coopération », folio n° 1112, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour décembre 2013, § 11.

736 *Ibidem.*

737 CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, n° 366544, et n° 365082 : *BJCP* 2014, n° 92, p. 3, concl. DACOSTA, obs. S.N. ; *AJDA* 2014, p. 60, note G. CLAMOUR ; *DA* 2014, comm. n° 4, p. 41, note F. BRENET ; *CMP* 2014, comm. 19, p. 35, obs. M. AMILHAT ; *JCP-A* 2014, n° 19 mai, p. 30, obs. F. LINDITCH.

# Conclusion du chapitre 3 : Une liberté de coopérer

Finalement, après des départs tumultueux, la Cour de justice de l'Union a accepté que le contrôle analogue puisse être exercé de manière conjointe, c'est-à-dire qu'il soit partagé entre plusieurs actionnaires, à condition que chaque actionnaire puisse participer concrètement aux décisions de l'entité. Elle limite ainsi les situations où la participation d'une collectivité à une quasi-régie n'est que symbolique et ne sert qu'à lui permettre de lui confier des activités en évitant la mise en concurrence et la transparence. Ici encore, les directives de 2014 semblent desserrer l'étau de la jurisprudence pour des situations qui poussent la justification théorique de la quasi-régie à un maximum d'interprétation anti-concurrentielle. Premièrement, elles prévoient des conditions précises et aisément vérifiables pour qualifier une relation de contrôle conjoint pour les collectivités actionnaires. Deuxièmement, elles précisent que ce contrôle effectif peut s'effectuer par le biais d'autres actionnaires publics, créant ainsi une chaîne de contrôles dans la société, alors qu'elles autorisent aussi expressément les cas de relations de quasi-régie entre filiales. Le pluri-contrôle conjoint semble ainsi pouvoir se couler le long d'une longue — voire infinie — chaîne de contrôle. Face aux interprétations qui considéraient le pluri-contrôle comme pouvant aboutir à l'absence de contrôle, le législateur affirme la valeur — même fictive — d'un tel contrôle. Troisièmement, les directives élargissent aussi les cas de contrôle analogue aux situations où des activités sont confiées par une quasi-régie à une de ses collectivités actionnaires (quasi-régie ascendante), et aux contrats entre deux quasi-régies qui sont contrôlées par les mêmes collectivités (quasi-régies soeurs), ce qui semble ouvrir la voie vers une interprétation pour le coup plus souple de la liberté d'organisation de la sphère publique.

# Conclusion du Titre 1 : D'une origine pro-concurrentielle à une utilisation libératrice pour les collectivités

Si la théorie jurisprudentielle de la quasi-régie est désormais présentée comme étant une forme de liberté reconnue aux collectivités locales de s'organiser librement, la réalité pro-concurrentielle qui lui a donné naissance, ainsi que l'interprétation jurisprudentielle restrictive de nombre de ses critères qui était réalisée, prêtait surtout à replacer cette exception dans son contexte : celle d'un encadrement toujours plus poussé des formes d'organisation des collectivités publiques par le droit de l'Union. Cette jurisprudence suivie de codification permet concrètement aux juges européens, et notamment les juges nationaux, d'exercer un contrôle de plus en plus poussé sur les cas qui ressortent de la quasi-régie ou pas, là où les législations nationales ou les habitudes pouvaient avoir consacré une liberté de fait.

Les conditions de la naissance de la théorie de la quasi-régie le démontrent : l'interprétation envahissante des interprétations pro-concurrentielles ont fini par toucher ce qu'il convenait d'entendre par cocontractant de l'Administration, lorsque ce cocontractant se présentait comme une émanation de ladite Administration. Le choix de présenter cette situation comme une exception à la commande publique permet de suivre une interprétation restrictive de tous les critères qui en seront donnés. Ces critères sont en eux-même particulièrement difficiles à cerner, tant le juge européen hésite devant les précisions à adopter, forcé qu'il est d'inventer tout un système, toute une théorie par défaut de l'Administration, alors qu'il est bien incompétent pour ce faire, en théorie. Mais ce sont avant tout les préoccupations pro-concurrentielles qui l'aiguillent dans ses décisions. Le problème de la finalité des activités, concurrentielles ou non, à destination de tiers ou non, semble particulièrement préoccuper le juge européen, qui exclut notamment du bénéfice de l'exception les entités qui procèdent à des activités concurrentielles trop importantes par rapport à leurs activités dédiées. D'un autre côté, la réalité des coopérations publiques — outil de plus en plus populaire en ces temps modernes exigeant un management public plus efficient et coordonné — a entraîné l'interprétation de plus en plus large, par le juge puis par le législateur, de la théorie du contrôle conjoint. Celui-ci devient un contrôle plus virtuel que réel, de nombreuses relations pouvant difficilement être qualifiées de contrôle étant désormais ouvertes à l'exception de quasi-régie, rebaptisée pour l'occasion exception de coopération publique. Une telle interprétation anti-concurrentielle démontre bien comment les interprétations strictes et pro-concurrentielles pourraient

être facilement modifiées sans conséquences particulièrement fâcheuses sur l'économie européenne, et avec des conséquences réelles immédiates de surcroît de liberté de gestion pour les collectivités publiques.

La question de la subsidiarité de la réglementation européenne peut alors se poser, alors que l'on sait que les missions d'intérêt général sont de plus en plus contrôlées par le droit de l'Union, au mépris de certaines traditions politiques et économiques nationales moins réceptives aux exigences pro-concurrentielles. À la décharge du droit de l'Union européenne, les nouvelles directives marchés publics et concessions reflètent un adoucissement de l'objectif de concurrence économique et mettent plus en valeur les buts sociaux et écologiques du droit de la commande publique[738]. Si cela peut rassurer le justiciable européen, cela ne l'empêche pas d'être concrètement soumis à de toujours plus grandes exigences européennes, et des pouvoirs subjectifs d'interprétation du juge européen sur les actions publiques nationales[739]. La France, notamment, avec son importante tradition d'exception en ce qui concerne le service public, a pu souvent se trouver en porte-à-faux avec la réglementation de l'Union européenne concernant la commande publique et notamment les exceptions dans le secteur public.

---

738 RICHER, Laurent, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP* 2015, n° 2, étude 2.

739 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

# Titre 2 : La réception contrastée en droit français de la notion de quasi-régie

En France, le concept européen de quasi-régie s'intègre de façon différente dans les différentes institutions de gestion des collectivités territoriales. En effet, si les institutions traditionnelles de droit privé de l'action des collectivités locales, les sociétés d'économie mixte locales, sont bouleversées par la jurisprudence européenne, les institutions de droit public correspondant au concept de quasi-régie semblent, elles, beaucoup moins concernées par cet *aggiornamiento* juridique. À charge de preuve, les différentes versions du code français des marchés publics puis de la commande publique intègre quasiment sans modification toutes les exigences fonctionnelles de la jurisprudence européenne, mais n'adapte aucunement le statut organique des personnes morales de droit public à cette nouvelle notion. A l'inverse, les sociétés d'économie mixte locales, seules sociétés de droit privé traditionnellement autorisées à pouvoir appartenir à des collectivités territoriales pour gérer une activité publique, connaissent un bouleversement inégal de leur régime. Or, le cadre théorique de ces dernières est appelé à se renouveler entièrement car c'est la question même de leur mixité qui est problématique aux yeux de l'Union européenne, alors que c'était là la principale justification de leur existence pour le législateur français.

Alors que leur distinction est ignorée par le droit de l'Union européenne, et que le concept de quasi-régie semble réunir dans ses conditions ces deux institutions, l'étude de celles-ci ne saurait pourtant être confondue au vu de leurs conséquences très distinctes.Ainsi, une parfaite compréhension de l'impact de la quasi-régie en droit français ne peut faire l'économie d'une étude approfondie mais différenciée de cet impact sur chaque branche du droit français des institutions de gestion publique locale. Tout d'abord de l'impact relatif par le maintien surprenant des cadres traditionnels de droit public des institutions publiques locales (chapitre 1), puis par l'étude des conséquences excluantes du nouveau concept européen sur les institutions traditionnelles de gestion

privée, les sociétés d'économie mixte locales (chapitre 2). C'est l'impact sur les sociétés d'économie mixte locales qui amène concrètement le législateur français à établir une nouvelle forme d'entreprise publique adaptée à la condition de quasi-régie : la société publique locale (chapitre 3).

# Chapitre 1
# L'accommodation des institutions locales de droit public

> « L'arrêt *Teckal* de la CJCE est venu conforter la jurisprudence *Unipain* du Conseil d'État et celle-ci apparaît en conséquence d'une grande actualité ».
>
> *Conseil d'État, Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence, p. 309*

Le statut très exorbitant du droit privé des institutions publiques locales paraît visiblement suffisant au législateur et au gouvernent français pour penser une adéquation de ces institutions avec le nouveau droit européen des quasi-régies. Très rapidement, comme illustré par cet extrait du rapport public 2002 du Conseil d'Etat, les pouvoirs publics français considèrent que le droit européen vient ainsi appuyer, conforter même, des jurisprudences anciennes relatives aux relations entre personnes publiques. Cette explication, souvent reprise, permet de ne pas avoir à remettre en cause le cadre juridique français pré-existant pour ces dernières. L'étude des mécanismes et des logiques profondes et historiques de la création des institutions publiques locales et du droit entourant leurs relations démontre pourtant que, derrière cette façade de réception pratique — voire de réception *a minima* des exigences européennes aux relations entre personnes publiques (section 1) —, se cache une inadéquation profonde des conceptions européennes et françaises sur les liens et les relations possibles entre personnes morales de droit public, à laquelle il conviendrait mieux de répondre clairement (section 2).

## Section 1 : Une réception pratique a minima aux relations entre personnes publiques

Il convient de constater qu'avant d'adapter sans aucune créativité ni aucun renouvellement théorique le droit français des relations entre institutions publiques locales aux nouvelles exigences européennes découlant de la notion de quasi-régie et de contrôle analogue (II), le droit français et le droit européen se sont assez paradoxalement retrouvés, au moment de la jurisprudence sur les quasi-

régies, dans des conceptions théoriques opposées quant à la définition des relations juridico-économiques idéales entre institutions publiques (I). L'observation de ces considérations historiques permet de situer la profondeur des différences existantes entre les ordres européen et français sur ces questions d'administration publique.

# I - Des conceptions initialement opposées quant à un idéal des relations public-public

La culture juridique française ne semblait traditionnellement pas très ouverte à l'idée de relations contractuelles de type marché entre personnes publiques. Le juge administratif français, sous l'influence récente des conceptions européennes de la commande publique, tendait toutefois de plus en plus à les admettre, jusqu'à les imposer malgré les opinions discordantes de certains dans un arrêt du Conseil d'État de 1998, *Commune du Piémont de Barr*[740]. L'arrêt *Teckal* de 1999[741] se comprend donc en France premièrement comme le renversement de cette interprétation, et le retour à une vision plus traditionnelle, autrement dit plus française, des relations entre personnes publiques (A). Pourtant, l'analyse des arrêts français traditionnels, de même que les précisions ultérieures de la jurisprudence européenne amènent à rejeter ce lien de filiation entre jurisprudences française et européenne (B).

## A. Une jurisprudence européenne à contre-temps de la jurisprudence française

Se targuant d'une tradition de non-mise en concurrence entre personnes publiques, le droit français semble ne rien devoir céder à la jurisprudence européenne sur la quasi-régie (1). C'est toutefois une situation plus complexe qu'il n'y paraît puisque moins d'un an avant la jurisprudence Teckal, le droit public français renverse cette assomption (2). L'arrêt Teckal est-il pour autant un retour à la situation traditionnelle du droit français ? Rien est moins sûr.

---

740 CE Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin, Rec.* p. 201.

741 CJCE, aff. C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

### *1. La tradition française d'exemption de mise en concurrence entre personnes publiques avant l'arrêt* Piémont de Barr

Il se trouve qu'avant un important arrêt du Conseil d'État du 20 mai 1998, *Communauté de Communes du Piémont de Barr*[742], le droit français n'était pas certain de l'application du droit des marchés publics aux relations entre personnes publiques. Comme le note Patrice COSSALTER « de manière traditionnelle, l'administration et le juge administratif ont toujours considéré que les contrats entre personnes publiques n'étaient soumis à aucune règle de passation particulière »[743]. Si l'arrêt *Piémont de Barr* vient affirmer l'application des règles européennes de la commande publique aux relations entre personnes publiques, il apparaît à l'époque comme un revirement de jurisprudence ou plutôt un revirement de la culture juridique française sur ce point.

Le droit national des marchés publics n'est effectivement initialement pas un droit visant à réglementer les relations entre les personnes publiques, mais entre les personnes publiques et les personnes privées. L'interprétation officielle du code des marchés publics dans sa version antérieure de 1972 prévoit explicitement l'exclusion de ce code aux relations entre personnes publiques[744]. Cette idée est explicitée par le tribunal administratif de Pau en 1983, qui estime que les relations entre deux personnes publiques sont exclues « par nature » de la réglementation sur les marchés publics[745]. L'opposition au formalisme contractuel entre personnes publiques peut être lue aussi dans la décision du Conseil d'Etat du 29 juillet 1994, *CAMIF*[746] qui exonère de la réglementation sur les marchés les relations entre les collectivités locales et l'UGAP, un établissement public national de groupement d'achats. C'est encore un autre arrêt du Conseil d'État, l'arrêt *Société Unipain* du 29 avril 1970[747], qui est utilisée par la doctrine administrative française pour expliquer l'arrêt *Teckal* de la CJCE[748]. Il nous semble toutefois que sur cet arrêt il y a matière à interprétation,

---

742 CE Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin, Rec.* p. 201.

743 COSSALTER, Patrice, « Les contrats entre collectivités locales », *JCP-A* 2003, n° 19, p. 675

744 Instruction du 29 décembre 1972 pour l'application du code des marchés publics, *JORF* 26 janvier 1973, art. 1er et 2.

745 TA Poitiers, 16 mars 1983, *Syndicat régional des entrepreneurs de travaux publics de Poitou-Charentes : Rec.*, tables p. 779.

746 CE, 29 juillet 1994, *CAMIF,* n° 130503, *Rec.* p. 365.

747 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note M. Waline.

748 CJCE, aff. C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

et nous l'excluons donc de notre démonstration ici[749]. Il n'en reste pas moins que la doctrine est assez unanime à reconnaître l'exclusion des règles de la commande publique aux relations entre personnes publiques. Dans sa thèse, Jean-David DREYFUS[750] prend en exemple le commentaire de Franck MODERNE en 1996[751], pour qui cette idée est tellement naturelle qu'il « va sans dire » que le code des marchés publics ne s'applique pas aux relations entre personnes publiques.

Les explications de cette idée sont nombreuses. Bien que la logique de cette exclusion relève à l'époque de l' « évidence » selon l'analyse de MM. FATOME et MENEMENIS[752], il est possible de tirer plusieurs explications à cette idée. Tout d'abord, il est possible d'estimer, à l'instar de Léon DUGUIT, que le secteur public est placé au-dessus des intérêts particuliers. En conséquence, les relations entre deux personnes publiques seraient purement administratives et hors du droit commun. Toutefois, ce raisonnement est battu en brèche par la possibilité, largement acceptée par le Tribunal des conflits, que certaines relations entre deux personnes publiques revêtent un caractère de droit privé — même si cela reste l'exception[753]. Deuxièmement, le droit administratif français bannirait « la concurrence des rapports entre administrations »[754], ce qui induirait que les règles des marchés publics ne s'appliquent qu'aux contractants privés de l'Administration[755].

L'essentialisation de cette idée dans l'arrêt du tribunal administratif de Pau du 16 mars 1983[756] est néanmoins assez parlante. Elle souligne bien la fabrication d'une culture juridique qui ne repose pas sur des textes, mais uniquement sur des pratiques. Or, comme nous l'avons démontré jusque-là, cette conception organique est bouleversée par l'approche fonctionnelle du droit européen des marchés publics, qui s'impose progressivement en France. Le Conseil d'État, dans

---

749 L'arrêt *Société Unipain* est discuté *infra.*

750 DREYFUS, Jean- David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques,* Paris : L'Harmattan, 1997, p. 299.

751 MODERNE, Franck, *Les conventions de prestation de services entre l'État et les collectivités locales,* Paris : éd. EFE, 1996, p. 20.

752 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

753 Trib. conflits, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris c/ Secrétaire d'État aux PTT : R.* p. 537 ; *AJDA* 1983, p. 358, concl. D. Labetoulle ; *D.* 1984, p. 35, note J.-B. Auby et H.-G.Hubrecht ; *Revue admin.* 1983, p. 369, note. B. Pacteau.

754 DOUENCE, Jean-Claude, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993, p. 942, cité *in* DREYFUS, Jean- David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, op. cit.*, p. 299.

755 Voy. par exemple, GUIBAL, Michel, « Un nouveau Code des Marchés Publics ? », *AJDA* 2001, p. 360, qui considère que cela « infirme la 'règle' traditionnelle selon laquelle le cocontractant d'un acheteur public est, par principe, une personne privée ».

756 TA Poitiers, 16 mars 1983, *Syndicat régional des entrepreneurs de travaux publics de Poitou-Charentes : Rec.*, tables p. 779.

une décision *Piémont de Barr* du 20 mai 1998[757], en prend acte, malheureusement justement à contre-temps de la réflexion du juge communautaire.

## 2. *Concomitance et incohérence des arrêts* Piémont de Barr *et* Teckal

L'arrêt *Piémont de Barr* du 20 mai 1998 marque particulièrement le changement de ton de cette culture qui, selon Patrice COSSALTER « a peu à peu disparu sous les coups de boutoir de la réglementation mais aussi de la jurisprudence »[758]. L'arrêt affirme l'applicabilité des règles européennes de la commande publique aux relations entre personnes publiques. Il l'affirme d'autant plus fortement qu'en l'espèce ces personnes publiques sont substantiellement liées entre elles. Cette interprétation du droit européen est justement l'inverse de celle que font les juges communautaires le 18 novembre 1999 dans l'affaire *Teckal*[759]. Le juge français aurait-il trop anticipé les exigences européennes ? La situation reste en tout cas, à l'époque, confuse.

Les circonstances de l'affaire sont particulièrement intéressantes puisqu'elles sont très proches du cas de l'arrêt communautaire *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008[760]. Dans l'affaire *Piémont de Barr*, un contrat correspondant matériellement à un marché public est confié par un établissement public de coopération intercommunale (la communauté de communes du Piémont de Barr) à un autre établissement public de coopération dont il est membre (un syndicat mixte d'assainissement). La question se pose de l'application du code des marchés publics et de la directive marchés publics de l'époque à ce contrat entre personnes publiques liées entre elles par des relations quasiment institutionnelles. Cet arrêt ouvre la voie pour celles-ci à l'application des règles européennes de la commande publique, même s'il exclue l'application des règles relatives au code des marchés publics.

L'arrêt *Piémont de Barr* indique clairement que « les conventions inter-administratives peuvent être des marchés publics »[761]. Il recueille pour aboutir à cette conclusion de nombreux indices, qui laissent à penser que l'exemption de mise en concurrence entre deux personnes publiques relève plus d'une exception que d'un principe. Notamment, les établissements doivent

---

[757] CE Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin, Rec.* p. 201.

[758] COSSALTER, Patrice, « Les contrats entre collectivités locales », *JCP-A* 2003, n° 19, p. 675

[759] CJCE, aff. C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

[760] CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec.* p. I-8457.

[761] DREYFUS, Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575.

avoir des relations d'adhésion, et l'activité doit entrer dans leurs compétences. Le Conseil d'Etat découvre donc dans la même solution à la fois le principe (l'application aux relations entre les personnes publiques) et l'exception (les relations entre personnes imbriquées ou liées) qui correspondent la jurisprudence européenne sur les quasi-régies.

Quant à ses conditions et sa portée, la décision *Communauté de communes du Piémont de Barr* est paradoxale. En effet, si le Code des marchés publics ne s'applique pas aux relations entre deux établissements publics dont l'un est adhérent de l'autre, les hauts juges considèrent qu'une telle exception n'est pas applicable en droit européen. Sachant qu'une telle exception est découverte l'année suivante dans l'arrêt *Teckal*[762], la question très discutée de l'interprétation du droit communautaire par le juge français[763] peut ici rétrospectivement se poser, sachant qu'une question préjudicielle à la Cour de justice aurait peut-être pu changer la conclusion de l'arrêt *Piémont de Barr*. Néanmoins, partant de deux positions axialement opposées, le droit français et le droit communautaire se rejoignent finalement sur l'idée qu'il existe des exceptions au droit des marchés publics pour les relations entre entités du secteur public.

L'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 revient ainsi sur l'arrêt *Piémont de Barr*, tout du moins en ce qui concerne l'interprétation française du droit européen. Estimant que la solution de l'arrêt *Piémont de Bar,* plus protectrice des individus au détriment de l'Administration, est la meilleure, certains auteurs français considèrent d'ailleurs que l'exception *in house* n'est pas la bienvenue en droit français[764]. Cette position reste néanmoins minoritaire face à la force de la tradition, qui emporte tous les commentateurs à lier l'arrêt *Teckal* à la jurisprudence antérieure du Conseil d'État. Toutefois, plutôt que de se référer aux arrêts récents — tel l'arrêt *CAMIF* du 29 juillet 1994[765] — la doctrine française fait quasiment sans exception référence à l'arrêt *Société Unipain* du 29 avril 1970[766]. Cette filiation nous paraît néanmoins fausse et induire en erreur sur la compréhension profonde de la jurisprudence européenne.

## B. Le rejet de la filiation entre les cultures juridiques française et européenne

---

762 CJCE, aff. C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

763 Voy. DUBOS, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire,* Paris : Dalloz, 2001, 1015 p.

764 BRACONNIER, Stéphane, « Le nouveau Code des marchés publics : achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *JCP-G* 2007, n° 6, doctr. 110, §11.

765 CE, 29 juillet 1994, *CAMIF,* n° 130503, *Rec.* p. 365.

766 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

Une relecture approfondie de l'arrêt *Unipain* nous amène à penser non seulement que celui-ci n'est pas rattachable à l'arrêt *Teckal* de par ses fondements (1), mais aussi ne correspond pas aux conséquences et aux conditions de mise en oeuvre de l'exception de quasi-régie (2). Cela dénote un problème de culture juridique entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique européen créant un climat propice à l'incompréhension.

## *1. Relecture critique de l'arrêt* Unipain

À rebours de nombreux commentateurs[767], il nous apparaît que lier les jurisprudences *Unipain* et *Teckal* présente de nombreux soucis de cohérence. Il semble même que les commentateurs n'aient pas relu de façon assez critique le premier de ces arrêts avant de se prononcer sur son application en l'espèce : il n'est rien de moins que très éloigné des faits de l'arrêt *Teckal*. Et, à rechercher plus avant, d'autres arrêts du Conseil d'État pointent même dans une direction opposée à celle de l'interprétation faite de l'arrêt *Unipain* à l'occasion du commentaire de l'arrêt *Teckal*. Est-ce à dire que le Conseil d'État était plutôt traditionnellement réfractaire à l'idée de relations privilégiées entre personnes publiques ? Sans doute pas, comme l'arrêt *CAMIF* du 29 juillet 1994[768] le laisse à penser. Mais cela infirme a *minima* la théorie française de la filiation de ces deux arrêts, et conforte dans l'idée que la jurisprudence européenne se base sur des idées propres qu'il convient de comprendre plutôt que de réinterpréter. Enfin, cela explique sans doute le manque de réactivité de la doctrine française à renouveler les cadres théoriques « vermoulus »[769] de l'établissement public, largement considéré comme bénéficiant *in abstracto* de l'exception de quasi-régie.

Confrontés à l'inattendue jurisprudence *Teckal* en novembre 1999, le premier réflexe des commentateurs français semble être de retrouver le fondement de cette jurisprudence européenne dans le droit administratif français le plus classique, et notamment l'arrêt du Conseil d'État *Société Unipain* du 29 avril 1970[770]. Celui-ci n'est pourtant pas représentatif de la situation de quasi-régie,

---

767 Notamment ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898, DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des 'contrats-maison' », *RDUE* 2002, n° 1, p. 53, et enfin le Conseil d'État dans son *Rapport public 2002, Jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 53, p. 309.

768 CE, 29 juillet 1994, *CAMIF,* n° 130503, *Rec.* p. 365.

769 DOUENCE, Jean-Claude, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA* 1971, p. 4.

770 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

puisqu'il traite d'un échange au sein d'une même personne morale. Si le commissaire du Gouvernement BRAIBANT reconnaît dans ses conclusions qu' « il est assez fictif de distinguer selon que ce genre de transaction s'exerce à l'intérieur d'une même personne morale ou entre des personnes distinctes »[771], cette remarque n'a pas la portée de la chose jugée. Au contraire, la lettre de l'arrêt fait bien référence au fait que les services se situent au sein de la même personne morale. De plus, la question se posait à cette occasion non pas de l'application des règles de la commande publique, mais de la liberté du commerce et de l'industrie. Cela peut paraître une divergence mineure, mais cela a son importance car l'arrêt *Unipain* ne contredit ainsi pas d'autres arrêts, plus anciens, qui écartaient la possibilité pour un service personnalisé d'une ville de profiter des services de cette dernière sans formalisme, au motif, justement qu'il s'agissait là de deux personnes morales distinctes[772]. Étrangement, cet arrêt du 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot*[773] — est même utilisé par certains auteurs en soutien de l'arrêt *Unipain* pour démontrer la non mise en concurrence à l'intérieur des personnes publiques[774].

Cette filiation a l'inconvénient majeur de se concentrer sur les points communs au lieu des différences. Ainsi, l'arrêt *Unipain*, qui postulait l'impossible mise en concurrence au sein de la même personne publique, vient au soutien de l'arrêt *Teckal,* qui postule la possible non mise en concurrence entre deux personnes morales liées entre elles par des liens assez forts, sous des conditions strictes. Or, ces conditions ne vont que se durcir avec le temps, et éloigner ainsi un peu plus la philosophie de ces deux décisions de justice.

## *2. Distinction nécessaire des cultures juridiques française et européenne selon les conditions de mise en oeuvre de l'exception de quasi-régie*

La filiation de ces deux cultures juridiques nous paraît particulièrement idéalisée dans le rapport public du Conseil d'Etat de 2002, dont les rédacteurs vont jusqu'à affirmer que « l'arrêt *Teckal* de la CJCE est venu conforter la jurisprudence *Unipain* du Conseil d'Etat et celle-ci apparaît

---

771 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant.

772 CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659.

773 CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659.

774 Voy. par ex. COLLOMP, Valérie, « Les SPL ou l'ouverture du droit privé à l'exercice des compétences locales », *LPA* 2013, n° 187, p. 6 ; DREYFUS, Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA* 2009, p. 891.

en conséquence d'une grande actualité »[775]. L'arrêt *Unipain* n'apporte pourtant aucune précision concrète pour échapper à une mise en concurrence entre deux personnes morales distinctes. De même, le reste du droit français, écrit ou jurisprudentiel, ne répond pas clairement à la question de relations particulières entre personnes morales distinctes, y compris pour ces personnes les plus spécifiques, c'est-à-dire pour les personnes morales de droit public. La compatibilité de la culture juridique française d'exclusion du secteur public des règles de la commande publique est par la suite rapidement mise à mal.

L'apport principal de l'arrêt *Teckal* est la notion de lien de quasi-régie, lien particulier entre deux personnes morales distinctes, mais sous certaines conditions précises. Ces conditions permettent l'assimilation d'une personne morale distincte à un service fonctionnellement soumis à une collectivité publique bien que juridiquement détaché. L'arrêt *Teckal* présente aussi cette solution comme une exception, ce qui est assez évident au regard de la jurisprudence et de la méthode d'interprétation de la Cour de justice de l'Union. Cette idée est totalement absente de l'arrêt *Unipain*, qui au contraire ne concerne qu'une relation au sein d'une même personne morale, et ne définit pas d'autres conditions que celle-ci pour exempter la mise en concurrence. Pour le dire simplement, le droit européen à caractère fonctionnel ne reprend absolument pas la jurisprudence française organique sur le sujet, et créer un lien entre les deux risque de passer à côté de l'analyse des conceptions juridiques fondamentales à la base de ces jurisprudences. Or, celles-ci sont indispensables pour comprendre les fondements et les conditions de mise en oeuvre de l'exception de quasi-régie en droit européen.

Cette différence de culture et cette méprise initiale nous paraît expliquer les divers rebondissements de la notion de quasi-régie en France. En effet, malgré une intégration très prudente, quasiment mot pour mot, des conditions européennes en droit écrit français, les divergences d'interprétation ne tardent pas à faire surface.

## II. L'intégration prudente de la notion de quasi-régie en droit public français

---

[775] Conseil d'Etat, *Rapport public 2002, Jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 53, p. 309.

Alors que la culture juridique administrative française faisait la part belle aux explications organiques pour exclure la mise en concurrence entre personnes publiques[776], le gouvernement et les juges intègrent dès 2001 l'expression même des conditions européennes de la quasi-régie. Selon M. DREYFUS, à partir de ce moment, « toutes les interrogations sur la soumission des contrats entre personnes publiques au code, suite à la jurisprudence *Communauté de communes du Piémont de Barr,* sont désormais levées »[777]. Cette intégration ne se fait toutefois pas sans peine. Si la transposition dans les textes se fait mot pour mot (A), et si la jurisprudence administrative intègre ces conditions rapidement (B), cela ne trahit-il pas une appréhension quant à la divergence profonde des cultures juridiques et au danger de mal interpréter les dispositions européennes ?

## A. Une transposition *expressis verbis* de l'exception de quasi-régie dans les textes français

Le gouvernement, dans sa réception de l'exception jurisprudentielle européenne, semble s'interdire toute créativité. Sans doute la situation confuse, issue de la collusion infortunée des arrêts *Piémont de Barr* et *Teckal*, amène le gouvernement français, à partir de la réforme des marchés publics de 2001[778], à traduire mot-pour-mot les jurisprudences européennes dans le code des marchés publics (1). Il en fait de même pour les textes applicables aux délégations de service public (2).

### *1. Intégration dans les textes relatifs aux marchés publics*

À l'occasion de la réforme du Code des marchés publics, celui-ci choisit de réceptionner très explicitement les conditions européennes de la quasi-régie, et ainsi de clarifier l'applicabilité du Code aux relations entre personnes publiques[779]. Ainsi, l'article 3 du Code des marchés issu du décret du 7 mars 2001, précise que :

---

776 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

777 DREYFUS, Jean-David, « Le décret n° 2001-2010 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211.

778 Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JO* n° 57 du 8 mars 2001, p. 37003.

779 Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *préc.*, art. 1.

> « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : (1o) Aux 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* ».

Ici, trois points retiennent l'attention. Tout d'abord, le décret utilise le terme de contrôle comparable, et non de contrôle analogue. Si certains commentateurs ont pu hésiter sur la portée du terme de contrôle comparable par rapport celui de contrôle analogue, il ne nous semble pas, comme le confirme d'ailleurs la jurisprudence par la suite[780], qu'il faille y voir une interprétation française qui porterait à conséquences.

Deuxièmement, la question se pose sur la condition d'exclusivité de l'activité de savoir si le gouvernement a souhaité ou non restreindre celle-ci par rapport à la jurisprudence européenne[781]. En effet, le code indique que l'essentiel des activités d'une quasi-régie est dédié à une seule personne, alors que la jurisprudence *Teckal* imposait qu'elle soit dédié « avec la ou les collectivités qui la détiennent »[782]. Cela signifie-t-il pour autant que le gouvernement a souhaité restreindre la jurisprudence européenne de façon intentionnelle ? C'est la position de François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX[783], et cela démontrerait bien la crainte du gouvernement de mal interpréter le droit européen sur ce point de la quasi-régie.

Enfin, une troisième condition est explicitement ajoutée par le droit français, qui est l'obligation faite aux personnes ainsi exclues des règles du code, de respecter ces règles pour leurs propres marchés. Il semble que cette nouvelle condition soit elle aussi de peu de portée pratique, puisqu'elle se confond avec une conséquence du droit de l'Union. En effet, une personne contrôlée par un pouvoir adjudicateur au sens de la jurisprudence sur les quasi-régies se voit forcément elle-même recevoir la qualification européenne de pouvoir adjudicateur. Il ne s'agit donc pas d'une condition supplémentaire mais d'une conséquence logique du droit européen, simplement

---

780 Voy. notamment : CE Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC,* n° 233372, *R.* p. 107 : *AJDA* 2003, p. 722, comm. F. Donnat et D. Casas ; *D.* 2003, p. 851, note J.-D. Dreyfus.

781 ECKERT, Gabriel, « Le champ d'application du nouveau code des marchés publics », *CMP* 2006, étude 8, § 32.

782 CJCE, aff. C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : R.* p. I-8121.

783 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics », *CMP* 2001, n° 4, chron. 4.

explicitée. Cette condition est d'ailleurs supprimée dans la dernière version du code des marchés publics issue de l'ordonnance du 23 juillet 2015[784].

A part ces trois différences, qui ne changent rien au fondement même de l'exception, le droit français semble donc accueillir quasiment mot-pour-mot la jurisprudence européenne dès 2001. Il intègre ces conditions malgré l'absence de sûreté juridique entourant cette jurisprudence, et les interrogations sur son utilité concrète en droit français. Certains auteurs considèrent que le droit français devrait tout simplement refuser d'intégrer cette exception. Soutenant ce point de vue, Stéphane BRACONNIER considère à l'occasion d'une autre révision du code des marchés publics en 2007 que : « compte tenu des espoirs déçus, voire des fantasmes, qu'à pu faire naître cette exclusion, il nous semblerait raisonnable de la faire purement et simplement disparaître du code »[785]. Au contraire de ces propositions, cette exception européenne semble prospérer en droit français.

## *2. L'intégration des conditions jurisprudentielles européennes dans le droit des délégations de service public*

Le même mouvement de transposition mot-pour-mot de l'arrêt *Teckal* pour les marchés publics est aussi visible pour les délégations de service public. Il est cependant en décalage avec les marchés car les obligations européennes en matière de concessions ne sont imposées qu'à partir de l'arrêt de la CJCE *Telaustria* du 7 décembre 2000[786], tandis que la tradition juridique française résiste fortement à ces modifications qu'elle trouve préjudiciables[787]. Les obligations européennes

---

784 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JO* n° 169 du 24 juillet 2015, p. 12602, art. 17 : NOGUELLOU, Rozen, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1789.

785 BRACONNIER, Stéphane, « Le nouveau Code des marchés publics : achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *JCP-G* 2007, n° 6, doctr. 110, §11.

786 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, Rec. p. I-10770 : BJCP* 2001, n° 15, p. 132-146, concl. N. Fennelly ; *AJDA* 2001, p. 110-112, note L. Richet ; *Dr. adm.* 2001, n° 4, p. 17-18, note M.-Y. Benjamin ; *LPA* 2001, n° 85, p. 13-17, note B. Cantier et A. Troizier ; *CMP* 2001, n° 2, p. 24-25, note F. Llorens ; *PPLR* 2001, p. NA57-NA63, note M. Dischendorfer.

787 Encore en 2010, lors de la préparation de la directive de 2014 sur les concessions, le gouvernement français considère officiellement qu'une règlementation sur le sujet serait contre productive. *Cf.* France, « Contribution française au questionnaire relatif à une éventuelle initiative de la Commission européenne en matière de concessions de services », septembre 2010, p. 1-2. Document disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions/public-authorities/representation-permanente-de-la-france_fr.pdf], consulté le 1er février 2017.

en la matière ne sont précisées législativement que dans la législation européenne en 2014[788], retranscrites en droit français par l'ordonnance du 29 janvier 2016[789].

La première loi française apportant une certaine formalisation et transparence des délégations de service public, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin »[790], prévoyait explicitement une exception pour les délégations accordées à un établissement public, à la condition que l'activité figure dans ses statuts[791]. Ici se croisaient donc à la fois l'aversion française pour la formalisation des contrats de délégations de service public et sa tradition d'exclusion des relations public-public de la réglementation des contrats publics[792]. Il s'agissait là d'un texte particulier reconnaissant une exclusion des règles de la commande publique aux conventions entre personnes morales de droit public, ce qui allait dans le sens d'une tradition juridique française d'exclusion.

Cependant, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite « loi MURCEF »), en donnant la première définition légale des délégations de service public, précise que celles-ci peuvent être conclues avec « un délégataire public ou privé »[793]. Cela revient à reconnaître que le droit des délégations de service public s'applique aussi aux contrats passés entre personnes publiques. L'exception française a apparemment vécu. Des poches de résistance apparaissent néanmoins, qui vont se résorber difficilement.

La modification très rapide du Code des marchés publics en 2001 puis celle, plus tardive, des règles concernant les délégations de service public, permet au droit français de se conformer aux conditions générales de la jurisprudence européenne sur le *in house*, malgré un contexte peu

---

788 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 12 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 28.

789 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JO* n°0025 du 30 janvier 2016, ratifiée par l'article 40 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, JO n°0287 du 10 décembre 2016.

790 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, *JO* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

791 *Ibidem,* art. 41.

792 BLANCHARD, Patrick, « Remarques comparatistes sur l'introduction de la concurrence dans les contrats de délégation de service public et les autres modes de partenariat public/privé », *CJEG* 2000, n° 570, chron. n° 100074.

793 Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JO* n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703, art. 3, modifiant l'article 38 de la 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.

favorable traditionnellement. Les ordonnances de juillet 2015 sur les marchés publics[794] et de janvier 2016 sur les concessions[795], en transposant strictement les nouvelles directives communautaires de février 2014[796], complètent la reprise sans nuance ni créativité des règles européennes en droit français. Cette reprise sans nuance est sans doute symptomatique d'une crainte des pouvoirs publics français de ne pas respecter les exigences européennes — du fait de sa culture juridique nationale sur ce point à l'opposée de la culture juridique européenne ? Le juge administratif français reprend lui aussi *expressis verbis* toutes les conditions européennes.

## B. La reprise prudente de la théorie des quasi-régies par la jurisprudence administrative française

La notion européenne de lien de quasi-régie, y compris une fois codifiée dans les textes, reste de nature très subjective, notamment dans sa condition d'exercice d'un contrôle analogue. Or, le juge administratif français est connu pour son inventivité et sa capacité à adapter les normes européennes aux réalités administratives françaises[797], à travers son interprétation des textes et des jurisprudences[798]. Il s'agit d'une certaine forme de résistance culturelle juridique[799] qui est souvent à l'origine d'un intéressant dialogue théorique et doctrinal[800]. Pourtant, en ce qui concerne la théorie

---

794 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JO* n° 169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

795 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JO* n°0025 du 30 janvier 2016, ratifiée par l'article 40 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, JO n°0287 du 10 décembre 2016.

796 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 12 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 28.

797 Voy. notamment : DUBOS, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire,* Paris : Dalloz, 2001, 1015 p. ; BERRAMDANE, Abdelkhaleq, *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et internationa,* Paris : L'Harmattan, 2002, 272 p. ; RITLENG, Dominique, « L'arrêt *Perreux* et la fin de l'exception française », *RTDE* 2010, n° 1, p. 223 et s. ; BRUNET, Pierre, « Les juges européens au pays des valeurs », *La Vie des Idées,* 9 juin 2009. ISSN : 2105-3030. URL : http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html [consulté le 1er décembre 2016].

798 Voy. notamment sur les différentes méthodes et les enjeux de l'interprétation juridique : CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du Droit et des sciences du Droit,* Paris : Dalloz, 2014, p. 379-399.

799 Cf. ARNAUD, André-Jean, « Culture juridique », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 139.

800 Voy. par analogie avec l'harmonisation jurisprudentielle : BRUNET, Pierre, « Les juges européens au pays des valeurs », *La Vie des idées*, 9 juin 2009, ISSN 2105-3030, URL : http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html [consulté en ligne le 01 janvier 2017].

de la quasi-régie, celle-ci est reçue dès le départ sans réinterprétation par le juge administratif français (1). Une tentative de réinterprétation a bien été tentée en 2007 à travers l'arrêt *ville d'Aix-en-Provence* (2), mais celui-ci en est bien souvent écarté au profit d'une stricte reprise des critères jurisprudentiels européens (3).

## *1. Un accueil sans réserve des conditions européennes*

Le Conseil d'État entérine les nouvelles règles européennes et leur codification française dès le 27 juillet 2001 dans un nouvel arrêt *CAMIF*[801] portant sur la légalité du statut particulier de l'Union Générale des Acheteurs Publics (UGAP) dans le nouveau code des marchés publics. Il reprend ensuite entièrement et explicitement les conditions européennes dans un arrêt d'Assemblée du 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)*[802], qui valide la rédaction *in abstracto* du nouveau code des marchés publics. Sans doute doit-on lire dans ces décisions l'abandon par le Conseil d'État de la tradition française organiciste au profit d'une lecture plus fonctionnelle des règles de la commande publique.

Dans l'arrêt du 27 juillet 2001 il est question d'une incohérence entre la règle européenne issue de l'arrêt *Teckal* et une exception au Code des marchés publics du 7 mars 2001[803]. L'Union des Groupements d'Achats Publics est un établissement public industriel et commercial créé afin de mutualiser les besoins des personnes publiques en termes de commande publique. Elle dispose d'un statut particulier par un décret du 30 juillet 1985[804] qui prévoit une absence de mise en concurrence dans ses relations avec les collectivités publiques qui font appel à ses services et que se fournissent auprès d'elle. Or, ce décret n'était pas modifié par le nouveau Code des marchés publics du 7 mars 2001 qui prévoyait la généralisation de la mise en concurrence entre personnes publiques, à l'exception notamment des situations de quasi-régie, selon les conditions européennes. Le Haut Juge relève alors l'incompatibilité de ce décret de 1985 avec les conditions européennes du *in house,* en vérifiant la condition de « contrôle analogue »[805] (et non contrôle comparable comme

---

801 CE, 27 juillet 2001, *CAMIF,* n° 218067, *R.* p. 402 : *BJCP* 2001 p. 497 : *RDI* 2002, p. 61, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2002, p. 53, note G. Orsoni.

802 CE Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC,* n° 233372, *R.* p. 107 : *AJDA* 2003, p. 722, comm. F. Donnat et D. Casas ; *D.* 2003, p. 851, note J.-D. Dreyfus.

803 Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *préc.*, art. 1.

804 Décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP.

805 CE, 27 juillet 2001, *CAMIF,* n° 218067, *préc.*

indiqué dans le Code des marchés publics), puis la condition d'activité dédiée de l'UGAP[806]. Le Conseil d'État reprend donc à son compte, sans modification et très tôt la jurisprudence européenne. Il revient aussi sur l'interprétation pourtant peu ancienne du statut de l'UGAP qu'il avait donné dans un arrêt du 29 juillet 1994[807].

La réception sans nuance de la jurisprudence européenne est encore plus claire quelques années plus tard lors du contentieux à l'origine de l'UNSPIC sur la rédaction du nouveau code des marchés publics. Dans cet arrêt d'Assemblée du 5 mars 2003[808], le Conseil cite explicitement la jurisprudence européenne comme source de son jugement — ce qui est assez exceptionnel de sa part. Le premier considérant de cet arrêt reprend alors quasiment mot-à-mot la jurisprudence *Teckal* pour éclairer l'hypothèse de quasi-régie lorsqu'un « un pouvoir adjudicateur envisage de conclure avec une entité distincte un contrat ».

Ces deux arrêts nous semblent démontrer la volonté du Conseil d'État de sacrifier aux critères européens sans interprétation quelle qu'elle soit, alors même que la tradition juridique française penchait en faveur d'une exception « évidente »[809] pour les relations entre personnes publiques.

### 2. *Une tentative du Conseil d'État pour réinterpréter les conditions de la quasi-régie : l'arrêt* Ville d'Aix-en-Provence

Le pouvoir créateur — et créatif — du juge administratif français[810] réapparaît néanmoins dans un arrêt du 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*[811], qui a pour principale fonction de

---

806 « l'État ne représente pas à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP », indique l'arrêt. On voit ici que le Conseil d'État adopte prudemment la conception qui voulait que l'activité se fasse au bénéfice d'une seule personne essentiellement. Autrement dit, la théorie du contrôle conjoint n'est pas anticipée par le juge administratif français.

807 CE, 29 juillet 1994, *CAMIF*, n° 130503, *R.* p. 365.

808 CE Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC,* n° 233372, *R.* p. 107 : *AJDA* 2003, p. 722, comm. F. Donnat et D. Casas ; *D.* 2003, p. 851, note J.-D. Dreyfus ; *Rev. Lamy Dr. Aff.* 2003, n° 59, p. 5, note N. Symchowicz.

809 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

810 BRUNET, Pierre, « Humpty-Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA* 2008, n° 164-165, p. 7-12.

811 CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736 : *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher, p. 1153, édito L. Richer ; *RFDA* 2007, p. 821, concl. Séners, note J.-C. Douence ; *JCP A* 2007, n° 2111, note M. Karpenschif et n° 2125, note F. Linditch ; *CMP* 2007, n° 191, note G. Eckert ; *D.* 2007, p. 2617, note G. Clamour ; *RDP* 2007, n° 5, p. 1367, note O. Bui-Xuan ; *Concurrences* 2007, n° 3, p. 169, note B. du Marais et A. Sakon.

récapituler tout le droit français applicable aux modes de gestion du service public[812]. La condition de contrôle analogue est cette fois-ci reprise par le Conseil d'État dans des termes propres à ce dernier. Toutefois, alors qu'il semble quelque peu s'éloigner des conditions européennes pour affirmer une spécificité française, il s'en rapproche dans la philosophie, puisqu'il ne les remet absolument pas en cause. De même, aucune exception propre au droit français ne ressort de ce arrêt, qui n'est au final, qu'une reformulation des conditions européennes. Il est même possible de se demander s'il n'en déforme pas les fondements sans en modifier les conséquences.

Ainsi, dans cet arrêt, les collectivités publiques :

> *« doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ».*

Le Conseil d'État précise que cette exception permet de regarder comme une régie directe une personne juridique distincte, soulignant le caractère fictionnel de la nouvelle entité. Il confirme ainsi que la juridiction administrative interprète l'exception européenne de quasi-régie comme un prolongement de l'idée d'unité de la personnalité morale, telle qu'illustrée par les arrêts *Bourrageas* du 26 juin 1930[813] et *Unipain* du 29 avril 1970[814]. Une certaine filiation se crée ainsi entre la jurisprudence traditionnelle du Conseil et la jurisprudence européenne, qui permet de masquer les ruptures théoriques et pratiques de cette nouvelle notion.

Le Conseil d'État semble toutefois de ce fait s'écarter quelque peu des conditions européennes, à la fois sur le contrôle et sur l'exclusivité matérielle. Sur le contrôle, le Conseil précise que celui-ci doit notamment permettre de s'assurer du « strict respect » de « l'objet statutaire » des entités, ce qui paraît bien en deçà des exigences européennes d'influence décisive

---

812 Voy. le commentaire de cet arrêt par Jean-Claude DOUENCE, *RFDA* 2007, p. 821.

813 CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659.

814 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

sur les décisions importantes[815]. Les juges reprennent d'ailleurs cette fois-ci l'expression du code des marchés publics de contrôle comparable et non plus analogue, ce qui peut sembler induire une exigence moindre dans la ressemblance, la compatibilité étant à l'évidence plus facilement atteinte que l'analogie. Quant à l'exclusivité matérielle, le critère de l'essentiel de l'activité est remplacé par une condition inverse : une diversification purement accessoire est autorisée. Ce critère rappelle celui traditionnellement utilisé en droit public français pour justifier l'exercice d'activités allant au-delà de la spécialité des personnes publiques[816]. Ce dernier point permet donc encore une fois la recréation d'une certaine filiation artificielle entre les cultures juridiques.

Toutefois, malgré son ambition initiale, l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence* ne suffit pas à rebâtir les fondements franco-européens de la quasi-régie.

### *3. La moindre utilité de l'arrêt Ville d'Aix-en-Provence dans la jurisprudence ultérieure du juge administratif sur les quasi-régies*

La formulation de l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence* concernant les quasi-régies n'est que très rarement reprise par les juridictions administratives. Rapidement, les emprunts directs se multiplient aux formulations européennes plus élaborées et plus précises. La réappropriation par le juge administratif français du concept européen ne semble pas une réussite.

Une recherche sur *Legifrance* à partir de ces termes ne fait ressortir leur utilisation que dans un unique arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 31 juillet 2012[817], suivi de sa cassation en juillet 2016[818]. En effet, dès 2009, le Conseil d'État ne reprend pas le considérant de principe de la jurisprudence Aix-en-Provence pour vérifier la compatibilité de la théorie de la quasi-régie appliquée à un groupement d'intérêt public. Dans un arrêt du 4 mars 2009, *Syndicat National des Industries d'Information de Santé (SNIIS)*[819], dans une formation de jugement moins solennelle que pour l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence,* le Conseil d'État rappelle le critère européen de l'essentiel de l'activité et le critère français du contrôle comparable. L'arrêt indique, dans un long considérant de principe, les conditions à suivre.

---

815 CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen, Rec.* 2005, p. I-8585, § 65.

816 Voy. notamment CE Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme et autres,* n° 22536 : *R.* p. 692.

817 CAA Paris, 4e ch., 31 juillet 2012, *Commune d'Emerainvile,* n° 11PA01487, inédit au Recueil.

818 CE Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainvile,* n° 363047, publié au Recueil.

819 CE, 4 mars 2009, *SNIIS,* réq. n° 300481 : *AJDA* 2009, p. 891, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2009, n° 4, comm. 120, note P. Soler-Couteaux ; *Revue des contrats* 2009, n° 4, p. 1539, comm. P. Brunet.

Tout d'abord, les collectivités publiques doivent respecter leurs compétences et agir pour répondre à leurs propres besoins. Dans ce cas, elles ne sont pas obligées de faire appel à des tiers. C'est le rappel des jurisprudences *Bourrageas* du 26 juin 1930[820] et *Unipain* du 29 avril 1970[821].

Ensuite, le Conseil reprend la récente jurisprudence européenne autorisant clairement le contrôle conjoint[822], en précisant que des collectivités décidant d'accomplir en commun certaines tâches, lorsqu'elles créent « un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin »,

> *« 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, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».*

Si les conditions retrouvent des formulations plus européennes, il faut noter toutefois la condition supplémentaire par rapport au droit européen — et déjà présente dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* — celle de la création de l'entité spécifiquement dans le but de fournir la prestation en question. Il faut y lire l'influence de la règle administrative française traditionnelle de la spécialité des établissements publics, qui veut que les pouvoirs publics ne peuvent agir sans compétence explicite[823], et particulièrement sur le marché concurrentiel[824]. Il n'en reste pas moins que cet arrêt démontre bien comment le Conseil d'État revient rapidement sur son inventivité de 2007 pour reprendre les critères européens plus strictement.

Cette reprise plus stricte des critères européens est clairement visible dans les arrêts qui suivent, bien que de façon plus confuse. Par exemple, si certains arrêt reprennent le terme de

---

820 CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659.

821 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

822 CJUE, 13 nov. 2008, C324/07, *Coditel Brabant*, *Rec*. p. I-8457, § 53.

823 Voy. CE, 22 mai 1906, *Caisses des écoles du VIème arrondissement : R.* p. 390, concl. Romieu ; *S.* 1905.III.33, note Hauriou.

824 Voy. notamment, pour les conditions drastiques à remplir par un établissement public pour répondre à un appel d'offre : CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 : *AJDA* 2015, p. 449, chron. Lessi et Dutheillet de Lamotte ; *CMP* 2015, p. 36, note de Fournoux ; *JCP-A* 2015, n° 2030, note Pauliat ; *RFDA* 2015, p. 57, concl. Dacosta.

contrôle comparable[825], la plus grande partie des arrêts utilise le terme de contrôle analogue[826], un arrêt utilisant même les deux[827]. À sa décharge, il ne faut pas oublier que le Conseil d'État avait validé le contrôle comparable au regard du contrôle européen en 2003[828]. Cela ne joue toutefois pas sur la déclinaison de ce critère, qui est dans la plupart des cas[829] explicitement celle du juge européen : l'influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques[830], et l'influence effective[831] et la participation tant au capital qu'aux organes en cas de contrôle conjoint[832]. De plus, plusieurs arrêts citent explicitement la jurisprudence européenne comme source d'interprétation[833], ce qui est assez rare.

---

825 CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme,* n° 15LY01355, inédit au Recueil.

826 Utilisant le terme analogue : CAA Bordeaux, 19 mars 2002, A.U.R.B.A., n° 98BX02208 ; CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, mentionné aux tables du Recueil ; CAA Paris, 14 janvier 2010, *Commune de Chelles,* n° 08PA0414, inédit au Recueil ; CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 12LY00811 ; CAA Marseille, 10 novembre 2014, *Fédération régionale des associations pour la défense des commerçants,* n° 12MA02073, inédit au Recueil ; CAA Marseille, 6 juillet 2015, *Commune de Saint-Georges-d'Orcques et Société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier,* n° 13MA03152, inédit ; CAA Paris, 27 janvier 2017, *SAS Loc-Infor*, n° 15PA03249, inédit au recueil.

827 CAA Marseille, 1er octobre 2012, *Commune de Villeneuve-de-la-Raho*, n° 09MA01954 : *CMP* 2012, n° 12, p. 16-17, note G. Eckert.

828 CE Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux,* n° 233372. : *Dalloz* 2003, n° 13, p. 851, obs. J.-D. Dreyfus ; *JCP-A* 2003, n° 14, p. 424, note F. Linditch et p. 427, concl. D. Piveteau ; *Europe* 2003, n° 4 , p. 14, note P. Cassia ; *CMP* 2003, n° 4, p. 23, obs. P. Delelis ; *AJDA* 2003, n° 14, p. 722, obs. F. Donnat et D. Casas.

829 Une principale exception, mais confuse : CAA Paris, 27 janvier 2017, *SAS Loc-Infor,* n° 15PA03249, inédit au Recueil. Dans cet arrêt, l'analyse du contrôle analogue se fait *a contrario*, le juge ne reprend pas explicitement les critères européens de l'influence déterminante, mais en utilise la grille d'analyse (composition des organes, pouvoirs particuliers de l'Administration, contrôle de l'Administration).

830 CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, mentionné aux Tables du Recueil.

831 Le terme effectif apparaît dans l'arrêt CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm.* 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

832 La recherche d'un contrôle tant sur le capital qu'aux organes apparaît dans les arrêts CAA Marseille, 10 novembre 2014, *Fédération régionale des associations pour la défense des commerçants,* n° 12MA02073, inédit au Recueil ; CAA Marseille, 6 juillet 2015, *Commune de Saint-Georges-d'Orcques et Société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier,* n° 13MA03152, inédit au Recueil ; et l'arrêt CAA Paris, 27 janvier 2017, *SAS Loc-Infor,* n° 15PA03249, inédit au Recueil.

833 Voy. : CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, mentionné aux Tables du Recueil ; CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEREMAP,* n° 17LY00318, inédit au Recueil.

En 2013, confronté au problème récent déjà résolu au niveau européen des actionnaires très minoritaires[834], le Conseil d'État reprend quasiment mot pour mot la formulation de la Cour de justice indiquant l'importance de participer tant au capital qu'aux organes de direction[835].

L'analyse de la jurisprudence effective confirme donc que le juge administratif n'a pas fait concrètement oeuvre de réinterprétation dans sa réception de la notion européenne de quasi-régie. Son grand arrêt de principe de 2007, *Ville d'Aix-en-Provence,* paraît à l'égard de son apport sur la notion de quasi-régie un échec sur la durée[836]. Peut-être est-ce là la simple démonstration de l'impossible conceptualisation parfaite en matière de jurisprudence économique[837]. Mais peut-être y a-t-il ici quelque chose de plus profond, lié à une difficile intégration de la notion fonctionnelle européenne de quasi-régie dans une tradition culturelle française organiciste[838]. L'étude de l'adaptation des cadres les plus traditionnels du droit public français, les personnes morales de droit public, et notamment l'adaptation du cadre juridique des relations de ces personnes entre elles, fait pencher notre conclusion plutôt pour cette dernière option.

# Section 2 : L'inadaptation de la quasi-régie dans les cadres théoriques du droit public

La théorie européenne de la quasi-régie, dont nous avons déjà démontré le caractère innovant dans la théorie européenne, a eu pour conséquence la réception *expressis verbis* de cette

---

834 CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord Spa c/ Comune di Cagno et Comune di Varese : ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

835 CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm.* 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

836 Ses autres apports ne sont toutefois pas remis en cause.

837 Voy. notamment : LATOURNERIE, Roger, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *in Le Conseil d'État, live jubilé,* Paris : Sirey, 1949, p. 193 ; CHENOT, Bernard, « L'existentialisme et le droit », *RFSP* 1953, vol. 3, p. 58 ; GAUDEMET, Yves, *Les méthodes du juge administratif,* Paris : LGDJ, 1972, 321 p. ; FORTSAKIS, Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1987, 590 p.

838 Cette divergence de méthodes est en effet l'un des points d'achoppement entre les droits français et européen, l'un s'attachant historiquement à la nature organique, l'autre, plus récent, à d'autres qualifications. *Cf.* BRUNET, Pierre, « La mutualisation comme substitut à l'externalisation des services », *Revue des contrats* 2009, n° 4, p. 1539-1542.

exception en droit français. Mais cette intégration a-t-elle invalidé les raisonnements juridiques fondant jusque-là le droit public français en cette matière ? On aurait pu penser notamment que la notion européenne de contrôle analogue apporterait un regain de réflexion en France sur les concepts discutés de rattachement et d'adhésion des établissements publics. Cette exception parait au départ si inadaptée à la culture juridique française que les commentateurs utilisent quasiment uniquement le terme anglais de *in house* pour la désigner, ou l'accompagnent initialement de traductions quelque peu audacieuses (I). Sur le fond, alors que les cadres théoriques du droit français semblent peu adaptés à accueillir la notion de quasi-régie, les commentateurs ne paraissent pas souhaiter renouveler la théorie des personnes publiques face à ces changements. Ce constat se confirme si l'on considère l'absence de réflexion sur des concepts français au final très proches du lien de quasi-régie et qui peuvent être concernés par cette exception : les liens entre les établissements publics déconcentrés et leurs structures de rattachement (II).

# I. L'apparente inadaptation de la langue juridique française à intégrer le concept de quasi-régie

De façon paradoxale, le rapprochement sur le fond du droit français et du droit européen ne se traduit pas dans les premières descriptions de la jurisprudence européenne. Cette dernière est en effet très rapidement dénommée relation *in house*, malgré la confusion que ce terme implique, puisqu'il s'agit en réalité (en anglais) de l'exception de *quasi-in house*, et malgré le fait que la Cour n'emploie jamais directement ce terme dans les motifs de ses premières décisions[839].

Le terme *in house* apparait pour la première fois dans le corpus juridique européen dans une communication de la Commission du 11 mars 1998 sur les marchés publics dans l'Union européenne[840]. Cette communication, proposant un plan d'action pour améliorer la réglementation européenne en matière de marchés publics, indique comme piste la réglementation « des marchés 'in house', c'est-à-dire ceux passés au sein de l'administration publique, par exemple entre l'administration centrale et locale ou encore entre une administration et une société entièrement détenue par celle-ci »[841]. La version anglaise de cette communication insère l'expression *in house*

---

[839] La première utilisation du terme « *in house* » par la Cour de justice, hors des cas où elle ne fait que répéter les arguments des uns et des autres, se trouve ainsi dans l'arrêt CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et al. : ECLI:EU:C:2014:2004*, § 33.

[840] Commission européenne, *Les marchés publics dans l'Union européenne,* Communication du 11 mars 1998, COM (98) 143, non publiée au *JO*.

[841] *Ibidem,* p. 10.

entre guillemets[842] pour indiquer sans doute qu'il ne faut pas comprendre ces termes dans leur sens courant en langue anglaise. En effet, le dictionnaire anglais de l'université d'Oxford[843] donne des termes *in-house* la définition suivante : « *done or existing within an organization* » (fait ou existant à l'intérieur d'un organisme), et même, plus clairement encore : « *without assistance from outside an organization ; internally* » (sans assistance extérieure à un organisme ; de façon interne).

En anglais, l'expression signale donc, au moins dans le langage courant, l'absence de deuxième personne morale. Quant à son interprétation juridique, il faut remarquer que les auteurs anglo-saxons[844] utilisent l'expression de service *in-house* dans le sens uniquement d'un service « *which is legally part of the authority itself* »[845] (qui fait légalement partie de l'autorité elle-même). C'est-à-dire que le terme anglais renvoie uniquement au sens français de service interne à une entité. En droit public français, le terme classique — problématique car très polysémique[846] — est celui de service en régie, à l'exclusion des régies personnalisées, celle-ci ayant une personnalité morale distincte de leur collectivité de rattachement[847]. Il s'agit donc d'un contre-sens important en traduction que d'utiliser le terme *in house* pour désigner des relations entre deux personnes moralement distinctes. C'est pourtant une confusion qui s'installe rapidement avec le développement de la jurisprudence sur le sujet, à la fois chez les avocats généraux, dans les documents de la Commission, mais aussi chez les commentateurs français.

---

[842] European Commission, *Public procurement in the European Union,* Communication 11 march 1998, COM (98) 143, p. 10 : « 'in house' contracts ».

[843] *Concise Oxford English Dictionary : Main edition,* Oxford : Oxford University Press, 2011, 1728 p.

[844] E. g. ARROWSMITH, Sue, « Problems in delimiting the scope of the public procurement directives : privatisations, purchasing consortia and in-house renders », *Public Procurement Law Review* 1997, p. 198-204.

[845] *Ibidem,* p. 203.

[846] Cf. VIGUIER, Jacques, « Régie », fascicule II, *in* RICHER, Laurent (dir.), *Droit des services publics locaux,* Paris : éd. Le Moniteur, 2001.

[847] *Ibidem.*

Il faut remarquer en premier lieu que dans la première affaire où apparaît le terme *in house*, l'affaire *RI.SAN* du 9 septembre 1999, l'Avocat général[848] et les commentateurs anglophones[849] utilisent ce terme dans son sens correct anglais. L'expression est toutefois ensuite reprise dans une note de l'Avocat général COSMAS dans ses conclusions sous l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999[850]. Il l'utilise pour décrire une situation où un pouvoir adjudicateur répond à ses propres besoins, et renvoie à deux articles en français, de Philippe et Maurice-André FLAMME[851] et de M. MENSI[852]. Mais ni l'un ni l'autre de ces articles n'utilise le terme *in house*[853]. L'arrêt *Teckal* lui-même ne reprend pas ce terme pour décrire l'exception ainsi créée, au contraire des quelques commentateurs français de l'époque, qui restent toutefois prudents dans leurs définitions[854]. Il semble que ce soit l'Avocat général LÉGER dans ses conclusions sous l'arrêt *ARGE* du 7 décembre 2000[855] qui établit le premier une définition très large de prestations *in house*, qui désigneraient selon lui « les prestations fournies à une autorité publique par ses propres services ou par des services en position de dépendance, quoique organiquement distincts »[856]. À partir de cet arrêt le terme *in house* est largement repris dans la doctrine française pour décrire les prestations effectuées dans le cadre de

---

848 Voy. : Conclusions ALBER, CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN c/ Comune di Ischia : R.* p. I-5219 ; *Revue des concessions et des délégations de service public* 1999, n° 6, p. 23-54 (traduction officieuse), § 21 : En langue originale : « Da Ischia Ambiente auch nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sei, könne auch nicht vor einer sogenannten In-house-Dienstleistung bzw. einer Aufgabenerfuellung in Eigenregie » (dans la traduction officielle : « Puisque Ischia Ambiente ne fait pas partie intégrante de l'administration publique, il ne saurait non plus s'agir d'une prestation de services dite 'in house', c'est-à-dire en régie »). § 58 : L'Avocat général parle de « verwaltungsinterne Aufgabendelegation (In-house) » (« délégation interne à l'administration (in house) »).

849 BROWN, Adrian, « Case C-107/98 : Application of Directive 93/36 where a Contracting Authority Entrusts Supply of Products to a Consortium in which it has a Holding; Inapplicability of the Directive where One Contracting Authority is Supplied by Another which it Controls and which Carries Out an Essential Part of the Awarding Authority's Activities », *Public Procurement Law Review* 2000 p.CS41-CS44 (EN).

850 Conclusions COSMAS délivrées le 1er juillet 1999 (originellement en grec) CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano : R.* p. I-8121 ; *BJCP* 2000, n° 8, p. 452, obs. Maugüé.

851 FLAMME, Philippe, FLAMME, Maurice-André, « Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992) », *RMCUE* 1993, n° 365, p. 150-170.

852 MENSI, M., « L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services », *RMUE* 1993, n° 3, p. 59-86.

853 M. COSMAS renvoie d'ailleurs spécifiquement à un passage de MM. FLAMME où les auteurs parlent d'exécuter des services « en régie » : cf. FLAMME, Philippe, FLAMME, Maurice-André, *op. cit.,* § 15 et 16. Tandis que l'article de M. MENSI ne fait ni référence à la régie, ni au *in house* : MENSI, M., *op. cit.*

854 Voy. par ex : ARNOULD, Joël, « Les contrats de concession, de privatisation et des services *in house* au regard des règles communautaires », *RFDA* 2000, n° 1, p. 2-23.

855 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft : R.* p. I-11037, § 50 (originellement en français) ; *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131, obs. Maugüé.

856 Conclusions LEGER, prononcées le 15 juin 2000, dans l'affaire CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft : R.* p. I-11037, § 50 (originellement en français) ; *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131, obs. Maugüé.

l'exception *Teckal*[857]. Même le Conseil d'État reprend une telle définition dans son rapport public de 2002[858].

Peu après, les terminologies francisées apparaissent pour qualifier de tels contrats, mais qui ne remplacent pas entièrement l'usage des termes *in house*. Notamment, M. TERNEYRE propose le terme de contrat « interorganique »[859], M. DELVOLVE celui de « contrats-maison »[860], et M. RICHER celui de « contrats de quasi-régie »[861]. C'est cette dernière appellation qui est retenue par la Commission générale de terminologie et de néologisme en 2008[862]. Effectivement, cette appellation correspond le mieux à la réalité de l'exception ouverte par l'arrêt *Teckal*. Comme le corrigent implicitement les conclusions de Mme STIX-HACKL délivrées le 23 septembre 2004 dans l'affaire *Stadt Halle*[863], s'il faut utiliser un anglicisme, c'est le terme « quasi-*in house* » qui décrit le mieux l'exception *Teckal*, et non le terme *in house*[864] seul.

L'idée de l'arrêt *Teckal* repose en effet sur une fiction juridique comparative, prenant comme référence les services internes (ou régies) d'une collectivité, pour en calquer les conséquences sur des situations très peu différentes, *quasiment* identiques, à l'exception de la présence d'une personnalité morale distincte. Dans ce cas, le terme anglais de quasi-*in house* correspond parfaitement en français à celui de services en quasi-régie ou services quasi-internes, en en reprenant toutes les nuances. Enfin, à partir de l'arrêt *Stadt Halle* le terme de « prestations intégrées » est aussi utilisé par les commentateurs[865]. Les mêmes réserves sur la relation de

---

857 Voy. notamment : ARNOULD, Joël, « Les contrats de concession, de privatisation et des services *in house* au regard des règles communautaires », *RFDA* 2000, n° 1, p. 2-23 ; MAUGUE, Christine, obs. sous CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131 ; LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics », *CMP* 2001, n° 4, chron. 4 ; TERNEYRE, Philippe, « Vade-mecum sur les marchés publics *in house* », *D.* 2002, p. 669 ; DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des 'contrats-maison' », *RDUE,* 2002, n°1, p. 53.

858 France, Conseil d'État, *Rapport public 2002, Jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 53, p. 309.

859 TERNEYRE, Philippe, « Vade-mecum sur les marchés publics *in house* », *D.* 2002, p. 669.

860 DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des 'contrats-maison' », *RDUE,* 2002, n°1, p. 53.

861 RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2004, § 543.

862 Commission générale de terminologie et de néologie : *JORF* 19 nov. 2008, n° CTNX0825937X NOR.

863 Conclusions Christine STIX-HACKL, délivrées le 23 septembre 2004, sous l'arrêt CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle : R.* p. I-1, § 49, 55, 58.

864 Qui peut être utilisé par les requérants, mais n'est pas repris à son compte par la juridiction : cf. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle : R.* p. I-1, § 18 et 19.

865 ECKERT, Gabriel, « La CJCE restreint le champ d'application des contrats 'in house' », *CMP* 2005, n° 12, comm. 306 ; DREIFUSS, Murielle, « Un nouveau pas vers une interprétation restrictive de la théorie du contrat 'in house' », *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1364 ; et encore avant pour l'utilisation du terme « entreprises 'intégrées' » : ARNOULD, Joël, *op. cit.*

comparaison lui sont applicables, l'intégration emportant avec elle l'idée d'une même personne morale, notamment à partir d'un raisonnement *a contrario*[866].

Afin d'éviter toute confusion, l'utilisation du terme de quasi-régie, ou de service quasi-interne nous paraît donc la meilleure en droit français. L'utilisation excessive du terme *in house* nous semble démontrer l'importance pour les juristes français[867] de souligner l'origine exogène de ce concept[868], ce qui est d'autant plus paradoxal que l'exception de quasi-régie est interprétée en France comme un prolongement de théories préexistantes. Ce mauvais emploi ne fait que traduire, une fois de plus, l'inadaptation du cadre théorique français à cette nouvelle notion.

## II. La théorie française classique des personnes publiques confrontée à la notion de quasi-régie

Si le droit écrit met en place de nouvelles conditions à respecter, et si ces conditions sont désormais applicables aussi aux personnes publiques, il s'agit là de conditions fonctionnelles en ce qu'elles requièrent un certain comportement de la part de leurs destinataires. Or, le droit public français classique s'est peu à peu construit sur une vision très organique du Droit. À chaque type d'institution publique correspond ainsi un régime particulier d'obligations et de libertés, généralement figé par la loi ou le règlement[869]. Le coeur de la compréhension du droit français semble ainsi se situer au niveau de l'analyse organique. Comment ce système théorique des personnes morales de droit public s'adapte-t-il à la notion beaucoup plus fonctionnelle de quasi-régie ? À première vue, il ne paraît en tout cas pas boulversé.

---

866 Que serait en effet un service non-intégré si ce n'est un service distinct juridiquement de l'autorité ?

867 Mais aussi d'autres pays : cf. pour l'Allemagne : RABOLT, Klaus, « Die so genannte Inhouse-Beziehung zwischen Gebietskörperschaft und Dienstleistungsersteller als Ausnahme vom Ausschreibungswettbewerb », *Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen* 2003 p.107-115 (DE) ; pour l'Italie : FERRANDO, Stefano, « Disciplina degli appalti pubblici e affidamento diretto dell'incarico: la Corte di giustizia precisa il criterio dell'attività prevalente per l'ipotesi di in house providing », *Diritto e Politiche dell'Unione Europea* 2007 p.154-166 (IT) ; pour l'Espagne : BERNAL BLAY, Miguel Angel, « Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05, Asemfo vs. Tragsa) », *Revista española de Derecho Administrativo* 2008 p.115-138

868 Voy. d'ailleurs : BRUNET, Pierre, « Humpty-Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA* 2008, n° 164-165, p.7-12. On notera aussi de façon intéressante que la Cour de justice de l'Union a fini par intégrer elle-même ce terme de *in house* pour désigner l'exception de quasi-régie : cf. pour la première utilisation : CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE et al. : ECLI:EU:C:2014:2004*, § 33.

869 La Constitution française classe ainsi dans le domaine de la loi la création de nouvelle catégorie d'établissements publics (art. 34).

L'un des écueils principaux de l'étude du Droit consiste à respecter immodérément le droit établi, comportement qui peut aller jusqu'à la relecture justificatrice des nouvelles règles par la logique des règles anciennes. C'est un tel comportement qui semble à l'oeuvre lorsque l'on observe la doctrine publiciste française confrontée à la notion communautaire de quasi-régie. De nombreux auteurs y voient en premier lieu une application de principes classiques du droit public français — alors même que ceux-ci ne sont plus utilisés dans la pratique et ne recouvrent pas des situations identiques. Cette critique vise principalement le lien établi entre l'arrêt *Société Unipain* du 29 avril 1970[870] et l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999[871] (cf. *supra*). Cette filiation artificielle emporte comme première conséquence de ne pas s'interroger sur les solutions alternatives crédibles auxquelles la jurisprudence européenne aurait pu aboutir si elle n'avait pas fait le choix de retenir les critères *Teckal,* et qui auraient pu modifier en profondeur le droit français des relations entre personnes publiques (A). De même, certains liens traditionnels de droit public français entre personnes publiques, comme le rattachement, pourtant remis directement en question par la notion de quasi-régie, sont considérés comme rentrant naturellement dans les conditions de l'exception européenne, ce qui peut être problématique du point de vue scientifique comme du point de vue pratique (B).

## A. L'occultation du débat sur la contractualisation à l'intérieur d'une même personne morale

Lire l'arrêt *Unipain* dans le sens d'une totale liberté de contractualisation à l'intérieur d'une même personne morale peut porter à occulter un autre important débat qui se jouait en 1970 et qui se rejoue en 1999 à l'occasion de l'arrêt *Teckal* : la question de la personnalisation des services ou de la mise en concurrence à l'intérieur d'une même personne morale. Ces deux idées sont les deux aboutissants d'une même dynamique possible de concurrencialisation des relations entre personnes publiques[872]. Or, on oublie facilement que l'arrêt *Teckal* aurait pu confirmer et non infirmer l'arrêt

---

[870] CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

[871] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano : R.* p. I-8121 ; *BJCP* 2000, n° 8, p. 452, obs. Maugüé.

[872] Voy. notamment : CAILLOSSE, Jacques, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA* 2016, p. 761. Et de façon plus général pour le droit administratif : ZEVOUNOU, Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* Paris : LGDJ, 2012, 484 p. ; CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, 1043 p. ; Conseil d'État, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Doc. fr., 2002, 465 p.

*Piémont de Barr* en introduisant de la concurrence entre toutes les personnes morales distinctes, quelle que soit leur degré de relation. La logique finaliste du droit de l'Union européenne portait en effet plutôt dans ce sens (cf. *supra*). Dans la même idée, la Cour de justice de l'Union aurait pu insister pour introduire des exigences de concurrence à l'intérieur même d'une personne morale, à partir du moment où les indices d'une volonté divergente sont décelés entre deux services différents. Une fois intégré ces alternatives possibles, la logique inhérente à la quasi-régie devient beaucoup plus claire. Il s'agit bien d'une solution protectrice de la liberté organique des collectivités publiques, mais au prix d'une formalisation très importante des relations fonctionnelles de celles-ci entre elles.

## *1. La position française traditionnelle de négations de relations contractuelles au sein d'une même personne morale face à la méthode fonctionnelle européenne*

Ces questions rejoignent le problème juridique beaucoup plus large de la définition de la personnalité morale, et particulièrement la personnalité publique, qui anima les facultés de droit françaises[873] mais aussi allemandes[874] à l'aube du XXème siècle. Il est sur ce point admis dans la doctrine française que la personnalité morale de droit public résulte en très large partie d'une reconnaissance juridique positive par le droit[875]. La reconnaissance jurisprudentielle de personnes morales de droit public en dehors des cadres positifs — c'est-à-dire en reconnaissant une réalité sociale — est devenue extrêmement rare, voire obsolète[876]. Or, il est classiquement requis pour reconnaître l'existence d'un véritable contrat juridique des sujets de droit distincts[877]. Pourtant, en pratique, des contrats représentant matériellement de vrais échanges économiques au sein d'une même personne morale peuvent tout-à-fait exister, même s'ils n'ont pas la force juridique d'un contrat entre deux personnes juridiques distinctes[878]. La reconnaissance par le droit européen de

---

873 BIGOT, Grégoire, « Personnalité publique et puissance publique », *in* AFDA, *La personnalité publique,* Parsi : Litec, 2007, p. 17-34.

874 JOUANJAN, Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle,* Paris : PUF, 2005, 364 p.

875 Cf. LINDITCH, Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif,* Paris : LGDJ, 1997, 334 p.

876 Cf. AUBY, Jean-Bernard, *La notion de personnes publique en droit administratif,* Thèse de doctorat : droit : Université de Bordeaux I, 1979, p. 141 et s.

877 Selon Gérard MARCOU par exemple, « pour qu'il y ait un contrat, il faut des sujets de droit distincts. C'est une condition élémentaire » : MARCOU, Gérard, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 982.

878 HOURSON, Sébastien, Les conventions d'administration, Paris : LGDJ, 2014, p. 204-208.

relations hors-marché entre personnalités juridiques distinctes ne doit pas occulter le débat sur la possibilité bien réelle pour les relations intra-personnelles de se retrouver soumises à des obligations issues du droit de la concurrence. Il s'agit là au final d'un choix politique de la Cour de justice[879].

En pratique, le développement de la contractualisation comme technique de gestion publique[880] a multiplié *de facto* les contrats à l'intérieur des personnes morales administratives, comme les « contrats internes » aux établissements publics de santé prévus par l'ordonnance n° 9346 du 24 avril 1996[881], ou les contrats d'objectifs entre le Conseil d'État et les cours administratives d'appel[882]. Au Royaume-Uni, où ils ont été très utilisés, les *public service agreements* permettaient de contractualiser à l'intérieur des services déconcentrés de l'État entre 1998 et 2008[883]. Mais il reste vrai qu'il s'agit là plus de programmes politiques ou d'ordres administratifs négociés que de contrats opposables devant une juridiction[884].

En théorie, ce constat a tout de même abouti à admettre la possibilité d'une parcellisation de la personnalité juridique[885], qui se fonde sur cette pratique administrative importante et ancienne de contractualisation au sein d'une même personne publique[886]. La reconnaissance de « traits de personnalité »[887] à certains services, et notamment de la capacité à contractualiser entre services, n'aurait-elle pas pu ouvrir la voie à une application du droit de la commande publique entre ces

---

879 RICHER, Laurent, « Contrats *in house :* de l'analogie. À propos de la jurisprudence *Teckal* », *Site internet du cabinet Richer & Associés,* janvier 2012, consulté en ligne le 1er décembre 2016 [http://www.droitpublic.eu/fr/publications/contrats-house-de-lanalogie-propos-de-la-jurisprudence-teckal].

880 RICHER, Laurent, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publics », *AJDA* 2003, p. 973 ; voy. aussi HECQUART-THERON, Maryvonne, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA* 2003, p. 451.

881 MOREAU, Jacques, « Les 'matières contractuelles' », *AJDA* 1998, p. 747.

882 DENOIX DE SAINT MARC, Renaud, « Les contrats d'objectifs des cours administratives d'appel », *AJDA* 2008, p. 1246.

883 PANCHAMIA, Nehal, THOMAS, Peter, « Public service Agreements and the Prime Minister's Delivery Unit », *Institute for Government,* working paper, 7 February 2014, accessible sur www.insituteforgovernment.org.uk [consulté le 1er janvier 2015].

884 Voy., malgré l'absence de jurisprudence bien établie, les développements de ROLIN, Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques,* thèse de doctorat : droit public : Paris 2 : 1997, p. 150 et s. Du côté des décisions juridiques, voy. la décision niant à un groupement de fait de personnes publiques la capacité de contracter : CE Sect., 13 mai 1970, *Laruelle,* n° 73655.

885 ROUYERE, Aude, « La personnalité publique partielle », *in* AFDA, *La personnalité publique,* Paris : Litec, 2007, p. 91-112.

886 Cf. DELCROS, Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. Etude sur les services non personnalisés de l'Etat*, Paris : LGDJ, 1976, p. 86 et s. ; LINDITCH, Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif,* Paris : LGDJ, 1997, p. 150 et s.

887 AUBY, Jean-Bernard, *La notion de personne publique en droit administratif,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux I, 1979, p. 138.

services ? Si la question est réglée par l'arrêt *Teckal,* l'état du droit en France paraît bien moins fixé en 1970, date de l'arrêt *Unipain*. En effet, comme le soulignait Maurice HAURIOU au début du siècle, « la question de savoir si un service public a reçu la personnalité morale séparée est très délicate »[888]. Si l'on s'intéresse de près aux circonstances de l'arrêt *Unipain,* le doute peut être permis de croire en une unité de *volonté* — le véritable critère du contrat juridique classique[889] — entre un service du ministère des armées (la boulangerie militaire), et un établissement pénitentiaire relevant du ministère de la justice. S'écartant peut-être sur ce point des procédés du juge judiciaire[890], le juge administratif français semble très réticent à reconnaître l'existence de fait d'une personnalité juridique sans support textuel[891].

Cependant, l'absence de personnalité propre et entière des deux entités contractantes exclue-t-elle toute possibilité de voir une activité de commande publique ? Si l'on s'en tient à une vision finaliste des échanges économiques en faisant abstraction de la forme — comme le fait bien souvent le droit européen[892] — les faits de l'arrêt *Unipain* constituent bien un échange économique. En effet, en droit européen il y a échange économique lorsque deux centres de profit autonomes s'échangent des biens contre une rémunération[893]. C'est ainsi que pour Jean-David DREYFUS l'arrêt *Unipain* comporte une « part de tromperie » puisque ces « ventes à soi-même » pourraient tout-à-fait se retrouver interdites en droit européen selon lui[894]. La seule explication possible à ce renversement consiste donc, comme nous l'avons déjà démontré *supra*, à estimer que la Cour de

---

888 HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public, 5e éd.,* Paris : Lib. du Recueil Sirey, 1903, p. 482.

889 Voy. par exemple MARCOU, Gérard, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 982, qui considère que « pour qu'il y ait un contrat, il faut des sujets de droit distincts. C'est une condition élémentaire ».

890 La Cour de cassation indique notamment depuis 1954 que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés » : Cass. civ. 28 janv. 1954, JCP 1954. II. 7958, concl. Lemoine, D. 1954.217, note G. Levasseur. Toutefois, l'évolution législative moderne ne semble pas aller dans le sens de ce réalisme juridique, mais plutôt dans le sens de l'affirmation du caractère fictionnel de la personnalité morale : voy. notamment PAILLUSSEAU, Jean, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705 et s. . Voy. aussi pour une distinction de la personnalité juridique de la personnalité morale, MATHEY, Nicolas, « Personne publique et personne privée », *in* AFDA, *Personnalité publique,* Paris : LexisNexis, 2007, p. 63-89.

891 Voy. pour une mise au point récente, PONTIER, Jean-Marie, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA* 2007, p. 979 et s. ; ROUYERE, Aude, « La personnalité publique partielle », *in* AFDA, *La personnalité publique,* Paris : Litec, 2007, p. 91-112.

892 Comp. avec la définition d'entreprise en droit européen : CJCE, aff. C-41/90, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron GmbH : R.* p. I-1979.

893 Comp. avec les critères de distinction d'une société-mère vis-à-vis de ses filiales : CJUE, aff. C-97/08 P, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres c/ Commission : R.* p. I-8237.

894 DREYFUS, Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA* 2009, p. 891 et s.

justice à effectuer à l'occasion de l'arrêt *Teckal* un choix politique majeur quant à la limite des exigences du droit de la concurrence appliquées aux collectivités publiques[895]. On comprend alors qu'affilier l'arrêt *Teckal* à la tradition française organique occulte ce changement important en replaçant cette décision dans une histoire qui ne lui appartient pas. Au-delà de cette conclusion abstraite car reposant sur des hypothèses n'ayant pas eu lieu, il faut aussi noter que le changement de méthode d'interprétation n'entraîne pas une adhésion totale du droit européen aux cadres théoriques classiques du droit public français des personnes morales de droit public.

## *2. Les conditions européennes de la quasi-régie face aux théoriques classiques des relations entre personnes morales de droit public*

Le renversement de méthode de l'arrêt *Teckal* ne constitue toutefois pas une adhésion pleine et entière à la méthode organique traditionnelle française, car il est une exception, et reste en cela entouré de conditions strictes qui rendent presque impossible la compatibilité des théories des relations entre personnes morales à l'oeuvre dans ces deux ordres juridiques. En effet, ce changement de méthode se fait au prix de la création de deux conditions extrêmement novatrices pour le droit français : l'analogie d'un contrôle décisionnel, et une quasi-exclusivité des relations matérielles. Ces deux conditions ne correspondent à aucun concept du droit public français classique et pour cause : elles portent en elles les fondements de la théorie européenne des relations entre personnes publiques. Elles vont pourtant être intégrées au droit français comme si elles pouvaient naturellement y trouver leur place, ce qui n'est pas le cas.

De ce point de vue, il est peut-être un peu trompeur de noter, comme le fait Frédéric ROLIN dans son commentaire de l'arrêt *Stadt Halle*, que la Cour de justice « a parfois été tentée de substituer à l'approche personnaliste une approche fonctionnaliste »[896]. En effet, la méthode habituelle de la Cour, et particulièrement pour déterminer une unité économique, est d'abord une méthode finaliste et non une méthode organique[897]. Une vision personnaliste (ou organique) dans la qualification d'un contrat — impliquant la nécessaire présence de deux personnes juridiques distinctes — posait donc largement question en droit européen avant l'arrêt *Teckal*. Et si la méthode

---

[895] Voy. : RICHER, Laurent, « Les contrats entre entités du secteur public », *Contrats publics* 2014, n° 143, p. 31.

[896] ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

[897] Cf. BOULOUIS, Jean, « Interprétation (méthodes) », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise à jour 1992.

organique — ou personnaliste — s'est imposée dans cette exception au droit de la commande publique, c'est une exception dans le cadre de l'analyse principalement fonctionnaliste de la Cour de justice. Enfin, cette exception vient avec des conditions d'application très strictes qui renversent presque l'intérêt du rejet de la méthode fonctionnaliste.

La filiation de l'arrêt *Teckal* à l'arrêt *Unipain* a pour conséquence de justifier la culture française de non-mise en concurrence à l'intérieur du secteur public comme un élément naturel, traditionnel, et non comme un choix politique sur l'utilisation d'une méthode au lieu d'une autre[898]. Cette filiation entre les jurisprudences européennes et françaises fait aussi disparaître ou passer au second plan les éléments les plus innovants de l'exception de quasi-régie, c'est-à-dire ses conditions. Les notions de contrôle analogue et d'activités dédiées, qui ne s'expliquent pas entièrement à travers l'arrêt *Teckal*[899], s'expliquent d'autant moins à la lecture de l'arrêt *Unipain*, qui ne concerne que des relations internes à une même personne morale[900].

Le droit public français, lui, repose surtout quant aux relations particulières entre personnes morales de droit public, sur les idées de pouvoir et de relations unilatérales[901]. Ainsi, le pouvoir de création, de pouvoir hiérarchique, de pouvoir de tutelle, le rattachement organique, la maîtrise des organes, le principe de spécialité, de contrôle *a posteriori*, mais aussi les missions plus ou moins contractuelles sont imposées par une personne publique sur une autre, en vertu du droit positif. Cela explique que les notions de contractualisation ne sont prises en compte que difficilement par la

---

898 Cf. RICHER, Laurent, « Contrats *in house :* de l'analogie. À propos de la jurisprudence *Teckal* », Site internet du cabinet *Richet & Associés Droit Public*, Janvier 2012, http://www.droitpublic.eu/fr/publications/contrats-house-de-lanalogie-propos-de-la-jurisprudence-teckal [consulté en ligne le 1er septembre 2016]. Voy. aussi le choix du gouvernement anglais de soumettre à concurrence les propres services des collectivités publiques : *cf.* BOYNE, George A., « Competitive Tendering in Local Government : A Review of Theory and Evidence », *Public Administration* 1998, vol. 76, issue 4, p. 695-712. La méthode, appelée en anglais *Compulsory Competitive Tendering* (CCT) ou « mise en concurrence obligatoire » en français, a été appliquée progressivement depuis les secteurs de la construction, de l'entretien, et les travaux routiers en 1980 (Local Government, Planning and Land Act 1980), jusqu'à la finance et les ressources humaines en 1995. Seulement une certaine part des activités était nécessairement mise en concurrence avec le secteur privé. Le gouvernement travailliste de 1997 est revenu sur cette législation, mais l'idée d'une mise en concurrence des services internes des collectivités reste encore vive outre-Manche.

899 *Cf.* chapitre précédent.

900 Le motif principal de l'arrêt résidant dans le fait que « *le principe de liberté de commerce et d'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'Etat satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services* ». La formulation ne précise d'ailleurs même pas explicitement l'idée d'unité de la personne morale ici.

901 Cf. DREYFUS, Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques,* Paris : L'Harmattan, 1997, p. 65-140.

théorie française[902], voire sont « saisies » comme par stupeur par les exigences européennes, comme le note Christine MAUGÜÉ[903].

Les exigences européennes rebattent en effet les cartes théoriques fondant les relations classiques de droit public entre personnes publiques. D'une relation purement administrative, comme la présentait Charles EISENMANN en 1958[904], la relation contractuelle entre personnes publiques devient progressivement une relation *lambda* d'une personne publique vers n'importe quel contractant[905]. L'application des critères européens nécessite en effet une opération double, implicant premièrement l'identification matérielle de la relation, avant sa qualification juridique, là où anciennement le droit public français ne se posait pas la question de la matérialité *a priori*.

Malgré ce *caveat* important sur les conditions, le rapprochement artificiel de la jurisprudence européenne avec la jurisprudence traditionnelle française a pu occulter une partie des conséquences de l'irruption de ces conditions strictes dans les relations entre personnes publiques. L'aveuglement provoqué par l'exception autorisée cache ainsi selon nous une absence de réflexion, pourtant nécessaire, sur ce choc des cultures. On voit d'ailleurs que la plupart des relations entre personnes publiques semblent de fait exclues de l'application des obligations de la commande publique dès les premiers commentaires français de cette jurisprudence[906].

## B. L'absence de clarté sur les conséquences de la quasi-régie sur les relations entre personnes publiques : le cas des établissements publics rattachés

---

902 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

903 MAUGUE, Christine, « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », *AJDA* 2003, p. 981.

904 EISENMANN, Charles, *Les actes juridiques du droit administratif, Cours de droit administratif (1957-1958),* Paris : LGDJ, 1983, tome 2, p. 519.

905 Voy. notamment : STIRN, Bernard, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA* 1990, p. 139, qui considère que les contrats entre personnes publiques ne forment pas une catégorie à part, mais présentent simplement « d'intéressantes particularités » (cité *in* CAUDAL, Sylvie, « Trente ans après la jurisprudence UAP : Retour sur les contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 834). Il nous semble quant à nous que ce constant paraît bien négatif au regard de la culture juridique française de l'époque.

906 Voy. notamment TERNEYRE, Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *Dalloz* 2002, p. 669 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 2002, Jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 53, p. 309.

Le lien artificiel construit par la doctrine française entre une jurisprudence ancienne portant sur l'unité de personnalité juridique et la théorie fonctionnelle européenne de la quasi-régie a pour conséquence d'occulter les incohérences théoriques qui pourraient résulter de la prise en compte de cette nouvelle donnée dans le corpus théorique administratif français. Une notion nous paraît particulièrement topique pour cela, qui aurait à l'évidence dû être affectée par l'irruption de la notion de quasi-régie : celle de régie de droit public français, et notamment les établissements publics rattachés. Malgré son long passé de notion fluctuante et difficile à saisir, l'irruption de la notion de quasi-régie ne change rien au *statu quo* planant en droit français sur cette notion. Elle y aurait pourtant largement gagné en cohérence.

La proximité des termes de quasi-régie et de régie personnalisée n'est pas anodine : comme la quasi-régie en théorie, la régie personnalisée est d'abord l'individualisation d'un service entièrement tourné vers la collectivité qui l'a créé, ou dont elle dépend totalement[907]. Cette notion est apparue progressivement en se détachant du régime de la régie directe, confondue dans une seule personne morale[908]. La régie personnalisée est alors assimilée à un établissement public rattaché à une collectivité publique[909]. La collectivité fixe ses missions et garde un contrôle matériel étroit sur la régie personnalisée, à travers un régime de pouvoir que les auteurs résument *in fine* dans la notion de rattachement organique. Régie personnalisée et quasi-régie ont donc comme point commun de posséder toutes deux une personnalité juridique distincte mais des relations privilégiées avec une ou plusieurs collectivités-mères. La régie personnalisée du droit public français bénéficie-t-elle donc automatiquement de l'exception de quasi-régie ? Si le cumul des exceptions possibles ouvertes à la régie personnalisée semble aller dans ce sens (1), l'automaticité de cette exception ne saurait en être pourtant déduite (2).

## *1) Les multiples cas d'exception à la mise en concurrence ouverts aux établissements publics rattachés*

Si le Conseil d'État et les auteurs considèrent que les établissements publics rattachés sont, à l'évidence, exempts de mise en concurrence dans leurs relations avec leurs collectivités-mères, il

---

907 VIGUIER, Jacques, « Régie personnalisée », fascicule II.30, *in* RICHER, Laurent (dir.), *Droit des services publics locaux,* Paris : éd. Le Moniteur, 2001.

908 LACHAUME, Jean-François, TIFFINE, Pierre, « Régie », fasc. 740, *JurisClasseur Collectivités territoriales,* mise à jour 22 octobre 2013, § 12 et s.

909 *Ibidem,* § 8. Une controverse doctrinale a certes encore cours sur la question de savoir si la régie personnalisée est entièrement assimilable à un établissement public, mais le droit positif a pris position pour cette équivalence.

faut dire que les indices en ce sens sont nombreux. En effet, outre la théorie de la quasi-régie, d'autres théories permettent aux établissements publics rattachés de se voir exempter des exigences européennes du droit de la commande publique. Plus particulièrement, en droit européen, le transfert unilatéral de compétences publiques n'est pas considéré comme une activité économique soumise à de telles exigences (a), de même que la coopération purement administrative entre collectivités publiques (b). Or, les établissements publics rattachés peuvent souvent rentrer dans ces exceptions.

a) Le transfert de compétences

Concernant l'exception de transfert de compétences, cette exception se fonde sur le pouvoir réglementaire des collectivités publiques et de l'État et leur capacité à transférer une mission publique d'une personne publique à une autre dans l'intérêt général. Dans ce cas, les entités sont considérées comme exerçant leurs propres compétences[910]. Or, les missions des établissements publics rattachés leur sont principalement confiés par leur acte de création — leur statut. Cette exception n'est toutefois clairement présentée par la Cour de justice (sur conclusions contraires de son Avocate générale Mme STIX-HACKL) qu'en 2007[911]. Les racines de son raisonnement reprennent néanmoins les points de vue classiques du droit public français sur les transferts de compétences[912], pour lesquels il ne saurait y avoir contrat que de façon très mesurée étant donné le caractère principalement règlementaire de cet objet. Les directives marchés publics prévoyaient en effet dès l'origine des exceptions concernant les transferts d'autorité publique[913]. De cette notion de transfert d'autorité publique, le juge communautaire aboutit à l'idée d'une exemption générale concernant les transferts de compétences. Il est donc possible que, par anticipation, le droit public français ait interprété cette disposition comme autorisant les établissements publics rattachés à se voir exemptés de mise en concurrence avec leurs collectivités-mères[914].

---

910 CJCE, aff. C-532/03, 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande, R.* p. I-11353, concl. (contraires) C. Stix-Hackl.

911 *Ibidem.*

912 Cf. DREYFUS, Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques,* Paris : L'Harmattan, 1997, p. 193-260.

913 CJCE, aff. C-264/03, 20 octobre 2005, *Commission c/ France : AJDA* 2006. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2005, p. 447, note J.-D. Dreyfus.

914 DEGOFFE, Michel, DREYFUS, Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA* 2001, p. 807.

On constate en effet que la première loi relative aux délégations de service public, en 1993[915], prévoyait que les règles de la commande publique ne s'appliquent pas, de façon générale, aux établissements publics. Une nouvelle condition est néanmoins rajoutée à partir de 1996 : que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement[916].

Toutefois, concernant les transferts de compétences, ici encore, les conditions européennes restent drastiques, le transfert de compétences doit être total et non rester sous le contrôle de l'entité déléguante[917], et ne doit pas présenté un caractère onéreux, qui induirait non pas un transfert mais un contrat[918]. D'ailleurs, pour Laurent RICHER et François LICHERE, le juge administratif français aurait une interprétation « extrêmement contestable » de cette jurisprudence, car trop large[919]. Cela ne ferait que confirmer que les cadres théoriques français ne sont pas adaptés aux nouvelles conditions européennes malgré leur réception de façade.

b) La coopération purement administrative

Deuxième exception offerte par le droit communautaire, une coopération purement publique dans un but de gestion en commun d'une mission publique commune à plusieurs entités est exemptée de mise en concurrence. Ici, le parallèle avec la création des établissements publics de coopération intercommunale pourrait être intéressant. Bien que de tels établissements ne soient pas considérés par le droit public français comme des régies personnalisées, mais comme un type d'établissement public à part entière[920], ce sont bien les premiers établissements à bénéficier explicitement d'une telle exemption par le droit européen. En effet, alors que cette exception est découverte très tardivement par le droit européen en 2009 dans un arrêt Commission c/ Allemagne

---

915 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 : JORF n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588, art. 41.

916 CGCT, art. L. 1411-12 dans sa rédaction issue de la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales : *JORF* n° 47 du 24 février 1996 page 2992.

917 CJUE, aff. C-386/11, 13 juin 2013, *Piepenbrock : AJDA* 2013. 1751, note J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2013. 575, obs. Y. Simonnet ; *RFDA* 2013. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RTD eur.* 2014. 496, obs. A. L. Durviaux ; *Rev. UE* 2014. 641, chron. C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues.

918 CJUE, aff. C-51/15, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH c/ Région Hanover : AJDA* 2016, p. 2463, note D. Poupeau.

919 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 391. Voy. CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac : R.* p. 18, concl. Dacosta ; *AJDA* 2012, p. 555 note L. Richer ; *JCP-A* 2012, p. 2085, note H. Pauliat ; *LPA* 2012, 27 juillet, n° 150, p. 6, note P. Subra.

920 VIGUIER, Jacques, « Établissements publics de regroupement », fascicule II.50, *in* RICHER, Laurent (dir.), *Droit des services publics locaux,* Paris : éd. Le Moniteur, 2001.

du 9 juin 2009[921], la Commission retire par la suite une plainte qu'elle avait déposé contre la France à propos de la légalité des mécanismes de mutualisations de services[922]. La mutualisation de services, prévue à l'article L. 5211-4 du CGCT, permet aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de mutualiser certains services avec leurs communes membres en dehors de leur cadre statutaire. Un tel mécanisme ne faisait pas partie historiquement de l'arsenal des établissements publics rattachés, et les pratiques conventionnelles en dehors du cadre statutaire des établissements publics étaient donc sujettes à caution[923].

Enfin, comme pour les transferts de compétences, les conditions européennes de cette exception sont bien spécifiques (mission commune, aucun but lucratif), et ne correspondent pas aux cadres théoriques du droit public français classique, beaucoup plus accueillant quant aux collaborations entre personnes publiques[924], et donc d'autant plus quant aux relations entre collectivité-mère et établissement public rattaché. Pour le cas de la coopération, comme pour les conditions de la quasi-régie, les cadres positifs français se sont adaptés aux exigences européennes[925]. Toutefois, cette adaptation permet-elle une automaticité de l'application de l'exception de quasi-régie à tous les cas de régie personnalisée ? Il nous semble que non.

### *2) La vérification matérielle nécessaire des conditions de la quasi-régie aux régies personnalisées*

La différence entre régie personnalisée et quasi-régie se révèle dans les fondements qui président aux relations qu'elle entretient avec cette collectivité-mère. Car si la quasi-régie est un régime d'exception à la passation de commande publique, la régie personnalisée est d'abord présentée en droit français comme une dépendance organique de la collectivité publique, et donc un cas d'exemption automatique des obligations de concurrence. Or, dans ce deuxième cas la preuve

---

921 CJUE, aff. C-480/06, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne : AJDA* 2009, p. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; p. 1715 note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *RDI* 2009, p. 469 obs. R. Noguellou ; *JCP-A* 2009, p. 2248, notes F. Lichère et F. Linditch.

922 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 392.

923 DEGOFFE, Michel, DREYFUS, Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA* 2001, p. 807.

924 Voy. notamment DREYFUS, Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA* 2009, p. 891.

925 En ajoutant après l'article L. 5211-4 du CGCT un article L. 5211-4-1 (loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010, art. 65) qui adjoint les conditions européennes à ces mutualisations.

d'un lien spécial n'a pas à être établie, elle est présumée. Tandis que dans le premier cas, la charge de la preuve pèse sur les collectivités publiques.

Cette répartition de la charge de la preuve explique que les manuels et les traités français ne traitent pas en profondeur de la question de l'application de la quasi-régie aux établissements publics rattachés, ou que les premiers commentateurs — du moins ceux qui abordent ce point[926] — l'incluent instinctivement dans les catégories d'entités bénéficiant de l'exception de quasi-régie[927]. Le gouvernement, dans sa première interprétation du code des marchés publics en 2001, considère que le contrôle analogue « peut être la situation notamment, de certains établissements publics ou de certains filiales d'organismes publics »[928]. Le Conseil d'État lui-même dans son étude de 2009, analysant la « logique profonde »[929] du droit européen de la commande publique, estime que celui-ci n'impose pas d'« obligations en termes de mise en concurrence »[930] lors de la création par une personne publique d'un établissement public pour l'exercice de certaines missions. Or, comme nous avons essayé de le mettre en valeur, le problème réside bien dans l'interprétation différente de cette « logique profonde » du droit de la commande publique.

L'incompréhension entre droit européen et droit français passe selon nous par la notion traditionnelle en droit public français de rattachement. Ainsi, Jean-Bernard AUBY, Jean-François AUBY et Rozen NOGUELLOU estiment par exemple que l'établissement public local « peut être *suffisamment rattaché* à la personne publique pour relever du champ des relations *in house* »[931]. Cette notion de rattachement, dont l'utilité est durement mise en doute en 1971 par Jean-Claude DOUENCE[932], continue pourtant de soutenir tout le droit français des établissements publics. Sous cette notion les auteurs regroupe le régime assez disparate des relations entre établissement public et collectivité-mère, et notamment le pouvoir de création/suppression, le pouvoir de dicter les statuts,

---

926 La plupart le passe sous silence.

927 TERNEYRE, Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *Dalloz* 2002, p. 669 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 2002, Jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 53, p. 309.

928 Point 3.1.1 de l'instruction du 28 août 2001 du ministre de l'économie des finances et de l'industrie, relative à l'application du code des marchés publics.

929 Conseil d'État, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, Paris : La Doc. fr., 2009 p. 25

930 *Ibidem.*

931 AUBY, Jean-Bernard, AUBY, Jean-François, NOGUELLOU, Rozen, *Droit des collectivités locales, 6e éd.,* Paris : PUF, 2015, p. 295. C'est nous qui soulignons.

932 DOUENCE, Jean-Claude, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA* 1971, p. 16.

la dotation initiale, et la reprise du passif et de l'actif en cas de suppression[933]. Au final, il s'agirait d'un « lien de dépendance »[934]. Le problème est que cette notion n'a pas de contenu positif précis en droit public, et reste donc purement théorique, tandis que le régime des établissements publics rattachés permet un contrôle ou une direction très diverse selon les cas d'établissements, les statuts adoptés et les contrôles réellement effectués par les collectivités-mères[935].

Même si depuis une réforme de 2001 les régies personnalisées sont désormais obligatoirement dirigées par une majorité d'élus issus de la collectivité publique fondatrice, leur statut tel que prévu par le code général des collectivités territoriales[936] ne fait précisément aucune référence à un contrôle analogue à celui exercé sur les services de la collectivité, ou à une quasi-exclusivité de leurs activités à destination de cette collectivité. Cette référence est, comme nous l'avons vu *supra,* uniquement insérée dans les textes relatifs aux contrats publics, mais non dans les textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement public en tant que tel[937]. Ainsi, de même que l'exception de quasi-régie ne saurait être automatique pour les sociétés publiques locales[938], instruments pourtant prévus expressément à cet effet, les régies personnalisées ne sauraient bénéficier d'une exception automatique. Le juge administratif le reconnaît d'ailleurs, qui applique aux établissements publics les critères européens de la quasi-régie sans interprétation quelconque[939]. Pourquoi ne pas, alors, réfléchir à une adaptation plus étroite du droit français des régies personnalisées aux conditions européennes de la quasi-régie? Ici encore, la différence culturelle entre les deux ordres juridiques et les deux méthodes d'interprétation du droit semble expliquer toutes les difficultés.

---

933 LACHAUME, Jean-François, « Le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public local », *RFDA* 2001, p. 1063.

934 DOUENCE, Jean-Claude, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA* 1971, p. 4 et s.

935 DOUENCE, Jean-Claude, « Décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public », *AJDA* 2001, p. 376 ; et CHEVALLIER, Jacques, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Annales de la Faculté de Droit d'Amiens*, 1975, p. 5-80.

936 En particulier les principaux articles : R. 2221-1 à R. 2221-99 du code général des collectivités territoriales.

937 Le Parlement français avait d'ailleurs rejeté deux amendements qui auraient explicitement exclu toutes les relations entre personnes publiques lors de l'adoption de la loi Sapin en 1993. *Cf.* DREYFUS, Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575.

938 Voy. notamment CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm.* 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

939 Voy. CAA Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris, req. n° 07PA02380, Contrats et Marchés Publics, n° 10, oct. 2009, Comm. Zimmer ; *AJDA* 2009, p. 1766, note F. Lelièvre ;

# Conclusion du chapitre 1 : La reconstruction mythique d'une filiation

La réception en droit public français classique de la notion de quasi-régie semble bien bouleverser de « très anciennes habitudes »[940]. Nous avons commencé par analyser la réception de cette notion dans les relations entre les personnes publiques avant de passer à la réception de cette notion dans les relations entre les collectivités publiques et leurs satellites de droit privé, afin de laisser de côté les sociétés d'économie mixte locales et les sociétés publiques locales, qui méritent un traitement particulier, mais aussi afin de permettre une étude approfondie de l'impact de la théorie de la quasi-régie sur les cadres traditionnels du droit public français. En effet, les études existantes comportent souvent des lacunes assez révélatrices sur les établissements publics. Ces lacunes ne peuvent s'expliquer que par la croyance traditionnelle de ces outils traditionnels du droit français à résister aux assauts de la concurrentialisation des relations portée en germes par le droit européen de la commande publique.

Nous avons tenté de démontrer que ces oublis ne portent malheureusement pas à croire à une compatibilité des fondements théoriques du droit public français des personnes publiques et du droit européen de la commande publique. Même si le juge communautaire a su inverser sa méthode d'interprétation finaliste au profit d'une méthode plus organique dans son arrêt *Teckal,* afin de limiter les exigences de transparence et de mise en concurrence à certaines relations au sein de l'administration publique, ce changement de point de vue n'intervient qu'en entraînant de très strictes conditions d'application. Or, les conditions de contrôle analogue et de quasi-exclusivité ne connaissent pas d'*alter ego* en droit public français. Leur intégration, bien qu'*expressis verbis,* se fait du bout des lèvres par le législateur et le juge administratif français. Les cadres traditionnels d'interprétation du droit public n'en sont pas modifiés profondément, voire ont tendance à ignorer l'irruption de ces nouveaux concepts, en les affiliant artificiellement à d'anciens concepts de droit français.

Cette filiation artificielle emporte avec les germes de la discorde, car le droit français ne s'adaptant qu'à la marge au droit européen, les conflits de normes potentiels restent importants. Les instruments du droit public français restent potentiellement tous illégaux face au droit européen de la commande publique, alors qu'une réforme en profondeur de leur cadres pourrait sans doute

---

940 FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

rectifier cette situation. Elle nécessiterait néanmoins de se pencher de nouveau sur certaines notions vides de sens mais couramment utilisées, comme le rattachement d'un établissement public. Il nous semble donc qu'à y regarder de plus près le choc de la théorie européenne fonctionnelle de la commande publique et de la théorie française organique des personnes publiques est inévitable. Le droit français reste un droit organique, tandis que le droit européen est principalement fonctionnel[941]. La solution serait-elle de renouveler les cadres théoriques français dans une conception plus fonctionnelle ? Une telle acculturation juridique[942] ne paraît pas raisonnable de fond en comble, mais une combinaison harmonieuse (hybridation et non assimilation[943]) des fondements théoriques serait une heureuse réponse.

L'inadaptation des cadres du droit public à la réception de la notion de quasi-régie ayant été démontrée, qu'en est-il des cadres du droit privé ?

---

941 Voy. notamment BRUNET, Pierre, *Revue des contrats* 2009, n° 4, p. 1539 : « le 'dialogue des juges', s'il a lieu, est aussi affaire de culture et d'habitudes : si la CJCE cherche à qualifier les fonctions, le Conseil d'État demeure attaché à une qualification des organes » .

942 CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, p. 377 ; ROULAND, Norbert, *L'anthropologie juridique,* Paris : PUF, coll. Que-sais-je ?, p. 88 et s.

943 Cf. NORMAND, Sylvio, « La culture juridique et l'acculturation du droit : Le Québec », *in* Académie Internationale de Droit Comparé, SANCHEZ CORDERO, Jorge A. (ed.), *La culture juridique et l'acculturation du droit, Rapports au XVIIIe Congrès international de droit comparé,* Washington D. C. : Académie Internationale de Droit Comparé, 2010, p. 826.

# Chapitre 2 :
# L'adaptation nécessaire du régime de l'économie mixte locale à la théorie de la quasi-régie

> [À propos de la relation *in house*] « Ce peut être la situation notamment, […] entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle »[944]
>
> *Instruction du Ministère de l'économie,*
> *des finances et de l'industrie du 28 août 2001*
> *pour l'application du code des marchés publics*

Comme cet extrait mis en exergue de l'instruction ministérielle accompagnant le nouveau Code des marchés publics l'illustre bien, en 2001 le droit français des sociétés d'économie mixte locales (SEML) ne paraît pas encore affecté par la nouvelle théorie européenne des relations de quasi-régie. Cet extrait rappelle le jugement optimiste porté sur l'adéquation pleine et entière aux outils du droit public français, alors même qu'il semblait pour ceux-là à première vue adapté. Pour les institutions de gestion de droit privé, comme les SEML, ce jugement positif est néanmoins rapidement démenti par la jurisprudence puis les textes européens. Contrairement aux institutions publiques de gestion, qui restent grandement épargnées par l'irruption de la notion européenne de quasi-régie, les SEML voient leur fonctionnement légal évoluer sous la pression européenne.

La Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt Stadt Halle du 11 janvier 2005[945], exclut en effet toute possibilité de participation de capital d'origine privée pour pouvoir bénéficier de la qualification de quasi-régie et être exempté de mise en concurrence. Or, le droit français des SEML, jusqu'alors principaux démembrements de droit privé des collectivités territoriales, oblige celles-ci à posséder un capital obligatoirement mixte, composé à la fois de fonds

---

[944] Instruction du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001), *JORF* n° 208 du 8 septembre 2001 p. 14385, texte n° 7, point 3.1.1 relatif aux contrats de prestations intégrées également désignés comme contrats « in house ».

[945] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : J*CP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

privés et publics[946]. Certes, depuis 1993 les SEML sont soumises en France à un régime de mise en concurrence pour la plupart des contrats conclus avec leurs actionnaires publics, mais d'importantes exceptions survivent à cette obligation jurisprudentielle au demeurant relativement surprenante en elle-même. Ces derniers contrats sont donc affectés par la conception restrictive de la Cour de justice de l'exception de quasi-régie, banalisant encore plus la situation déjà proche du secteur privé de la SEML. Cela est assez paradoxal, car le régime législatif de la SEML interdit une position dominante des investisseurs privés à son capital — et en pratique lesdits investisseurs sont généralement très minoritaires. Pour s'adapter à la jurisprudence européenne dans un sens de liberté d'organisation des collectivités locales, il semblerait logique que le statut des SEML puisse évoluer pour permettre une participation publique exclusive, une telle évolution paraissant relativement insignifiante.

Les fondements théoriques nationaux des SEML s'opposent néanmoins à une telle évolution, ce que reflète l'option choisie par le législateur de ne pas modifier le statut de la SEML dans un sens permissif, mais au contraire d'uniquement le rectifier dans un sens restrictif, en lui interdisant le bénéfice du régime de la quasi-régie. L'obligation de mixité du capital des SEML dévoile en effet à l'étude un fondement idéologique fort, qui relève de préférences nationales pour un encadrement pro-concurrentiel et restrictif de l'utilisation d'institutions de droit privé par des collectivités locales (section 1). D'ailleurs, une dynamique jurisprudentielle nationale déjà antérieure à l'arrêt *Teckal* semblait rétrospectivement aller dans le même sens que celle du juge européen de banalisation des entités d'économie mixte. Pourtant, la réception de l'arrêt *Teckal* déclenche une dynamique nationale inverse de re-publicisation des sociétés d'économie mixte locales, considérées désormais comme pouvant profiter de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies, et donc plus libres. Cette éventualité est rapidement mise à mal par les exigences supérieures du juge européen, qui exclut quant à lui entièrement les sociétés d'économie mixte locales du bénéfice de l'exception de la quasi-régie (section 2). La jurisprudence européenne ouvre alors la voie à un renouvellement des fondements idéologiques qui expliquaient la résistance de la mixité obligatoire pour les collectivités locales souhaitant prendre une forme de société anonyme, les aspects pro-concurrentiels de cet outil étant d'autant renforcés (section 3). C'est sur la base de cette modification conceptuelle que peut se construire par la suite la notion de société publique locale.

---

[946] Code Général des Collectivités Territoriales, art. L. 1521-1.

# Section 1 - Les fondements pro-concurrentiels cachés de l'économie mixte locale

Une opinion largement répandue voudrait que le régime français des sociétés d'économie mixte locales soit issu d'une réflexion politique et logique rationnelle[947]. En réalité, le régime juridique des SEML doit être lu dans le cadre plus général du droit français applicable aux démembrements de droit privé des collectivités locales. De ce point de vue, le statut des SEML apparaît comme particulièrement déséquilibré, car il est le résultat d'un compromis entre des visions contradictoires du rôle économique des collectivités locales (II) dont les origines sont une confusion importante entre ce qui relève des principes de l'action publique locale et des moyens d'actions de cette dernière (I).

## I - Une confusion entre le principe et les formes des interventions publiques locales

Si l'on compare le régime de détention d'entité juridique de droit privé par les collectivités locales françaises avec celui de l'État français, ou avec celui de collectivités locales d'autres pays, le système français paraît bien sévère. En effet, le principe, énoncé à l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les communes, et applicable aussi aux autres collectivités[948], est celui d'une interdiction de participation « dans le capital d'une société commerciale et pour tout autre organisme à but lucratif ». Une telle interdiction de principe n'est évidemment pas applicable à l'État, dont l'appétit capitalistique est bien connu[949]. De même, une simple comparaison avec les voisins européens de la France donne à cette disposition un caractère assez exceptionnel[950], notamment car pendant longtemps, les sociétés d'économie mixte locales

---

947 Jean-François BIZET, par exemple, considère ainsi, dans son ouvrage sur les *Entreprises publiques locales,* que « le statut des SEML s'est intelligemment adapté aux évolutions juridiques de notre société » (2e éd., Paris : Lamy, 2012, p. 16).

948 L'article L. 3231-6 du CGCT pour les départements, et l'article L. 4211-1 du CGCT pour les régions.

949 Voy. par ex. : CARTIER-BRESSON, Anémone, *L'Etat actionnaire,* Paris : LGDJ, 2010, 508 p.

950 DEXIA-Crédit Local de France, *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne,* Paris : Dexia, 2004, 173 p. Voyez aussi : Fédération des EPL, CEEP, *Panorama des EPL en Europe, Unis dans la diversité,* s.l. : s.n., s. d. [déclaré juin 2015], collection Observatoire, 20 p., disponible sur le site de la Fédération EPL dans la rubrique de la collection Observatoire : [http://www.lesepl.fr/kiosque-observatoire.php], consulté en ligne le 1er juillet 2016.

sont les seuls véhicules de droit privé autorisés pour les collectivités locales. Comment expliquer cette situation restrictive ?

La réglementation entourant les activités économiques locales et les formes autorisées pour y recourir, démontre un caractère confus qui résulte d'un parti pris qui n'est jamais explicité, et donc toujours « caché »[951]. Elle traduit l'existence d'une importante confusion entre le principe et les formes d'intervention des collectivités locales, qui entraîne l'application d'un régime déséquilibré entre droit public et droit privé des moyens d'action des collectivités locales afin de limiter leurs activités économiques. Cette confusion explique en tout cas la difficulté pour le législateur français d'imaginer des solutions alternatives à la SEML. Cette confusion découle d'une répartition peu logique des rôles, où le législateur ne règle que les moyens techniques de l'action publique locale (A), tandis que le juge se charge d'en contrôler les fins (B). L'étude précise de l'histoire de ces évolutions montre néanmoins l'influence discrète de la forme sur le fond (C).

## A) Un législateur ne réglementant que les moyens techniques

L'élaboration d'un régime juridique clair et cohérent concernant les formes de droit privé de l'intervention des collectivités locales est empêchée par le doute persistant sur son principe même. Dans quels cas les collectivités locales sont-elles légitimes à intervenir dans l'économie ? Historiquement, il est indéniable que les collectivités locales — les villes notamment — ont de longue date joué un rôle important dans la vie économique. Les villes au moyen-âge puis à l'époque moderne possédaient et géraient des moulins, des ponts, l'éclairage des rues, des services sociaux, etc[952]. L'urbanité est en elle-même un avatar d'une volonté de communautarisation qui nécessite un certain niveau de services et de biens gérés en commun. Mais, après le moyen-âge et la constitution de municipalités fortes, la construction de l'Etat monarchique central s'accompagne d'une réduction continue des libertés communales[953], qui culmine avec l'ordre territorial napoléonien[954]. A partir de ce sommet de centralisation, une progressive et plus ou moins rapide décentralisation s'opère en

---

951 Pierre BOURDIEU, dans sa *Leçon sur la leçon* (Paris : Minuit, 1982, p. 30) résumait ainsi le travail critique du scientifique : « il n'y a de science que du caché ».

952 MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français,* Paris : PUF, 1985, p. 55-87 ; BESANCON, Xavier, *Les services publics en France, du moyen-âge à la Révolution,* Paris : Presses des Ponts, 1995, 440 p ; BOUCHERON, Patrick, MENJOT, Denis, *La ville médiévale – Histoire de l'Europe urbaine tome 2,* Paris : Points, 2011, p. 365-389 ; voy. aussi GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public,* 4e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 38 et s.

953 BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française, du 18e au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, p. 34.

954 *Ibidem*, p. 81.

France jusqu'à aujourd'hui. Toutefois, cette centralisation et cette décentralisation – qui font l'objet de tant d'attentions par les historiens – ne concernent que les libertés politiques locales, c'est-à-dire les compétences cédées par le pouvoir central aux pouvoirs locaux pour intervenir dans l'économie. Les querelles historiques autour de la décentralisation ne s'attardent quasiment jamais sur les techniques juridiques d'action accordées aux collectivités locales.

Il est vrai que les réglementations relatives aux budgets locaux, aux impôts locaux, aux employés locaux, aux marchés publics et aux travaux publics des collectivités locales, ou encore aux régies municipales sont pour longtemps édictées nationalement[955]. Toutefois, sur le sujet précis des interventions économiques locales, le législateur n'élabore jamais aucune règle interdisant ou permettant clairement celles-ci.

Par exemple, les lois de 1871 pour le département et de 1884 pour la commune sont présentées à leur époque comme des lois de liberté pour les collectivités locales[956]. Elles ne prévoient néanmoins rien de très important ni de très clair en terme d'initiative des collectivités locales dans l'économie, tant la discussion autour du socialisme municipal[957] est difficile à contenir dans un sens ou dans l'autre[958]. Or, grâce à la démocratisation du scrutin local et la décentralisation progressive du régime, des municipalités émergent avec des programmes incluant d'importantes interventions économiques. La réalité de ces interventions n'est pas prise en compte législativement avant la fin de la première guerre mondiale, lorsque les collectivités publiques ont pris un rôle trop important dans le remplacement de l'initiative privée pour être ignorées plus longtemps.

En 1926, le gouvernement de Raymond POINCARE entreprend de réformer l'administration publique locale en autorisant notamment les collectivités locales à organiser pour la première fois de manière indépendante du pouvoir central leurs propres services[959]. Dans ce but, le gouvernement

---

955 Voy. par ex. LE LIDEC, Patrick, « Le jeu du compromis : l'Etat et les collectivités territoriales dans la décentralisation en France », *RFAP* 2007, n° 1-2, p. 111-130 ; voy. aussi : Sénat (2010-2011), rapport d'information n° 317 de M. Claude BELOT fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, enregistré à la présidence du Sénat le 16 février 2011, 45 p. ; voy. encore : Inspection Générale de l'Administration, rapport sur les conséquences des normes techniques pour les collectivités locales, Paris : Ministère de l'Intérieur, La Documentation française, 2000, 53 p.

956 La loi du 10 août 1871 pour les départements, et la loi du 5 avril 1884 pour les communes. *Cf.* OHNET, Jean-Marc, *Histoire de la décentralisation française,* Paris : LGF, 1997, 351 p. ; BODINEAU, Pierre, VERPEAUX, Michel, *Histoire de la décentralisation,* 2e éd., Paris : PUF, 1997, 128 p. ; BIGOT, Grégoire, LE YONCOURT, Tiphaine, *L'Administration française, Politique, droit et société, tome 2, 1870-1944,* Paris : LexisNexis, 2014, 500 p. ; VANDENBUSSCHE, « La fonction municipale sous la Troisième République. L'exemple du département du Nord », *Revue du Nord* 1994, n° 305, p. 319-337.

957 Le socialisme municipal est l'application au niveau local des doctrines socialistes, ce qui vise notamment l'interventionnisme économique.

958 BIENVENU, Jean-Jacques, RICHER, Laurent, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger* 1984, vol. 62, p. 205-223 ; KUHL, Uwe, *Der Munizipalsozialismus in Europa / Le socialisme municipal en Europe,* München : Oldenbourg, 2001, p. 23. ; VANDENBUSSCHE, « La fonction municipale sous la Troisième République. L'exemple du département du Nord », *Revue du Nord* 1994, n° 305, p. 319-337.

959 Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, *JORF* 7 novembre 1926, p. 11894 et s.

français organise la possibilité pour les collectivités d'organiser leurs services en régies budgétairement autonomes au sein d'une même personne morale, et étend quelque peu leurs possibilités d'intervention[960]. Dans le même élan, il les autorise aussi à prendre une part inférieure à 40% du capital social de sociétés commerciales, car ne pas le faire serait « contradictoire »[961] avec la première avancée d'après le gouvernement. Le décret soumet néanmoins cette intervention à un contrôle d'opportunité du préfet, représentant local de l'Etat.

En pratique, et antérieurement à la grande décentralisation de 1982, le législateur se décharge sur le gouvernement de la tâche de limiter quant à leurs fins les interventions des collectivités locales. Selon la doctrine dominante de l'époque, de telles interventions étaient autorisées à condition de rentrer dans les objectifs définis par l'Etat[962]. Par exemple, le ministère de l'Intérieur indique clairement dans ses directives aux préfets antérieures à 1982 l'importance pour les initiatives des collectivités de se fondre dans les orientations politiques nationales[963].

En choisissant de laisser les collectivités prendre la voie des régies publiques ou des sociétés commerciales pour gérer leurs services, le président du conseil POINCARE a surtout choisi de ne pas trancher le débat entre des propositions parlementaires contradictoires sur le sujet, qui n'avaient pas été adoptées, mais qui faisaient le choix d'un seul type de forme (soit public, soit privé) pour les démembrements des collectivités locales. Particulièrement, le gouvernement qui agit ici par voie législative, ne modifie pas les critères jurisprudentiels entourant le principe même de l'intervention, et qui sont encore très stricts à l'époque. Il ne réglemente principalement que la forme de l'intervention publique locale. Mais pour ce qui est de trouver une limite générale à l'intervention publique locale – en dehors de lois particulières – le législateur semble se défausser de ses responsabilités sur le juge administratif.

## B) Le rôle primordial du juge administratif dans l'encadrement des fins de l'interventionnisme public local

Le juge administratif a longtemps interprété l'intervention économique des collectivités locales dans un sens très restrictif, qu'il aurait été cependant facile au législateur de contredire si

---

960 Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

961 *Ibidem*, rapport introductif, p. 13744.

962 NEMERY, Jean-Claude, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la Recherche Urbaine,* 1985, p. 139.

963 Cf. par exemple : Circulaires du ministre de l'Intérieur aux Préfets n° 560 du 23 septembre 1965, n° 72-500 du 15 octobre 1975, et n° 76-429 du 10 septembre 1976 , citées in NEMERY, Jean-Claude, *op. cit.*

celui-ci l'avait souhaité, ce qui suppose son approbation au moins implicite. Contrairement au législateur, le juge administratif s'intéresse quant à lui peu aux formes, et presqu'exclusivement aux fins de l'interventionnisme, inversant ainsi la logique de laisser au législateur le rôle politique et au juge le rôle technique. Cette inversion des rôles paraît avoir joué un rôle clé dans la création et le maintien du statut de la société d'économie mixte locale comme seule possibilité d'intervention publique locale sous forme de société de droit privé.

Le Conseil d'Etat interprète notamment longtemps le décret d'Allarde des 2-17 mai 1791[964] et la loi Le Chapelier du 14 juin 1791[965] comme limitant de manière générale l'intervention publique des collectivités locales dans l'économie. Selon le juge, hors habilitation législative spécifique, la possibilité d'action des collectivités locales est limitée par un principe général de la liberté du commerce et de l'industrie issu d'une lecture très large des textes indiqués[966]. La Haute Assemblée — dont la majorité des membres a été formée aux doctrines libérales explique Gaston JEZE en 1930[967] — tire du texte révolutionnaire de 1791 un principe général de liberté du commerce et de l'industrie qu'elle oppose aux interventions économiques des collectivités locales quant aux fins[968].

Ce principe de liberté du commerce et de l'industrie restreint selon les jurisprudences historiques l'action publique locale dans l'économie à des circonstances locales « exceptionnelles »[969]. Cette question est très largement commentée par la doctrine car il s'agit clairement d'interprétations subjectives dont la perception de la justesse diffère d'une personne à une autre, et évolue rapidement, notamment par rapport au contexte historique économique et social. Or, il nous semble que cette focalisation sur les limites aux fins par le droit jurisprudentiel se fait au détriment de la question de la forme de l'intervention publique locale, elle limitée par le droit positif, mais de façon pourtant tout aussi subjective. De plus, il apparaît

---

964 Elle énonce qu'il « sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

965 Elle indique à son article 1er que « l'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ». Sur les conséquences de ces textes, voy. PLESSIS, Alain (dir.), *Naissance des libertés économiques : Liberté du travail et liberté d'entreprendre : Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier, leurs conséquences, 1791-fin XIXème sicèle,* Paris : éd. Institut d'Histoire de l'Industrie, 1993, 450 p.

966 DREYFUS, Françoise, *La liberté du commerce et de l'industrie,* Paris : Berger-Levrault, 1969, 275 p.

967 JEZE, Gaston, *Principes généraux du droit administratif, tome 2, 3e éd.,,* Paris : Dalloz, 2003, fac-similé de l'édition de 1930, p. 122-123.

968 Sur cette question, voy. notamment : MANITAKIS, Antonis, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français,* Bruxelles : Bruylant, 1979, 303 p. ; DREYFUS, Françoise, *La liberté du commerce et de l'industrie,* Paris : Berger-Levrault, 1973, 275 p. ; MARSON, Grégory, *Le juge administratif et les libertés économiques : contribution à la définition des libertés économiques au sein de la jurisprudence administrative,* thèse de doctorat : droit public, université de Paris 10 : 2012.

969 Par ex. : CE, 29 mars 1901, *Casanova : R.* p. 333, *S.* 1901.III.73, note Maurice HAURIOU.

clairement que le fond (politique) et la forme (technique) de l'intervention économique publique locale sont intimement liées.

Ainsi, Maurice HAURIOU dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat Casanova du 29 mars 1901, reconnaît que le contrôle du juge sur l'interventionnisme est un contrôle subjectif que le juge s'arroge. Il approuve toutefois l'interprétation limitative car selon lui « le conseil d'Etat reprend du coup son véritable rôle, qui est non pas celui d'un juge chargé uniquement d'assurer l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer la bonne administration »[970]. Or, c'est là souligner toute la contradiction du rôle pris par le juge : car la charge de la bonne administration ressort *a priori* plus de la technique que de la politique. Il paraîtrait plus logique que ce soit la question de la technique dont le juge s'empare, et non celle des fins. L'adoucissement de la position libérale de principe du juge administratif intervient d'ailleurs concomitamment de l'adoption d'un texte législatif modifiant les formes autorisées de l'intervention publique (mais non ses fins).

## C) L'influence des formes sur les fins de l'action publique locale

Un adoucissement de la jurisprudence administrative sur l'interventionnisme public accompagne la mise en oeuvre du décret-loi de 1926, qui prévoit la possibilité pour les collectivités locales de créer des régies et de participer à des sociétés commerciales. L'équilibre de l'encadrement entre forme et fond à laquelle cette jurisprudence aboutit fournit le terreau intellectuel du régime de la SEML moderne.

Le Conseil d'Etat, confronté à cette modification légale de la forme de l'intervention des collectivités, adoucit quelque peu son critère restrictif des circonstances exceptionnelles. Son fameux arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*[971], indique que l'intervention économique locale ne peut s'exercer légalement que si celle-ci est justifiée par un intérêt public local résultant de « circonstances particulières de temps ou de lieu », et notamment d'une carence de l'initiative privée. Le commissaire du gouvernement JOSSE souligne dans ses conclusions que, selon lui, le décret de 1926 (qui est en cause) est sur ce point « la confirmation éclatante de l'œuvre jurisprudentielle »[972]. Le législateur semble donc laisser au juge administratif le soin de délimiter les principes de l'intervention économique locale (question pourtant

970 HAURIOU, Maurice, note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova : R.* p. 333, *S.* 1901.III.73.

971 CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, R.* p. 583 ; *RDP* 1930, p. 530, concl. JOSSE.

972 *Ibidem,* p. 536.

éminemment politique), en ne se gardant que l'édiction des règles concernant les moyens de cette intervention (question plus juridique).

Cet équilibre entre jurisprudence et loi survit de cette façon jusqu'après la décentralisation de 1982. En 1982, si le législateur prévoit bien des domaines plus larges d'intervention pour les collectivités locales, ainsi qu'un contrôle central beaucoup moins important, il évite de poser un principe général autorisant l'intervention économique publique locale. Au contraire, le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie y est affirmé[973]. Et la forme de la société d'économie mixte locale comme seule exception à l'interdiction de participation des collectivités locales au capital de sociétés commerciales est renforcée. Jean-Claude NEMERY voit dans ces évolutions « un balancement entre le compris et la novation »[974], plus qu'une révolution des principes jusque-là acquis. Il faut y voir aussi une continuité avec la situation précédente.

Après la banalisation complète et entière de la SEML dans son accès à la commande publique dans la loi sous l'influence du juge constitutionnel[975] puis de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies, le juge administratif paraît aussi adapter sa jurisprudence restrictive sur la liberté de commerce et d'industrie. Il abandonne en 2006 la jurisprudence sur les circonstances particulières de temps et de lieu pour la remplacer par une condition moins restrictive d'intérêt public local à démontrer[976].

Pour résumer, le cœur du débat politique sur ce sujet devrait porter en toute logique sur la possibilité d'intervention en premier lieu, et uniquement en second lieu – voire de façon totalement indépendante – sur la question de la forme d'intervention. Ce n'est toutefois pas le cas, comme nous venons de le voir : le législateur et le gouvernement se défaussent globalement de leurs pouvoirs de réglementation au profit du juge administratif sur cette question épineuse, évitant ainsi d'avoir à trancher le débat sur le fond. Par contre, la question des formes de cette intervention est au contraire, elle, très discutée par le législateur. Tout se passe comme si pour éviter de répondre à la

---

973 Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982, p. 730, art. 5 : « L'Etat a la responsabilité de la politique économique et sociale, ainsi que de la défense de l'emploi. Néanmoins, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe de l'égalité des citoyens devant la loi ainsi que des règles de l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le Plan, la commune peut intervenir en matière économique et sociale dans les conditions prévues au présent article ».

974 NEMERY, Jean-Claude, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la Recherche Urbaine,* 1985, p. 142.

975 Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const*. 1993 p. 375, note L. Favoreu.

976 CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531, concl. D. Casas : *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *DA* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

question de front, le législateur l'abordait systématiquement de biais. Le problème de l'initiative économique locale se résoudrait ainsi par la réglementation de sa forme, mais non de son fond. Or, dans ce second débat législatif autour des questions de forme, qui est d'abord une question technique, les questions politiques prennent naturellement le dessus – malgré leur peu d'impact en l'espèce.

C'est pour cette raison que, alors que la question ne se pose historiquement pas pour l'État, la participation au capital des sociétés de droit privé est, par principe, interdite aux collectivités locales. Comme le remarque ironiquement Jean-François AUBY en 1982, « face à l'objectif prioritaire [de lutte contre le chômage], tous les moyens [semblent] bons, sauf un seul – la prise de participation dans le capital d'une entreprise privée »[977]. Seule la forme de société d'économie mixte locale est autorisée, dans un encadrement étonnamment précis, ce que la comparaison avec les autres entreprises publiques locales en Europe démontre amplement[978].

# II. Une mixité obligatoire pour les formes de droit privé des démembrements locaux

La SEML, dans son obligation de présence de capitaux privés dans les sociétés de droit privé détenues par les collectivités locales, apparaît comme la mise en oeuvre d'objectifs pro-concurrentiels imposés aux collectivités locales par l'Etat, qui privilégient par défaut la forme de droit public (A), et la lorsque la forme de droit privé est choisie, impose une mixité obligatoire avec des investisseurs privés justifiée par l'adéquation naturelle entre cette forme de société et l'apport obligatoire d'une mentalité commerciale à celle-ci qui serait assurée par la présence d'investisseurs privés (B).

## A) Un déséquilibre institutionnalisé entre l'utilisation des formes publique et privée pour les collectivités locales

977 AUBY, Jean-François, « La commune et la loi du 2 mars 1982 », *AJDA* 1982, 20 mai, p. 312.

978 DEXIA-Crédit Local de France, *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne,* Paris : Dexia, 2004, 173 p. Voyez aussi : Fédération des EPL, CEEP, *Panorama des EPL en Europe, Unis dans la diversité,* s.l. : s.n., s. d. [déclaré juin 2015], collection Observatoire, 20 p., disponible sur le site de la Fédération EPL dans la rubrique de la collection Observatoire : [http://www.lesepl.fr/kiosque-observatoire.php], consulté en ligne le 1er juillet 2016.

Cette obligation étrange, excluante, est institutionnalisée par la législation et la jurisprudence à travers une série de règles qui, prises séparément ne démontreraient pas forcément une préférence pour l'une ou l'autre forme de droit, mais qui, prises ensemble éclairent sur le déséquilibre patent qui se met en place. Une sorte de manichéisme juridique se met progressivement au point : en limitant tout d'abord historiquement de plus en plus l'utilisation de la forme de droit privé (1), avant de la déclarer par principe interdite à l'occasion de la décentralisions de 1983 (2).

## *1) La construction historique de la restriction de l'utilisation de la forme de droit privé*

Les décrets-lois POINCARE[979] instaurent la possibilité pour les communes d'agir soit par voie de régie de droit public, soit en participant à des entités de droit privé. Les deux voies étant bien distinctes l'une de l'autre, la distinction entre les deux modes est d'autant plus aisée.

Jusque 1926 en effet, la question de la nature juridique publique ou privée des personnes morales renvoie surtout à l'applicabilité ou non d'un régime de droit public plus protecteur des biens, et de la détermination d'une responsabilité confiée au juge administratif[980]. Un certain régime juridique des personnes publiques existe donc, mais dont les frontières ne sont pas bien définies. Par exemple, certaines protections du droit public peuvent s'appliquer aux personnes privées sans problème[981].

Il faut bien avoir à l'esprit que si la distinction entre entités de droit public et entités de droit privé est très souvent présentée en droit français comme une *summa divisio* intemporelle et incontournable[982], cela résulte d'une construction juridique historique et non d'un essentialisme évident. Si le caractère historiquement daté de l'établissement public peut être reconnu, c'est pour mieux aujourd'hui indiquer que le temps des hésitations « appartient au passé »[983] comme le note

---

979 Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, *JORF* 7 novembre 1926, p. 11894 et s. et Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

980 EISENMANN, Charles, *Préface*, *in* SPILIOTOPOULOS, Epameinondas, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français,* Paris : LGDJ, 1959, p. 1 et s.

981 Par exemple, les centres régionaux de lutte contre le cancer possèdent un statut très largement de droit public, mais ne sont pas des personnes publiques : T. Confl., 20 novembre 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Maquis* : *R.* p. 879.

982 Par ex. : MAILLARD DESGREES DU LOU, Dominique, *Institutions administratives,* Paris : PUF, 2011, § 51 : « au sein des personnes morales, le droit distingue les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public ». Voy. aussi, pour l'absence de remise en cause de cette dualité fondamentale : MATHEY, Nicolas, « Personne publique et personne privée », *in* Association Française de Droit Administratif, *La personnalité publique,* Paris : LexisNexis, 2007, p. 63-89.

983 DELAUNAY, Benoît, « Synthèse – Etablissements publics : personnes publiques 'sui generis' », *JurisClasseur Administratif LexisNexis,* mise-à-jour août 2017, § 9.

Benoît DELAUNAY. Pourtant, il est évident que pendant longtemps la théorie juridique n'avait pas établie cette distinction avec force, par manque d'intérêt. Pendant longtemps, les collectivités publiques elles-mêmes étaient d'ailleurs considérées comme des personnes morales de droit civil[984]. La loi municipale du 5 avril 1884 reprend explicitement cette idée[985]. De même, Maurice HAURIOU reconnaissait encore au début du XXème siècle l'existence « d'établissements mixtes »[986], dont la nature n'était pas clairement fixée. La distinction entre établissements publics et privés n'est d'ailleurs pas fondée sur des critères législatifs mais bien sur des critères principalement jurisprudentiels, cette distinction ayant pour principale fonction d'établir le juge et le régime juridique applicable à certaines personnes chargées de service public. Les décrets-lois POINCARE[987] de 1926 imposent de ce point de vue une vraie distinction, qui ne s'embarrasse toutefois pas de créer un régime cohérent des établissements publics, mais suit globalement les erreurs de la jurisprudence administrative, elle-même plus ou moins influencée par la théorie juridique[988].

Mais cette distinction est aussi source de différenciation. Ainsi, l'action publique locale à travers des sociétés commerciales, ouverte par le décret du 28 décembre 1926, est soumise à une prise de participation au capital limitée à 40% des parts sociales. Ce déséquilibre participatif instauré au profit du secteur privé revient, même si ce n'est pas explicité par les textes de l'époque, à assurer au secteur privé une majorité de gestion dans ces sociétés, qui justifie d'une certaine manière l'utilisation de la forme de société de droit privé par rapport à la forme de la régie publique. Une certaine différenciation des moyens d'intervention apparaît donc à ce moment-là, l'utilisation du droit public étant concrètement facilitée par le législateur, et l'utilisation du droit privé limitée dans son ampleur.

Ce déséquilibre légal entre forme de droit public et forme de droit privé pour les collectivités locales est d'autant plus surprenant qu'une telle participation est largement acceptée – y compris

---

984 BIGOT, Grégoire, « Personnalité publique et puissance publique », *in* Association Française de Droit Administratif, *La personnalité publique,* Paris : LexisNexis, 2007, p. 28-29. Voy. aussi : LINDITCH, Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif,* Paris : LGDJ, 1997, p. 214-215.

985 DOUENCE, Jean-Claude, « Les incidences du caractère national ou local du service public », *AJDA* 1997, n° spécial « Service Public », p. 113 et s.

986 HAURIOU, Maurice, note sous CE, 22 mai 1903, Caisse des écoles du VIème arrondissement de Paris : *S.* 1905.III.33.

987 Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, *JORF* 7 novembre 1926, p. 11894 et s. et Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

988 Voy. notamment : Association Française de Droit Administratif, *La personnalité publique,* Paris : LexisNexis, 2007, 256 p. ; et aussi : AUBY, Jean-Bernard, *La notion de personne publique en droit administratif,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux, 1979, 428 p.

théoriquement[989] – au profit de l'État[990]. Toutefois, il est encore creusé par la jurisprudence qui est opposée par principe à la participation des collectivités locales à des sociétés de droit privé.

La jurisprudence administrative moderne rejette plutôt l'utilisation de sociétés de droit privé par les collectivités locales, et notamment leur possibilité de participer au capital de sociétés commerciales[991]. Un arrêt d'Assemblée du 4 janvier 1935, *de Lara*[992] autorise pourtant la commune d'Alger à participer à une société commerciale sans ajouter aux conditions légales les conditions jurisprudentielles usuelles de l'époque[993]. Le Conseil d'État n'en reste pas moins par la suite plutôt rétif à la participation des collectivités locales dans des sociétés de droit privé. Deux arrêts de la même année portent la contradiction à l'arrêt *de Lara* : les conditions jurisprudentielles classiques de « circonstances exceptionnelles »[994] ou de « défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'intérêt privé »[995] sont ajoutées aux conditions légales du décret-loi de 1926. Plus tard, dans sa formation administrative, le Conseil d'État en 1948 rejette l'idée même de la participation des collectivités locales au capital des sociétés commerciales. En effet, selon lui, les sociétés commerciales ont été uniquement « organisées par la loi pour permettre aux particuliers de s'associer dans la gestion d'intérêts privés »[996]. Enfin, en 1989, alors que cela était jusque-là accepté dans la pratique, le Conseil d'État rejette la possibilité pour les collectivités locales de participer au capital d'une société *civile*, en adoptant une lecture stricte de la loi de 1982, qui interdit de principe les participations des collectivités locales au capital de sociétés[997]. Cela explicite la situation différenciée actuelle où, comme le note, Jean-Claude DOUENCE les régies publiques sont présentées comme « [le] mode de gestion […] historiquement et logiquement primordial »[998].

---

989 Il faut dire que la création de services publics est un pouvoir « illimité pendant longtemps » de l'Etat. GUGLIELMI, Gilles J.,KOUBI, Geneviève, *Droit du service public,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 197. Voy. notamment : DELION, André Georges, *Le droit des entreprises et participations publiques,* Paris : LGDJ, 2003, p. 13-15.

990 NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires,* 5e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 312-313.

991 JEZE, Gaston, *Principes généraux du droit administratif, tome 2, 3e éd.,,* Paris : Dalloz, 2003, fac-similé de l'édition de 1930, p. 122.

992 CE Ass., 4 janvier 1935, *de Lara : D.* 1936, III, p. 1, concl. Rivet, note Capitant ; *S.* 1936, III, p. 9, concl. Rivet, note Bonnard.

993 Cf. notre analyse *supra* : CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, R.* p. 583 ; *RDP* 1930, p. 530, concl. JOSSE.

994 CE Sect., 18 janvier 1935, *Chouard : DH* 1936, p. 101 ; *S.* 1936, III, p. 9, note Bonnard.

995 CE, 22 novembre 1935, *Didier : S.* 1936, III, p. 9, obs. Bonnard.

996 PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés,* Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 35.

997 CE, 24 novembre 1989, *Commune d'Iffendic : Rec. Tables*, p. 510 : *Dr. Adm.* 1990, comm. n° 18.

998 DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : régies locales », folio n° 6220, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour février 2013, § 8. Il tempère néanmoins légèrement ce propos en indiquant qu'il s'agit là d'une « acceptation général que retiennent jusqu'à l'heure actuel à la fois la théorie juridique et la pratique administrative » (*ibidem*).

Ces interprétations restrictives concernant la forme employée par les collectivités locales pour assurer leurs activités sont toutefois peu contestées, car elles rentrent dans le cadre de la discussion plus générale sur le principe de l'interventionnisme public. Or, si le principe de l'intervention est de plus en plus accepté au fil du temps[999], la forme employée par les collectivités locales pose parait poser plus problème.

### *2) L'enracinement explicite de l'interdiction d'utilisation des formes privées à l'occasion des lois de décentralisation de 1982-1983*

Contrairement à ce qui à cours pour l'Etat, le droit public français ne reconnaît finalement pas aux collectivités locales une égalité de principe dans l'utilisation des formes de droit public et de droit privé pour exercer leurs actions. La forme de droit public est longtemps privilégiée dans le sens où seules la forme de société de droit privée est limitée par une nécessaire association avec le secteur privé dans le cadre des SEML.

Au lendemain des vagues de nationalisations faisant suite aux deux guerres mondiales, de nombreux débats doctrinaux portent le fer sur la problématique des entreprises publiques sous forme de sociétés de droit privé[1000]. Cependant, cette discussion doctrinale ne vise que le niveau étatique. Un statut commun des entreprises publiques est ainsi réclamé par les parlementaires et proposé par le gouvernement, bien que jamais adopté au Parlement[1001]. La possibilité pour l'État de prendre au choix et de manière équivalente une forme de société de droit privé ou une forme d'établissement public finit par être largement considérée comme normale[1002]. La notion d'entreprise publique est d'ailleurs forgée pour pouvoir ranger sous une seule catégorie à la fois des établissements publics à vocation industrielle ou commerciale et des sociétés de droit privé à capitaux majoritairement publics[1003].

---

[999] La Cour des Comptes n'est pas aussi enthousiaste que le Conseil d'État toutefois : cf. AUBY, Jean-François, « La commune et la loi du 2 mars 1982 », *AJDA* 1982, 20 mai, p. 307-338.

[1000] Voy. notamment : BOITEUX, Marcel *et al., Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, Paris : Dalloz 1956, 416 p. ; CHENOT, Bernard, *Les entreprises nationalisées,* Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1956, 128 p. ; BREDIN, Jean-Denis, L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé, Paris : LGDJ, 1957, 304 p. ; LANGROD, Georges « L'entreprise publique en droit administratif comparé »*, Revue Internationale de Droit Comparé* 1956, p. 213.

[1001] VIRALLY, Michel, « Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques », *Rev. Adm.* 1950, p. 355 ; CHENOT, Bernard, « Les paradoxes de l'entreprise publique », *Revue Française de Science Politique* 1955, p. 725-735.

[1002] Voy. par exemple : BREEN, Emmanuel, « Entreprises publiques : Définitions, Principes, Orientation », fascicule 158-10, *JurisClasseur Administratif,* mise-à-jour 15 novembre 2013, § 42.

[1003] DURUPTY, Michel, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *Rev. Adm.* 1986, p. 7.

Les collectivités locales ne bénéficient pas de cette largesse de pensée, de cette égalité entre formes de gestion. Pour elles, le principe de l'interdiction de l'intervention à travers des sociétés de droit privé est réaffirmé explicitement dans la loi du 2 mars 1982, alors même que cette loi de décentralisation visait à développer l'autonomie décisionnelle des collectivités locales[1004]. Les raisons de cette interdiction sont multiples. Tout d'abord, elle vise de manière générale à interdire aux collectivités locales de favoriser une entreprise aux dépens d'une autre[1005]. Remarquons qu'une interdiction plus circonstanciée, et limitée aux effets négatifs aurait sans doute été plus proportionnée. Ensuite, cette interdiction démontre aussi la méfiance de l'État central à l'égard des collectivités locales, facilement accusées de mauvaise gestion des finances publiques, ou de déviance par rapport aux politiques économiques nationales[1006]. Plus globalement, les discussions parlementaires soulignent la volonté de consacrer par le biais de cette interdiction le principe de la liberté du commerce et de l'industrie au niveau local[1007], c'est-à-dire à limiter l'interventionnisme public local. Or, là encore, il s'agit d'une confusion très claire entre le principe de l'intervention et sa forme, car la possibilité pour une collectivité locale d'intervenir dans l'économie n'est pas réellement limitée par sa forme (établissement public ou société) mais plutôt par son but (l'intérêt public qu'il convient de démontrer).

Et d'ailleurs, l'intervention directe sous forme de droit public – par la voie de la régie directe ou de l'établissement public local – n'est quant à elle aucunement remise en cause en 1982. Ce « compromis »[1008] politique sur les formes aboutit à ne laisser aux collectivités locales que la voie de l'économie mixte locale pour exercer leurs activités sous forme de démembrement de droit privé. Ainsi, seule la voie de l'intervention directe sous forme de droit privé est restreinte, produisant une inégalité importante mais peu logique entre ces deux formes d'intervention. La forme de droit privé est particulièrement enserrée entre l'interdiction de principe et la mixité obligatoire des formes de droit privé autorisées.

---

[1004] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements, et des régions, *JORF* 3 mars 1982, p. 730, art. 5, point III.

[1005] AUBY, Jean-François, « La commune et la loi du 2 mars 1982 », *AJDA* 1982, 20 mai, p. 312 ; NEMERY, Jean-Claude, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la Recherche Urbaine,* 1985, p. 140.

[1006] *Ibidem.*

[1007] *Ibidem.*

[1008] NEMERY, Jean-Claude, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la Recherche Urbaine,* 1985, p. 140.

## B) L'obligation de mixité : condition implicite des interventions sous forme privée des collectivités locales

La forme de droit privé est installée dans une position inégalitaire défavorable face à la forme de droit public pour les collectivités locales sans doute à cause de la confusion entre les principes de l'interventionnisme et les formes de gestion de celui-ci. Précisément, le système légal mis en place oblige ces démembrements de droit privé à prendre la forme de société anonyme composée au moins pour partie d'actionnaires de droit privé. Cette obligation, généralement présentée comme un aspect positif des SEML, n'a pourtant de sens que comme une restriction quelque peu illogique de la liberté d'action des collectivités locales.

Ce système est souvent décrit comme permettant, par la présence d'investisseurs privés, d'assurer une gestion saine de la société. Pour le législateur, la justification de la mixité du capital de la SEML semble être l'adéquation de la forme au fond, l'adéquation de la forme de droit privé à des activités économiques interventionnistes, et l'objectif d'efficience qui apparaît en découler[1009]. En creux, la gestion publique, et même la participation publique à une entité de droit privé est assimilée à un vecteur d'inefficience et de mauvaise gestion. Les nombreux problèmes, notamment financiers, qui ont grevé la gestion de ces sociétés d'économie mixte locales au cours de l'histoire récente sont pourtant la preuve que la présence d'un partenaire privé n'empêche nullement une mauvaise gestion[1010].

Le lien de cette mauvaise gestion avec la présence trop importante des capitaux privés est d'ailleurs reconnue implicitement par le législateur à travers les diverses réformes des règles de mixité minimale et maximale du capital. La participation privée maximale autorisée et minimale nécessaire a en effet historiquement tendance à diminuer de plus en plus au profit de la part publique, ce qui prouve bien que la mixité n'est pas une idée qui se justifie particulièrement dans la pratique ou dans la théorie. Concrètement, si une participation privée au capital aidait à maintenir une bonne gestion publique par la recherche d'une meilleure rentabilité, alors la participation privée devrait être favorisée au maximum, et la participation publique réduite à un minimum de contrôle. Or, c'est historiquement tout l'inverse qui se produit.

---

[1009] Cf. par exemple la réponse du gouvernement lors de la discussion parlementaire de 2001 sur la proposition de passer à un actionnariat entièrement public des SEML en 2001. Celui-ci indique qu'un tel changement « pourrait se révéler préjudiciable pour ces sociétés qui, en se privant d'un partenaire privé fort de sa propre expérience de gestion, risqueraient de s'engager dans des opérations mal maîtrisées ». Assemblée nationale, *Compte-rendu analytique, Session ordinaire de 2000-2001 – 95ème jour de séance, 221ème séance, 3ème séance du mercredi 27 juin 2001.*

[1010] BENJAMIN, Marie-Yvonne, *SEML : Guide juridique et pratique,* Paris : EFE, 2002, 505 p.

Alors que les premières interventions publiques sont autorisées sous condition d'une majorité obligatoirement privée en 1926[1011], les collectivités locales sont autorisées à partir de 1955 à détenir des sociétés de manière majoritaire[1012]. Puis, en 1983, à l'occasion de la codification de leur statut, le capital privé des SEML est désormais obligatoirement minoritaire[1013]. C'est là la plus grande preuve de la dangerosité perçue du capital privé. Enfin, dernier indice, et encore plus démonstratif, le seuil plancher de la participation privée est quant à lui continuellement diminué, sans que cela pose de problème particulier quant à la nécessité affichée de maintenir une prétendue mixité de ces entreprises. Ce seuil passe de plus de 50% en 1926[1014], à 20% en 1983[1015], puis à 15% en 2001[1016], réduisant ainsi la plausibilité de l'argument de bonne gestion par l'adjonction de capital privé. Pourtant, l'obligation de participation privée ne disparaît jamais entièrement, confirmant le maintien d'un compromis idéologique autour de la question de la SEML : une intervention publique locale sous forme de société doit être de nature mixte, peu importe que la justification publique des activités soit contrôlée par le juge administratif, et peu important que le capital privé soit de moins en moins reconnu comme un élément de bonne gestion. L'important est dans la mixité, devenue ainsi un véritable totem juridique.

## Conclusion de la section 1 : Une pesante obligation de mixité

Cette obligation d'un capitalisme mixte au niveau local pour une intervention publique sous forme de droit privé amène à penser que la société d'économie mixte locale n'est pas un outil anodin, équivalent aux formes d'interventions publiques locales utilisant le droit public, telles que les établissements publics, ou la gestion publique directe. Cette inégalité entre formes d'intervention n'est toutefois jamais revendiquée clairement, ce qui démontre selon nous qu'il s'agit là d'un impensé de notre droit français, une chambre noire de la politique économique locale. Or, contrairement aux discours des promoteurs de l'économie mixte locale, cette inégalité ne s'explique pas par une meilleure performance gestionnaire inhérente à un telle obligation. Elle ne peut en

---

1011 Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

1012 Décret n° 55-579 du 20 mai 1955, *JORF* 21 mai 1955, p. 5073.

1013 Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 209.

1014 Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

1015 Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 209.

1016 Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 3 janvier 2002, p. 121.

réalité s'expliquer que par la volonté de limiter les interventions économiques des collectivités locales prenant une forme de droit privé – volonté qui se confond souvent, et à tort, avec la volonté de limiter tout court les interventions économiques locales. Pour limiter sans interdire totalement, le choix d'un recours obligatoire à un capitalisme mixte est donc réalisé, mais sans développer de pensée politique cohérente préalable sur la question, plutôt comme un compromis entre quatre idéologies opposées : les tenants de l'interdiction totale de l'intervention publique et leurs adversaires, et les tenants de l'interdiction de l'intervention publique sous forme privée et leurs adversaires.

Or, c'est à cause de cette mixité obligatoire du capital que les SEML sont confrontées à partir des années 1993 puis 2005, aux nouvelles exigences de transparence et d'égale concurrence au niveau français et européen. La mixité de leur capital les empêche de bénéficier d'un statut particulier dans leurs relations avec leurs collectivités locales actionnaires, ce qui est pour le moins contre-intuitif.

# Section 2 : Le choc paradoxal des conceptions européennes et françaises de l'économie mixte locale

En 1993, la mixité du capital des SEML affronte un rebondissement juridique inattendu. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une loi de moralisation de la vie publique, décide que ces entités doivent être considérées, dans l'attribution de contrats de la commande publique, comme des opérateurs privés extérieurs aux collectivités locales[1017]. Cette première décision semble être, rétrospectivement, une anticipation des exigences de l'exception de quasi-régie de l'arrêt *Stadt Halle* de 2005[1018] (I). Toutefois, l'arrêt *Teckal* de 1999, qui semble plus accommodant, avait été au contraire l'occasion de nourrir de nouveaux espoirs d'un retour de la SEML comme outil privilégié des collectivités locales. La théorie européenne plus restrictive de la quasi-régie que la version française de l'économie mixte met un terme à ce débat juridique sur la soumission des SEML aux principes de la commande publique (II).

---

[1017] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 47-48.

[1018] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

# I - Une banalisation française anticipée du statut des SEML

A partir de 1993 les SEML subissent un glissement juridique qui les entraîne vers une banalisation forcée de leur régime quant à leurs relations avec leurs actionnaires publics. Alors que les auteurs soulignent généralement la distinction juridique très forte entre les SEML et les entreprises privées[1019], cela n'empêche pas un rapprochement sensible dans leur fonctionnement sous la pression jurisprudentielle française (A). Le législateur cherche quant à lui à combattre cette banalisation, à travers la mise en place ou le renforcement d'exceptions législatives. Le domaine de l'aménagement permet notamment de laisser subsister une relation particulière entre SEML et collectivités territoriales (B). C'est cette relation-ci qui se révèle par la suite problématique au regard du droit européen.

## A) Une banalisation prétorienne des relations contractuelles générales

Malgré son caractère de société anonyme, la SEML reste bien une entreprise publique[1020]. En termes de réglementation de la commande publique, cela signifie avant 1993 l'absence d'obligation de mise en concurrence pour recevoir un contrat public. Toutefois à partir de 1993, sous l'impulsion inattendue du Conseil constitutionnel, les SEML sont assimilées à des entreprises privées extérieures aux collectivités locales et donc soumises aux mêmes règles de mise en concurrence et de transparence pour recevoir des contrats de délégation de service public de la part de leurs actionnaires.

La problématique de la transparence des relations entre les collectivités territoriales et leurs sociétés d'économie mixte n'apparaît qu'à partir de la décision du 20 janvier 1993 du Conseil[1021] sur la loi du 29 janvier 1993[1022]. Dans cette décision, le Conseil choisit de considérer les SEML

---

[1019] DURAND, Guy, « Economie mixte locale, la nouvelle donne juridique », *JCP-E* 1993, n° 32, supplément n° 4, p. 13-18.

[1020] Voy. BREEN, Emmanuel, « Entreprises publiques : Définitions, Principes, Orientation », fascicule 158-10, *JurisClasseur Administratif,* mise-à-jour 15 novembre 2013, § 18 et s.

[1021] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const*. 1993 p. 375, note L. Favoreu.

[1022] 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 : *JORF* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588 : *AJDA* 1993, n° 3, p. 186-191, comm. M. Guibal. Aujourd'hui en grande partie abrogée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Voy. : DELAUNAY, Benoît, « La transparence de la vie économique », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2018, n° 59, p. 23-34 ; CLAMOUR, Guylain, « Le volet 'commande publique' de la loi 'Sapin 2' », *CMP* 2017, n° 1, p. 17-20.

comme des prestataires privés comme les autres lors de la passation d'un contrat de délégation de service public. Son argument semble, avec le recul offert par la future décision européenne *Stadt Halle* du 11 janvier 2005[1023], particulièrement prémonitoire – si ce n'est un peu rapide.

L'objectif de la loi du 29 janvier 1993 est d'instaurer une plus grande transparence des procédures publiques, et notamment pour les délégations de service public, jusque-là soumises à bien peu de règles de ce point de vue[1024]. Le texte de loi prévoit néanmoins l'exclusion spécifique des contrats confiés aux SEML de ces obligations de transparence. Saisi par les parlementaires de l'opposition, le Conseil constitutionnel rétorque que de telles exclusions « ne peuvent se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités »[1025] et de ce fait méconnaissent le principe constitutionnel d'égalité. La surprise est importante du côté des commentateurs tant le raisonnement est à contre-courant de la tradition française des SEML.

Du point de vue purement formel, une telle affirmation semble quelque peu éloignée de la réalité. En effet, à l'époque, les SEML sont depuis la loi de 1983 obligatoirement contrôlées majoritairement par les collectivités locales. Les caractéristiques de leur statut paraissent donc pouvoir justifier un lien particulier avec leurs actionnaires. D'un autre côté, la loi et la jurisprudence limitent aussi fortement leurs activités, qui ne peuvent être que d'intérêt général, doivent respecter les compétences des collectivités locales et le principe de libre concurrence[1026]. Le contrôle effectif des SEML ne pouvait donc être que public, et leurs actions uniquement tournées dans un but public. Pour le législateur de 1993 la réponse était clairement qu'une distinction de traitement s'imposait, les SEML étant des instruments spécifiques entièrement aux mains des collectivités locales, non-assimilables au secteur privé, et donc difficilement comparables à celui-là. La décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993 met ainsi à mal l'interprétation optimiste d'une distinction nette le secteur privé et le secteur public local sous forme de société. La différence de traitement entre une action publique locale sous forme d'établissement public et une action sous forme de société

---

[1023] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1024] Pour faire simple, Sébastien BRAMERET indique que de telles procédures n'ont « jamais » été obligatoires (BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 224.

[1025] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 47.

[1026] Cf. DURAND, Guy, « Services publics locaux : sociétés locales », folio n° 6230, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour juin 2018, § 158-167 et § 178-201.

publique s'agrandit d'autant plus. A moins que ce ne soit le caractère mixte qui soit particulièrement mis en cause par le Conseil.

A ce propos, Sébastien BRAMERET considère que « même s'il n'y fait pas expressément référence, c'est à la mixité du capital social que le juge constitutionnel se réfère pour fonder sa décision »[1027]. Il nous paraît que cette interprétation irait trop loin. La décision constitutionnelle ne se base *a priori* pas sur le terrain du capital social mixte et d'une possible collusion des secteurs public et privé à travers celui-ci, comme le fera la Cour de justice des communautés européennes[1028]. Le Conseil constitutionnel apparaît simplement, dans sa décision, avoir été convaincu par l'argument selon lequel les SEML étaient des sociétés privées comme les autres, et qu'en conséquence le principe d'égalité s'opposerait à leur exclusion de la procédure réservée à tous les autres entrepreneurs privés[1029]. Il est même très tentant de postuler que c'est la forme de droit privé de ces sociétés qui amène le Conseil constitutionnel à les exclure de l'exception – car les établissements publics sont quant à eux préservés sur des considérations relatives à leur nature. Avec le recul des décisions européennes ultérieures, une telle argumentation paraît marquer une vision trop essentialiste de la distinction entre société de droit privé et institution de droit public.

Cette interdiction quelque peu bancale dans son fondement n'était toutefois valable que pour les contrats de délégation de service public visés par la loi du 29 janvier 1993. Le juge administratif applique néanmoins cette jurisprudence quelques années plus tard aux contrats correspondants matériellement à des marchés publics passés entre les collectivités territoriales et leurs SEML[1030]. La question reste cependant ouverte de la portée exacte de cette jurisprudence puisqu'à l'occasion de l'édiction du nouveau code des marchés publics de 2001, François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX s'interrogent encore sur l'étrange banalisation des SEML[1031]. Du reste, comme nous le verrons *infra*, le nouveau Code des marchés publics de 2001 inscrit dans la loi française l'exception européenne de la quasi-régie pour les marchés publics sans indiquer si les SEML bénéficient automatiquement de cet avantage. La situation qui en résulte est pour le moins confuse, les auteurs

---

1027 BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 225-226.

1028 Notamment : CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec.* 2005, p. I-26.

1029 BOITEAU, Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA* 2005, p. 946.

1030 CAA Bordeaux, 17 mars 1997, *Département de l'Hérault* : *Droit adm*. 1997, comm. n° 315, note M.-Y. Benjamin.

1031 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics », *CMP* 2001, n° 4, chron. 4. Voy. aussi DREYFUS, Jean-David, « Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211, et GUIBAL, Michel, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

se partageant entre les tenants d'une application de cette exception aux SEML et les opposants à cette théorie[1032].

C'est cette confusion sur la question de la quasi-régie appliquée aux SEML qui crée une confrontation entre le droit français et le droit européen. Les commentateurs français en faveur de la banalisation contractuelle soulignent l'intérêt pour les SEML d'embrasser leur statut de sociétés privées lambda, jouant ainsi le jeu de la concurrence, qui ne peut qu'améliorer leurs performances selon eux[1033]. Une autre partie des commentateurs souligne l'intérêt de retourner à la situation antérieure à 1993. La plupart se satisfait d'un *statu quo* qui, tout en respectant la mise en concurrence des SEML pour les contrats de délégation de service public et les contrats de marché public, écarte une telle banalisation prétorienne pour d'autres types particuliers de contrats, notamment les contrats d'aménagement.

## B) Le maintien d'exceptions à la mise en concurrence des SEML

La banalisation prétorienne des relations contractuelles collectivités locales-SEML n'est pas entière avant 2005. En effet elle ne concernait pas jusqu'à ce moment la conception française de l'aménagement public, qui réservait historiquement une place particulière aux sociétés d'économie mixte locales. Cette particularité, mise en cause *in fine* par le droit de l'Union (2), était pourtant très défendue par les acteurs locaux et nationaux français (1).

### *1) Le fondement d'une exception des SEML dans le domaine de l'aménagement*

Les SEML sont de longue date liées à l'aménagement public, et profitent d'un accès privilégié à celui-ci, dans lequel l'absence de mise en concurrence joue un rôle réel. La censure par le Conseil constitutionnel des dispositions législatives de 1993 excluant les sociétés d'économie mixte locales de la mise en concurrence pour les contrats de DSP apparaît comme un péril important pesant sur ces sociétés. C'est pourquoi le législateur français insiste l'année suivante pour entériner l'accès privilégié, sans mise en concurrence ni transparence des SEML aux conventions d'aménagement à

---

[1032] Visiblement pour la soumission des SEML aux règles générales : LINDITCH, Florian, « Le nouveau code des marchés publics, utile contribution à la détermination du périmètre administratif », *RIDE* 2001, p. 325. Interprétation contraire : TERNEYRE, Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *D.* 2002, p. 669.

[1033] BOITEAU, Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA* 2005, p. 946.

travers la loi n° 94-112 du 9 février 1994[1034]. Puis, à l'occasion de l'adoption de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 décembre 2000[1035], alors que le régime des conventions d'aménagement confiées à des personnes privées est explicitement soumis à des obligations de mise en concurrence et de publicité, le législateur consacre encore la spécificité et l'accès privilégié des SEML, créant ainsi une « exclusion expresse du champ d'application de la loi Sapin [du 29 janvier 1993] »[1036]. Les SEML ont en effet une place particulière dans le domaine de l'aménagement public local.

L'aménagement public se définit comme une opération urbanistique et/ou fonctière d'intérêt public de grande ampleur, dirigée par des personnes publiques[1037]. Un aménagement public est aussi et surtout une opération « complexe puisqu'[elle] se compose de trois éléments : acquisition des terrains, réalisation des travaux d'aménagement, commercialisation »[1038]. Il s'agit d'un domaine hautement sensible, car pouvant générer d'importants profits.

Or, comme le remarquent Laurent RICHER et François LICHERE à propos de l'aménagement : il existe de tout temps et encore aujourd'hui « un présupposé […] selon lequel l'appartenance au secteur public préserve l'intérêt général contre les intérêts financiers »[1039]. Ce présupposé n'a pas à être démontré rationnellement, mais répond concrètement au problème juridique de la confiance recherchée par les collectivités. A partir du moment où les collectivités publiques ont évolué, depuis leur rôle de police de l'urbanisme, vers un rôle d'intervention directe dans l'urbanisme, celles-ci ont souvent fait reposer les opérations pratiques et financières d'aménagement sur des entités publiques spécialement dévolues à cet effet[1040]. Le recours à la SEML sans mise en concurrence pour ce type d'opérations a ainsi une valeur propre. Il est important de bien comprendre ici la construction historique des enjeux du droit de l'aménagement public. En effet, le problème ne se pose pas uniquement de confier la mise en œuvre pratique à une personne plus spécialisée que la collectivité locale (problème technique), mais de confier la mise en œuvre de l'intérêt général de ces constructions à des personnes de confiance (problème politico-juridique). Par exemple, déçu par la

---

1034 Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *JORF* 10 février 1994, p. 2271. Notamment son article 5, complétant l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme.

1035 Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains : *JORF* du 14 décembre 2000, p. 19777.

1036 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Nature et contenu des contrats d'aménagement », *CMP* 2001, n° 1, chron. 1.

1037 Code de l'urbanisme, art. L. 300-1.

1038 FATOME, Etienne, RICHER, Laurent, « Nature et contenu du contrat d'aménagement », *RDI* 1994, p. 169.

1039 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs,* 10e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 688.

1040 DEVES, Claude, « SEM et aménagement du territoire : les beaux jours d'un vieux couple », *Revue Française de Comptabilité* 1995, n° 264, p. 27-32.

qualité globale du suivi des constructions publiques par le secteur privé, le législateur de 1985 impose aux collectivités publiques de garder par-devers elles la responsabilité du respect de cet intérêt général[1041]. Les SEML, contrôlées majoritairement par les collectivités locales, présentent de telles conditions de confiance dans l'intérêt public de la gestion.

De plus, à ce besoin de confiance financière se joint un besoin de confiance dans l'usage de la contrainte publique, qui joue un rôle important dans l'aménagement. C'est ainsi que les SEML sont, dès 1967 les seules entités, au côté des établissements publics, à pouvoir se voir confier des contrats publics d'aménagement incluant des pouvoirs exorbitants du droit commun[1042]. Il s'agissait alors pour le législateur de protéger les pouvoirs exorbitants, exercés dans un but d'intérêt général, que sont le droit de préemption, le droit d'acquisition par voie d'expropriation, et la possibilité de bénéficier de cessions d'immeubles expropriés[1043]. Presque concomitamment à la décentralisation de 1982 et à l'adoption d'un statut général des SEML, la réforme de l'aménagement de 1985[1044] institue encore pour les SEML un accès privilégié aux opérations d'aménagement puisque, contrairement aux opérateurs du secteur privé, elles peuvent encore se voir charger de prérogatives de puissance publique par les collectivités publiques[1045]. Cela influe sur la palette d'opérations plus large qu'elles peuvent donc prendre en charge.

En conséquence de quoi, le droit de l'urbanisme et de l'aménagement en France devient très lié aux sociétés d'économie mixte. D'un côté le droit de l'aménagement a joué un rôle certain dans la création de ces sociétés, et en miroir, ces sociétés ont joué un grand rôle dans l'aménagement du territoire français[1046]. Jean-François BIZET rappelle à quel point « l'aménagement a toujours constitué un des secteurs privilégiés des sociétés d'économie mixte locales »[1047].

Avant 1993, le principe des concessions d'aménagement est, comme pour les délégations de service public, celui d'une liberté contractuelle entière dans le choix des partenaires de

---

[1041] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique : *JORF* 13 juillet 1985, p. 7914, art. 2. Voy. LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Que reste-t-il de la loi MOP ? A propos de la délégation de maîtrise d'ouvrage publique », *CMP* 2009, n° 10, p. 9. Voy. aussi : Sénat, rapport n° 273, session 1984-1985, fait au nom de la commission des affaires économiques par M. Robert LAUCOURNET, p. 9.

[1042] Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière : *JORF*, 3 janvier 1968, p. 3.

[1043] DAVIGNON, Jean-François, « L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local », *CMP* 2007, n° 5, étude 12.

[1044] Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement, *JORF* du 19 juillet 1985, p. 8152.

[1045] DAVIGNON, Jean-François, « L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local », *CMP* 2007, n° 5, étude 12.

[1046] Voy. notamment : DA ROLD, Jacques, *Les sociétés d'économie mixte locales : acteurs et témoins des politiques urbaines et territoriales,* thèse de doctorat : aménagement de l'espace et urbanisme, Bordeaux III, 2008, 506 p.

[1047] BIZET, Jean-François, « Les SEM et la nouvelle conception de l'aménagement », *AJDA* 1993, p. 595.

l'Administration[1048]. L'interprétation constitutionnelle de la loi du 29 janvier 1993 fait toutefois rentrer les opérations d'aménagement qui tombent sous la définition de la délégation de service public dans le cadre de la commande publique. Le législateur français reprend immédiatement la plume à l'occasion de la loi n° 94-112 du 9 février 1994[1049] pour confirmer l'accès privilégié des SEML aux conventions d'aménagement en insistant sur les prérogatives qui peuvent leur être confiées, et ce sans mise en concurrence ni transparence. Plus tard, la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 décembre 2000[1050] confirme encore cet accès, tandis que le régime des conventions d'aménagement est de plus en plus soumis à des obligations de mise en concurrence et de publicité. L'influence de la jurisprudence européenne sur la quasi-régie aura néanmoins raison de cette exception historique propre au droit français.

### *2) L'influence européenne sur la suppression de cette exception*

C'est le droit européen qui apporte les modifications aujourd'hui en vigueur. La Commission européenne saisit le 18 juillet 2001 le gouvernement français de la possible incompatibilité de l'exclusion du domaine concurrentiel des contrats d'aménagement des SEML[1051]. Les différents arguments de la Commission sont largement rejetés par la doctrine, qui considère de longue date ces instruments juridiques comme des contrats *sui generis,* entièrement distincts des marchés publics ou des concessions, et ne pouvant donc être soumis à leur régime[1052]. Non convaincue par cette qualification doctrinale, la Commission déclenche une procédure de recours en manquement à l'encontre de la France à ce propos en octobre 2004[1053]. La Commission considère qu'une partie des contrats d'aménagement tombe dans les catégories européennes de marchés publics de travaux, de marchés publics de services, ou de concession, et est donc soumise à un certain formalisme procédural plus ou moins important selon la catégorie.

Toutefois, avant même que la Cour de justice de l'Union ne tranche cette question, le juge administratif français, juge de droit commun du droit de l'Union, est saisi d'un litige mettant en

---

[1048] VALADOU, Patrice, « Le procédé contractuel en matière d'aménagement », *Contrats publics* 1991, n° 258, p. 35.

[1049] Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *JORF* 10 février 1994, p. 2271. Notamment son article 5, complétant l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme.

[1050] Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains : *JORF* du 14 décembre 2000, p. 19777.

[1051] SESTIER, Jean-François, « L'aménagement conventionné à l'aune du droit communautaire », *RJEP* 2002, n° 592, chron. 100175.

[1052] LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Les conventions d'aménagement de la loi SRU sous les feux de Bruxelles… », *CMP* 2001, n° 12, chron. 100010.

[1053] « Conventions d'aménagement : la Commission poursuit la France », *CMP* 2004, n° 11, p. 5.

cause une convention publique d'aménagement accordée à une SEML sans mise en concurrence ni transparence. Et la Cour administrative d'Appel de Bordeaux, dans un arrêt du 9 novembre 2004, déclare les procédures européennes de la commande publique applicables à de telles conventions, et annule la passation de ce contrat[1054]. Cette décision a l'effet d'une bombe sur de nombreuses opérations d'urbanisme de l'époque, car elle implique la nullité de tous ces contrats pour incompatibilité au droit européen.

Une dernière fois le législateur français intervient pour protéger ce domaine contractuel particulier, mais uniquement pour limiter les dégâts. La loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement[1055] est l'occasion d'insérer un article 11 validant rétrospectivement les conventions d'aménagement conclues sans mise en concurrence avant cette date[1056]. L'intérêt de cet article est surtout de souligner l'importance pratique pour les acteurs nationaux de ces conventions et de leur maintien au profit des sociétés d'économie mixte locales bénéficiaires. Sur un plan plus général juridique, cette même loi supprime l'exception française de l'aménagement public réservé aux SEML. Les SEML sont de fait désormais soumises à une mise en concurrence dans une égalité avec le reste du secteur privé.

La banalisation contractuelle de la SEML sous l'influence du droit de l'Union serait-elle terminée avec cette loi du 20 juillet 2005 ? Les thuriféraires de l'inclusion de cette forme d'intervention publique dans la sphère publique voient au contraire dans l'objet de leur chute, l'instrument de leur salut. En effet, ce que le droit européen retire d'un côté aux SEML – les conventions publiques d'aménagement –, le droit européen sembler l'autoriser de l'autre à travers les contrats de quasi-régie. Les acteurs français sont malheureusement rapidement détrompés sur ce point.

## II - Les SEML confrontées à la théorie de la quasi-régie

Les tâtonnements jurisprudentiels européens ont offert à la conception française de l'économie mixte locale l'espoir fugitif, au départ, d'un retour sur la banalisation enclenchée au départ par la jurisprudence française (A). L'interprétation européenne restrictive de l'exception entraîne un choc au sein des acteurs français, qui tentaient de faire prévaloir leur vision conceptuelle

---

1054 CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, *SOGEDIS* : req. n° 01BX00381, *CMP* 2005, n° 31, note J.-P. Pietri ; *LGP* 3 janv. 2005, n° 1771, p. 52, note K. Diot ; *CP-ACCP* 2005, n° 41, p. 41, note N. Charrel et L. Ducroux.

1055 Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement : *JORF* du 21 juillet 2005 p. 11833.

1056 La compatibilité au droit de l'Union européenne des lois de validation étant assez difficile à justifier, l'article 11 de la loi du 20 juillet 2005 est déclaré incompatible avec le droit de l'Union par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 18 novembre 2011, *SNC Eiffage Aménagement,* n°342147.

plus accommodante (B). Malgré la soumission obligatoire aux procédures de mise en concurrence qui découle de l'incompatibilité déclarée avec l'exception de la quasi-régie, les SEML font néanmoins preuve d'une certaine résilience en tant qu'institutions, puisqu'elles ne disparaissent pas du paysage juridique français (C).

## A) La possibilité d'un retour à un statut privilégié

De façon tout-à-fait paradoxale, l'irruption de la théorie européenne de la quasi-régie en 1999 avait plutôt ouvert des perspectives positives pour les SEML dont le statut avait été réduit au niveau national à celui de tiers aux collectivités locales pour la plupart des contrats de la commande publique. Les les textes nationaux, en intégrant immédiatement l'exception de quasi-régie, laissent la possibilité ouverte que les SEML puissent en profiter (1). Certains discours prennent alors le chemin d'un retour à un statut privilégié des SEML dans la commande publique (2) jusqu'à l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, qui rejette précisément la mixité capitalistique du bénéfice de l'exception de la quasi-régie.

### *1) L'intégration légale rapide de l'exception européenne de la quasi-régie*

L'arrêt communautaire *Teckal* du 18 novembre 1999 passe relativement inaperçu en France. En conformité avec le droit français banalisé des SEML, et les restrictions applicables à l'époque sur les contrats entre personnes publiques[1057], les commentateurs de l'actualité française des marchés publics comme Jean-Marc PEYRICAL[1058], ou Jean ARNOULD[1059], se montrent plutôt prudents avec l'interprétation à faire de la jurisprudence *Teckal* et à une possible application de celle-ci aux SEML.

Toutefois, les apports de l'arrêt *Teckal*, sont rapidement repris par la Commission, à l'époque engagée dans une volonté de pédagogie face aux nouvelles obligations relatives au droit communautaire des concessions. L'exception de la quasi-régie est ainsi reprise dans une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire en date du 29 avril

---

[1057] Cf. DREYFUS, Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575.

[1058] PEYRICAL, Jean-Marc, « Les contrats de prestation entre collectivités publiques : réflexions et interrogations », *AJDA* 2000, p. 581.

[1059] ARNOULD, Joël, « Les contrats de concession, de privatisation, et de services 'in house' au regard des règles communautaires », *RFDA* 2000, p. 2.

2000[1060]. L'exception est donc endossée par la Commission européenne, ouvrant une voie plus sûre à son adoption dans les différents droits nationaux.

C'est visiblement ce qui se passe pour la France. Le gouvernement français, à l'occasion de la réforme du Code des marchés publics de 2001 réalisée par décret, intègre précisément l'exception de quasi-régie à la réglementation française des marchés publics[1061]. C'est-à-dire que d'une exception valable pour les marchés publics européens, la théorie de la quasi-régie devient une exception valable également aux marchés publics français, les deux droits ne se recoupant pas forcément. Cette disposition, prévue à l'article 3 du décret, vient élargir les exceptions prévues par le Code des marchés publics jusque là.

L'intégration de cette exception se fait toutefois de façon très prudente. Le texte français copie quasiment mot-pour-mot le texte de la décision de la justice communautaire, soulignant ainsi les hésitations inhérentes à cette nouvelle disposition. Il faut dire que le temps n'a pas encore mis à l'épreuve la jurisprudence communautaire. Agissant prudemment, le gouvernemnt rajoute au contraire une condition : que la quasi-régie suive, pour répondre à ses propres besoins, les règles du Code. De plus, elle ne crée pas d'exception par rapport aux délégations de service public, s'agissant uniquement du Code des marchés publics.

Certes, l'insertion de cette disposition dans le Code des marchés publics (CMP) français ne vise sans doute pas prioritairement les sociétés d'économie mixte locales, mais plutôt les relations entre personnes publiques. Néanmoins, les termes utilisés dans l'arrêt *Teckal* de contrôle analogue sont pour le moins équivoques[1062]. L'article 3 du CMP les reprend tels quels et sans y ajouter de limites organiques, c'est-à-dire qu'il ne réserve justement *pas* cet article aux relations entre personnes publiques. Le texte français peut donc laisser aux SEML un espoir important d'être considérées comme des entités de quasi-régie selon le nouveau Code.

### *2) L'espoir un instant caressé d'un retour sur le mouvement de banalisation*

Face à une interprétation possible divergente entre droit européen et droit français, se pose alors à l'époque la question du contournement de la banalisation du statut des SEML au regard de la commande publique, organisée par le juge constitutionnel et par le juge administratif.

---

[1060] Commission européenne, Communication interprétative sur concessions en droit communautaire, n° 2000/C 121/02 : *JOUE* n° C 121 du 29 avril 2000, p. 2-13, point 2.4, et notes 26-28.

[1061] Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics : *JORF* du 8 mars 2001, p. 37003.

[1062] Cf. par exemple la prudence de Pierre DELVOLVE, dans sa communication « Marchés publics : les critères des '*contrats-maison*' », *RDUE* 2002, n° 1, p. 53-61

Le texte des marchés publics de 2001 étant de nature décrétale, le juge administratif peut aisément déclarer l'illégalité de certaines dispositions. C'est d'ailleurs ce que fait le Conseil d'Etat quelques années plus tard dans un arrêt d'Assemblée du 5 mars 2003, en invalidant certaines exceptions prévues par l'article 3[1063]. Mais cette même décision de justice valide entièrement les dispositions concernant les contrats de quasi-régie et issues du droit communautaire[1064]. La voie semble donc ouverte pour un possible retour sur le mouvement de banalisation des SEML.

Les commentateurs restent partagés sur la question de l'application de cette nouvelle exception textuelle aux SEML. Cela signifie en effet revenir entièrement sur la logique des dernières années de banalisation, mais un retour limité aux marchés publics et non aux délégations de service public, qui ne sont pas visées par l'intégration textuelle française du droit européen — et à juste titre puisque la jurisprudence constitutionnelle s'y opposerait certainement, sauf à changer de position sur la question. Peu d'auteurs lient d'ailleurs directement la SEML à cette nouvelle disposition[1065]. Frédéric COLIN, dans sa recension du nouveau Code des marchés publics y voit la possibilité pour les « filiales » des pouvoirs adjudicateurs d'échapper aux règles de la commande publique[1066]. Pour Philippe TERNEYRE[1067], le plus clair sur la question, les SEML peuvent profiter de cette exception. A l'inverse, Florian LINDITCH paraît clairement opposé à cette interprétation[1068]. La plupart des commentateurs posent la question sans toutefois y répondre[1069].

Une position plus claire sur la question, mais qui apporte peut-être plus de confusion qu'autre chose, vient du gouvernement français lui-même, dans son texte interprétatif au nouveau Code. Le gouvernement met son poids interprétatif dans la balance du côté de la libéralisation du régime des SEML. Il indique dans ce texte que le contrôle analogue de l'article 3 du nouveau Code peut être la

---

1063 CE Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC,* n° 233372 : *AJDA* 2003, p. 722, chron. F. Donnat et D. Casas.

1064 DREYFUS, Jean-David, « Le glas n'a pas encore sonné pour le nouveau Code des marchés publics », *D.* 2003, p. 851.

1065 Voy. notamment : GIAMI, Philippe, « Nouveau Code des marchés publics et SEML », *Avec les experts-comptables,* 14 novembre 2002, n° spécial congrès des sociétés d'économie mixte, p. 15-17.

1066 COLIN, Frédéric, « France – Administration et économique – Les marchés publics », *Annuaire européen d'Administration publique* 2001, n° XXIII, p. 425.

1067 TERNEYRE, Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *D.* 2002, p. 669.

1068 LINDITCH, Florian, « Le nouveau code des marchés publics, utile contribution à la détermination du périmètre administratif », *RIDE* 2001, p. 325.

1069 Voy. COSSALTER, Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA* 2002, p. 938. Et aussi : LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics », *CMP* 2001, n° 4, chron. 4 ; DREYFUS, Jean-David, « Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211, et GUIBAL, Michel, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

situation « entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle »[1070].

Plus précisément, une réponse ministérielle du 1er avril 2004 indique qu'une SEML peut être contrôlée de façon analogue si elle est contrôlée majoritairement par une collectivité et qu'aucune minorité de blocage ne peut se constituer contre celle-ci[1071]. Dans ce cas, selon cette réponse : *« la collectivité publique peut alors réellement décider de la politique industrielle de l'entreprise, des recrutements de salariés, de la nomination des dirigeants ; elle est alors la seule véritable autorité de l'entreprise. L'influence dominante de la collectivité devient alors un contrôle déterminant comparable à celui qu'elle exercerait sur ses propres services »*. L'interprétation du contrôle analogue par le gouvernement français semble donc *a priori* inclure les SEML.

Les indications de ces textes, et les dispositions du Code ne sont cependant pas suivies d'effets concrets modifiant la dynamique de banalisation de SEML. Cette disposition du nouveau Code des marchés publics, même validée par le Conseil d'Etat, reste un moment dans les limbes, sans être vraiment utilisée ou analysée. Sans doute les acteurs de l'économie mixte locale attendent-ils que des précisions jurisprudentielles viennent de la Cour de justice des Communautés. Mais lorsque celles-ci arrivent, elles ne sont pas du tout positives.

## B) Le choc de l'incompatibilité

L'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005 de la Cour de justice des Communautés douche « de façon inattendue »[1072] les espoirs des sociétés d'économie mixte de voir se renverser dans la direction inverse le mouvement de banalisation de leurs relations avec leurs actionnaires publics. Mais en quoi cet arrêt était-il inattendu ? Le régime contractuel des SEML, au-delà des marchés publics qui présentent avec le nouveau Code une exception possible, ne semble à l'époque pas très favorable à des relations privilégiées. Le caractère inattendu réside dans le choix de la Cour de sanctionner non l'inégalité de traitement par le choix d'une certaine société par rapport aux autres, mais de sanctionner surtout la discrimination dans le choix des partenaires privés participant au capital des SEML. Cet argument renverse une vision jusque-là bien établie de l'économie mixte à la

---

[1070] Point 3.1.1 de l'instruction du 28 août 2001 du ministre de l'économie des finances et de l'industrie, relative à l'application du code des marchés publics.

[1071] Rép. min. n° 09614 : JO Sénat Q, 1er avril 2004, p. 802 (Q. 30 déc. 2003, M. Bernard Piras) : *CMP* 2004, n° 5, comm. 100.

[1072] MARCIALI, Sébastien, « La soumission des marchés conclus avec des SEM aux directives communautaires 'marchés publics' », *LPA* 2005, n° 124, 23 juin, p. 14.

française. Il rend, par son caractère étonnant et incompatible avec la vision française de l'économie mixte, celle-ci intrinséquement inadaptée au bénéfice de la quasi-régie.

Le juge administratif déclare en effet incompatible avec le droit européen le mécanisme des conventions publiques d'aménagement réservées aux SEML en novembre 2004[1073]. Mais cette décision n'est toutefois pas basée sur l'interprétation de l'exception *in house* mais sur la discrimination institutionnalisée à l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme entre les SEML et toutes les autres entreprises privées. Le traitement injustifié paraît à ce stade l'argument préféré du juge national, influencé sans doute par l'interprétation constitutionnelle de 1993[1074]. Ni le principe de la proximité des sociétés d'économie mixte avec les collectivités locales, ni celui de l'utilité même de l'économie mixte ne sont remis en question par cette décision. Ce n'est pas la même chose pour la décision *Stadt Halle* de la Cour de justice des communautés en date du 11 janvier 2005[1075].

L'Avocate générale dans cette affaire proposait de retenir une solution basée sur la définition classique des entreprises publiques pour bénéficier de l'exception de quasi-régie — c'est-à-dire une participation majoritairement publique au capital —, et d'y ajouter des éléments de vérification de l'existence d'un véritable contrôle analogue. En tout état de cause, pour l'Avocate générale Christine STIX-HACKL, « la participation de sociétés privées n'a donc en principe pas d'impact négatif »[1076]. Mais ce n'est pas l'interprétation retenue par la Cour. Au contraire, les juges européens semblent faire de la participation privée un critère irrémédiablement excluant, en des termes très radicaux puisque, selon eux: « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* »[1077].

Après avoir pris cette position de principe excluant « en tout état de cause » une participation privée, c'est-à-dire avoir formé une interdiction quasiment absolue, la Cour justifie cette règle par deux points. Tout d'abord, selon elle, les finalités d'une participation privée dans une entreprise sont incompatibles avec les finalités d'une participation publique (1). Deuxièmement, l'entreprise privée

---

[1073] CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, *SOGEDIS* : req. n° 01BX00381, *CMP* 2005, n° 31, note J.-P. Pietri ; *LGP* 3 janv. 2005, n° 1771, p. 52, note K. Diot ; *CP-ACCP* 2005, n° 41, p. 41, note N. Charrel et L. Ducroux.

[1074] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 47-48.

[1075] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26, concl. Stixt-Hackl : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *CMP* 2005, n° 3, comm. 68, comm. G. Eckert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1076] *Ibidem*, § 70.

[1077] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26, § 49.

actionnaire d'une société d'économie mixte, si cette dernière était considérée comme une quasi-régie, bénéficierait d'un traitement public inégalitaire au détriment de ses concurrents (2).

### *1) La différence irréconciliable des finalités des autorités publiques et du secteur privé : incohérence avec la position de la SEML*

La Cour de justice explique le fondement de sa décision tout d'abord par une différence visiblement irréconciliable entre les finalités des autorités publiques et des acteurs privés à investir au capital d'une société. Selon elle : *« Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. »*[1078].

Il s'agit à notre sens là d'une affirmation quelque peu gratuite, qui affirme un certain essentialisme de l'action publique et de l'action privée. D'ailleurs, comme le remarquait Bernard CHENOT, lorsque « les motifs suivent le dispositif »[1079], il est probable que le juge ait peut-être plus à cœur « l'opportunité » de l'affaire qu'une opinion pesée en termes théoriques. La remarque s'applique ici. Frédéric ROLIN parle à son propos de « postulats finalistes »[1080], qui essentialisent les comportements. Il n'existe pourtant pas de « nature des choses » (Lucrèce) en droit et il serait certainement complexe d'en chercher une dans la multiplicité des comportements des investisseurs privés. Jamais aucune règle n'a obligé les personnes privées à obéir à des objectifs de nature différente de ceux des autorités publiques, et heureusement.

Et à l'inverse les cas sont nombreux où l'action administrative peut prendre à cœur des intérêts qui paraissent similaires à ceux des personnes privées. Mais aussi – et surtout – il est bien des cas où les rapports d'un autorité publique avec ses propres services font preuve de « considérations et d'exigences » qui ne sont pas « propres » à l'action administrative, mais au

---

[1078] *Ibidem,* § 50.

[1079] CHENOT, Bernard, « L'existentialisme et le Droit », *Rev. Fr. de Sc. Politique* 1953, n° 3, p. 64

[1080] ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

contraire reprennent les codes et les voies du secteur privé : c'est toute la logique de la nouvelle gestion publique[1081].

En conclusion, le jugement de la Cour semble sur ce point teinté d'essentialisme, en attribuant à certaines personnes des comportements qui leur seraient innés[1082], et peut donc facilement être remis en cause quant à sa valeur. Pourtant, cet essentialisme rejoint justement la position du législateur français qui oblige les collectivités locales à avoir recours, lorsqu'elles souhaitent utiliser une société de droit privé pour exercer leurs activités, à une société au capital obligatoirement mixte, au prétexte que les investisseurs privés apporteraient par nature une meilleure gestion. Cela explique peut-être que le caractère essentialiste et caricatural de cette distinction n'est pas souvent soulevé par les commentateurs français. La deuxième justification de la Cour pour exclure le capital privé est plus intéressante, bien que moins compréhensible pour les juristes français, car d'une optique trop pro-concurrentielle sur ce point.

### *2) La liberté de s'associer avec une entreprise privée dans une société remise en cause sur la base de l'égalité de traitement*

La deuxième justification de l'arrêt *Stadt Halle* se présente ainsi : *« En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait 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****. »*[1083]

L'objectif de concurrence libre et non faussée et le principe d'égalité de traitement, qui sont « visés » par la directive en cause, sont des principes généraux prévus par les traités fondamentaux du droit communautaire. Cela est important car pour les juristes français l'opération contractuelle potentiellement soumise aux règles de la commande publique ne se confond pas avec l'opération de création d'une société d'économie mixte. Cette deuxième opération, pour les juristes français, comme les juristes allemands dans cette affaire, n'est pas adaptée à l'application du principe général d'égalité de traitement.

---

1081 Voy. par ex. : CHEVALLIER, Jacques, LOSCHAK, Danièle, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP* 1982, p. 679.

1082 CHENOT, Bernard, « L'existentialisme et le Droit », *Rev. Fr. de Sc. Politique* 1953, n° 3, p. 57-68.

*1083* CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26, § 51. C'est nous qui soulignons.

En effet, le choix d'un associé dans une société fermée est dans la théorie juridique française considéré comme fondamentalement lié à l'*intuitus personae* – à la confiance à titre personnel entre les agents, ce qui est bien compréhensible dans la logique de la vie des affaires[1084]. Elle est liée à la volonté première des parties de collaborer au sein d'une même société, autrement dit de trouver un *afectio societatis*[1085]. Comment une telle confiance personnelle pourrait être maintenue si le choix de l'associé privé devait être soumis à une procédure de concurrence ? Pour les auteurs français, la question est insoluble pendant longtemps[1086].

Cette question de l'*intuitus personae*, c'est-à-dire du lien de confiance entre personnes privées et collectivités publiques, est aussi à l'origine du refus du gouvernement français d'accepter une réglementation européenne en matière de concessions de service forcément plus restrictive que la liberté des collectivités de choisir son cocontractant, notamment dans les directives marchés publics de 1992 et 2004[1087]. La force de ce principe de l'*intuitus personae* est désormais largement discutée, notamment après la loi du 29 janvier 1993 réglementant les contrats de DSP. Cette discussion n'atteint toutefois pas la question du choix des partenaires privés dans les sociétés d'économie mixte locales. De fait, celles-ci sont déjà à l'époque soumises à la concurrence pour une grande partie de leurs contrats. Il paraît donc d'autant plus logique de pouvoir choisir *intuitu personae* un partenaire sociétaire pour des SEML qui seront de toute façon mise en concurrence par la suite.

Après l'arrêt *Teckal*, qui traite de la constitution d'une entité purement publique, la discussion est quelque peu relancée avec les arrêts de la Cour de justice *RI.SAN* du 9 septembre 1999[1088] et *ARGE* du 7 décembre 2000[1089], qui abordent spécifiquement cette question des sociétés d'économie mixte. Ils ne répondent toutefois pas sur les principes applicables à cette opération de choix du partenaire privé. Néanmoins, Philippe COSSALTER estime déjà en 2002 que la jurisprudence européenne sur la quasi-régie n'est que le début d'une réflexion de la Cour de justice sur « cette forme particulière de mise en concurrence que constitue l'entrée dans le capital des sociétés d'économie mixte »[1090], et que le législateur européen consacrera à travers les partenariats public-privé institutionnels.

---

1084 Cf. DONDERO, Bruno, « Société en particpation », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* actualisation septembre 2018, § 83 ; et particulièrement pour les sociétés d'économie mixte : DREYFUS, Jean-David, « Société d'économie mixte », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* actualisation janvier 2007, § 80.

*1085* DREYFUS, Jean-David, « Société d'économie mixte », *ibidem,* § 30-31.

1086 ANTOINE, Aurélien, « L'*intuitus personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA* 2011, p. 879.

1087 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs,* 10e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 569.

1088 CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl et Commune d'Ischia : Rec.* I-5219.

1089 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz : Rec.* I-11037 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 121.

1090 COSSALTER, Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA* 2002, p. 938.

La décision *Stadt Halle* interdit donc la compatibilité d'un choix discrétionnaire de partenaire privé à une société publique combiné au transfert d'un contrat sans mise en concurrence à cette même société. L'arrêt ne se base pas sur un argument général d'égalité entre les personnes privées et les sociétés d'économie mixte locales comme le faisait le Conseil constitutionnel en 1993, mais sur l'argument plus crédible de l'inégalité entre les actionnaires privés des SEML et les personnes privées non-actionnaires. Effectivement, une telle procédure vue de bout-en-bout pourrait laisser peser des soupçons de connivence avec le partenaire privé, qui pourrait ainsi profiter de l'absence de mise en concurrence.

## C) La résilience de l'institution mixte face à l'intransigeance européenne

Avec l'arrêt *Stadt Halle* ce sont les concepts juridiques mêmes d'économie mixte à la française et de quasi-régie qui deviennent incompatibles. L'enracinement profond du discours national juridique et politique sur le particularisme des SEML[1091], l'absence de clarté doctrinale sur leur nature[1092], leur statut et leur fonctionnement[1093], invitent à un constat d'incompatibilité indépassable face à un concept issu de raisonnements et de réflexions étrangers à ces idées. Gabriel ECKERT note ainsi qu'en 2005 il est légitime de s'interroger sur « la pérennité même de l'économie mixte »[1094]. Pourtant, alors que la décision *Stadt Halle* aurait pu amener à une remise en cause des fondements ou l'existence même de l'économie mixte à la française, cela n'est pas le cas.

La conception européenne de la quasi-régie n'est en effet pas irréconciliable avec la possibilité de l'économie mixte à la française. Tout d'abord, la théorie de la quasi-régie n'agit que comme une exception à l'obligation générale de mise en concurrence des contrats des collectivités publiques. Elle permet à certains démembrements très proches d'être exemptés de cette mise en concurrence, et en exclut d'autres, dont ceux permettant la participation au capital d'investisseurs privés. Elle n'interdit en aucun cas, au niveau européen, la possibilité pour les collectivités publiques d'investir

---

1091 BENJAMIN, Marie-Yvonne, *SEML : Guide juridique et pratique,* Paris : EFE, 2002, p. 217 : « l'histoire de l'économie mixte est aussi celle d'une idéologie politique ».

1092 DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier I, 1994, 412 p.

1093 BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris : LGDJ, 448 p.

1094 ECKERT, Gabriel, « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives. La problématique communautaire », *RFDA* 2005, p. 959.

dans des sociétés de ce type. Seule pose problème la mise en concurrence qui en résulte obligatoirement.

Or, la SEML française connait presque une telle situation, puisqu'elle est de manière générale, depuis 1993, soumise à des obligations de mise en concurrence, à l'exception de certains contrats très spécifiques. Les exceptions se basent simplement sur des raisonnements différents. Toutefois, les justifications européennes motivant l'exclusion du capital privé pour la qualification de quasi-régie ne se sont pas non plus nouvelles pour le droit français. A l'inverse, les justifications françaises excluant les SEML du bénéfice de la quasi-régie en 1993 ne sont pas celles du juge européen, mais ne son pas non plus incompatibles avec la réflexion européenne.

Certes, l'arrêt *Stadt Halle* ne se base pas sur un argument d'égalité entre les concurrents privées et les sociétés d'économie mixte locales comme le faisait le Conseil constitutionnel en 1993[1095]. Le principe d'égalité n'est pas inconnu en droit européen puisque, bien au contraire, il y dispose d'une valeur fondamentale[1096]. Mais le droit européen n'a visiblement pas vu dans ce principe un obstacle à l'économie mixte. Le droit européen se base plutôt sur l'argument de l'inégalité entre les investisseurs présents dans une SEML et qui reçoivent un contrat de la commande publique sans mise en concurrence, et les autres candidats. Il s'appuie donc sur l'argument du manque de transparence et du détournement des principes de la mise en concurrence dans le choix des associés. C'est l'inégalité devant la faveur publique qui est en cause. Cet argument est le prolongement de l'idée que l'administration publique a l'obligation positive de traiter de façon égalitaire les administrés[1097]. Or, cet argument est parfaitement compréhensible en droit français puisqu'il se retrouve dans l'idée d'égalité devant le service public, idée fondamentale du droit public français[1098]. Les logiques d'exclusion ne sont donc pas bien éloignées théoriquement. Elles pourront aisément se rejoindre sans se contredire dans l'exclusion de la SEML du bénéfice de la qualification de quasi-régie.

---

[1095] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérant n° 47-48.

[1096] Charte des droits fondamentaux, art. 20. *Cf.* GERKRATH, Jörg, « égalité de traitement », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise à jour sept. 2018 ; et TINIERE, Romain, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », fascicule 160, *JurisClasseur Europe Traité,* mise à jour fév. 2017. Voy. aussi : HERNU, Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* Paris : LGDJ, 2003, 555 p. Et ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Le principe égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économies,* Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 552 p.

[1097] ECKERT, Gabriel, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238. Voy. Aussi : KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, thèse de doctorat : droit public : Paris II, 2004, p. 464 et s.

[1098] ECKERT, Gabriel, *ibidem.* Voy. aussi : RICHER, Laurent, « Constitution, contrats et commande publique », *Nouveau Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2012, n° 37.

L'interprétation excluante du droit européen a une portée limitée : elle ne s'oppose pas à la création d'une société commune entre personnes publiques et personnes privées choisies de façon *intuitu personae*, ou discrétionnaire. La jurisprudence européenne s'oppose uniquement à ce que ce type de sociétés se voit ensuite confier des contrats sans mise en concurrence. Là aussi, les réflexions des juges européens et français sur l'inégalité peuvent se rejoindre aisément. Pour le droit européen, l'économie mixte locale, les SEML en tant que telles ne doivent donc pas disparaître, malgré ce que pourraient laisser penser les alarmes d'une partie de la doctrine et des acteurs publics[1099].

Les SEML doivent seulement faire évoluer une partie de leur régime. Ce changement de régime induit toutefois des conséquences non seulement sur le régime des SEML, mais aussi sur leurs buts, et donc incidemment sur leurs fondements idéologiques, qui surprennent certains commentateurs. Frédéric ROLIN, par exemple, considère qu'en excluant les SEML, « la notion de prestation *in house* est finalement réservée à des situations quasiment pathologiques »[1100]. Cette remarque souligne bien le sentiment d'étrangeté pour le juriste français de traiter les SEML comme des entreprises privées *lambda*. Ce changement de régime imposé entraîne un glissement conceptuel quant à la finalité même de la SEML en droit français.

# Section 3 : Le renouveau conceptuel de l'économie mixte locale sous l'influence concurrentielle

La conception française de l'économie mixte est remise en question à l'occasion de l'interprétation extrêmement stricte du juge européen, malgré des situations qui se rejoignent en droit, à l'exception du domaine de l'aménagement public. Certes, sur le principe, une certaine conception française s'efface au profit d'une conception européenne des entreprises publiques locales[1101]. Néanmoins, les conséquences de l'arrêt *Stadt Halle* en France sont-elles si drastiques que certains commentateurs le laissent supposer — les SEML perdant, selon un député, tout « l'avantage de la souplesse et de la réactivité »[1102] ?

---

[1099] PEYRICAL, Jean-Marc, « Que reste-t-il du *in house* ? », *RFDA* 2005, p. 955.

[1100] ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

[1101] ECKERT, Gabriel, « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives. La problématique communautaire », *RFDA* 2005, p. 959.

[1102] SANTINI, André, « Le devenir des sociétés d'économie mixte locales », *RFDA* 2005, p. 953.

Cet arrêt ne fait que trancher définitivement la question de l'application de l'exception européenne de quasi-régie à certains contrats des SEML. La plupart de leurs contrats sont déjà, selon le droit français, soumis au régime général de la commande publique. Les régimes français de la SEML et européens des entreprises exclues d'une relation de quasi-régie sont donc très proches. La différence conceptuelle ne s'en ressent que plus fortement, car en droit français les SEML n'ont jamais été considérées comme des personnes privées *lambda*. Les fondements idéologiques français et européen paraissent au législateur français si différents, qu'au lieu d'une harmonisation qui devrait être logiquement aisée des régimes au vu de leurs situations et de leurs justifications proches, la jurisprudence européenne entraîne un renouveau conceptuel de l'économie mixte locale. Il s'agit tout d'abord d'un renouveau sur les buts de celle-ci. Jusqu'à présent instituées dans un but public avec une aide privée, les SEML peuvent désormais devenir de véritables sociétés concurrentielles (I). A côté de cette économie mixte locale concurrentielle, la jurisprudence européenne, qui offre par ricochet une comparaison avec d'autres droits nationaux, permet de réfléchir à la mise en oeuvre d'une nouvelle économie mixte locale jouant avec le droit de la concurrence sur la temporalité de la mise en concurrence. En organisant une mise en concurrence des partenaires privés des collectivités territoriales en amont de la création de la société, les sociétés d'économie mixte peuvent prétendre par la suite à une dévolution contractuelle sans mise en concurrence. C'est la création législative des sociétés d'économie mixte à opération unique en droit français (II).

# I - L'objet concurrentiel des sociétés d'économie mixte locales

Rapidement, les thuriféraires de l'entrepreneuriat public local français tentent de parer les SEML exclues du *in house* de nouvelles vertus, de nouvelles valeurs qui semblaient historiquement justement être plutôt combattues par le concept d'économie mixte. C'est un tournant sémantique vers des SEML à la fonction plus concurrentielle (A). Ce changement fonctionnel a pour conséquence de faire apparaître comme d'autant plus inadapté le statut juridique actuel de celles-ci, qui assure une prééminence aux buts d'intérêt publics des SEML (B).

## A - Une fonction renouvelée d'entreprise publique concurrentielle

La société d'économie mixte locale n'a jamais été considérée comme une entreprise privée. Si en 2001 le gouvernement rappelait qu'elle était toujours considérée comme « la rencontre entre plusieurs cultures de gestion »[1103], elle restait d'abord une entreprise publique. Son caractère local implique aussi, par la défiance qu'elle inspire au législateur, un encadrement très strict des missions qu'elle pouvait prendre en charge, dans le sens que celles-ci devaient toujours rester d'intérêt général. La possibilité d'une redéfinition des rôles de ces entreprises se fait néanmoins jour après l'arrêt *Stadt Halle,* dans le sens d'une entreprise publique dont la finalité peut être désormais plus concurrentielle.

Dans la conception initiale des décrets-lois POINCARE[1104] de 1926, les sociétés d'économie mixte sont d'abord des entreprises privées, puisque leur capital est majoritairement privé. Ce n'est qu'en 1983, à l'occasion de la codification de leur statut, que le capital privé des SEML devient obligatoirement minoritaire[1105]. Mais la mixité du capital reste obligatoire. Les SEML ont donc été par la suite considérées par la plupart des commentateurs comme l'alliance de l'intérêt général et de l'intérêt privé, sorte de partenariat public-privé avant la conceptualisation de ce dernier, et leur nom indiquait bien le caractère « mixte » non seulement de leur capital mais aussi de leur finalité. La concomitance de cet mixité obligatoire avec la montée de l'idée « économie mixte »[1106] en tant que politique économique dans les années 1980, c'est-à-dire « le fait que la totalité des activités industrielles et commerciales [ne soit] pas assurée par des opérateurs privés »[1107], aboutit à faire de la SEML la championne de cette conception politique. La SEML deviendrait en quelque sorte l'incarnation juridique de la « troisième voie » politique, entre libéralisme et communisme. Jean-François SESTIER rapporte à ce propos à quel point le débat entre les tenants de la privatisation et ceux de la publicisation des SEML relève « beaucoup plus de l'irrationnel, voire de l'idéologie, que d'une analyse fondée sur des arguments concrets »[1108], tant les conceptions politiques économiques

---

[1103] Réponse du gouvernement en 2001 à la proposition de Jacky DARNES de laisser les collectivités choisir leur niveau de participation entre 34 et 100% dans les SEML : Ass. Nat. Compte-rendu intégral des débats, séance du 2 janvier 2002 (en ligne). Voyez aussi : Ass. Nat. (2001), rapport n° 3398 de M. Jacky DARNES déposé devant la Commission des lois le 21 novembre 2001.

[1104] Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, *JORF* 7 novembre 1926, p. 11894 et s. et Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, *JORF* 31 décembre 1926, p. 13742 et s.

[1105] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 209.

[1106] *Cf.* BERGOUNIOUX, Alain, *Le régime social-démocrate,* Paris : PUF, 1989, p. 57-70. Pour le plaidoyer politique voy. : GAURON, André, *Les remparts de l'argent*, Paris : Odile Jacob, 1991, p. 3.

[1107] KERNINON, Jean, *Les cadres juridiques de l'économie mixte,* 2e éd., Paris : LGDJ, 1994, p. 13.

[1108] SESTIER, Jean-François, « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *RFDA* 2002, p. 923.

nationales jouent sur sa perception. Suite à la décision *Stadt Halle,* les commentateurs comme Claudie BOITEAU estiment que la nouvelle situation doit être l'occasion pour les SEML de s'affirmer comme de véritables sociétés concurrentielles, plus crédibles sur le plan économique, et donc de s'éloigner d'un objectif purement public[1109].

Pourtant, le statut général des SEML issu de la loi de 1983 impose juridiquement qu'elles soient cantonnées à des activités d'intérêt général dans le cadre des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales[1110], démontrant la défiance du législateur national quant à l'utilisation d'une telle technique par les collectivités locales[1111]. En 2002, encore, les débats législatifs à l'occasion de la modernisation du statut des SEML rappellent que tout l'enjeu de celles-ci consiste à « faire entrer les impératifs d'intérêt général dans le cadre de l'économie privée »[1112]. Toutefois, en 2005, après l'irruption de la jurisprudence européenne, l'identité des SEML est devenue « floue et négative »[1113] pour la Fédération des Sociétés d'Economie Mixte. « L'intérêt général » est désormais une « priorité »[1114], qui doit se coupler avec de nouvelles « valeurs des SEM [qui ]sont leur avantage concurrentiel »[1115].

Concurrencées à partir de 2006 par les sociétés publiques locales d'aménagement, puis en 2010 par les sociétés publiques locales généralistes, sociétés entièrement publiques et donc bien plus à même de représenter l'intérêt public, la finalité des SEML peut-elle continuer dans la voie de la confusion entre objectifs publics et privés ? En 2019, pour la Fédération des Entreprises Publiques Locales, la distinction entre la SEML et la SPL se joue désormais sur le fait que la SEML est une solution « tout terrain »[1116] (?), qui a « fait ses preuves »[1117] grâce à sa longue histoire, tandis que les SPL sont limitées par leur nature entièrement publique. Les atouts des SEML avancés par la

---

[1109] BOITEAU, Claudie, « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », *RFDA* 2005, p. 946.

[1110] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, art. 1 : « pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ».

[1111] DELION, André, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA* 2005, p. 977.

[1112] Ass. Nat. (2001), rapport n° 3398 de M. Jacky DARNES déposé devant la Commission des lois le 21 novembre 2001.

[1113] CHAPUY, Pierre, MONTI, Régine, « Les SEM en 2015… », *Compte-rendu du congrès des SEM, 10-11-12 octobre 2005,* [s. l.], Fédération des SEM, 2005 p. 10.

[1114] *Ibidem,* p. 10.

[1115] *Ibidem*, p. 8.

[1116] Fédération des Entreprises Publiques Locales, « EPL mode d'emploi : les EPL, catalyseurs de développement des territoires », sur le site internet de la Fédération des EPL : [http://www.lesepl.fr/le-mouvement/epl-mode-demploi/] article consulté le 1er mars 2019.

[1117] *Ibidem.*

Fédération sont maintenant leur « polyvalence » et leur « performance économique »[1118]. L'intérêt général n'est pas présenté comme un objectif premier, et semble même plutôt désormais représenter un frein par rapport à l'idée que « les SEM peuvent agir en tous lieux, dans tous les domaines, pour tous ceux qui le souhaitent »[1119]. Cet aspect-là des SEML paraît en effet plutôt plaider pour une plus grande ouverture aux « autres clients que leurs actionnaires »[1120], c'est-à-dire pour une finalité véritablement concurrentielle de ces instruments. C'est-à-dire que l'aspect « privé » de la SEML, déjà présent à travers la forme de société anonyme, l'emporterait désormais sur son aspect « public », présent à travers ses fins et le contrôle de son capital. De ce point de vue idéologique, le statut juridique restrictif des SEML apparaît alors comme dépassé et doit être modifié pour mieux correspondre à ces nouveaux objectifs.

## B - L'inadéquation du statut juridique des SEML à leur nouvelle fonction concurrentielle

Le renouveau de la fonction concurrentielle de la SEML souligne le déséquilibre en résultant du régime des sociétés d'économie mixte. Celui-ci se situe à plusieurs niveaux : au niveau de l'encadrement de la participation privée à ces sociétés (1), au niveau de leur objet autorisé (2), et au niveau des précautions publiques supplétives visant à s'assurer d'une bonne gestion des collectivités locales dans le cadre d'une société commerciale (3).

### *1) L'encadrement actionnariat encore strict des SEML*

Tout d'abord, l'opportunité souvent abordée de l'abaissement, voire de la disparition, du seuil minimum de participation publique (la majorité publique obligatoire) prend une nouvelle force[1121].

L'analyse historique des SEML démontre d'abord que le seuil minimal public est d'abord une volonté politique idéologique plus que pragmatique, puisque les collectivités territoriales étaient

---

[1118] *Ibidem.*

[1119] *Ibidem.*

[1120] *Ibidem.* D'un point de vue sémantique, le terme de client, appliqué tant à leurs collectivités actionnaires qu'à tout autre donneur d'ordre est déjà en soi parlant, traduisant le transfert d'une activité administrative classique à une logique de collectivité publique entrepreneuse. *Cf.* Par comp. avec l'Etat : CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne,* Paris : LGDJ, 2017, p. 104.

[1121] BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2011, p. 208.

jusque 1983 obligatoirement minoritaires[1122]. L'obligation d'une influence majoritaire sur les SEML paraît s'être uniquement imposé aux collectivités territoriales car le législateur craignait à l'époque une gestion défaillante de celles-ci dans le cas où les collectivités locales ne se sentiraient pas responsables d'une société dont elles ne possèderaient qu'une minorité du capital social[1123]. Le principe de l'autonomie locale, mais aussi le principe de confiance aux collectivités locales, jouent ainsi en faveur d'un décloisonnement de ce seuil de 50% de participation publique, qui est régulièrement proposé, mais jamais entrepris[1124].

Après l'application jurisprudentielle européenne des règles de mise en concurrence pour tout type de contrats de commande publique aux SEML, la question de la survivance des SEML est pourtant en question. Il faut en effet désormais pour les collectivités locales trouver des investisseurs privés qui acceptent d'entrer au capital d'une société qu'ils sont sûrs de ne pouvoir influencer qu'à la marge, et dont il n'est maintenant plus sûr qu'elle puisse exercer l'activité qui l'intéresse, puis qu'elle sera obligatoirement mise en concurrence avec de nombreux concurrents privés. L'ouverture plus large du capital au secteur privé pourrait faciliter concrètement de tels investissements.

Le renouveau idéologique pro-concurrentiel des SEML rajoute de nouveaux arguments dans ce sens. Il est en effet peu logique que les collectivités territoriales, aux commandes de sociétés de plus en plus banalisées par rapport à des sociétés du secteur privé, ne puissent investir en miroir de façon minoritaires dans des sociétés privées. De plus en plus nombreuses exceptions voient d'ailleurs le

---

[1122] *Cf*. supra.

[1123] Réponse du gouvernement en 2001 à la proposition de Jacky DARNES de laisser les collectivités choisir leur niveau de participation entre 34 et 100% dans les SEML : Ass. Nat. Compte-rendu intégral des débats, séance du 2 janvier 2002 (en ligne). Voyez aussi : Ass. Nat. (2001), rapport n° 3398 de M. Jacky DARNES déposé devant la Commission des lois le 21 novembre 2001.

[1124] Voy. par exemple : Ass. nat. (2001), Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales par M. Jacky DARNE, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2001, article additionnel n° 1. Cette possibilité adoptée en commission n'est pas retenue dans le texte définitif.

jour, jusqu'à pouvoir se demander si l'interdiction de principe de l'investissement public ne devient pas un principe vide de sens[1125].

## *2) L'objet toujours limité des SEML*

Dans la même veine d'idées découlant de cet égalitarisme économique naissant entre collectivités locales et secteur privé, la question peut se poser de l'avenir de la clause limitative de l'objet des SEML prévue à l'article 1521-1 du CGCT. Cet article prévoit que la création des SEML est limitée, non seulement par le cadre des compétences qui sont attribuées par la loi aux collectivités territoriales et à leurs groupements, mais aussi dans leur objet social, qui doit être *a minima* une activité d'intérêt général. Cela équivaut à une double limitation, puisque à la fois la compétence des collectivités et l'objet social autorisé sont contrôlés strictement par le juge.

Toutefois, il faut remarquer que les compétences légalement attribuées par la loi sont généralement définies par le législateur de manière positive, ce que n'est pas l'activité d'intérêt général, définie de manière négative par le juge, par ses refus de considérer telle ou telle activité comme répondant à cet objectif[1126]. Certes, dans son contrôle sur la compétence générale d'intervention économique des collectivités locales — lorsque celle-ci est encore reconnue, ce qui peut évoluer pour telle ou telle collectivité comme des lois récentes l'ont démontré[1127] — le juge

---

[1125] Voyez notamment le tableau récapitulatif des 17 investissements publics dans des sociétés de capitaux autorisés désormais par la loi *in :* CLAMOUR, Guylain, « Les prises de participations régionales au capital de sociétés commerciales pour la mise en œuvre du SRDEII », *CMP* 2016, n° 8-9, comm. 192. Ces participations autorisées sont notamment celles : des SEML, des SPLA, des SPL, des SEMOP, des SA d'HLM, des SEM de construction d'immeuble d'habitation, des sociétés coopératives d'intérêt collectif, des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), des sociétés de transport, des sociétés aéroportuaires, des sociétés portuaires, des sociétés d'économie mixte de production d'énergie, des sociétés de garantie, des sociétés de tiers-financement, des sociétés de capital-investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies (investissement autorisé limité aux régions et à la métropole de Lyon), des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer (même limite *ratione personae*), et des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies (toujours même limite *ratione personae*). Chaque investissement public possède évidemment ses règles propres.

[1126] Voy. notamment : CE, 23 déc. 1994, *Commune de Clerveaux d'Aveyron, : R.* p. 582 ; *JCP* 1995, II, n° 22507, note M. Cliquennois.

[1127] La loi n° 2015-991du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF* n° 182 du 8 août 2015 p. 13705 a en effet supprimé la clause de compétence générale des départements et des régions, après plusieurs péripéties législatives par lesquelles celle-ci a été tout d'abord fortement limitée (Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales : *JORF* n° 292 du 17 décembre 2010, p. 22146, art.73), avant d'être en partie rétablie (Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles : *JORF* n° 23 du 28 janvier 2014, p. 1562, art. 1er.).

vérifie l'existence d'un intérêt public local suffisant d'une telle activité[1128]. Mais dans les domaines spécifiquement prévus par la loi, la légalité des actions administratives dans l'économie est présumée[1129]. Le contrôle du juge sur la compétence des collectivités locales paraît donc plus objectif et moins étendu que le contrôle de l'intérêt général d'une activité de SEML.

Les objets spécifiquement autorisés de ces sociétés sont en effet limitativement énumérés comment étant : « des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». Cette limitation semble avoir un caractère large grâce à l'inclusion de la notion fonctionnelle « d'intérêt général », qui pourrait être défini assez largement par les collectivités territoriales. Toutefois, la jurisprudence administrative interprète cette disposition comme une limitation objective, et exerce un contrôle étendu sur cet objet[1130]. La réalisation, après la jurisprudence *Stadt Halle*, que la société d'économie mixte locale est une société banalisée, très comparable aux autres sociétés privées, n'invite-t-elle pas à repenser cette clause limitative, au moins dans l'objet social autorisé ? Au vu des nouvelles finalités des SEML, qui pourraient être plus concurrentielles, la question peut donc se poser de la suppression de cette seconde condition légale, relative à l'activité, pour ne garder que la limite relative à la compétence des collectivités locales, qui peut paraître bien suffisante. La même logique de liberté pourrait apporter des arguments quant à la suppression de l'encadrement prudentiel exceptionnel de l'action des collectivités locales lorsqu'elles choisissent la voie des SEML.

### *3) Le maintien de précautions de gestion*

Le législateur national a entouré l'usage des SEML de plusieurs contrôles et garde-fous visant à en assurer une bonne gestion, ou une gestion prudente, qui n'ont pas d'équivalents dans les sociétés d'économie mixte nationales. Cette différence de traitement s'explique par la défiance du législateur dans l'oeuvre économique sous forme commerciale des collectivités locales. La banalisation de la

---

[1128] CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, concl. D. Casas : *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *DA* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

[1129] Voyez : Instruction du Gouvernement relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales, du 22 décembre 2015, NOR : RDFB1520836N, annexe n° 7, « conséquences de la suppression de la clause de compétence générale sur les organismes dépendant des collectivités territoriales et sur les syndicats mixtes ».

[1130] Voy. notamment : CE, 23 déc. 1994, *Commune de Clerveaux d'Aveyron, : R.* p. 582 ; *JCP* 1995, II, n° 22507, note M. Cliquennois.

SEML, son évolution conceptuelle, et la possibilité de faire diminuer le seuil minimum majoritaire public, viennent à propos souligner les excès prudentiels de ce régime restrictif.

La condition de montant minimal du capital social des SEML, la technique précise de l'apport en compte courant d'associés, de même que les contrôles étendus exercés par le représentant de l'Etat et les organismes financiers sur ces sociétés constituent autant de garde-fous à une gestion imprudente des SEML par les collectivité locales. La banalisation conceptuelle et possible des SEML pourrait-elle amener à les remettre en cause ? Cela est possible en théorie, dans l'optique d'une banalisation entière de ce régime. Le régime général des sociétés commerciales s'appliquerait alors par principe, et leur compatibilité aux règles générales des collectivités locales pourrait être constatée au cas par cas, dans la pratique, par le juge.

Toutefois, certaines limites prudentielles présentent un caractère légitime en ce qu'elles visent à limiter des pratiques courantes qui dévoient ou abusent code l'outil de société commerciale. Les trois limites évoquées résultent surtout de failles dans la pratique des SEML ayant été concrètement constatées par le législateur[1131]. Leur suppression est donc peu recommandable, sans compter que leur mise en pratique n'est pas très handicapante, et peut facilement se concevoir même pour des SEML à finalité concurrentielle ou de futures SEML à capital public minoritaire.

Par contre, le maintien d'un statut particulièrement exonérant pour les représentants des collectivités territoriales ayant le statut de mandataires peut être problématique dans ce nouveau paradigme. L'article 1524-5, 8e alinéa du Code général des Collectivités territoriales (CGCT) prévoit en effet que : « par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires. Lorsque ces représentants ont été désignés par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales ou aux groupements membres de cette assemblée ». Les élus mandataires au sein d'une SEML bénéficient donc d'une immunité de principe pour leurs actions, lorsque celles-ci pourraient conduire à rechercher leur responsabilité civile d'administrateur de société. Ce statut protecteur paraît, dans le cadre d'une banalisation et d'une privatisation des SEML, inadapté. Une fois perdu ou diminué le caractère public de la SEML, les administrateurs de ces sociétés, même nommés par des collectivités publiques, devraient être soumis au même principe de responsabilité que les entrepreneurs privés. Cela permettrait tout d'abord d'égaliser les conditions du jeu de la concurrence de ces entreprises, dont les décisions porteraient moins à conséquences personnelles

[1131] Voyez notamment : Ass. nat. (2001), Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales par M. Jacky DARNE, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2001

que celles des entreprises privées. De plus, cette suppression pourrait inciter les administrateurs publics à porter une attention plus importante à leurs actes en tant qu'entrepreneurs, leur responsabilité étant personnellement en jeu (c'est en tout cas l'idée pour les sociétés anonymes classiques), et cela devrait entraîner, en théorie, une meilleure gestion de la société[1132].

Le législateur français n'a néanmoins pas modifié ces différents points de prudence des SEML suite à l'influence européenne banalisante de 2005. Il n'a pas non plus modifié les plafonds et les planchers de participation publique et de participation privée à ces sociétés. Pour répondre aux conséquences directes et indirectes de l'exclusion des SEML du bénéfice de la théorie de la quasi-régie, il a créé un tout autre type de société d'économie mixte locale, la société d'économie mixte à opération unique, dont l'identification apparaît bien distincte.

# II - Le renouveau de la mixité par la concurrence : la SEM à opération unique

Directement inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice, et pour répondre au déclin apparent de la société d'économie mixte locale comme mode de coopération public-privé, le législateur français choisit de ne pas rénover le statut des SEML, mais de créer un statut juridique particulier jouant sur les règles européennes de mise en concurrence. Le droit européen a en effet, au cours de l'évolution jurisprudentielle de la délimitation de l'exception *in house,* indiqué qu'une société mixte pouvait recevoir un contrat de commande publique sans mise en concurrence si les actionnaires privés de la société étaient choisis en même temps que le futur contrat, sur la base d'une procédure transparente et concurrentielle (A). Cette interprétation, soumettant la création de la société à un lien nécessaire et concomitant entre l'adjudication d'un contrat et le choix de futurs actionnaires, est néanmoins apparu *a priori* comme difficilement compatible pour le Conseil d'Etat avec les conceptions françaises de la commande publique et de la SEML. Le législateur l'intégra pourtant avec aisance, mais en créant un statut particulier bien délimité et distinct de la SEML normale (B).

## A. La reconnaissance européenne du partenariat public-privé institutionnalisé sous l'influence de la quasi-régie

[1132] DELEBECQUE, Philippe, PANSIER, Jérôme, « Administrateur », *Répertoire des sociétés Dalloz,* actualisation 2018, § 254 et s.

Peu après l'arrêt *Stadt Halle,* les divers acteurs européens (Parlement, Commission, Cour de justice), démontrent leur capacité à innover dans une sorte de dialogue institutionnel remarquable, en mettant sur pied et en délimitant les frontières d'une nouvelle forme de contrat public atypique : le partenariat public-privé institutionnalisé (PPPi). Une filiation idéologique se fait ainsi par rapport au concept de partenariat public-privé, qui porte en lui un discours pro-concurrentiel (1). Pourtant, le fondement du PPPi est bien le besoin concret remonté par les administrations publiques nationales de pouvoir profiter d'entités d'économie mixte et d'obligations de mise en concurrence les plus légères possibles (2).

## *1) La filiation théorique des PPPi aux PPP*

Le PPPi est présenté par la Commission européenne comme la forme institutionnelle dérivée du concept relativement récent (et pro-concurrentiel) de partenariat public-privé (PPP)[1133]. Celui-ci prend son origine non dans les formes traditionnelles de coopérations entre secteurs public et privé[1134], mais plutôt dans une nouvelle idéologie de la coopération, liée au contexte du *new public management*, et plus ouvert à l'influence du secteur privé sur le secteur public[1135]. L'expression juridique en elle-même trouve ses racines au Royaume-Uni en 1992, où le gouvernement institue de nouveaux contrats de commande publique, entre marchés publics et délégations, les *private finance initiatives*[1136]. Le terme de « partenariat » renvoie d'ailleurs en lui-même à un présupposé positif, démontrant bien la nouvelle idéologie de la commande publique et des relations entre secteurs public et privé qu'il implique. Il traduit l'influence et l'origine idéologique de ce projet, dont il est indissociable[1137].

Les opérations de PPP, se distinguant des marchés publics et des concessions par leur objet généralement plus global et répondant à une complexité technique, se traduisent en droit français

---

1133 Commission européenne, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : *JOUE* C 91/4 du 12 avril 2008 : *Dr. adm.* 2008, n° 4, p. 3, édito R. Noguellou. Et comparer avec : Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 novembre 2005 concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2005) 569 final.

1134 Voyez *a contrario* BEZANCON, Xavier, « Une approche historique du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière* 1995, Hors-série n° 5, p. 27-50 ; et PEYRICAL, Jean-Marc, « Marché de partenariat : passation », *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz,* folio n° 3220, actualisation février 2019, § 7-8.

1135 CAMPAGNAC, Elisabeth, « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France au Royaume-Uni », *RFAP* 2009, n° 2, p. 365-382.

1136 MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud, TROSA, Sylvie, *Les partenariats public-privé,* Paris : La Découverte, 2006, p. 6 et s.

1137 GAUDEMET, Yves, « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », *Recueil Dalloz Sirey* 2007, n° 44, p. 3084-3089.

dans les contrats de partenariat en 2004[1138], qui deviennent ensuite en 2015 les marchés de partenariat[1139], sous l'effet d'une interprétation jurisprudentielle restrictive de leur exceptionnalité[1140], et des retours concrets négatifs en termes de gestion des premières expériences de PPP. L'intérêt de ces contrats se traduisait en effet à l'origine en droit français notamment par leur régime de passation plus souple dans le cadre de ce que les régimes français jusque-là réservés aux marchés publics et aux concessions[1141]. Toutefois, le Conseil d'Etat, interprétant le droit communautaire, considère rapidement par un arrêt du 29 octobre 2004 que les PPP au sens français sont soit des marchés publics soit des concessions au sens du droit européen, et donc soumis aux mêmes principes de concurrence et de transparence que ces dernières, en fonction de leurs caractéristiques[1142]. Le droit européen de la commande publique rejette en effet l'idée d'une qualification atypique de ces contrats, et propose de les ranger, selon une vision méthodique et finaliste de la commande publique, soit dans la catégorie des marchés publics, soit dans celle des concessions, selon leurs caractéristiques[1143]. Cette interprétation binaire et méthodique est

---

[1138] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994 : *JCP-G* 2004, n° 28, p. 1258-1261, note S. Braconnier ; *BJCP* 2004, n° 36, p. 331-339, Y. Gaudemet ; p. 340-347, note S. Braconnier ; p. 348-361, note S. Lagumina, L. Deruy ; *LGP* 2004, n° 301, p. 2-6, note F. Sartorio ; *RFDA* 2004, n° 6, p. 1103-1129, comm. D. Casas ; *Dr. adm.* 2004, n° 11, p. 6-12, débat P. Lignières, A. Ménéménis ; *RJEP* 2004, n° 615, p. 511-542, note F. Llorens ; *CMP* 2004, n° 12, p. 8-16, étude N. Symchowicz ; p. 20-27, note G. Eckert ; *BJCP* 2005, n° 38, p. 2-4, note A. Tessier ; *Dr. adm.* 2005, n° 1, p. 36-37, comm. P. Lignières ; *AJDA* 2005, n° 1, p. 16-20, étude D. Linotte.
Voir aussi, pour des modifications mineures : Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative au développement des partenariats public-privé (PPP) : *JORF* n° 175 du 29 juillet 2008, p. 12144 : *JCP-A* 2008, n° 37, p. 17-23, note F. Linditch ; *AJDA* 2008, n° 31, p. 1709-1714, note E. de Fenoyl ; *RDI* 2008, n° 9, p. 451-454, note P. Dessuet ; *CMP* 2008, n° 10, p. 7-13, note F. Lichère ; *RLCT* 2008, n° 39, p. 55-57, note R. Passerieux ; p. 58-61, note M. Fornacciari ; p. 62-64, F. Tenailleau ; p. 65-73, note J.-L. Pissaloux ; p. 80-83, comm. F. Marty et A. Voisin.
Voy. aussi : MULLER, Etienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé,* Paris : L'Harmattan, 2011, 694 p. ; WILINSKI, François, *L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du PPP*, thèse de doctorat : droit public, université de Lille 2, université de Molise, 2015, 604 p. ; BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2011, 466 p.

[1139] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : *JORF* 24 juillet 2015, p. 12602. Sur la modification du régime des marchés de partenariat en découlant : *CMP* 2015, n° 10, p. 56-62, note E. Muller ; *JCP-A* 2015, n° 41, p. 37-42, note F. Tenailleau et S. Weill ; *Contrats publics* 2015, n° 159, p. 3, éditorial M. Karpenschif ; p. 24-29, note S. Nicinski ; p. 30-34, note J.-F. Sestier ; p. 35-58, note A. Boullault et A. Vandepoorter ; *CMP* 2015, n° 10, p. 28-33, note F. Linditch ; p. 51-55, note G. Eckert ; *CMP* 2016, n° 5, p. 27-36, note G. Chammings et M. Scialom.

[1140] ECKERT, Gabriel, « L'ordonnance du 17 juin 2004 n'est pas illégale », *CMP* 2004, n° 12, p. 20-27.

[1141] *Cf.* DELVOLVE, Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI* 2003, p. 488 et s. ; LICHERE, François, « Les contrats de partenariat : Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? », *RDP* 2004, p. 1558-1561.

[1142] CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres* : *RFDA* 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; *AJDA* 2004, p. 2383, chron. Claire Landais et Frédéric Lénica ; *CMP* 2004, n°249, note G. Eckert ; *Europe* 2004, n°391, note P. Cassia ; *Dr. adm.* 2005, n°3, 4 et 5, obs. A. Ménéménis.

[1143] BRENET, François, « L'encadrement communautaire des partenariats public-privé », *in* LEROUSSEAU, Nicole, ROSSETTO, Jean (dir.), *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne,* Tours : Presses universitaires François Rabelais, 2005, p. 67-87.

confirmée par la communication de la Commission européenne du 15 novembre 2005 concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions[1144].

### *2) La continuité de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies*

Malgré une filiation annoncée avec les partenariats public-privé, l'élaboration d'une théorie des PPPi au niveau européen résulte clairement de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies. Celle-ci, tout en excluant la conclusion sans mise en concurrence de contrats avec des entités d'économie mixte, évoque concomitamment la possibilité pour les collectivités locales de respecter leurs obligations de concurrence dans ce cas, en sélectionnant les investisseurs privés par une mise en concurrence, en fonction des caractéristiques de l'activité confiée à la société. Un tel cas de figure n'était pas prévu initialement par les directives marchés publics, ce qui laissait planer antérieurement, notamment au vu de la méthode d'interprétation restrictive de la Cour, la possibilité qu'une telle pratique soit incompatible avec le droit européen de la commande publique[1145].

Cependant, comme pour l'exception de quasi-régie, c'est la pratique concrète des administrations nationales qui influe sur l'interprétation jurisprudentielle de ce régime. Le phénomène de l'économie mixte avec mise en concurrence pour le choix des actionnaires privés existe en effet dans plusieurs pays européens de longue date. En 2002, Philippe COSSALTER, constatait que l'Espagne, le Royaume-Uni et Italie utilisaient couramment la formule de mise en concurrence en amont de la formation de société d'économie mixte[1146]. Cette formule a de nombreux avantages pour le pouvoir adjudicateur. Elle permet de contrôler la création de sociétés d'économie mixte, en choisissant les partenaires privés de manière transparente, ce qui est plus démocratique, mais aussi après mise en concurrence, c'est-à-dire comparaison concrète et contrôlable entre les partenaires privés qui se proposent, ce qui est de meilleure gestion.

La formation d'une société d'économie mixte entre plusieurs actionnaires ne peut toutefois en pratique être entièrement assimilée à la dévolution d'un contrat de commande publique à cette société, car il s'agit de deux actes juridiques dont les caractéristiques sont bien différentes. Les interprétations divergent donc sur la possibilité et la légalité pour une (ou plusieurs) collectivité(s)

---

1144 Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 novembre 2005 concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2005) 569 final.

1145 Objections que le Conseil d'Etat français développent d'ailleurs dans un avis sur la question de la possibilité d'intégrer les PPPi en droit français : CE, Avis, Sect. Admin., 1er décembre 2009, n° 383264 : *EDCE* 2010, p. 353 ; *CMP* 2010, étude n° 11, par H. Hoepffner.

1146 COSSALTER, Philippe, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA* 2002, p. 938.

locale(s) de mettre en concurrence des entreprises sur le cumul de ces deux opérations. Notamment, la question des critères peut poser particulièrement problème : un investisseur privé qui présenterait les meilleurs mérites pour être un bon associé, entraîne-t-il que la société d'économie mixte ainsi créée soit aussi méritante pour recevoir l'activité visée ? A l'inverse, une personne privée méritante pour prendre en charge une activité visée par un contrat de la commande publique, fait-elle forcément un bon associé ? Le but même du droit de la commande publique étant d'encadrer la liberté des collectivités publiques dans leur choix, pour ne conserver que des critères pertinents et soumis à une évaluation la plus juste et égalitaire possible entre les mérites des divers candidats, cette dichotomie de fonctions et de valeurs peut paraître insoluble. En réalité, la solution est évidemment celle d'un compromis, par l'adaptation des critères de la procédure de mise en concurrence pour qu'elle inclut à la fois des critères

Au début des années 2000, la question n'était pas tranchée en droit communautaire, bien que pour Philippe COSSALTER la mise en concurrence préalable des associés ne violerait sans doute pas le droit de l'Union[1147]. A partir de l'arrêt *Stadt Halle,* les initiatives politiques européennes se multiplient pour clarifier la situation légale complexifiée par la restriction de la jurisprudence européenne sur les sociétés d'économie mixte. Le Parlement européen adopte une résolution en octobre 2006 sur les PPP[1148], qui aborde en partie le problème. La Commission européenne répond à cette initiative par une communication interprétative du 12 avril 2008[1149] sur le sujet de ce qu'il convient désormais d'appeler les partenariats public-privé institutionnalisés. Cette communication valide clairement la possibilité de la concomitance du choix des partenaires privés et de la dévolution future du contrat à la société non-encore formée, sous la réserve du respect des exigences européennes de transparence et de mise en concurrence tout au long de la procédure, ainsi que de l'adoption de critères adéquats par rapport à l'activité visée.

Quelque temps après cette communication interprétative, la Cour de justice valide cette interprétation, avec tous les *caveat* inhérents à cette procédure, dans un arrêt *Acoset* du 15 octobre 2009[1150]. Par cet arrêt, la Cour confirme que les règles européennes :

> « *ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public […] à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et*

---

[1147] *Ibidem.*

[1148] Parlement européen, résolution sur les partenariats publics-privés du 26 octobre 2006, n° 2006/2043(INI).

[1149] Commission européenne, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : *JOUE* C 91/4 du 12 avril 2008 : *Dr. adm.* 2008, n° 4, p. 3, édito R. Noguellou.

[1150] CJCE, 15 oct. 2009, aff. C196/08, *Acoset SpA* : *AJDA* 2010, p. 105, note J.D. Dreyfus et M. Peltier ; *AJDA* 2009, p. 2276, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010, p. 153, obs. R. Noguellou.

*ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public [...] pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement* »[1151].

De même, les critères de l'appel d'offre doivent être adaptés pour correspondre aux exigences de l'activité visée, et inclure des critères sur les mérites personnels des candidats en tant qu'investisseurs dans la future société. La règle est désormais clarifiée et le droit français peut alors intégrer sans risque d'incompatibilité ce nouveau type de contrat-société, ou société-contrat.

## B. L'adaptation française du PPPI à travers la SEMOP

Paradoxalement, l'interprétation européenne accueillante au procédé du PPPI est difficilement acceptée en droit français. L'intégration de ces obligations est assez longue, notamment en comparaison d'autres pays européens, ce qui souligne notamment la distance dans les conceptions françaises et européennes de l'*intuitu personae* et de l'économie mixte[1152], mais aussi et surtout la difficulté pour le juge administratif d'admettre cette mise en concurrence à double détente (1). Le législateur passe outre cette difficulté pour créer un type spécifique de sociétés-contrats adaptées pour répondre obligatoirement aux exigences européennes : la société d'économie mixte à opération unique (2).

### *1. Les freins conceptuels à l' adaptation du PPPi en droit français*

Le Conseil d'Etat se montre difficile à convaincre sur la légalité de la double procédure concomitante des PPPi. Sa position traditionnelle sur la cession de sociétés ayant obtenu le bénéfice d'un contrat de la commande publique s'illustre par exemple dans un avis du 8 juin 2000, dans lequel il estime que la création d'une société spécifique *a posteriori* du choix du cocontractant public constitue un détournement de procédure invalidant celle-ci[1153].

Le droit français est donc initialement opposé à une telle possibilité. Mais à la suite de l'arrêt *Stadt Halle*, la questions apparaissent de l'importation en droit français de ces sociétés-contrats qui

---

[1151] *Ibidem,* § 63.

[1152] Sur cette difficulté, voy. notamment : MULLER, Etienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés mixtes ? », *CMP* 2010, étude n° 2.

[1153] CE, Avis, Sect. fin., 8 juin 2000, n° 141654 : *CMP* 2000, n° 11, p. 28, chron. F. Llorens ; *AJDA* 2000, p. 758, obs. L. Richer. Toutefois, une prise de contrôle ne le serait pas.

existent à l'étranger. La question se pose particulièrement de savoir si le statut des SEML ne pourrait pas déjà, à l'époque, permettre de fusionner la procédure mise en concurrence obligatoire en aval et le choix des actionnaires en amont. Il suffirait en effet de montrer preuve d'une interprétation jurisprudentielle souple des règles pour cela, ce qui éviterait d'avoir à attendre une modification législative à l'époque peu probable étant donné les doutes quant à la compatibilité au droit européen d'une telle procédure. Les opinions juridiques divergent quant à la réponse qui serait apportée par le juge administratif français à une telle procédure à l'initiative des collectivités locales, sans modification du cadre légal. Pour Marie-Yvonne BENJAMIN, en 2005, « aucun dispositif n'autorise ou n'interdit de concevoir une telle procédure »[1154] en droits français et européen, et les collectivités locales sont donc libres d'organiser cette mise en concurrence à condition de bien respecter les principes de la commande publique. Cependant, encore en 2009, le juge administratif français semble plus réticent à une telle interprétation.

Sur la demande du gouvernement français, qui réfléchit dès après l'arrêt *Acoset* en 2009 à l'idée de créer de telles sociétés-contrats, le Conseil d'Etat présente un avis de sa section administrative le 1er décembre 2009. Dans sa réponse, il indique qu'organiser une procédure de PPPi avec une seule procédure de mise en concurrence pour le choix des actionnaires et de la société, en l'état actuel du droit français, risque de violer très certainement celui-ci[1155]. La réponse du Conseil d'Etat est même si négative sur de nombreux points que Hélène HOEPFFNER note qu'à la suite de cet avis, « il est peu probable que les partenariats public-privé institutionnalisés contribuent à encombrer le paysage contractuel français »[1156].

Le Conseil d'Etat souligne d'abord que les modifications législatives nécessaires à l'intégration d'une telle formule seraient de toute évidence « substantielles »[1157], et « n'iraient pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires »[1158]. Il lui apparaît que les opérateurs privés seraient dans ce cas soumis à une double mise en concurrence dans une seule procédure : d'une part par rapport à leurs propres mérites pour faire partie de la société, et d'autre part par rapport aux mérites qu'une telle société non-encore formée pourraient revendiquer pour répondre au contrat visé. Or, la fusion de ces deux procédures lui apparaît

---

1154 BENJAMIN, Marie-Yvonne, « La mise en concurrence du capital privé des sociétés d'économie mixte ? », *RFDA* 2005, p. 973.

1155 CE, Avis, Sect. Admin., 1er décembre 2009, n° 383264 : *EDCE* 2010, p. 353 ; *CMP* 2010, étude n° 11, par H. Hoepffner.

1156 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 du 1er décembre 2009 », *CMP* 2010, n° 12, étude 11.

1157 CE, Avis, Sect. Admin., 1er décembre 2009, n° 383264 : *EDCE* 2010, p. 353 ; *CMP* 2010, étude n° 11, par H. Hoepffner.

1158 *Ibidem.*

« incompatible avec les exigences de transparence et d'égal traitement des candidats à la commande publique »[1159].

Deuxième difficulté importante pour le juge administratif, selon lui, l'opérateur privé choisi par la procédure ne peut être tenu qu'à l'obligation de participer à la société visée, ce qui n'inclut pas qu'il puisse être en même temps tenu pour responsable si celle-ci par la suite ne remplit pas les obligations visées par le contrat, ou ne réalise pas les activités prévues comme il était prévu. La théorie de la réalité de la personnalité juridique revient ici encore hanter les conséquences de la théorie de la quasi-régie : la responsabilité de la société nouvelle peut-elle se confondre avec celle de l'un de ses actionnaires privés ? Il est vrai qu'en cas d'échec du partenariat, la question de la dissolution de la société se pose, ce qui est autrement plus complexe qu'une simple rupture unilatérale de contrat par exemple.

Dans la même veine de problématique de la responsabilité, le Conseil d'Etat s'interroge sur les limites pratiques qu'il y aurait pour une collectivité publique à sanctionner une société dans laquelle elle serait elle-même associée ? Et, en l'absence de sanctions lorsque celle-ci seraient dues, un éventuel conflit d'intérêt ne pourrait-il ici pas être reproché à la collectivité ? Il faut remarquer à cet égard que les sociétés d'économie mixte locales sont dans la même situation juridique, ce qui relativise beaucoup cette remarque.

Toutefois, il est légitime de s'interroger sur l'opportunité pratique pour une collectivité publique de punir, en cas de problème dans l'exécution de ses obligations, un associé dirigeant avec elle une société commune. Une telle sanction pouvant tendre en pratique les relations entre actionnaires et pourrait affecter le bon fonctionnement de la société.

Les principales difficultés soulevés tiennent néanmoins plus en des obstacles d'efficacité de la gestion publique qu'en des impossibilités fondamentales. Il nous semble bien qu'au final, cet avis reflète surtout la distance intellectuelle entre les perceptions européennes et françaises de l'économie mixte et de la problématique théorique de la personnalité juridique. D'autres difficultés plus techniques sont soulevées, mais qui apparaissent susceptibles d'être réglées par une modification appropriée de la législation : à celles-ci le législateur a répondu en créant le régime législatif spécifique la SEMOP, société-contrat distincte de la SEML.

---

[1159] *Ibidem.*

## *2. Les caractéristiques peu finalisées de la SEMOP*

Malgré les réserves du Conseil d'Etat, après l'adoption de la loi sur les sociétés publiques locales en mai 2010[1160], le PPPi est présenté par les acteurs français de l'économie mixte locale comme une « amélioration envisageable »[1161] pour la désormais nouvelle catégorie des entreprises publiques locales[1162].

Cette opinion est rapidement adoptée par le législateur français. Pas moins de six propositions de loi rédigées en termes identiques sont déposées sur les bureaux des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat fin 2013 aux fins de création de ces « SEML contrats »[1163]. Pour la Fédération des Entreprises Publiques Locales, il s'agit, empruntant un vocabulaire très orienté par une vision clientéliste, de « compléter la gamme »[1164] des services que peuvent offrir les entreprises publiques locales. La loi du 1er juillet 2014 portant création des sociétés d'économie mixte à opération unique est adoptée après une seule lecture à l'Assemblée nationale et à l'unanimité[1165]. Cette loi implique, conformément aux recommandations européennes, que le choix d'un partenaire privé est effectué

---

[1160] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales* : *JORF* n° 122 du 29 mai 2010 page 9697 : *JCPA* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *RLCT*, 2010, n° 60, dossier spécial, *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *RDP* 2011, p. 717 et s., Actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*.

[1161] BIZET, Jean-François, « Les évolutions et améliorations envisageables pour les EPL », *Contrats publics* 2013, n° 131, p. 26-30 ; voy. aussi : BEZANCON, Xavier, « Du plaidoyer pour les PPP à la directive concession ou PPPI ? », *Contrats publics* 2010, n° 95, p. 92-96 ; KARPENSCHIF, Michael, « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », *JCP-A* 2010, n° 48, p. 13-15 ; AUBY, Jean-Bernard, « Partenariats public-privé institutionnalisés », *Dr. adm.* 2010, n° 2, p. 1-2 ; BOITEAU, Claudie, « Le PPPI, nouvel instrument de gestion des services publics ? », *Contrats publics* 2010, n°100, p. 130-132 ; BERNARD, Sébastien, « L'Etat-actionnaire et l'idée de partenariat public-privé institutionnalisé », *JCP-A* 2011, n° 51, p. 37-40 ; TERNEYRE, Philippe, « Comment une personne publique et un opérateur économique privé peuvent-ils constituer une entité commune pour gérer un SPIC ? », *BJCP* 2012, n° 82, p. 147-152.

[1162] KARPENSCHIF, Michael, « SPLA, SPL, SLP : Un an après la communication interprétative sur les partenariats publics privés institutionnalisés : où en est-on du développement de l'économie mixte locale? », *JCP-A* 2009, n° 40, p. 17-22.

[1163] Sénat, Proposition de loi n° 81 (2013-2014) déposée le 16 octobre 2013 par MM. Jean-Léonce Dupont, Hervé Marseille et les membres du groupe Union des Démocraties et Indépendants – Union centriste ; Sénat, Proposition de loi n° 78 (2013-2014) de M. Daniel Raoul, déposée au Sénat le 16 octobre 2013 ; Sénat, Proposition de loi n° 80 (2013-2014) de M. Antoine Lefèvre, déposée au Sénat le 16 octobre 2013 ; Ass. nat. (2013), Proposition de loi de M. Philippe Vigier et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1484, déposée le 23 octobre 2013 ; Ass. nat. (2013), Proposition de loi de M. Jean-Marie Sermier et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1487, déposée le 23 octobre 2013 ; Ass. nat. (2013), Proposition de loi de M. Erwann Binet et plusieurs de ses collègues tendant à la création de sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1521, déposée le 6 novembre 2013.

[1164] Fédération des entreprises publiques locales, « SEMOP, coopération et maîtrise publique », septembre 2016, disponible en ligne [https://www.lesepl.fr/wp-content/uploads/2018/11/Gamme_Sem_SemOp_Spla.pdf] et consulté le 1er février 2019. Voy. aussi les nombreuses occurrences du terme lors de la discussion au Sénat (Compte rendu intégral des débats, séance du 11 décembre 2013, et du 18 juin 2014), et à l'Assemblée nationale (Compte-rendu intégral des débats, première séance du 7 mai 2014).

[1165] Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : *JORF* n° 151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

dans une opération de commande publique globale, prévoyant dès le départ la possibilité ou l'obligation pour le partenaire privé choisit de fonder une société d'économie mixte à qui est confiée le contrat de commande publique. La technique précise du choix de l'associé futur actionnaire est néanmoins calquée sur la procédure applicable à la passation du futur contrat avec la société. Elle n'est donc pas une procédure *ad hoc*, ce qui ne répond pas tout-à-fait à toutes les inquiétudes du Conseil d'Etat sur la distinction intellectuelle nécessaire à effectuer entre choix du partenaire privé et choix de la société future.

Les statuts de la SEMOP reprennent en grande partie ceux de la SEML, bien que les sociétés soient formellement distinctes. Les points qui différent de la SEML ne sont pas seulement ceux relatifs à la procédure de passation. En effet, le législateur prévoit, de manière surabondante par rapport aux exigences européennes, que la part de l'associé privé dans la SEMOP est obligatoirement fixée entre 15 et 66%, afin de laisser une minorité de blocage aux personnes publiques, selon le droit général applicable aux sociétés anonymes[1166]. C'est ici une innovation par rapport au droit moderne des SEML, dans lesquelles les collectivités locales depuis la loi du 7 juillet 1983 ne peuvent plus être minoritaires. Les collectivités publiques pourraient ainsi être mises en minorité dans la gestion quotidienne de la société, ne gardant qu'un rôle classique de minorité de blocage pour les décisions organiques, telles que la modification des statuts de la société, et ont un pouvoir d'information plus grand que les actionnaires minoritaires se situant en-dessous de cette barre[1167]. La méfiance française traditionnelle envers les co-actionnaires privés de l'Administration semble avoir ici disparu en grande partie, ce qui pourrait se révéler une arme à double tranchant, les collectivités locales ne maîtrisant pas entièrement ces instruments.

La possibilité de conclure un pacte d'associés afin de préciser les relations entre les actionnaires publics et privés doit d'ailleurs être précisée dès le document transmis lors de l'appel public à la concurrence, et paraît donc représenter une caractéristique principale de la SEMOP[1168]. Cela signifie qu'une modification substantielle de celui-ci, ou des parts respectives des actionnaires privés et publics constituent des éléments non-modifiables pendant toute la durée du contrat, sous peine de fausser *a posteriori* la procédure de mise en concurrence[1169].

---

[1166] Notons aussi la création des sociétés d'économie mixte à opération unique d'aménagement par la loi NOTRe du 7 août 2015, qui permet la création d'une société dans les mêmes conditions que la SEMOP, mais avec la participation au moins de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics d'aménagement. La SEMAOP est codifiée à l'article L. 32-10-1 du Code de l'urbanisme. Cf. art. 62 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF* du 8 août 2015, p. 13705.

[1167] Article L. 153, al. 3 du Code de Commerce. *Cf* : GUYON, Yves, « Assemblées d'actionnaires », *Répertoire des sociétés Dalloz,* actualisation novembre 2018, § 286.

[1168] L'article L. 1541-2-III les classe dans les « principales caractéristiques » de l'appel d'offre.

[1169] ECKERT, Gabriel, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941.

De plus, comme l'indique désormais l'article L. 1541-1 du CGCT, l'objet de la société est unique, ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat, et la société est « dissoute de plein droit au terme du contrat »[1170], ou dès lors que l'objet est réalisé ou expiré. Elle ne peut pas non plus prendre de participation dans d'autres sociétés commerciales, contrairement aux SEML. Il s'agit donc d'une société extrêmement limitée dans son objet, ce qui répond aux inquiétudes du Conseil d'Etat, et qui explique le chois de son nom de société « à opération unique ».

La pertinence d'appliquer le droit commun des sociétés pour un contrat de commande publique peut néanmoins laisser quelque peu dubitatif. Gabriel ECKERT note ainsi que cette loi, malgré un encadrement fort du processus, « peine à en assurer la sécurité juridique », tandis que « certaines imprécisions […] font naître des doutes quant à sa capacité à renforcer l'efficacité de l'action publique »[1171]. La loi du 1er juillet 2014 laisse en effet au commentateur l'impression de ne pas se prononcer sur tous les sujets problématiques. Elle permet de laisser parler le droit positif sans régler les problèmes conceptuels de fond que la théorie de la quasi-régie a engendré en droit français, et dont la SEMOP n'est qu'une traduction parmi d'autres.

## Conclusion de la section 3 : Une influence européenne pro-concurrentielle accommodante

L'influence européenne de la jurisprudence sur les quasi-régie est évidente quant aux modifications récentes du droit de l'économie mixte locale en France. Ces évolutions ne sont toutefois pas unidirectionnelles, et ne conduisent pas toutes à une prégnance plus importante des objectifs pro-concurrentiels dans l'utilisation de ces sociétés. Au contraire, l'objectif pratique des administrations publiques nationales d'éviter une double mise en concurrence aboutit à une sécurisation législative de telles procédures. Cette sécurisant se fait, certes, sous l'égide et dans le respect du droit de la commande publique — avec un rattachement à une idéologie pro-concurrentielle à travers l'emprunt linguistique au concept de partenariat public-privé, mais avec pour conséquences juridiques la reconnaissance d'une relative liberté de la mixité des démembrements des collectivités publiques.

En tout état de cause, il est particulièrement intéressant de noter que l'intégration de la procédure de partenariat public-privé institutionnalisé en droit français se heurte à des objections traditionnelles de ce droit, exprimées par le juge administratif suprême, comme si les cadres

---

[1170] Article L. 1541-1 du CGCT.

[1171] ECKERT, Gabriel, *op. cit.*

idéologiques du droit français s'adaptaient difficilement à cette forme. La force de la conception de l'économie mixte locale comme une exception à l'action des collectivités locales peut ici être fortement soupçonnée, alors même que l'accumulation législative d'« ustensiles »[1172] de droit privé spécifiques des collectivités locales semble aller dans le sens d'une libéralisation des collectivités locales[1173].

# Conclusion du chapitre 2 :

Face aux obstacles que le droit européen met sur sa route, le droit français de l'économie mixte semble difficilement surmonter ses réticences conceptuelles. Se dégage alors, en retraçant l'histoire et les évolutions des sociétés d'économie mixte locales en droit français, l'existence d'une conception française restrictive de la gestion publique locale sous forme de sociétés de droit privé, caractérisé au fil du temps par son régime d'exception (avec un encadrement strict des plafonds et des seuils de la participation privée) et ses niches d'activités (comme l'aménagement, par opposition aux autres régimes d'activité, soumis eux à la mise en concurrence par le juge constitutionnel). Il devient ainsi compréhensible que l'adaptation de cet outil fait d'exceptions et de traditions aux exigences soit aussi complexe en droit français, entre hésitations, espoirs de retours en arrière, et soumission finale.

De même que l'adaptation difficile des sociétés d'économie mixte locale aux exigences européennes de la théorie de la quasi-régie, la manière de procéder à la création des SEMOP illustre bien l'irrationalité et les réticences idéologiques entourant cette forme d'intervention des collectivités locales. Le législateur français, plutôt que d'ouvrir la possibilité pour les SEML de recourir à des telles procédures pour la sélection de leurs actionnaires et la réception d'un contrat de la commande publique, distingue formellement le régime des SEMOP de celui des SEML. Matériellement aussi, le régime législatif des SEMOP fixe des niveaux de participation privée maximum et minimum qui ne correspondent pas à ceux des SEML, mais n'étaient pas obligés par la jurisprudence européenne. Là encore, la force de la tradition française de l'économie mixte locale, et de la limitation de l'intervention publique locale sous forme de droit privé se dévoile, en ne permettant pas à la SEML de se réformer en profondeur à cette occasion. Une réforme générale des

---

[1172] CLAMOUR, Guylain, « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *CMP* 2014, n° 8-9, comm. 214.

[1173] BRAMERET, Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », *JCP-A* 2013, note 2347.

interventions publiques locales sous forme de droit privé aurait en effet pu permettre un regain de liberté et de responsabilité laissées aux collectivités locales pour décider en toute connaissance de cause du niveau souhaité d'investissement privé, de la procédure souhaité, et du régime en découlant. La confiance manque encore visiblement en fait entre le législateur national et les collectivités locales pour gérer de façon responsable de tels outils.

A l'inverse de cette évolution des SEML, la création d'une société entièrement publique, la société publique locale, permettant de profiter de l'exception de quasi-régie, semble poser moins de difficultés conceptuelles, bien qu'elle renouvelle elle aussi profondément les idées juridiques françaises concernant la gestion publique locale.

# Chapitre 3
# Les sociétés publiques locales : L'incarnation française de la quasi-régie européenne

Lors des débats législatifs portant sur la création des sociétés publiques locales, ces sociétés sont d'abord présentées comme l'affirmation d'un « élargissement de la 'boîte à outils' des collectivités locales »[1174], et du principe de libre administration des collectivités territoriales[1175]. Pourtant, la conjonction temporelle, ainsi que le reste des débats[1176], démontrent amplement qu'elles sont principalement la conséquence de la jurisprudence européenne concernant les quasi-régies sur les sociétés d'économie mixte locales.

En préambule, remarquons que les argumentaires concernant la création d'une société de droit privé bénéficiant d'un statut de quasi-régie oublient tous, très précisément, le moyen le plus évident en droit français pour des collectivités territoriales de bénéficier d'une quasi-régie : c'est-à-dire le recours à un établissement public. Le législateur agit comme si la possibilité de ne bénéficier que du cadre des établissements publics pour atteindre le statut de quasi-régie était inimaginable[1177]. Seule la possibilité d'agir par voie de structures de droit privé est présentée comme une solution pour les collectivités locales pour répondre à la jurisprudence européenne. Pourtant, ne pas agir par rapport à la jurisprudence européenne *Stadt Halle* pour le législateur n'aurait pas constitué une grande régression, puisque les SEML étaient depuis 1993, sauf exception, déjà soumises à des obligations de mise en concurrence. A l'inverse, la situation antérieure à 2010 est que les établissements publics locaux permettent facilement, pour les collectivités locales, de bénéficier d'une relation de quasi-régie. La possibilité de rester dans ce *statu quo* français semble très opportunément oubliée au moment où la jurisprudence européenne médiatise des formes — les sociétés publiques locales italiennes et allemandes — et des solutions — l'exception de quasi-régie — auxquelles les

---

[1174] Sénat, rapport n° 430 (2008-2009) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[1175] Sénat, proposition de loi n° 253 (2008-2009) de M. Daniel RAOUL et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 5 mars 2009.

[1176] *Ibidem ;* Sénat, rapport n° 430 (2008-2009) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009 ; Sénat, séance du 4 juin 2009, compte rendu intégral des débats, Proposition de loi portant développement des sociétés publiques locales, première lecture ; Assemblée nationale, rapport n° 2277 (XIIIème législature) de M. Jean-Pierre SCHOSTECK, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 février 2010 ; Assemblée nationale, séance du 23 mars 2010, compte rendu intégral des débats, Proposition de loi portant développement des sociétés publiques locales, première lecture ; Sénat, rapport n° 429 (2009-2010) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 mai 2010 ; Sénat, séance du 19 mai 2010, compte rendu intégral des débats, Proposition de loi portant développement des sociétés publiques locales (texte adopté définitivement).

[1177] Voy. par ex. : Sénat (2008-2009), rapport n° 430 de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

collectivités locales françaises ne peuvent avoir accès. Celles-ci n'y ont pas accès d'un côté car les SEML ne peuvent pas être considérées comme des quasi-régis (ce que le droit français confirmait en général), et d'un autre côté car les SEML étaient les seules sociétés généralistes de droit privé dans lesquelles les collectivités locales pouvaient investir. La création de la SPL est donc bien fondée sur une logique de liberté en plus pour le collectivités locales françaises. Cette nouvelle liberté leur permet d'agir par le biais d'une société de droit privé bénéficiant du statut de quasi-régie.

Toutefois, face à la conception européenne restrictive de la quasi-régie, le législateur et le gouvernement français paraissent extrêmement prudents en la matière et abandonner entièrement leurs conceptions relatives aux exceptions organiques de la commande publique pour adopter entièrement celles du juge européen. Les règles de la commande publique sont modifiées en conséquence pour incorporer les critères européens pro-concurrentiels de la quasi-régie. Un outil législatif est spécifiquement créé pour répondre à ces conditions : la société publique locale.

Cet outil spécialement créé pour répondre aux critères de la quasi-régie, prudence oblige, n'est pourtant pas exempté automatiquement de mise en concurrence. Il doit démontrer à chaque utilisation son adéquation aux critères européens, normalement assurés par les obligations légales de son statut juridique. La divergence entre l'application des critères européens fonctionnels et le statut législatif des sociétés publiques locales crée alors une incertitude sur l'applicabilité de l'exception européenne de quasi-régie. La loi du 28 mai 2010 ne réussit en effet pas à répondre parfaitement à toutes les exigences européennes. A l'inverse, l'excès de de prudence du législateur français l'amène à dépasser de façon surprenant les exigences européennes sur certains points. Autant le critère du contrôle semble parfois aller au-delà et parfois en deçà des exigences européennes (section 1), autant le critère de l'exclusivité des activités paraît plus que rempli par les règles françaises mises en place (section 2).

# Section 1 - Un contrôle statutaire tangent

En 2010, le statut nouveau des sociétés publiques locales tel que déterminé par les parlementaires français paraît surtout répondre à une priorité : éviter la mauvaise surprise d'un rejet jurisprudentiel européen comparable à celui des sociétés d'économie mixte sur la question du contrôle analogue. Pour ne pas, cependant, désorienter les acteurs de l'économie publique locale, le choix est fait, dès 2006 à travers l'expérimentation des sociétés publiques locales

d'aménagement[1178] (SPLA), de conserver le cadre juridique historique des sociétés d'économie mixte locales, bien que dans un cadre spécifique, séparé formellement des SEML. Ce choix d'une distinction catégorielle est confirmé en 2010, d'ailleurs en créant encore une autre catégorie législative, celle des SPL, formellement séparée des SPLA, alors que tout les rapproche. La prudence législative est à l'oeuvre, divisant les catégories pour minimiser les risques ne cas d'incompatibilité.

Seuls les aspects de la SEML problématiques du point de vue des exigences de la quasi-régie sont modifiés par la loi du 28 mai 2010 portant développement des sociétés publiques locales[1179]. La loi sur les SPL renvoie pour tous les autres aspects aux règles applicables aux sociétés d'économie mixte locales. Toutefois, cette adaptation française s'effectue dans un climat peu propice à l'optimisme étant donné les espoirs déçus offerts par la jurisprudence européenne sur les SEML. Des précautions sont donc prises pour éviter que l'instrument nouveau des sociétés publiques locales ne puisse se retrouver lui aussi mis à la peine par le droit de l'Union. Cela aboutit à l'interdiction pour les SPL non seulement de comporter des actionnaires issus du secteur privé, mais aussi des actionnaires du secteur public qui ne seraient pas des collectivités territoriales[1180], ce qui va bien au-delà des exigences du droit de l'Union (I). Malgré cette précaution, il apparaît à l'usage que certains aspects du statut des SEML emprunté par les SPL ne font pas forcément bon ménage avec les conditions européennes. Notamment, le contrôle organique emprunté aux SEML n'apparaît pas suffisant en soi face aux exigences fonctionnelles du critère du contrôle analogue (II).

# I - L'exclusivité de l'actionnariat au profit des collectivités locales : une précaution superflue

La restriction de l'actionnariat des SPL aux seules collectivités territoriales et leurs groupements, prévue par la loi du 28 mai 2010, est paradoxale. En effet, en gardant le cadre juridique de la SEML, le législateur semble indiquer que la SPL est une sorte de SEML particulière. Or, la raison d'être de la SEML, comme nous l'avons démontré au chapitre précédent, résidait

---

[1178] Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : *JORF* 16 juillet 2006, p. 10662, art. 20.

[1179] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales* : *JCPA* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *RLCT*, 2010, n° 60, dossier spécial, *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *RDP* 2011, p. 717 et s., Actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*.

[1180] Le législateur autorise aussi les groupements de collectivités territoriales.

justement dans le lien entre l'autorisation d'utiliser un statut de droit privé et la condition de présence d'investisseurs privés à son capital. Il y a donc une certaine incohérence à maintenir la SPL dans le cadre juridique des SEML (B). Cette incohérence aurait pu être dépassée si le capital de la SPL n'était pas réservé exclusivement aux collectivités territoriales et à leurs groupements, mais était ouvert aux entités du secteur public en général, ce que le droit européen de la quasi-régie autorise (A).

## A) Une exclusivité exagérée du capital au profit des collectivités locales

Le premier article de la loi du 28 mai 2010, comme déjà les dispositions de l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme depuis 2006[1181], prévoit 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 »[1182]. Cela contraste évidemment avec les dispositions applicables aux sociétés d'économie mixte locales aux articles L. 1521-1, L. 1522-1 et L. 1522-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), qui permettent à des collectivités territoriales de s'associer avec des partenaires privés au capital d'une société anonyme, dans la mesure où les collectivités territoriales sont toujours majoritaires et où les associés autres que collectivités territoriales possèdent au moins 15% du capital de cette société.

Pourtant, le droit de l'Union ne vise pas à ne faire profiter que les collectivités territoriales de l'exception de quasi-régie. L'arrêt de la Cour de justice excluant explicitement les participations privées, l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, ne fait référence qu'à des « entreprises privées », et notamment dans le sens où celles-ci poursuivent des « objectifs de nature différente » des autorités publiques, et que « le placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés »[1183]. Le terme d'autorité publique, dans le cadre du droit de la commande publique n'exclut pas, bien au contraire, les entreprises du secteur public qui poursuivent des objectifs d'intérêt public[1184]. A la limite, dans une interprétation très stricte, la question pourrait se poser de savoir si l'expression d'« entreprises privées » dans la jurisprudence *Stadt Halle* inclut les entreprises publiques de droit privé. Toutefois, la jurisprudence ultérieure

---

[1181] L'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme est créé par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, à l'article 20.

[1182] Ces dispositions sont codifiées à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales.

[1183] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt halle*, point 52.

[1184] ECKERT, Gabriel, KOVAR, Jean-Philippe, « Entreprise publique », *Répertoire de droit européen Dalloz,* mise-à-jour septembre 2018, § 6 et suiv.

autorisant le contrôle analogue à travers l'intermédiaire de sociétés publiques[1185], qu'ont confirmé les directives de 2014, laisse peu de doute sur le fait que cela n'est pas le cas. La formulation de l'arrêt *Stadt Halle,* confirmée plus tard par les directives de 2014 dans un sens encore plus souple, laissent ainsi la possibilité pour toutes les entités publiques et les entreprises exclusivement publiques de participer à des quasi-régies.

La formule française de la société publique locale écarte néanmoins volontairement toutes ces possibilités. Non seulement toutes les entreprises privées sont exclues, ce qui est conforme avec le droit de l'Union, mais aussi tous les autres types d'entités qui ne sont pas des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales. Une telle possibilité avait été inscrite dans la proposition de loi initiale, mais a été rejetée sur le conseil du gouvernement, comme trop hasardeuse[1186]. Les débats parlementaires font ressortir comme moteur essentiel de cette exclusion la peur d'un développement trop anarchique de ces sociétés, à un moment où la rationalisation territoriale est à l'honneur[1187]. Encore une fois, le législateur national fait ici preuve de sa défiance envers les capacités gestionnaires du niveau local, évoquée *supra* concernant les sociétés d'économie mixte locales.

Pourtant, selon nous, une ouverture du capital des quasi-régies aux autres entités de droit public, ainsi que dans une mesure prudente aux entreprises du secteur public – en évitant les conflits d'intérêt et les détournements de procédure – aurait un effet profitable pour la coordination du développement économique local. En effet, les sociétés d'économie mixte locales, malgré leur objectif de coopération public-privé, relèvent surtout en général d'une certaine forme de coopération entre entités du secteur public possédant des formes et des statuts divers, et au final peuvent n'avoir dans leur capital aucune entreprise du secteur privée. Il s'agit là de la fameuse artificialité de l'économie mixte locale, bien connue des commentateurs, et qui appelaient déjà par le passé à un assouplissement du plafond maximal de participation publique des SEML[1188].

---

[1185] CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine STIX-HACKL ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Méneménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

[1186] DELVOLVE, Pierre, « Les sociétés publiques locales : Présentation », *RFDA* 2012, n° nov.-déc., p. 1072.

[1187] *Cf.* loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales : *JORF* du 17 décembre 2010, p. 22146. Voy. MARCOU, Gérard, « Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale », *RFAP* 2012, n° 141, p. 5-17.

[1188] Voy. notamment : BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris : LGDJ, 448 p.

Les sociétés publiques locales auraient donc tout-à-fait pu intégrer cette dimension sans encourir de courroux européen. Cela d'ailleurs n'a pas échappé au gouvernement qui, à l'occasion de la réforme du statut de la capitale française en 2015, a plaidé pour la création de sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN), en créant une exception à la règle de l'exclusivité publique locale des SPL, à son seul profit[1189]. Cela s'est traduit dans la loi du 28 février 2017 par la modification de l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme relatif aux SPLA, et par l'ajout d'un article L. 327-3 relatif spécifiquement aux SPLA-IN. Ces SPLA-IN sont des sociétés publiques locales dans lesquelles l'Etat peut participer directement ou à travers l'un de ses établissements publics fonciers ou d'aménagement[1190]. Ici encore, la logique de compartementalisation des risques liés à une utilisation anarchique des SPL, souhaitée par le législateur national, est clairement visible par la création d'une nouvelle — encore une ! — catégorie d'entreprise publique locale. En effet, au lieu de procéder à une fusion des différents statuts légaux des sociétés publiques locales en libérant son actionnariat, le législateur insiste pour développer une profusion d'outils très proches fonctionnellement mais formellement distincts. Cette logique de limite des risques aboutit à offrir toujours plus de choix dans les types de sociétés de droit privé ouvertes aux collectivités locales, mais chaque choix présenté précisément et différemment. Pourtant, sur le fond, la SEMOP, la SPLA, la SPL et la SPLA-IN renvoient toutes au régime juridique des SEML passés les spécifiés visant à répondre aux finalités européennes (SEMOP et SPL), ou à la volonté de différenciation/catégorisation du législateur français (SPLA et SPLA-IN). Or, pour les SPL, le renvoi au cadre légal des SEML, qui renvoie lui-même au régime juridique des sociétés anonymes, peut surprendre, étant donné leur actionnariat exclusivement public.

## B) Les inadéquations du cadre juridique des sociétés anonymes pour les SPL

[1189] Voy. LAJOIE, Thierry, Rapport de la mission de préfiguration de Grand Paris Aménagement, remis au ministre du Logement le lundi 7 septembre 2015, p. 6.

[1190] Voy. DURAND, Guy, « Le point sur… une nouvelle SPL, la société publique locale d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN) », *AJCT* 2017, p. 260 ; PEYRICAL, Jean-Marc, « La société publique locale d'aménagement d'intérêt national : vers une nouvelle conception de l'intervention de l'Etat ? », *AJDA* 2018, p. 672.

La loi du 28 mai 2010 portant statut des SPL, bien qu'adoptée à l'unanimité dans les deux assemblées[1191], n'en reste pas moins critiquable quant à son choix de renvoyer, pour tout ce qui ne relève pas des conditions de qualification de quasi-régie, au cadre juridique des SEML. En effet, si le but de cette loi est de créer des sociétés de droit privé permettant une situation de contrôle analogue, l'usage des statuts et du cadre juridique de la SEML n'est pas forcément idéal, quant aux règles de direction des SEML (1), mais aussi quant aux règles de circulation du capital propres aux sociétés anonymes et applicables par ricochet aux SEML (2).

## *1) L'inadéquation des SPL aux règles de direction des SEML*

Quant au contrôle en tant que tel de la société, le législateur a choisi de conserver les cadres du droit des sociétés anonymes pour les sociétés publiques locales, c'est-à-dire une dualité entre assemblée générale des actionnaires et conseil d'administration (ou conseil de surveillance et directoire). Or, cette dualité a des conséquences assez étonnantes lorsqu'elle est appliquée aux SEML et aux SPL.

En effet, selon le droit des sociétés anonymes, l'assemblée générale des actionnaires se réunit au moins une fois par an pour voter sur le bilan du conseil d'administration (ou du directoire), et a le pouvoir de nommer et de révoquer les membres dirigeants. Le pouvoir est distribué au prorata du capital social possédé[1192] ainsi que des pouvoirs particuliers qui peuvent y être attachés (comme des doubles droits de vote), et les votes se déroulent à la majorité[1193]. Un actionnaire pèse donc dans la direction d'autant plus qu'il investit, en comparaison des autres associés. Ces règles correspondraient, pour les commentateurs, à une situation de « démocratie » capitaliste[1194]. Selon eux, l'élection au conseil d'administration dans les sociétés anonymes représenterait une image plus ou moins fidèle de la répartition des pouvoirs des actionnaires. Toutefois, les membres du conseil d'administration, une fois élus par l'assemblée générale, ne représentent plus qu'eux-mêmes. De plus, le nombre d'actions possédées ne compte plus au niveau du conseil, un homme égale une voix.

---

[1191] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales* : *JCPA* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *RLCT*, 2010, n° 60, dossier spécial, *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *RDP* 2011, p. 717 et s., Actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*.

[1192] Art. L. 225-122 du Code de commerce.

[1193] Art. L. 225-98 du Code de commerce.

[1194] GUYON, Yves, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *in* GAVALDA, Christian, *Mélanges en l'honneur de,* Paris : Dalloz, 2001, p. 133.

Le droit des SEML porte cependant une exception importante à cette règle, qui peut poser problème pour les SPL au regard de l'exception de quasi-régie. Selon l'article L. 1524-5 du CGCT chaque collectivité territoriale ou groupement de collectivités a droit à au moins un représentant au conseil d'administration. Cependant, le Code de commerce limite le nombre de sièges au conseil d'administration (CA) des sociétés anonymes à dix-huit[1195], et le droit des SEML n'augmente pas ce plafond. Dans le cas d'un nombre maximal autorisé de 18 sièges au CA, une collectivité doit alors posséder au moins 5,5% des actions (un 18e de 100) d'une SEML pour être directement représentée au CA. Le droit des SEML prévoit cependant que si le nombre de sièges du conseil d'administration prévu par les statuts n'est pas suffisant pour représenter toutes les collectivités actionnaires, les plus petits actionnaires publics peuvent alors élire un ou plusieurs représentants entre eux, dans une « assemblée spéciale », et avoir ainsi une représentation indirecte au conseil d'administration.

Or, dans l'objectif de bénéficier de l'exception européenne de quasi-régie, la logique voudrait que les collectivités locales soient un maximum présentes directement dans les instances de direction des sociétés. Si les directives de 2014 ont explicitement reconnu le droit pour les collectivités d'être représentées de cette manière indirecte dans les quasi-régies[1196], il n'est pas sûr qu'elles aient supprimé toute obligation de disposer d'une influence individuelle minimale sur la direction des sociétés.

---

[1195] Art. L. 225-17 et L. 225-69 du Code de commerce.

[1196] Directive 2014/23 UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession : JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 1, art. 17 :
« 3. Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), qui n'exerce pas de contrôle au sens du paragraphe 1 du présent article sur une personne morale de droit privé ou public peut néanmoins attribuer une concession à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:
a) le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, un contrôle sur cette personne morale analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales que ces mêmes pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices contrôlent; et
c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans 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.

Aux fins du premier alinéa, point a), du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices au sens de l'article 7, paragraphe 1, point a), exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:
i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes. Une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes ou l'ensemble d'entre eux ou d'entre elles;
ii) ces pouvoirs adjudicateurs ou ces entités adjudicatrices sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et
iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent. »

C'est en tout cas l'opinion du Conseil d'Etat qui, dans un arrêt *Commune de Marsannay-la-Côte* du 6 novembre 2013[1197], considère qu'une commune ne possédant que 1,076% du capital social, ne disposant ni d'un représentant propre au conseil d'administration, ni du droit de requérir l'inscription d'un point à l'ordre du jour du CA, « *ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur la SPLAAD, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* ». Pourtant, la commune disposait bien d'un représentant dans un « comité technique et financier », et dans un « comité de contrôle » de la société. Le Conseil d'Etat rejette visiblement ces participations comme ineffectives, au motif qu'elles ne permettent pas de disposer, par l'intermédiaire de ces comités, « en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire ». La participation au CA des collectivités locales est donc d'une importance cruciale — mais les règles des sociétés anonymes, conservées ici pour les SEML, s'y opposent.

Il aurait suffit au législateur de considérer que le nombre maximal de sièges au CA pouvait être plus important pour les sociétés publiques locales pour faciliter les situations de quasi-régie. Il est certes compréhensible qu'un nombre trop important de membres du CA n'arrange pas une direction apaisée des sociétés. Toutefois, d'autres possibilités législatives pour diminuer une « cacophonie » au niveau directionnel auraient aussi pu être envisagées, notamment en s'écartant encore plus du régime quelque peu rigide des sociétés anonymes. C'est ainsi que les SPL auraient pu inventer, en empruntant au statut des sociétés à actions simplifiées, que la présence humaine (le nombre de sièges) au conseil d'administration ne soit pas basée sur des critères proportionnels (la proportion d'actions possédées). C'est-à-dire qu'un seul administrateur aurait pu par exemple représenter une collectivité actionnaire avec un pouvoir de vote important, et laisser ainsi plus de place au CA pour les petits actionnaires. De même, le législateur aurait pu s'inspirer pour sa nouvelle forme de société, du régime des établissements publics. Les établissements publics ne sont généralement pas limités dans le nombre de membres du conseil d'administration, Benoît PLESSIX relevant des occurrences avec plus d'une cinquante de représentants au conseil d'administration[1198]. L'inaction législative sur ce point surprend.

---

[1197] CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm.* 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

[1198] PLESSIX, Benoît, « Etablissements publics - statut, structures », *JurisClasseur Administratif,* fascicule 136, mise à jour 1er juillet 2014, § 51.

Mais en sus de cela, c'est l'utilité même de l'assemblée générale pour les SPL qui est remise en cause. En effet, à quoi sert de recourir à une assemblée générale qui n'a pas d'influence sur l'élection des dirigeants du conseil d'administration ? Si les obligations et responsabilités du conseil d'administration envers l'assemblée générale ne disparaissent pas – notamment le pouvoir de modification des statuts, le droit de question, le vote du bilan – elles sont réduites à une portion congrue puisque les membres de l'assemblée générale sont, soit directement soit indirectement tous représentés au conseil d'administration. Il y a là une confusion entière entre contrôlés et contrôleurs, ce qui peut, au pire, inciter à une mauvaise gestion[1199], et aboutit *a minima* à une multiplication inutile des instances statutaires.

Là encore, la comparaison avec les établissements publics locaux, ainsi qu'avec certaines sociétés publiques d'Etat, qui disposent uniquement d'un conseil d'administration et non d'une assemblée générale[1200], démontre suffisamment l'étrangeté de ce hiatus juridique, ou le caractère inachevé des SPL. Plus profondément, les principes capitalistiques des sociétés anonymes peuvent aussi poser problème.

### *2) L'inadéquation de la SPL aux principes capitalistes de la société anonyme*

C'est le régime juridique des sociétés anonymes, adapté par le régime des SEML, que le législateur français a retenu pour créer les quasi-régies de droit privé françaises, les sociétés publiques locales. L'esprit de la société anonyme, « instrument parfait du capitalisme moderne »[1201], semble pourtant à première vue difficilement adéquat pour une association de collectivités territoriales liées par leurs compétences et le respect de l'intérêt public local. Comme le note Taha BANGUI, l'application aux SPL du statut des sociétés anonymes relève plus d'un « imbroglio juridique »[1202] que d'une logique de fond. Plus que cela, les principes profonds des sociétés anonymes semble mettre parfois inutilement en danger les situations de quasi-régie qui pourraient se créer.

Les caractéristiques propres de la société anonyme sont l'interchangeabilité des actionnaires et leur responsabilité limitée. Elles permettent à ce type de société de fonctionner efficacement dans des situations où les actionnaires ne sont pas connus ou ne sont pas très impliqués dans la gestion

---

[1199] DELION, André George, « Les entreprises publiques et le concept d'efficacité », *RFAP* 1981, n° 20.

[1200] DREYFUS, Jean-David, « Entreprises du secteur public », *Répertoire des sociétés Dalloz,* mise-à-jour juin 2016, § 143 et s.

[1201] RIPERT, George, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris : LGDJ, 1995, réédition de l'édition de 1951, 355 p.

[1202] BANGUI, Taha, « L'effectivité du contrôle analogue des sociétés publiques locales », *CMP* 2012, n° 5, étude 4.

quotidienne de la société[1203]. Or, le premier point, l'interchangeabilité des actionnaires ne correspond ni à l'esprit français des SEML, et encore plus des SPL, ni à l'esprit européen des quasi-régies. D'un côté, le droit européen exige l'implication forte des actionnaires publics dans la gestion, si ils souhaitent bénéficier de l'exception de quasi-régie. D'un autre côté, le droit des SPL limite les associés autorisés aux collectivités locales et à leurs groupements. Ces problèmes d'adéquation du statut des SPL au statut des SEML et des SA laissent à penser, selon Gilbert PARLEANI, que les SPL seront des sociétés anonymes « robots » [1204], c'est-à-dire qu'elles ne pourront pas agir aussi aisément que des sociétés anonymes classiques à cause de la « confrontation dans une même structure de la personnalité morale (instrument technique nécessaire) et de l'absence indispensable de véritable autonomie » [1205].

Pourtant, la solution était à portée de main. Le renvoi du régime de la SPL au régime général des sociétés par actions simplifiées (SAS) aurait permis, par la plasticité des organes laissée au choix des associés, aux collectivités locales de mieux pouvoir adapter leur contrôle aux exigences européennes de la quasi-régie. Il s'agissait d'ailleurs de la formule retenue initialement par la proposition de loi du député Daniel RAOUL[1206]. Cependant, cette idée est rejetée par le rapporteur en première lecture au Sénat car, selon lui, les dispositions des SAS ne seraient pas assez protectrices de l'intérêt des collectivités territoriales[1207]. Pour reprendre Gilbert PARLEANI, il faut remarquer en effet l'organisation de la SAS laisse beaucoup plus de place à la liberté contractuelle que les sociétés anonymes, et qu'une telle liberté complexifierait singulièrement le contrôle de l'Etat sur la légalité de ces structures[1208]. Il en serait d'ailleurs de même pour la vérification *ad hoc* du bénéfice de l'exception de quasi-régie, qui n'est pas une condition de la SPL, et donc doit être vérifiée *in concreto* dans chaque cas où elle est requise.

Des voix s'élèvent néanmoins pour proposer de ranger le statut des SPL sous celui des SAS, comme Frédéric MARCHAND, afin de répondre à l'inadéquation que les sociétés publiques locales

---

[1203] RIPERT, George, *op. cit.*

[1204] PARLEANI, Gilbert, « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés 'robots' ? », *Revue des Sociétéss* 2013, n° 4, p. 191-197.

[1205] *Ibidem*.

[1206] Sénat (session ordinaire 2008-2009), Proposition de loi n° 253, Proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Daniel RAOUL et ses collègues, annexe au procès-verbal de la séance du 5 mars 2009.

[1207] Sénat (2008-2009), rapport n° 430 de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[1208] PARLEANI, Gilbert, « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés 'robots' ? », *Revue des Sociétéss* 2013, n° 4, p. 191-197.

peuvent ressentir sous le régime de la société anonyme[1209]. Il nous paraît que cet argument est très juste. Ce statut juridique plus souple que celui de la société anonyme permettrait en effet aux actionnaires publics de définir beaucoup plus largement des modalités de direction particulières incluant un bénéfice de la quasi-régie assuré quasiment statutairement[1210]. De plus, les actions des SAS n'ont pas vocation à être échangées de manière anonyme[1211], ce qui correspond beaucoup plus au caractère des sociétés publiques locales détenues uniquement par des collectivités territoriales. Certes, dans le cas d'une entreprise publique locale sous forme de SAS, la vérification de la présence d'un contrôle analogue aurait demandé un examen au cas par cas. Toutefois, le contrôle européen sur la réalité de l'exception de quasi-régie ne s'effectue justement qu'au cas par cas, ce qui annule donc l'avantage de l'uniformité de la société anonyme. Enfin, l'argument retenu par le rapport en première lecture au Sénat démontre surtout la défiance que le législateur porte encore aux actions économiques sous forme de droit privé que peuvent prendre en charge les collectivités locales.

En réalité, en imposant la forme de la société anonyme, les parlementaires cherchent à s'assurer que les statuts des SPL respectent certains principes de bonne gouvernance, et facilitent la vérification de l'existence d'une contrôle de quasi-régie. Pourtant, il aurait pu être envisageable de prévoir l'application du statut de SAS — ou d'un statut totalement nouveau — avec l'adjonction de certains « garde-fous » [1212] juridiques propres à assurer un respect minimum des objectifs de bonne gouvernance dont il est fait mention. En plus d'éviter l'application du droit des sociétés anonymes, cela aurait eu d'ailleurs le mérite de définir clairement les principes que le législateur souhaitait voir applicables à la société publique locale. En tout cas, pour reprendre Claude DEVES, « on ne peut pas dire que le législateur ait fait preuve de beaucoup d'originalité s'agissant de la forme juridique de la SPL »[1213]. Il est possible de le regretter et d'espérer un changement rapide de cette situation, vu l'inadéquation bien visible du statut de société anonyme comme du statut de SEML aux exigences de la SPL et des conditions européennes de la quasi-régie. Précisément, dans la recherche d'un contrôle analogue dans la SPL, de nombreuses incohérences donnent à la SPL un caractère dangereux qui aurait pu être aisément évité.

---

[1209] MARCHAND, Frédéric, « La nécessaire évolution de la forme sociale des sociétés publiques locales », *JCP-A* 2013, n° 14, act. 270.

[1210] Art. L. 227-5 du Code de commerce. Voy. notamment : SCHLUMBERGER, Edmond, « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain,* Paris : LexisNexis, 2015, p. 767-796.

[1211] Art. L. 227-2 du Code de commerce.

[1212] Sénat (2008-2009), rapport n° 430 de M. Jacques MEZARD, *op. cit.*

[1213] DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », JCP-A 2006, n°39, septembre 2006, p. 1217

# II - Un contrôle actionnarial insuffisant pour répondre automatiquement aux exigences du contrôle analogue

Si la forme de la société anonyme ne semble pas à première vue la plus adaptée pour associer plusieurs collectivités publiques, son régime de contrôle actionnarial n'apparaît pas non plus la meilleure solution pour remplir les exigences européennes du contrôle analogue. C'est pourtant le régime retenu pour les sociétés publiques locales. Il est vrai que le législateur français, dans sa prudence, intègre au droit de la commande publique les conditions de la quasi-régie de façon distincte de la possibilité de créer des sociétés publiques locales. Celles-ci ne sont donc pas, en droit français, en situation automatique de répondre aux critères de la quasi-régie. Toutefois, la justification même de leur existence repose sur leur capacité à répondre à ces critères. De ce point de vue, le législateur français semble estimer que les modifications apportées par la loi du 28 mai 2010 portant création des sociétés publiques locales[1214] au droit des SEML et par ricochet au droit des sociétés anonymes, sont suffisantes pour atteindre facilement les exigences européennes du contrôle analogue. L'étude approfondie de cette question prouve que cela n'est toutefois pas évident. En effet, l'adéquation du contrôle actionnarial de commun des SA et du droit spécial des SPL avec les critères européens n'est pas assurée par le statut juridique légal trop peu précautionneux de ces dernières. (A). De plus, cette adéquation est confrontée à deux problèmes importants concernant le nombre d'actionnaires minimum et maximum au sein de la SPL (B) : l'impossibilité pour les SPL de bénéficier d'un actionnariat unique, et à l'inverse la possibilité d'un nombre illimité d'actionnaires.

## A) L'inadéquation théorique du contrôle actionnarial des SPL avec la notion de contrôle analogue

Pour Benoît FLEURY, l'inadéquation entre le contrôle analogue européen et le contrôle des actionnaires publics dans la société publique locale risque d'être un « maillon faible important »[1215] de ce statut hérité des sociétés anonymes et des sociétés d'économie mixte locales. Effectivement,

---

[1214] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales* : *JCPA* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *RLCT*, 2010, n° 60, dossier spécial, *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *RDP* 2011, p. 717 et s., Actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*.

[1215] FLEURY, Benoît, « De quelques problématiques soulevées par les sociétés publiques locales », *GFP* 2012, n° 11, p. 71.

comme nous avons cherché à le démontrer dans le titre précédent de cette même partie, la notion de contrôle analogue dans la relation de quasi-régie fait appel à des concepts purement européens assez difficiles à satisfaire. Or, il apparaît à l'étude que le contrôle actionnarial des sociétés anonymes appliqué aux SPL n'est pas suffisant pour caractériser une telle relation (1). De même, le droit des sociétés d'économie mixte locales, qui prévoit des pouvoirs particuliers de contrôle attachés aux actionnaires publics, ne semble pas forcément suffire en lui-même permettre une telle caractérisation (2). Le droit des sociétés publiques locales ne prévoit aucune particularité supplémentaire à cet effet. La situation pourrait certes être renforcée par des pratiques para-légales pour aboutir à un tel objectif, mais celles-ci sont laissées à l'entière discrétion des collectivités territoriales (3).

### *1) L'incompatibilité automatique du contrôle actionnarial des sociétés anonymes*

Les sociétés anonymes sont par définition des instruments juridiques fondamentalement contrôlées et dirigées par leurs actionnaires[1216]. Pourtant, seul, le droit des sociétés anonymes qui s'applique par défaut aux sociétés publiques locales ne peut pas caractériser une situation de contrôle analogue.

Il convient de rappeler tout d'abord que, dans sa décision la plus claire sur la question, l'affaire *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, la Cour de justice de l'Union a indiqué que le contrôle analogue consistait en une « influence déterminante tant sur les objectifs que sur les décisions importantes »[1217] de l'entité en situation de quasi-régie, condition reprise par les directives marchés publics et concessions de 2014[1218]. Mais, alors que cette formulation semblait pouvoir *a priori* viser des sociétés par actions, la Cour affirme quelques mois plus tard, dans l'affaire *Carbotermo* du 11 mai 2006, qu'un pouvoir réduit à la seule « latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés […] limite de manière considérable »[1219] le pouvoir d'influence d'un actionnaire public. Dans cette affaire, le droit italien réservait au conseil d'administration les plus larges

---

[1216] GUYON, Yves, « Assemblées d'actionnaires », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour mars 2018, § 4 et suiv. ; DELEBECQUE, Philippe, PANSIER, Frédéric-Jérôme « Conseil d'administration », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour juillet 2018, § 7 et suiv.

[1217] CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen : Rec.* p. I-8612, point 65.

[1218] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28.

[1219] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei : Rec.* p. I-38, point 38.

pouvoirs dans la direction et la gestion de la société, mais n'octroyait pas de droits particuliers ou spéciaux aux collectivités « pour restreindre la liberté d'action reconnue »[1220] à ce même conseil d'administration. Circonstance déconcertante, dans cette affaire le pouvoir adjudicateur était l'actionnaire majoritaire écrasant de cette société – bien qu'à travers une société holding[1221]. Le pouvoir de contrôle n'aurait néanmoins pas dû faire de doute pour les magistrats européens, s'ils s'étaient basés uniquement sur les pratiques communes du droit des sociétés. L'arrêt *Carbortermo,* est confirmé par la jurisprudence européenne ultérieure, et notamment l'arrêt Econord du 29 novembre 2012[1222]. Ce dernier arrêt précise la nécessité d'une participation tant au capital qu'aux organes de direction, et plus précisément d'une participation effective dans ces organes. Le statut commun d'actionnaire de société anonyme de droit français ne saurait ouvrir droit automatiquement à une telle participation, ni à la reconnaissance d'une telle effectivité.

La seule explication logique, comme nous l'avons démontré *supra*, est donc que les magistrats européens ont souhaité appliquer aux entités publiques un régime plus strict que le droit usuel des sociétés classiques de droit privé, afin de transcender la notion de personnalité morale à travers le concept de quasi-régie. Comme le résumé Etienne FATOME et Alain MENEMENIS, il semble que « la création d'un opérateur dédié sous forme de société commerciale suscite une méfiance particulière de la part de la Cour de justice » [1223]. En conséquence, prendre la forme de société de droit privé devient de fait un désavantage pour les collectivités publiques, qui doivent redoubler leurs efforts pour prouver une relation exceptionnellement proche avec celle-ci, lorsqu'elles souhaitent profiter de l'exception de quasi-régie.

Les arguments plaidant pour une interprétation contraire, pour la reconnaissance d'une compatibilité du droit français commun des sociétés anonymes à la condition de contrôle analogue sont pourtant importants. Les actionnaires d'une société anonyme ont, en droit français, des droits non seulement de vote lors des assemblées générales et extraordinaires, mais aussi des droits annexes forts, comme le droit à une bonne information, ou le droit de poser des questions[1224]. Pour certains auteurs d'ailleurs, comme Taha BANGUI, « l'effectivité du contrôle analogue n'est que

---

[1220] *Ibidem.*

[1221] Ce qui, d'après la Cour, diminuait les capacités d'influence de la collectivités publiques. Les directives de 2014 autorisent néanmoins explicitement un tel contrôle intermédiaire dans le bénéfice de la quasi-régie. La question de l'intermédiation ne pose donc plus de problème en tant que telle.

[1222] Notamment les arrêts : CJUE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie,* point 26 ; CJUE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle,* point 46 ; et CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA,* point 33.

[1223] FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

[1224] GUYON, Yves, « Assemblées d'actionnaires », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour mars 2018, § 82 et suiv.

l'exercice normal du métier d'administrateur de société »[1225]. Cette position paraît toutefois très optimiste par rapport aux formulations de la Cour de justice dans les arrêts *Carbotermo* et *Econord,* et les directives de 2014 qui en reprennent en grande partie les conditions.

La société publique locale, se basant sur le seul droit commun des actionnaires de la société anonyme, ne peut raisonnablement aboutir automatiquement à donner à ses actionnaires l'occasion d'exercer un contrôle suffisant au regard de la jurisprudence européenne. Cependant, ce droit commun doit être complété par le droit particulier de l'actionnariat des société d'économie mixte locale, qui s'applique aussi à la SPL. Celui-ci est aussi relativement insuffisant à cet égard.

### *2) Les insuffisances du droit actionnarial spécial des SEML*

En premier lieu, il faut remarquer que la société publique locale ne s'éloigne aucunement des dispositions relatives aux SEML sur le point du droit actionnarial. Aucun dispositif particulier de contrôle n'est créé par l'article L. 1531-1 du CGCT pour s'assurer que les actionnaires de SPL se conforment aux critères du contrôle analogue. Apparemment, le législateur a estimé que les modifications du droit des SEML au droit des sociétés anonymes suffisaient à assurer une présomption importante de quasi-régie par ce biais[1226]. Les commentateurs sont néanmoins très partagés sur cette question, et penchent plutôt du côté d'un pessimisme prudent[1227]. Il est vrai que les dispositions légales applicables aux SEML amplifient le pouvoir des actionnaires-collectivités au-delà du pouvoir classique des actionnaires de sociétés anonymes, mais il est peu probable que cela suffise pour caractériser un contrôle analogue. Pour synthétiser, le droit des SEML prévoit deux types de contrôles des actionnaires au-delà des obligations légales des sociétés anonymes : un contrôle organique spécifique sur les dirigeants, et un contrôle préalable et *a posteriori* sur certaines décisions de la société.

Nous l'avons vu *supra,* un contrôle organique spécifique sur les dirigeants est mis en place par le droit des SEML. Toutes les collectivités locales actionnaires de SEML bénéficient d'office d'un siège au conseil d'administration de la société. Cette disposition légale propre aux SEML et applicable aux SPL permet en tout cas d'assurer – apparemment – un contrôle correspondant aux

---

[1225] BANGUI, Taha, « L'effectivité du contrôle analogue des sociétés publiques locales », *CMP* 2012, n° 5, étude 4.

[1226] Sénat, rapport n° 430 (2008-2009) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[1227] DEVES, 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, p. 2229.

critères de la jurisprudence européenne d'un contrôle « structurel »[1228] (sur les organes) et « effectif »[1229] (par la participation aux organes de direction).

Néanmoins, ce principe est rapidement tenu en échec par les faits. Premièrement, le droit des SEML répond à la limite à 18 du nombre de membres du conseil d'administration, en instaurant une procédure de représentation indirecte, par l'élection au sein d'une assemblée spéciale de représentants des petits actionnaires. Comme nous l'avons démontré plus haut, la jurisprudence française ne considère pas une telle représentation indirecte comme suffisante pour qualifier un contrôle analogue[1230].

Deuxième type de divergences par rapport au droit des sociétés anonymes, des contrôles préalables sont mis en place par le droit des SEML, permettant un exceptionnel contrôle des actionnaires-collectivités sur certaines décisions importantes de la société, au-delà du pouvoir de désignation de leurs mandataires-représentants. L'article L. 1524-1 du CGCT prévoit que tous les votes des représentants des collectivités concernant les modifications de l'objet social, de la composition du capital ou des structures des organes dirigeants sont obligatoirement précédés de délibérations de l'assemblée délibérante de chaque collectivité actionnaire indiquant le sens du vote de leurs représentants. Cette disposition limite donc drastiquement les possibilités de modification fondamentale du statut des SPL. Les décisions les plus importantes de la société sont donc soumises à un contrôle très important des actionnaires-collectivités publiques, ce qui est un indice positif pour qualifier un contrôle analogue.

De façon plus anecdotique pour la démonstration d'un contrôle analogue, selon l'article L. 1524-5 du CGCT, toutes les prises de participation des SEML et des SPL dans une société commerciale sont soumises à l'accord exprès des assemblées délibérantes de toutes les collectivités disposant d'un siège au conseil d'administration. Même si la prise de participation dans une autre société peut être une décision importante dans la vie d'une société, il est difficile de dire si le contrôle des actionnaires publics sur cette décision peut constituer un indice fort d'une influence déterminante sur les objectifs exigés par le droit de l'Union.

Au-delà de ces contrôles *a priori* organisés par le droit des SEML, celui-ci prévoit de surcroît de nombreuses obligations d'information *a posteriori* des actionnaires publics, dépassant les obligations minimales prévues par le droit des sociétés anonymes. Il s'agit notamment des articles L. 1524-1 à L-1524-5 du CGCT, qui prévoient : une information obligatoire annuelle de ses

---

[1228] CJUE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie,* point 26.

[1229] CJUE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle,* point 46.

[1230] CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *CMP* 2014, comm. 19, note M. Amilhat ; *Dr. adm.* 2014, comm. 4, note F. Brenet ; *JCP-A* 2014, p. 2002, note S. Brameret ; *AJDA* 2013, p. 60, note G. Clamour.

actionnaires publics, des rapports spéciaux annuels en cas d'exercice de prérogatives de puissance publique, et des rapports annuels obligatoires des représentants-mandataires des collectivités auprès des assemblées délibérantes auxquelles ces derniers appartiennent. Cependant, ces contrôles ne se fondent sans doute pas dans la catégorie européenne de « l'influence déterminante »[1231] sur les objectifs et les décisions importantes. Ils représentent plutôt des modalités de vérification qui, si elles peuvent avoir une influence en tant que telle[1232], par la prise en compte anticipée des réactions des actionnaires dans les prises de décisions, restent des contrôles indirects qui n'obligent pas. Le juge européen n'a pas encore eu l'occasion de statuer directement sur cette question. Le juge administratif français a quant à lui pris une position défensive sur ces dispositions. Dans son arrêt du 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*[1233], le Conseil d'Etat indique ne pas considérer que ces obligations permettent aux petits actionnaires ne disposant pas d'un siège au conseil d'administration de la société de pouvoir remplir correctement le critère du contrôle analogue,

Le droit français des SEML permet donc difficilement la caractérisation immédiate d'une situation de contrôle analogue au sens du droit européen. L'influence déterminante des collectivités territoriales n'étant pas assurée par la voie législative ou réglementaire, les acteurs français de la SPL, souhaitant s'assurer d'une certaine sécurité juridique quant à la condition du contrôle analogue, se tournent vers des solutions de stabilité issues des pratiques habituelles du droit des sociétés anonymes. Celles-ci soulèvent néanmoins un certain nombre de questions quant à leur valeur et leur portée.

### *3) Les solutions infra-légales de contrôle : statuts, règlements intérieurs et pactes d'actionnaires*

En pratique, puisque le statut légal des SPL n'entraîne pas automatiquement la reconnaissance d'un contrôle analogue, des solutions infra-légales se trouvent à disposition des collectivités locales actionnaires qui souhaiteraient renforcer l'effectivité de leur contrôle sur la direction et les objectifs de ces sociétés. La liberté contractuelle offerte par le droit des sociétés au sein et hors des statuts peut permettre d'enserrer les relations des actionnaires dans des cadres plus restrictifs que les

---

[1231] CJUE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle,* point 46.

[1232] Selon le Trésor de la Langue Française informatisé (CNRS, Université de Lorraine, ATILF, 1994) il s'agit de « l'action (généralement lente et continue) d'un agent physique (sur quelqu'un, quelque chose), suscitant des modifications d'ordre matériel.

[1233] CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079.

dispositions légales minimales relatives au statut. Elles n'empêchent pas des interrogations préliminaires sur leur valeur. Le juge européen prendra-t-il en compte des telles conventions, si elles ne sont pas obligatoires et n'ont qu'une portée réduite ? (a) Et les contrôles ainsi institués suffiront-ils à atteindre la condition de contrôle analogue ? (b).

a) La valeur normative plus faible de ces instruments

Premier point problématique, comme les comités recommandés pour les petits actionnaires ne sont pas prévus par la loi ou le règlement, la valeur juridique des documents et actes juridiques internes à l'entreprise les organisant peut poser question. Dans ces actes juridiques internes d'organisation, une certaine hiérarchie normative existe : les statuts, dont l'existence est obligatoirement prévue par la loi, sont d'une opposabilité juridique plus forte que les règlements intérieurs, dont l'existence est entièrement optionnelle[1234]. Enfin, les conventions entre associés supplétives au contrat de société, ou pactes d'actionnaires, répondent quant à elles au régime juridique légal des contrats. Toutefois, leur caractère séparé de l'existence légalement prévue de la société leur accorde une force moindre dans l'influence qu'ils pourraient apporter sur le contrôle de la société. En effet, en droit français, comme le note Sophie SCHILLER, « les sanctions légales en cas d'inexécution des conventions [entre associés de sociétés] sont peu efficaces et peu dissuasives »[1235]. Or, le juge prend en compte de tels documents en fonction de leur durabilité au regard des dispositions prévues par les statuts[1236]. De plus, sur le fond, les mécanismes supplémentaires de contrôle proposés n'emportent pas forcément la conviction d'un contrôle analogue.

b) Des solutions possiblement insuffisantes face aux exigences du contrôle analogue

La circulaire du 29 avril 2011 du ministère de l'Intérieur sur les sociétés publiques locales cite ces différents apports statutaires et extra-statutaires comme des solutions adéquates pour permettre aux SPL de se conformer aux exigences du contrôle analogue. La circulaire propose notamment la création de comité particuliers, comme des « comités de pilotage », et des « comités de contrôle » [1237], composés de représentants de chaque collectivité actionnaire (et donc d'une composition plus large que le conseil d'administration), et qui seraient chargés d'examiner les nouveaux dossiers

---

[1234] SCHILLER, Sophie, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour mai 2018, § 156 et s.

[1235] *Ibidem*, § 156.

[1236] *Ibidem,* § 5.

[1237] Ministère de l'Intérieur, Direction Générale des Collectivités Locales, circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement.

proposés à la société ou les opérations engagées. Ces comités transmettraient ensuite leur avis au conseil d'administration de la SPL. Ces comités seraient prévus par les statuts de la société, ou par le règlement intérieur, c'est-à-dire un document juridique de la société plus facile à modifier que les statuts[1238]. Ces recommandations sont conformes à celles de la Fédération des Entreprises Publiques Locales[1239], qui insiste fortement sur ce point. Selon Jean-François BIZET[1240], de telles précautions seraient « satisfaisantes » pour correspondre aux exigences européennes[1241].

Cependant, les comités de contrôle *a posteriori* ne paraissent pas, comme nous l'avons déjà remarqué *supra*, pouvoir influencer de façon directe les décisions de l'entreprise. Ils nous paraissent donc de peu d'effet sur le critère du contrôle analogue. Quant aux comités de pilotage, l'étendue de leurs pouvoirs reste à la discrétion des actionnaires, mais les propositions du ministère paraissent quelque peu rapides quant à leur affirmation selon laquelle elles apporteraient un meilleur contrôle de l'entreprise par ses actionnaires. En effet, ces comités ne peuvent pas remplacer les organes dirigeants légalement prévus par les statuts et par le droit des sociétés anonymes[1242]. Le « contrôle » exercé par ces comités ne peut donc être au final qu'un contrôle très superficiel ou de peu d'effet sur les décisions engageant juridiquement la société.

En pratique, le Conseil d'Etat dans sa décision *Commune de Marsannay-la-Côte* du 6 novembre 2013, a établi que la présence dans de tels comités d'un petit actionnaire dépourvu de représentation directe au conseil d'administration ne permettait pas de démontrer une relation de contrôle analogue entre cet actionnaire et la société en question[1243]. Il convient de noter toutefois que la commune de Marsannay-la-Côte ne participait apparemment pas à un comité de pilotage, mais uniquement à un comité de contrôle *a posteriori*. La question de l'importance des comités extra-légaux n'est donc pas forcément définitivement tranchée par cet arrêt.

---

[1238] Cf. SCHILLER, Sophie, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Répertoire de droit des sociétés Dalloz,* mise-à-jour mai 2018, § 1.

[1239] Fédération des entreprises publiques locales, *SPL et contrôle analogue, modalités pratiques,* Fédération des entreprises publiques locales : s.l., coll. « Mode d'emploi », octobre 2013, 32 p.

[1240] BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales,* 2e éd., Paris : Lamy, 2012, 378 p.

[1241] *Ibidem,* p. 271.

[1242] *Ibidem,* § 5.

[1243] Au considérant 7 : « Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la commune de Marsannay-la-Côte, détentrice de 1,076% du capital de la SPLAAD, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société, et, enfin, **qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée**, **que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire** ; que la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, ni d'erreur de qualification juridique, que la commune de Marsannay-la-Côte ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur la SPLAAD, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » (c'est nous qui surlignons).

De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas explicitement tranché cette question. Dans son arrêt *Econord* du 29 novembre 2012[1244], la société en question ne dispose pas de tels comités. Cependant, la Cour note la présence d'un pacte d'actionnaires conférant certains droits aux petits actionnaires, qu'elle enjoint au tribunal de renvoi d'examiner pour déterminer si ses dispositions permettent d'assurer un contrôle analogue effectif[1245]. Si la Cour de justice insiste par la suite sur la participation « tant au capital qu'aux organes de direction » de la société, elle ne précise pas la forme que peuvent prendre ces derniers[1246]. Les comités de pilotage pourraient-ils alors être considérés comme des organes de direction de la société ? La réponse pourrait selon nous dépendre de leur forme et de leurs pouvoirs. En droit français en tout cas, les organes de direction étant légalement déterminés pour les sociétés anonymes (conseil d'administration ou directoire, président et directeurs), la valeur de tels comités reste peu crédible selon nous pour permettre de qualifier un contrôle analogue.

Toute un panel de solutions alternatives plus sécurisantes juridiquement étaient pourtant à la disposition du législateur : de l'instauration de conseils d'administration incluant toutes les collectivités, à la reconnaissance légale de la possibilité de tels comités techniques. Faut-il croire que le législateur a considéré que face à une vérification fonctionnelle *in concreto* effectuée par le droit européen, il ne servait à rien de dresser des barrières spécifiques en droit français, et que les collectivités locales sauraient prendre leurs responsabilités ? La sécurité juridique des relations de quasi-régie des sociétés publiques locales avec leurs actionnaires souffre en tout cas du choix, peu habituel pour le législateur français, de faire confiance aux collectivités locales. Une telle hésitation légale entre liberté et restrictions se reproduit dans le domaine du nombre autorisé d'actionnaires des SPL.

## B) L'encadrement paradoxalement préservé du nombre d'associés autorisés des sociétés anonymes

Le nombre minimal d'actionnaires des sociétés anonymes est de deux. La société anonyme (SA) ne connaît pas de plafond du nombre d'actionnaires. Ces deux principes fondamentaux de la SA se heurtent directement aux conceptions européennes du contrôle analogue, et il est étonnant que le législateur ne les ait pas modifié. L'actionnariat unique aurait pu être un indice fort d'un contrôle

---

[1244] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA.*

[1245] *Ibidem,* point 32.

[1246] *Ibidem,* point 33.

analogue (1). Une limitation du nombre d'actionnaires aurait eu des effets rassurants sur la vérification de l'effectivité du contrôle conjoint (2).

### *1) Un refus de l'actionnariat unique fondé sur la peur de dérives gestionnaires*

Nous avons tenté de démontrer *supra* comment l'exigence européenne d'un contrôle analogue ne se confondait pas avec la simple détention du capital d'une société. Cependant, la Cour de justice a bien admis que la détention entière du capital constituait un indice fort — si ce n'est une présomption — de contrôle analogue[1247]. L'intérêt d'une telle pseudo-présomption, étant donné la complexité de mise en œuvre du critère du contrôle analogue, apparaît clairement pour les SPL. Pourtant, le législateur français a choisi de n'autoriser la création de société publique locale qu'à partir d'un minimum irréductible de deux actionnaires[1248], en se basant sur un argument de dangerosité.

Y compris dans le cas d'une entité entièrement détenue par une seule collectivité publique, le Cour de justice a utilisé l'argument de la personnalité morale pour justifier une approche restrictive de la quasi-régie[1249]. Cela peut s'expliquer, en théorie, par le fait qu'une personne morale présente

---

[1247] CJUE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle,* point 31 : une telle circonstance « tend à indiquer, sans être décisive », l'existence d'un contrôle analogue.

[1248] CGCT, art. 1531-1.

[1249] Dans l'arrêt CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia (R.* p. I-8121 ; *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown), la Cour infère de la formulation de l'article 1er de la directive 93/36, art. 1er, 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 ». En réalité, l'article 1er de la directive 93/36 indique seulement qu'un marché public se définit comme un contrat, dont les caractéristiques sont, entre autres, qu'il se conclut « entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et, d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs », ce qui n'est pas exactement la même chose qu'imposer que dès lors que deux personnes morales sont présentes, il y ait obligatoirement contrat, sauf exception. Il s'agit là d'une inférence de la Cour — certes relativement compréhensible — mais qui n'était pas forcément évidente (v. par comp. les différentes approches nationales sur ce point). La formulation de l'interprétation restrictive est plus claire dans l'arrêt CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA (R.* p. I-4137 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine STIX-HACKL ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg). A propos d'une entreprise détenue à plus de 99% par la même collectivité, le reste étant détenu par d'autres collectivités, la Cour indique que : (§ 37) « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, *sans être décisive*, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du point 50 de l'arrêt Teckal, précité » (c'est nous qui soulignons).

toujours un minimum d'autonomie juridique[1250]. En pratique, par exemple, les organes dirigeants, nommés par l'actionnaire unique, peuvent être constitués de personnes indépendantes de l'actionnaire unique. Même dans le cas où les personnes nommées dans les organes dirigeants sont issues de l'actionnaire unique, encore faut-il que les règles entourant cette entité ne prévoient pas que ces dirigeants puissent agir indépendamment de l'actionnaire. Cette position forme la justification de la Cour de justice pour exiger la vérification *in concreto* du contrôle analogue, y compris dans le cas d'un actionnaire unique[1251]. Toutefois, la circonstance d'un actionnariat unique exclusif reste un indice fort de l'influence nécessaire pour le droit de l'Union. Malgré cette perspective particulièrement intéressante en terme de sécurité juridique, le législateur français a interdit d'office la création de société de droit privé uni-actionnariale.

D'un point de vue de compatibilité normative, il aurait pu être envisageable d'argumenter que la restriction du droit français sur ce point, par rapport au droit européen, n'était pas autorisée par ce dernier. Toutefois, s'agissant d'une restriction à une exception (la quasi-régie) aux règles de l'Union, la logique ne tient pas. Comme le résume Etienne MULLER à propos d'une affaire portant sur la restriction des activités matérielles[1252], il « est loisible aux autorités nationales d'être plus restrictives que ne l'est la Cour de justice dans l'ouverture d'une exception aux règles de l'Union européenne »[1253]. Cette position est publiquement reconnue par la Cour de justice dans une affaire « Irgita » du 3 octobre 2019[1254]. Elle précise notamment que les dispositions du droit européen relatives aux conditions de la quasi-régie ne visent pas et ne peuvent aboutir à « priver les États membres de la liberté de privilégier un mode de prestation » de services publics, ce qui inclut des restrictions nationales possibles supplétives à celles de l'Union. Mais quels sont les buts visés par ce que la Cour elle-même considère comme des privilèges ?

---

[1250] Voyez par exemple : CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administración General del Estado (R.* p. I-12175 : *RLC* 2008, n° 15, p. 60, note D. Piazzoni ; *LPA* 2008, n° 88, p. 9, comm. G. Calley ; *Revue de jurisprudence commerciale* 2008, n° 2, p.138, chron. A. Raynouard ; *Dr. adm.* 2008, n° 3, p. 25, note F. Lichère ; *AJDA* 2008, n° 5, p. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *Europe* 2008, n° 2, p. 22, note L. Idot ; *CMP* 2008, n° 2, p. 22, comm. W. Zimmer) — A propos d'une entreprise publique entièrement détenue par l'Etat espagnol, et qui fait valoir la jurisprudence sur la quasi-régie, la Cour répond (§ 53) que : « le seul fait que cette société ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par le Ministerio ni quant au tarif applicable à ses prestations, ne saurait avoir automatiquement pour conséquence qu'aucun contrat n'a été conclu entre ces deux entités ».

[1251] Cf. les chapitres *supra* pour ce qui concerne la logique de la Cour de justice entourant l'exigence du contrôle analogue, et la formulation de l'arrêt CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA (R.* p. I-4137, *précité*.

[1252] CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEMERAP*, n° 17LY00318, inédit au Recueil : *AJCT* 2017. 213, obs. C. Devès ; *RTD Eur.* 2017 p.810, obs. E. Muller.

[1253] MULLER, Etienne, « Quasi-régie et sociétés publiques locales : le droit français plus strict que le droit de l'Union », *RTD Eur.* 2017, p. 810.

[1254] CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, Ville de Kaunas, et UAB « Irgita » : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

Le texte initial de la proposition législative du sénateur Daniel RAOUL[1255] autorisait pourtant les sociétés publiques locales à actionnaire unique. C'est le rapporteur de la commission des Lois au Sénat[1256], soutenu par celui de l'Assemblée nationale[1257], qui présente des arguments en défaveur de cette solution. Selon le rapporteur au Sénat, l'actionnariat unique pourrait exacerber les « risques naturellement encourus par la création de ces sociétés »[1258], sans préciser exactement ceux auxquels il songe.

Le rapport sénatorial note que, « en multipliant les acteurs », cette disposition permettrait de « [renforcer] l'autocontrôle »[1259] des SPL. Les termes employés pourraient laisser penser que le rapporteur parle ici du contrôle analogue. Et, à la suite de Claude DEVES, on pourrait alors s'étonner de cette « remarque pour le moins curieuse »[1260] puisque le texte vise justement à établir un lien de quasi-régie qui serait d'autant plus aisé à démontrer s'il n'y avait qu'un seul actionnaire. Ce n'est évidemment pas le contrôle analogue qui est ici visé.

Selon Jean-François BIZET, le minimum de deux actionnaires pour les sociétés publiques locales est un choix qu'il est « difficile de comprendre »[1261]. Cependant, loin de vouloir « privilégier la forme de l'établissement public »[1262] pour les quasi-régies, il nous semble que le législateur a surtout par cette condition affirmé sa défiance face à la gestion publique locale. En effet, comme Claude DEVES le constate, le législateur recherche par là un « filtre supplémentaire pour assurer le respect de l'objectif assigné par le législateur à ces sociétés [de] servir l'intérêt général »[1263]. L'établissement d'une pluralité obligatoire d'actionnaires ne naît en réalité que du soupçon national et historique qui pèse sur les collectivités d'être de mauvaises gestionnaires. Plus implicitement, il s'agit aussi d'une peur de la politisation des services publics locaux[1264] — en réalité d'une

---

[1255] Sénat (session ordinaire 2008-2009), Proposition de loi n° 253, Proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Daniel RAOUL et ses collègues, annexe au procès-verbal de la séance du 5 mars 2009.

[1256] Sénat (2008-2009), rapport n° 430 de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[1257] Assemblée nationale (XIIIe législature), rapport n° 2277, de M. Jean-Pierre SCHOSTECK, fait au nom de la commission des lois, déposé le 3 février 2010.

[1258] Sénat (2008-2009), rapport n° 430 de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[1259] *Ibidem.*

[1260] DEVES, Claude, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, n° nov.-déc., p. 1084.

[1261] BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales,* 2e éd., Paris : Lamy, 2012, p. 29.

[1262] *Ibidem.*

[1263] DEVES, Claude, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, n° nov.-déc., p. 1084.

[1264] Qui se traduit en contrepartie par la valorisation à l'extrême de la « loi » de neutralité du service public.

politisation dans un sens différent de la politique nationale du moment[1265]. Toutefois, si les dangers de gestion sont réels[1266], il est raisonnable de se demander si la meilleure réponse à celui-ci se trouve dans la multiplication des actionnaires des SPL. La défiance nationale démontrée par cette exigence quelque peu illogique avec l'objectif premier du texte – la situation de quasi-régie – laisse dubitatif.

De plus, alors que le législateur entérine législativement cette défiance de l'actionnaire unique, il autorise du même mouvement l'abaissement à deux du nombre minimum d'actionnaires, contre sept à l'époque pour les sociétés anonymes. Il suffirait donc apparemment de deux actionnaires publics pour que l'exercice de transparence et de contrôle public fonctionne. On comprend que dans l'esprit du législateur, les collectivités locales doivent se surveiller l'une l'autre. Encore une fois, la logique de défiance se révèle non seulement dans les obligations surprenantes, mais aussi dans les comportements qui sont attendus des collectivités.

A l'inverse, les arguments en faveur de la possibilité d'un actionnariat unique ne manquent pas. Tout d'abord, la solution est parfaitement admise à l'étranger[1267]. Il apparaît même que seule la France semble de ce point de vue faire exception en Europe. L'argument technique relatif à la nécessité de garder un minimum de deux associés pour la société anonyme peut d'ailleurs être pareillement rejeté par les exemples étrangers, qui comptent de nombreuses sociétés à actionnaire unique[1268], mais aussi par le droit français lui-même, qui reconnaît les sociétés unipersonnelles[1269]. Enfin, les établissements publics locaux, eux, peuvent parfaitement être créés par une collectivité de tutelle unique. L'étonnement doctrinal est donc très compréhensible sur cette interdiction.

La logique de défiance de l'actionnariat public nécessairement multiple, poussée à bout, aboutit d'ailleurs à un résultat contre-productif dans la perspective de la vérification d'un contrôle analogue. La multiplication *ad infinitum* des actionnaires publics, juridiquement possible avec

---

[1265] Voyez notamment : CAILLOSSE, Jacques, Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation : Sur la question du territoire en droit public français, Paris, LGDJ, 2009, 250 p. — Bien qu'une telle analyse ne doit pas faire oublier que la réglementation de la décentralisation naît aussi des oppositions politiques au niveau national (entre les partis politiques), et non seulement dans l'opposition entre les politiques locales et les politiques nationales : LE GALES, Patrick, « Chapitre 8 : Les deux moteurs de la décentralisation : Concurrences politiques et restructuration de l'Etat jacobin », *in* CULPEPPER, Pepper D., HALL, Peter A., et PALIER, Bruno (dir.), *La France en mutation 1980-2005,* Paris : Sciences Po, 2006, p. 303.

[1266] Voy. notamment : BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris : LGDJ, 448 p.

[1267] VERDIER, Axelle, *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne*, Paris : Dexia, 2004, p. 144-147.

[1268] Voy. notamment : CHAMPAUD, Claude, « Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français », *RTD com*. 1979, p. 579.

[1269] Art. L. 223-1 du Code de commerce.

l'application des règles de la société anonyme, n'apporte pas une réponse positive à cette question de la situation de quasi-régie, ni même à celle de la mauvaise gestion, bien au contraire.

## *2) Les problèmes d'un actionnariat potentiellement illimité dans le nombre et la taille*

En reprenant sans les modifier les règles applicables aux SA quant au nombre illimité d'actionnaires, le législateur français a fait preuve d'un optimisme quelque peu inconsidéré en ce qui concerne le critère du contrôle analogue pour les plus petits actionnaires (a). Face à des sociétés publiques locales « tentaculaires »[1270] quant à leur nombre d'actionnaires, la jurisprudence administrative française a mis en place certaines limites en s'inspirant de la jurisprudence européenne (b).

a) La situation problématique des petits actionnaires de SPL

Certes, comme nous l'avons déjà remarqué précédemment, si le cadre juridique de la SEML prévoit la présence obligatoire de tous les actionnaires publics au conseil d'administration de la société, de façon proportionnelle par rapport à leur participation au capital, le droit des sociétés anonymes limite quant à lui à 18 le nombre d'administrateurs. Dans le cas où des actionnaires publics ne pourraient être représentés au conseil d'administration étant donné la limite numérique fixée – c'est-à-dire qu'ils ne représentent même pas 1/18e des voix actionnariales, soit 5,6% du capital social – le droit des SEML prévoit la mise en place d'une assemblée spéciale. Dans cette assemblée spéciale, les actionnaires publics qui ne peuvent être directement représentés sont réunis et désignent parmi eux un ou plusieurs représentants au conseil d'administration de la société[1271]. La confrontation de ces dispositions françaises au droit européen amène plusieurs interprétations possibles.

Les directives marchés publics et concessions de 2014 précisent que la condition de contrôle conjoint est considérée comme réalisée même dans le cas d'une représentation indirecte de collectivités publiques au capital d'une entité. Le droit des SPL, en appliquant le droit des SEML et des SA, entraîne-t-il néanmoins automatiquement la reconnaissance d'une situation de quasi-régie dans toutes les configurations possibles et, notamment, dans le cadre d'un nombre illimité d'actionnaires ou d'une participation infinitésimale de ceux-ci au capital social? Malgré sa formulation, il est constant que le contrôle conjoint du droit européen consiste en réalité à vérifier

---

[1270] KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP-A* 2013, n°1 , p. 27.

[1271] Art. L. 1524-5 du CGCT.

l'influence individuelle effective de chaque actionnaire souhaitant bénéficier du régime de la quasi-régie[1272]. La compatibilité européenne de la SPL sur ce point divisait la doctrine.

Une vision pessimiste ou restrictive, reprenant les insistances de la Cour de justice sur le fait que les exceptions doivent s'interpréter de façon restrictive[1273], voyait dans l'application simple des mécanismes du droit des sociétés l'impossibilité pour les petits actionnaires de SPL de répondre aux critères de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies. Jean-David DREYFUS insiste ainsi sur l'importance d'accorder notamment aux assemblées générales de véritables pouvoirs, comme des droits de veto[1274]. Pourtant, le même remarquait dans un autre ouvrage, au sujet des sociétés d'économie mixte, que pour ces sociétés, « les assemblées n'ont qu'un rôle purement formel »[1275], ce qui ne rassure pas quant à l'effectivité d'un contrôle analogue par leur biais.

D'un autre côté, une vision optimiste permet de considérer que les actionnaires passant par l'assemblée spéciale sont indirectement et donc bien représentés aux organes de direction. C'est le point de vue de François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, qui notent, en prenant toutefois la précaution d'une double négation, qu'il n'est « pas certain qu'une représentation indirecte au sein des organes dirigeants ne suffise pas à remplir la condition du contrôle analogue »[1276]. Rozen NOGUELLOU remarque, en commentant l'arrêt *Econord* du 6 novembre 2012[1277], qu'étant donné le système français de représentation obligatoire des actionnaires publics, « cet arrêt ne devrait pas avoir d'incidences trop importantes en droit français »[1278], notamment au regard de la SPL. Cette prédiction optimiste n'est pas confirmée par l'interprétation du Conseil d'Etat.

b) La réponse du Conseil d'Etat : l'arrêt *Marsannay-la-Côte*

---

[1272] Dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008 notamment (CJUE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle,* point 46) la Cour de justice avait reconnu une situation de contrôle analogue pour un actionnaire détenant environ 16% du capital social. Mais quelques années plus tôt, dans l'affaire *Coname* du 21 juillet 2005, ladite Cour refusait une telle qualification à un actionnaire détenant moins 0,97% du capital (CJUE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Coname,* point 26). La jurisprudence européenne sur le contrôle conjoint se précise véritablement à partir de l'affaire *Econord* du 29 novembre 2012, dans laquelle la Cour indique clairement exiger la présence de la collectivité-actionnaire « tant au capital qu'aux organes de direction » (CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, préc.* : point 31).

[1273] STIX-HACKL, Christine, Conclusions, CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle,* présentées le 23 septembre 2005, § 53.

[1274] DREYFUS, Jean-David, « Resserrement des conditions de recours au contrat *in house* », *AJDA* 2013, p. 178.

[1275] DREYFUS, Jean-David, « Sociétés d'économie mixte », Répertoire de droit des sociétés Dalloz, mise à jour janvier 2007, paragraphe 88.

[1276] LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le 'in house' sur la sellette », *CMP* 2013, n° 1, repère 1.

[1277] CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, préc.*

[1278] NOGUELLOU, Rozen, « La Cour de justice revient sur le 'in house' », *RDI* 2013, p. 212.

Le Conseil d'Etat se penche sur les pratiques des SPL dites tentaculaires dans un arrêt du 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*[1279], qui bouscule l'interprétation optimiste au profit de l'interprétation plus restrictive. Pourtant, dans cette affaire, les prescriptions de la Fédération des Entreprises Publiques Locales concernant la participation des actionnaires minoritaires à des comités de contrôle et de pilotage[1280] avaient été suivies.

Dans les faits, la commune de Marsannay-la-Côte détenait 1,076% du capital social de la société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD). Elle désignait indirectement un représentant indirect au conseil d'administration, mais surtout participait directement à un comité de pilotage (dit « technique et financier » dans ses statuts), qui pouvait censurer des projets au terme d'une étape préalable au conseil d'administration, ainsi qu'à un deuxième comité de contrôle, celui-ci sur les actions *a posteriori* de la société.

Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas là une situation justifiant un contrôle suffisant pour bénéficier de l'exception le quasi-régie. Il soulève le fait qu'aucun de ces comités n'a de « pouvoir décisionnaire », puisque ce pouvoir appartient normalement, conformément au droit des sociétés anonymes, au conseil d'administration.

De plus, le Conseil d'Etat remarque que, selon le droit commun des SA[1281], qui est ici appliqué, seuls les actionnaires disposant d'au moins 5% des voix peuvent poser des questions à tout moment au conseil d'administration et au président sur la gestion, en dehors des assemblées générales[1282]. Si l'abaissement d'un tel seuil est légalement possible à travers des statuts adaptés, cela n'était pas le cas pour la SPLAAD. En soulignant ce point, le Conseil d'Etat paraît indiquer qu'un tel droit de mise à l'ordre du jour pourrait être un élément de l'influence déterminante minimum.

Malgré cette interprétation jurisprudentielle plutôt restrictive, le législateur français n'a pas considéré utile d'adapter en conséquence la législation relative aux SPL. Le législateur compte sur les bonnes pratiques des collectivités locales pour éviter les situations problématiques de « fausse » quasi-régie. Une solution pourtant évidente – mais restrictive des pratiques – constituerait à limiter le nombre d'actionnaires de SPL à 18, quitte à prévoir que les décisions au conseil d'administration soient prises sur la base du capital détenu, ou à limiter carrément les participations inférieures à

---

[1279] CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *CMP* 2014, comm. 19, note M. Amilhat ; *Dr. adm.* 2014, comm. 4, note F. Brenet ; *JCP-A* 2014, p. 2002, note S. Brameret ; *AJDA* 2013, p. 60, note G. Clamour.

[1280] Fédération des entreprises publiques locales, *SPL et contrôle analogue, modalités pratiques,* Fédération des entreprises publiques locales : s.l., coll. « Mode d'emploi », octobre 2013, 32 p.

[1281] Article L. 225-231 du code de commerce.

[1282] GUYON, Yves, « Assemblées d'actionnaires », paragraphes 86 et s., Répertoire de droit des sociétés Dalloz, mise à jour mars 2018.

5,5%. Une autre solution consisterait à élargir le nombre d'administrateurs des SPL au-delà de la limite de 18, comme cela se fait par exemple dans de nombreux établissements publics.

A la décharge du législateur, ne pas effectuer une telle modification permet à des actionnaires collectivités locales de participer au capital de sociétés publiques locales dont ils n'attendent pas de relation de quasi-régie. De tels actionnaires ne sont pas forcément « dormants »[1283], car ils peuvent confier un contrat à la SPL à l'issue d'une mise en concurrence. En effet, si les sociétés publiques locales ne peuvent avoir de relations qu'avec leurs actionnaires, le droit français ne précise pas que ces relations sont obligatoirement de la nature de services de quasi-régie, ou même que des relations soient nécessaires. Un actionnaire collectivité locale bien tout simplement chercher à tirer un autre avantage de sa participation à une telle société que la dévolution d'une activité. Le but avoué de la création des SPL étant néanmoins la réalisation des conditions européennes de l'exception de quasi-régie, cette argument a aune portée faible. Il convient plutôt de reconnaître que le droit actionnarial des sociétés anonymes ne paraît pas adéquat, en l'absence de modifications, pour les SPL.

## Conclusion de la section 1 : L'ambigu contrôle sur les SPL

Baser le statut juridique des quasi-régies de droit privé françaises sur celui des sociétés d'économie mixte locales et des sociétés anonymes n'apparaît donc pas, à l'étude, comme une solution idéale au regard du critère du contrôle analogue. La limite du nombre d'administrateurs au conseil d'administration, ou encore les pouvoirs limités des petits actionnaires semblent des encadrements peu adaptés aux exigences de la quasi-régie européenne. Aucune des solutions alternatives pourtant aisées à mettre en place n'a été retenue, alors même que la restriction de l'actionnariat aux collectivités locales, notamment, aurait pu permettre d'imaginer un cadre plus personnalisé que celui de la société anonyme ou de la SEML.

D'un autre côté, cette même réserve légale d'actionnariat au profit exclusif des collectivités locales et de leurs groupements interroge quant à son utilité vis-à-vis de la jurisprudence européenne. Il s'agit ici en réalité non pas de répondre aux critères européens mais de contraindre la gestion des collectivités locales dans un cadre rassurant pour le législateur — ce qui est un peu paradoxal quant à l'objet libérateur des SPL pour la gestion publique locale. La même logique se découvre derrière l'interdiction de l'actionnariat unique.

---

[1283] Le fameux « sleeping partner » du droit des sociétés, ou associé dormant, c'est-à-dire n'intervenant pas dans la gestion de la société, voire s'en désintéressant complètement. La pratique est particulièrement connue en ancien droit des sociétés anonymes, où la nécessité de réunir sept associés révélait parfois de la gageure.

A tout le moins, cette solution de copier/coller présente l'avantage de la simplicité, ce qu'illustre bien la concision de la loi du 28 mai 2010[1284]. En conséquence de quoi, ne reposant pas sur un cadre juridique adapté, le contrôle analogue des sociétés publiques locales doit reposer sur des pratiques qui doivent être démontrées au cas par cas, et sur la responsabilité des collectivités locales. Etrangement, il n'en est pas de même du côté du deuxième critère européen de la quasi-régie, celui de l'activité quasi-dédiée, qui est beaucoup plus encadré par le droit des SPL que les exigences européennes ne l'obligeaient.

# Section 2 : Des activités matérielles exagérément bornées

Alors que le critère du contrôle analogue n'est pas automatiquement rempli par la société publique locale, le critère européen plus souple de la consécration essentielle de l'activité est intégré beaucoup plus strictement en droit français que nécessaire en droit européen. La deuxième condition européenne de l'exception de quasi-régie, après la vérification d'une contrôle analogue effectif, est celle relative à la quasi-exclusivité matérielle de l'activité de l'entité dédiée[1285]. Selon la Cour de justice de l'Union, une entité, pour être qualifiée de quasi-régie, doit effectuer l'essentiel de son activité au profit des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent[1286]. Nous avons démontré *supra* qu'une telle condition paraissait aller loin que nécessaire à la définition d'une entité dédiée de l'Administration, car elle repose sur une vision pro-concurrentielle restrictive des activités publiques.

Très paradoxalement, cette exigence particulière est encore plus restreinte dans le droit français des sociétés publiques locales. Le droit français de la SPL impose une consécration non pas essentielle au profit de ses actionnaires, comme l'exige le droit européen pour bénéficier de l'exception de la quasi-régie, mais exclusive. Une telle restriction paraît ainsi, *prima facie,* très exagérée au regard des objectifs pro-concurrentiels du droit européen, et de l'objectif publiquement

---

[1284] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales* : *JCPA* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *RLCT*, 2010, n° 60, dossier spécial, *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *RDP* 2011, p. 717 et s., Actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*.

[1285] *Cf supra,* partie 1, titre 1, chapitre 2.

[1286] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : Rec.* 1999, p. I-8121 : l'essentiel de l'activité doit être dédiée aux actionnaires, en ne laissant qu'une activité marginale ouverte à la concurrence.

annoncé de liberté de gestion pour les collectivités françaises (I). En imposant cette condition, le législateur national écarte le fait que le droit des SEML restreint déjà fortement les activités matérielles des entreprises publiques locales, à travers un contrôle strict de l'objet social de ces dernières et de l'adéquation des compétences des collectivités locales aux activités prises en charge (II).

# I - Une obligation restrictive d'exclusivité matérielle

La jurisprudence européenne au départ assez vague sur le critère matériel se cristallise avec les directives marchés publics et concessions de 2014 sur l'idée d'une activité externe autorisée dans la limite de 20% du chiffre d'affaires des entités dédiées pour pouvoir bénéficier de la qualité de quasi-régie. Dans l'idée du juge puis du législateur européens, l'activité marginale autorisée permet d'assurer un respect de l'idée d'entité dédiée, tout en permettant à cette entité de faire profiter leurs contrôleurs d'une gestion rentabilisée de ces services. Cette conception européenne est reprise en dédoublant les textes applicables. Dans le droit de la commande publique, et dans le prolongement de la conception européenne, la quasi-régie est autorisée avec une marge d'activité non-dédiées (A). Dans le droit de la société publique locale par contre, la peur d'une hypothétique mauvaise gestion locale entraîne la limitation de son activité à des actions uniquement dirigées vers ses propres actionnaires, et uniquement sur le territoire de ceux-ci (B).

## A) La réception parfaite de la condition de quasi-exclusivité en droit français de la commande publique

Les directives marchés publics de 2014[1287] précisent la jurisprudence européenne en ce qui concerne la condition de quasi-exclusivité de la quasi-régie. Par cette idée, le droit européen admet que les entités dédiées des pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en charge, de leur propre initiative, certaines activités hors lien de quasi-régie, afin d'optimaliser leur gestion financière. Cette

[1287] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 12 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 28.

conception est endossée par le droit français de la commande publique[1288], qui autorise lui aussi cette part d'activités annexes.

Dès l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999, la Cour de justice des Communautés européennes avait admis que les entités dédiées puissent prendre en charge, d'elles-mêmes, certaines activités qui ne leur seraient pas confiées directement par les pouvoirs adjudicateurs les contrôlant[1289]. C'était admettre que de tels organismes pouvaient agir aussi pour le compte d'autres acteurs économiques que les pouvoirs dont elles sont censées être détachées. La justification de cette autorisation d'activité marginale réside dans l'idée qu'en créant ces entités dédiées, les pouvoirs publics ont souvent recherché une rationalisation organisationnelle ou une spécialisation technique permettant des gains économiques ou financiers. Or, cette rationalisation économique et gestionnaire peut être contingente de l'ouverture d'une partie des activités de l'entité dédiée vers le marché concurrentiel, les profits sur le marché privé pouvant alimenter les déficits de l'activité publique[1290]. Limiter les quasi-régies aux cas où une entité aurait été entièrement dédiée aurait donc pu grandement restreindre la liberté d'action des collectivités publiques en Europe. Souple sur ce point dans sa volonté de limiter l'intervention des entités de quasi-régie sur le marché concurrentiel, le juge européen autorise les entités échappant à la concurrence à posséder une marge limitée d'activités annexes car cela pourrait être sinon économiquement illogique. Le raisonnement pro-concurrentiel limite le raisonnement pro-concurrentiel !

Quant à la portée de cette limitation, la Cour a d'abord précisé qu'une telle activité ne devait pas dépasser une portion congrue des activités totales de la quasi-régie[1291]. Cette formulation est restée relativement vague[1292] jusqu'aux directives marchés publics de 2014, par lesquelles le législateur de l'Union a indiqué une méthode comptable précise pour calculer le ratio autorisé d'activités annexes. Concrètement, celles-ci ne doivent pas dépasser les 20% du chiffre d'affaires de l'entité sur trois exercices annuels consécutifs[1293].

---

[1288] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions.

[1289] CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : Rec.* 1999, p. I-8121.

[1290] C'est l'une des justifications, parmi d'autres, des entreprises publiques en général. Il est remarquable, notamment, que les entreprises publiques nationales ramènent souvent plus de profits que de pertes. Voyez spécialement : VANNEAUX, Marie-Anne, *Recherche sur un droit des relations financières Etat-entreprises publiques,* Thèse de doctorat : droit public : Lille II, 2005, 743 p.

[1291] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo et Consorzio Alisei : Rec.* p. I-38, point 63.

[1292] *Cf supra,* partie 1, titre 1, chapitre 2.

[1293] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, article 12 ; et 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 et des services postaux, article 28.

Le droit français incorpore cette condition-exception sans difficulté et de façon très littérale dès 2001 dans le code des marchés publics[1294], puis dans la loi applicable aux délégations de service en 2009[1295]. Cela inclut l'activité marginale autorisée. La transposition littérale des directives de 2014 à travers les ordonnances de 2015 et 2016 relatives aux marchés publics et aux concessions[1296] reprend toutes les précisions du législateur européen, dont l'activité marginale autorisée, avec les nouvelles modalités plus précises de calcul.

Toutefois, si dans tous ces textes la condition de quasi-exclusivité peut profiter de manière générale à toutes les entités qui pourraient être en situation de quasi-régie[1297], elle ne s'applique pas aux sociétés publiques locales. Ses bénéficiaires sont donc principalement les établissements publics et accessoirement les autres entités dédiées du droit français. Les sociétés publiques locales, quant à elles, ne peuvent bénéficier de cette ouverture sur le marché concurrentiel en raison, encore une fois, de la peur du législateur quant aux possibles détournements de l'intérêt général de celles-ci.

## B) Les SPL obligées à l'exclusivité matérielle et territoriale

La possibilité pour les sociétés publiques locales d'être reconnues comme quasi-régies obéit à un système de double-détente. Dans un premier temps le cadre général de la commande publique autorise l'exception à la mise en concurrence et à la transparence pour les contrats passés avec n'importe quelle entité répondant aux conditions de contrôle analogue et de quasi-exclusivité matérielle. Dans un second temps, le législateur a prévu un cadre particulier pour la société publique locale, en exigeant à l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales (pour les SPL) et à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme (pour les SPLA) que celles-ci exercent leurs activités « exclusivement pour le compte de leurs actionnaires », et sur le territoire de ceux-ci. Claires dans leur principe (1), ces interdictions ne bénéficient pas d'une justification ni adaptée ni légitime (2), ce qui pose question quant à sa portée exacte (3).

---

[1294] Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF* n° 57 du 8 mars 2001, p. 37003, texte n° 6, art. 3.

[1295] Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, *JORF* n° 162 du 16 juillet 2009, p. 11853, art. 17. Cet article modifie l'article 41 de la loi n° 92-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique en précisant que la situation de quasi-régie peut s'appliquer aux relations entre un établissement public et une personne publique si « la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que cet établissement « réalise l'essentiel de ses activités pour elle ».

[1296] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 17, et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions, art. 16.

[1297] L'article 3 du code de 2001 précisait que l'exception de quasi-régie pouvait s'appliquer à n'importe quel « contractant », sans préciser son statut juridique.

## *1) Un principe clair*

Comme pour le droit européen[1298], une première interrogation pourrait porter sur l'interprétation des termes « pour le compte de ». L'expression fait immédiatement penser à la notion large de mandat en droit administratif[1299], qui peut inclure des activités confiées de manière implicite et uniquement reconnues par le juge administratif[1300]. Or, dans une acceptation large, toute l'action des SPL, par définition entièrement contrôlées par des actionnaires-collectivités locales, n'est-elle pas exercée automatiquement pour le compte de ceux-ci ?

Mais en droit européen, le contrôle des actionnaires — même exclusivement publics, même unique — n'équivaut pas à un contrôle de ses activités matérielles, puisque le juge et le législateur européens ont érigé celui-ci en deuxième condition de la quasi-régie. Le contrôle analogue ne peut donc être confondu avec la destination des activités. Si la jurisprudence initiale, plus vague, se référait à des activités « réalisées avec »[1301] les actionnaires, les directives de 2014 précisent que celles-ci sont les activités « exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui [leur] sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle »[1302]. Mis au regard de cette obligation, les termes « pour le compte de » prennent une autre valeur que celle, par exemple, du droit des mandats administratifs.

Il nous semble donc que la question doive être réglée de cette façon : les activités des SPL ne peuvent être considérées comme effectuées pour le compte de leurs actionnaires que lorsque ceux-ci leur ont explicitement confié une telle tâche à exécuter. L'exclusion législative spécifique aux SPL des activités marginales sur le marché concurrentiel prend dans cette interprétation un sens particulièrement restrictif pour les libertés des collectivités locales françaises.

De la même veine de restriction, la loi relative aux SPL prévoit non seulement que les sociétés publiques doivent agir exclusivement pour le compte de leurs actionnaires, mais encore uniquement

---

1298 A comparer avec les réflexions sur l'inadéquation du critère face à ce que recouvre ou non les activités concurrentielles, et si de telles activités ne peuvent pas être commandées par les actionnaires des quasi-régies. *Cf supra,* partie 1, titre 1, chapitre 2.

1299 CANEDO, Marguerite, *Le mandat administratif,* Paris : LGDJ, 2001, 876 p.

1300 En tout cas dans sa version classique, qui est en train d'évoluer : *cf*. ROUSSEL, Sophie, NICOLAS, Charline, « Le 'mandat administratif' à son crépuscule », *AJDA* 2018, p. 267. La reconnaissance de mandats implicites par le juge administratif, que l'on pourrait rapprocher de sa reconnaissance de service public implicitement confié, ne semble toutefois pas mise en cause.

1301 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia : Rec.* 1999, p. I-8121.

1302 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, article 12 ; et 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 et des services postaux, article 28.

sur le territoire de ceux-ci[1303]. Il semble, concernant cette dernière obligation, qu'il s'agit d'une interprétation par le législateur français de formulations présentes dans certains anciens arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment l'arrêt *Parking Brixen*[1304] et l'arrêt *Sea srl*[1305]. Ces arrêts ont cependant été contredits par la suite sur ce point, non seulement par la jurisprudence de la Cour, qui n'a plus repris cet élément dans sa jurisprudence après 2009, mais aussi par la formulation des directives marchés publics de 2014, qui ne la reprennent pas non plus. Le maintien de cette condition superfétatoire par rapport au droit européen, notamment après 2014, est étonnant, puisque le droit pour les collectivités territoriales d'exercer une activité en dehors de leur territoire est reconnu et encadré depuis longtemps en droit français selon des règles particulières, liées une nouvelle fois à la compétence et à l'intérêt public local[1306]. Et une nouvelle fois, il semble que ce soit l'appréhension du législateur national sur la mauvaise gestion des collectivités territoriales qui motive le maintien cette disposition.

Mais, cette disposition restrictive nationale n'est-elle pas contraire au droit de l'Union, plus souple ? Sur ce point, un intéressant contentieux des SPL a permis d'être rassuré : le juge administratif considère que cette question ne présente pas un doute suffisant pour déranger la Cour de justice de l'Union avec une question préjudicielle. En l'occurrence, la Cour administrative d'Appel de Lyon dans une affaire du 8 juin 2017[1307], a rejeté l'argument et la question préjudicielle sur ce point de compatibilité normative quant à la restriction de l'activité matérielle des SPL. Commentant cette décision, Etienne MULLER note que bien que « les dispositions applicables aux sociétés publiques locales sont nettement plus restrictives que ne le sont les règles issues de la transposition des nouvelles directives », il est toujours « loisible aux autorités nationales d'être plus restrictives que ne l'est la Cour de justice dans l'ouverture d'une exception aux règles de l'Union européenne »[1308]. Cette opinion — pour rassurer les esprits inquiets qui pourraient estimer que le juge administratif a dans la précédente affaire encore fait une interprétation personnelle de ce qui pouvait représenter un doute en droit de l'Union[1309] — est confirmée ultérieurement par l'arrêt

---

[1303] Art. L. 1531-1 du CGCT.

[1304] CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG,* points 67 et 72.

[1305] CJCE, 11 sept. 2009, aff. C 573/07, *Sea Srl,* point 90.

[1306] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : création et suppression », folio n° 6040, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour février 2012, § 98 et s.

[1307] CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEMERAP*, n° 17LY00318, inédit au Recueil : *AJCT* 2017. 213, obs. C. Devès ; *RTD Eur.* 2017 p.810, obs. E. Muller.

[1308] MULLER, Etienne, « Quasi-régie et sociétés publiques locales : le droit français plus strict que le droit de l'Union », *RTD Eur.* 2017, p. 810.

[1309] Voyez notamment : LEPOUTRE, Naïké, *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel,* thèse de doctorat : droit public, Lille II, 1248 p.

préjudiciel de la Cour de justice de l'Union du 3 octobre 2019, « Irgita »[1310]. A cette occasion, la CJUE indique clairement que les dispositions du droit européen relatives aux conditions de la quasi-régie « ne [sauraient], par conséquent, priver les États membres de la liberté de privilégier un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fournitures au détriment des autres ». En l'occurrence, cette liberté signifiait émettre des conditions légales plus restrictives que les conditions européennes. La validité européenne de ces restrictions nationales supplémentaires est donc confirmée. Elle n'en empêche pas la critique de ses fondements.

### *2) Une justification honteuse*

Comme il en était déjà du cas de l'actionnariat unique et de la forme de société à actions simplifiées, la raison de cette limitation est à chercher dans la crainte du législateur national d'une dérive des sociétés publiques locales, plus que dans la recherche d'un meilleur respect des exigences européennes.

Une telle limitation apparaît nécessaire selon le rapport au Sénat pour assurer que « l'intérêt général »[1311] soit bien respecté par les sociétés publiques locales, ce qui a peu à voir avec la conformité au droit de l'Union. Celle-ci est pourtant concrètement facilitée par une telle exclusion. L'automaticité de réussite de cette condition pour la SPL aurait donc pu représenter une raison intéressante. Il faut l'écarter en l'occurrence. La justification du législateur est certes aiguillonnée par la position européenne, qui n'aurait peut-être pas pensé à une telle exclusion si le droit européen ne l'évoquait pas. Elle n'explique pas la conception restrictive que le législateur français en fait. Claude DEVES considère que « les raisons qui ont poussé les parlementaires à cette divergence apparaissent comme des motifs de pure opportunité (insécurité, risque de débordement) »[1312]. Nous affirmons que celle-ci s'explique par la peur nationale des dérives locales. En effet, aux yeux du législateur français, des dérives de trois sortes pourraient apparaître comme logiques :

1°) les SPL pourraient chercher à ne pas respecter les limitations européennes (mais il aurait suffi alors de les reprendre dans la loi),

---

1310 CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

1311 Sénat, rapport n° 430 (2008-2009) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

1312 DEVES, Claude, « Les sociétés publiques locales interdites d'activités accessoires ? », *JCP-A* 2016, n° 39, étude 2246.

2°) les atteintes à la concurrence pourraient être importantes[1313] (le législateur français ayant dans ce cas une vision encore plus protectrice de la concurrence que le législateur européen, qui autorise 20% d'activités sur le marché),
3°) les collectivités locales pourraient être amenées, en ayant un comportement concurrentiel, à gérer ces structures de façon contraire à l'intérêt général, c'est-à-dire de façon à générer des profits pour elles-mêmes — ce qui n'est généralement pas autorisé par le droit administratif français[1314] (mais par définition, cela n'est pas autorisé, et il serait redondant de l'interdire).

Les trois dangers possibles de la SPL sur le marché concurrentiel nous paraissent donc tous très exagérés et aucun ne mériter d'entraîner une exclusivité entière de l'action matérielle des SPL au profit de leurs actionnaires.

### *3) Une portée incertaine*

Paradoxalement, en exigeant une telle exclusivité, le législateur empêche par là-même la possibilité de bénéficier de gains pouvant profiter à la gestion publique, les bénéfices commerciaux éventuels des sociétés publiques locales peuvent être reversés, comme toutes les sociétés anonymes, à leurs actionnaires. Le législateur fait néanmoins le choix d'une prudence à la fois motivée par des considérations pro-concurrentielles et par des considérations gestionnaires, les deux excessives à nos yeux, étant données les limites inhérentes à cette ouverture concurrentielle nécessairement marginale.

La restriction paraît tellement étonnante et injuste que certaines sociétés publiques locales n'hésitent pas à invoquer la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre pour essayer de la contrer. Cependant, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 22 juillet 2016, *SEMERAP*[1315], considère que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à propos de cette limitation matérielle des activités des SPL, ne présente pas un caractère sérieux. L'argument était lié à l'inégalité dans laquelle la loi place les SPL par rapport aux autres sociétés commerciales. Sa justification se contente d'indiquer « qu'aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission » du pourvoi,

---

[1313] Cet argument, selon lequel les organismes privés sont défavorisés sur le marché par rapport aux organismes publics, est néanmoins tempéré par le cadre juridique actuel relatif aux entreprises et activités publiques qui, dans les dernières années, a justement cherché à établir le cadre d'une concurrence égalitaire : *Cf.* KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP-A* 2013, n°1 , p. 27.

[1314] Voyez : ALHAMA, Frédéric, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques,* Paris : Dalloz, 2018, 1064 p.

[1315] CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : JCP-A 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; JCP-A 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; AJCT 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

sans plus de précision. Les conclusions du rapporteur public Gilles PELLISSIER, non accessibles publiquement étant donné le caractère restreint de la formation de jugement[1316], apportent plus de précision sur le raisonnement du juge. Or, et de façon étonnante, le rapporteur public se base avant tout sur le fait que les dispositions d'exclusions « *ne limitent pas l'activité des sociétés commerciales, mais d'une forme particulière de société commerciale qui n'est créée qu'en vue de bénéficier d'un dispositif légal dont elle doit par conséquent respecter les conditions* »[1317]. Outre l'argument valable sur l'inégalité de situations différentes, le rapporteur public note que l'exclusivité représente le moyen d'atteindre le bénéfice de la quasi-régie, ce qui n'est qu'en partie vrai, puisque exagéré. Si la SPL visait uniquement à suivre les conditions de la quasi-régie, une activité concurrentielle marginale devrait alors lui être reconnue. Mais, d'après le Conseil d'Etat, cette activité marginale n'est pas protégée constitutionnellement ni par la liberté d'entreprendre (qui inclut l'accès à la commande publique) ni l'égalité de traitement (qui inclut l'égal accès à la commande publique)[1318].

Cet arrêt QPC confirme ce faisant l'ordonnance du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand du 29 mars 2016[1319], qui rejetait aussi les arguments constitutionnels. Toutefois, cette ordonnance est précieuse quant à la relecture jurisprudentielle qu'il effectue des justifications législatives. Le TA de Clermont-Ferrand affirme précisément que « si la Cour de justice de l'Union européenne a admis dans son arrêt « *Asemfo* » du 19 avril 2007 que [ladite] condition pouvait être satisfaite par une société effectuant en moyenne 90 % de son activité avec les personnes publiques détenant son capital, il est apparu difficile au législateur français, de déterminer *a priori*, sans créer une forte insécurité juridique, un seuil précis d'activités périphériques qui pourraient être autorisées pour les Spl ; que l'existence de telles incertitudes a conduit le législateur à privilégier la prudence, pour éviter la remise en cause ultérieure de commandes publiques que les collectivités territoriales auraient passées sans appel d'offre avec une société vendant également ses prestations à des collectivités non représentées à son capital ». Pour ce juge administratif, il n'y a pas de doute que la justification la plus pertinente était celle de la sécurité juridique, par rapport au respect nécessaire du droit français au droit européen. Or, si cet argument a une valeur réelle moins forte que celui de la liberté des Etats membres de restreindre comme ils le souhaitent les exceptions européennes (ce qui

---

[1316] Nous tenons à remercier ici M. PELLISSIER pour la généreuse transmission de ses conclusions sous cette affaire.

[1317] Conclusions de Gilles PELLISSIER, sous 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748, p. 3.

[1318] CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : *JCP-A* 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; *JCP-A* 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; *AJCT* 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

[1319] TA de Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, n° 1600426, *Société publique locale SEMERAP,* inédit.

inclut les modes de gestion des services publics locaux), on voit bien qu'il a une valeur persuasive — car légitime et logique — plus forte.

D'ailleurs, puisque le sujet des libertés locales est évoqué, sans doute serait-il plus pertinent, pour faire prospérer de tels recours, de se prévaloir de la liberté constitutionnelle des collectivités territoriales de s'administrer librement[1320]. Les requérants pourraient tenter de soutenir que la limitation non nécessaire imposée par le législateur à l'action des collectivités locales sur le marché à travers leurs SPL, n'est pas compatible avec cette liberté. Notamment, cette limitation matérielle extrême est paradoxale dans la mesure où les collectivités locales françaises elles-mêmes, pour leurs services en régie, ou leurs établissements publics, n'y sont pas soumises. Les personnes publiques sont soumises en effet à une limitation plus souple relative à leur compétence et à leur intérêt à agir sur le marché concurrentiel, celui-ci pouvant être « notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service, ou d'assurer son équilibre financier »[1321]. Toutefois, la large marge de manoeuvre constitutionnellement reconnue au législateur pour encadrer l'action des collectivités territoriales[1322] s'opposerait sûrement à une réponse positive de la part du juge.

Il est alors tentant de conclure de ces dispositions restrictives adoptées à l'encontre des sociétés publiques locales, que celles-ci risquent de devenir des « sociétés-robots »[1323], dont le caractère sociétaire se voit freiné par le caractère exclusif. De même, on peut s'interroger, à l'instar de Taha BANGUI, sur ces contrôles redondants mais qui, au final, ne laissent pas l'œil privé interroger directement leur activité : les actionnaires exclusivement publics étant eux-mêmes les clients exclusifs de la société, et les actionnaires se confondant avec les administrateurs[1324]. Le contrôle n'en serait-il pas ainsi amoindri ? Il est possible de douter et de l'une et de l'autre crainte. Au contraire même, le contrôle et l'exclusivité des sociétés publiques locales semblent en faire non pas des organismes seulement en quasi-régie mais plutôt en régie entière, bien que de droit privé. De telles dispositions ne paraissent toutefois pas suffire au législateur, qui reprend dans la loi sur les sociétés publiques locales les restrictions particulières applicables aux SEML quant à l'objet social autorisé de celles-ci.

---

[1320] Sur le sujet de la valeur de la libre administration des collectivités territoriales : BACAYONIS, Constantinos, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales,* Paris : Economica, 1993, 319 p.

[1321] CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, req. n° 355563 : *CMP* 2015, comm. 36, obs. L. de Fournoux.

[1322] Voy. STAHL, Jacques-Henri, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2014, n° 42 ; et FAVOREU, Louis, ROUX, André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2002, n° 12, p. 88-92.

[1323] PARLEANI, Gilbert, « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés 'robots' ? », *Revue des Sociétéss* 2013, n° 4, p. 191-197.

[1324] BANGUI, Taha, « L'effectivité du contrôle analogue des sociétés publiques locales », CMP 2012, n° 5, étude 4.

# II - La reprise des obligations applicables aux SEML en matière d'objet social : une limite suffisante ?

En matière de contrôle de l'activité des SPL, le droit existant des SEML, auquel renvoie le droit des SPL, assurait déjà plusieurs limitations. Il s'agit tout d'abord d'une adéquation des compétences des collectivités territoriales aux actions de leurs entités, qui a été de plus interprétée de façon restrictive récemment dans le cadre du contrôle conjoint (A). Cependant, ce mécanisme classique de limitation de l'activité des entreprises publiques locales est limité au-delà de ces exigences d'ordre public, à travers l'encadrement applicable à l'objet social des sociétés publiques locales (B).

## A) La limitation de l'activité des SPL par les compétences des collectivités actionnaires

La vérification de la compétence des collectivités territoriales pour agir juridiquement est une règle d'ordre public[1325]. Il est donc logique de la retrouver dans le droit des SEML pour lesquelles l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que les collectivités ne peuvent créer de telles sociétés que « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi ». L'article L. 1531-1 du même code relatif aux sociétés publiques locales réitère spécifiquement cette même interdiction. Cette limite vise en premier lieu l'action des collectivités locales, et non l'action des SPL, mais sa mise en parallèle avec celle de l'exclusivité matérielle conclut à une situation de limitations cumulatives (a). De plus, les droits français et européens exigent un minimum de convergence dans les compétences des collectivités publiques qui interviennent en commun à travers une SPL (b).

a) Limite des compétences des collectivités pour agir dans les SPL

Bien que la logique de la restriction des activités des collectivités territoriales aux compétences dévolues par la loi aux collectivités n'est pas, au sens strict, une règle qui oblige les SPL à ne travailler que pour le compte de leurs actionnaires, il s'agit déjà d'une limite de leur action.

---

[1325] LEGRAND, André, « Incompétence », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, mise-à-jour juin 2014, § 197 et s.

Au regard du mouvement de spécialisation des collectivités locales en France, cette limite paraît d'autant plus importante. Le retrait de la clause de compétence générale en 2015 aux régions et aux départements[1326], a des conséquences directes sur les possibilités d'actions des SPL. Une instruction du gouvernement sur les conséquences de cette diminution de compétences vise spécifiquement le cas des « organismes dépendant des collectivités territoriales », ce qui inclut, entre autres, le cas des SPL[1327]. Certes, pour les régions, dont la compétence pour participer dans des sociétés commerciales est affirmée, la suppression de la clause de compétence générale n'enlève rien. Toutefois, les départements qui auraient pris une participation dans une SPL au titre de sa compétence générale « devra se retirer du capital de la SPL, son intervention au sein de la SPL n'étant plus fondée juridiquement »[1328]. La situation est légèrement ambiguë dans les SPLA pour les participations des départements dans le cadre de leur ancienne clause de compétence générale. En effet, dans ce cas particulier, la loi NOTRe prévoit que les départements peuvent garder jusqu'à un tiers des actions qu'ils détenaient[1329]. Mais cette rétention de participation, très exceptionnelle, ne saurait cependant, en tout état de cause, permettre aux départements de continuer à avoir recours aux SPL pour leur confier des prestations de quasi-régie en se basant sur une compétence qu'ils n'ont plus : ils ne conservent à ce titre qu'une participation symbolique dans leurs anciennes sociétés. Le principe du respect des compétences des collectivités territoriales limite donc toujours leur action.

De plus, pour les collectivités qui conservent la clause de compétence générale, c'est-à-dire les communes, une intervention dans une société commerciale basée sur une telle compétence n'est pas sans limites. Le juge administratif avait pendant longtemps interprété assez restrictivement une telle compétence[1330], avant d'établir que la démonstration d'un intérêt public local suffisait, en elle-

---

1326 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF* n° 182 du 8 août 2015, texte n° 1 : *JCP-G* 2015, n° 36, p. 1523, comm. H. Pauliat ; *BJCL* 2015, n° 9/15, p. 578, note M. Degoffe ; *JCP-A* 2015, n° 38, p. 17, note M. Verpeaux ; *RGCT* 2016, n° 58, p. 47, étude Ch.-A. Dubreuil ; *RGCT* 2016, n° 58, p. 31, étude J.-M. Pontier ; *RFDA* 2016, n° 4, p. 645, note M. Verpeaux et M. Douence.

1327 Instruction du Gouvernement relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales, du 22 décembre 2015, NOR : RDFB1520836N, annexe n° 7, « conséquences de la suppression de la clause de compétence générale sur les organismes dépendant des collectivités territoriales et sur les syndicats mixtes ».

1328 *Ibidem.*

1329 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF* n° 182 du 8 août 2015, texte n° 1, art. 133.

1330 CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : R.* p. 583 ; *S.* 1931.III.73, concl. P.-L. Josse, note R. Alibert — voyez : LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers :* pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n° 2, repère 2.

même, à justifier une intervention sur le fondement de cette compétence[1331]. En juillet 2010, dans un arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage*[1332], le juge administratif applique ce revirement de jurisprudence à l'action des collectivités locales entreprise à travers une SEML, ce qui laisse à penser que les SPL pourraient bénéficier d'une même mansuétude. Cependant, là encore, il ne faudrait pas que l'adoucissement des limites donne l'impression que celles-ci n'existent plus. Le principe reste de devoir, pour les collectivités territoriales agissant par le biais de leur clause de compétence générale, justifier d'un intérêt public local pour être dans la légalité. Or, cet intérêt public local reste contrôlé par le juge administratif, et limite donc concrètement l'action des collectivités. Cette limite est encore plus strictement interprétée lorsque plusieurs collectivités décident de les coordonner à travers une SPL.

b) Communauté de compétences et intérêts convergents

De plus, le droit européen a instauré, depuis les directives marchés publics de 2014, une condition d'intérêts convergents dans l'exercice d'un contrôle conjoint, entre l'entité contrôlées et ses entités de rattachement[1333]. Même si une telle condition de rapprochement des intérêts paraît peu difficile à démontrer, et qu'elle est apparemment liée au contrôle analogue et non à la condition d'exclusivité, cette condition pourrait être rapprochée de la condition, forte, imposée aux coopérations public-public non-institutionnalisées de ne porter que sur des objets communs[1334]. Les directives européennes de 2014 prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent établir entre eux une coopération exemptée de mise en concurrence pour des « services publics dont ils doivent assurer la prestations », et qui sont « réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en

---

1331 CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

1332 CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564 : CE, 5 juill. 2010, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

1333 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, article 12 ; et 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 et des services postaux, article 28 : « la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent. »

1334 CJUE, 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, points 35 et 40.

commun »[1335]. Si la condition peut sembler importante pour la Cour de justice au niveau de la coopération public-public non institutionnalisée, il est toutefois peu probable que pour les entités de quasi-régie cette interprétation soit aussi restrictive.

Le droit français limite bien juridiquement les compétences des collectivités locales à agir dans les SPL par la concordance des compétences des collectivités entre elles et avec leur SPL. Néanmoins, cette condition est assez souple. En effet, après de nombreuses différences d'interprétation des juges administratifs sur la question de savoir les SPL pouvaient être utilisées pour, non seulement mettre en commun des compétences identiques, mais aussi partager des compétences différentes entre collectivités locales, le Conseil d'Etat a tranché de façon restrictive ce point. Dans l'arrêt du 14 novembre 2018, *SMADC et SEMERAP*[1336], le Haut Juge considère qu'une participation « *qui confère [à une collectivité ou un groupement de collectivités] un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance [des SPL…] est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* ». Une telle interprétation limite considérablement, par le biais des compétences, l'activité matérielle des SPL[1337]. Le législateur a atténué cette position, en disposant que, pour les SPL, « la réalisation de [l']objet [social] concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires »[1338].

En conclusion, même en incluant cette atténuation, il n'en reste pas moins que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent participer à des SPL que dans les limites de leurs compétences, et à condition que les compétences utilisées à travers la SPL soient au moins en partie commune à toutes les collectivités. A ces limites d'ordre public liées aux compétences des collectivités locales doivent se rajouter les limitations de l'objet social autorisé pour les SPL.

## B) Les limitations redondantes de l'objet social des SPL

---

[1335] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, article 17 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, article 12 ; et 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 et des services postaux, article 28.

[1336] CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

[1337] Voyez aussi *infra* partie 2, titre 3, pour une discussion approfondie de cet arrêt du point de vue de la limitation des compétences des collectivités.

[1338] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : Art. 1, visant les SPL, presque repris à l'identique à l'art. 2 pour les SEML, et à l'art. 3 pour les SPLA.

Alors que le droit général des collectivités locales limite déjà les actions de celles-ci au-delà de leurs compétences, et au-delà de l'intérêt public local défini par le juge administratif, les entreprises publiques locales aussi sont encadrées dans leurs actions à travers une liste limitative d'objets sociaux autorisés. Or, autant pour les sociétés d'économie mixte locales, auxquelles des actionnaires privés peuvent participer et donc orienter les actions dans un but plus concurrentiel, cette limitation peut paraître légitime, autant pour les sociétés publiques locales cette limitation paraît quelque peu surperflue par rapport à la limitation des compétences de ses actionnaires et de l'exclusivité des activités matérielles.

La limitation de l'objet social des SPL est presqu'entièrement calquée sur celle des SEML. Cette liste limitative démontre une certaine libéralité, puisqu'elle permet aux SPL d'être instituées pour :

- La réalisation d'opérations d'aménagement,
- La réalisation d'opérations de construction,
- L'exploitation de services publics à caractère industriel ou comercial,
- Ou toute autre activité d'intérêt général[1339].

Le dernier élément de cette liste enlève tout caractère trop restrictif à celle-ci, comme le remarque d'ailleurs la circulaire du ministère à ce propos, qui souligne le « champ d'intervention très large »[1340] des SPL. Une telle liste sous-entend néanmoins l'exclusion des opérations spécifiquement prévues à l'article L. 1521-1 du CGCT au bénéfice des SEML depuis 2003[1341], c'est-à-dire des « opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement public de santé ». Il est toutefois logique que les SPL ne prennent pas en charge de telles opérations, puisque de tels établissements publics n'étant ni des collectivités locales ni des groupements d'y-celles, ne peuvent pas être partie à leur capital.

Quant au point relatif à « toutes autres activités d'intérêt général », cette notion, bien que théoriquement plus large que la notion d'intérêt public local utilisée par le Conseil d'Etat pour limiter les interventions des collectivités sur la base de leur compétence générale, n'est pas interprétée par le juge comme une autorisation pour les collectivités de prendre en charge des

---

[1339] Art. L. 1531-1 du CGCT.

[1340] Ministère de l'Intérieur, DGCL, circulaire n° COT/B/11/08052/C relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), en date du 29 avril 2011.

[1341] Cet ajout est issu de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation : *JORF* 6 septembre 2003, p. 15391, art. 22.

activités qui ne répondraient pas à un intérêt public local[1342]. Le Conseil d'Etat a ainsi déjà eu l'occasion de censurer la création d'une société d'écononomie mixte locale dont l'objet social ne présentait pas un intérêt public local suffisant – mais dont l'intérêt général pouvait être difficilement nié[1343]. Au final, la liste de l'objet social autorisé des SPL paraît peu utile en elle-même, car l'intérêt public local, notion plus restrictive encore que celle d'activité d'intérêt général, est déjà un élément-clé de l'encadrement de l'intervention des collectivités territoriales à travers leurs sociétés publiques.

Un dernier élément de limitation intervient lorsque les SPL exercent plusieurs activités. Dans ce cas, selon le législateur de 2019, celles-ci doivent être « complémentaires »[1344]. La formulation rejoint désormais celle applicable aux SEML[1345]. Cette nouvelle limite fait jour au moment où le législateur cherche à contourner l'interprétation restrictive du Conseil d'Etat sur les compétences nécessairement communes des collectivités pour agir de concert dans les SPL[1346]. Alors que la disposition principale de la loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales[1347] vise à autoriser la participation aux SPL de collectivités n'ayant que partiellement en commun des compétences, le législateur profite de ce texte pour y inclure une nouvelle limite quant aux activités possibles.

Un parallèle peut être fait avec la jurisprudence relative aux activités complémentaires à l'objet social précis des SEML. Cette jurisprudence était en effet initialement plutôt restrictive, car elle demandait à ces activités d'être le complément « normal et nécessaire »[1348] à l'objet social. Et,

---

[1342] Voyez : CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et al.,* n° 97449 : *R.* p. 582 : *JCP-G* 1995, II, p. 392, note M. Cliquennois ; *AJDA* 1995, p. 351 ; *RFDA* 1995, p. 214 ; *Dr. adm.* 1995, n° 229, p. 18 — et CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564 : CE, 5 juill. 2010, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

[1343] CE, 10 oct. 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle*, n° 141877 : *AJDA* 1995, p. 237, note J.-F. Bizet et C. Devès ; *CJEG* 1995, p. 202, note D. Truchet.

[1344] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* du 18 mai 2019, n° 115, texte n° 1 : art. 1.

[1345] CGCT, art. 1521-1.

[1346] CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

[1347] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* du 18 mai 2019, n° 115, texte n° 1.

[1348] Critère dont avait fait application la Cour administrative d'Appel dans l'affaire CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564 : *R.* p. 240, se référant à la formulation de l'arrêt CE, 18 décembre 1959, *Delansorme et al. : R.* p. 693 : *RDPA* 1960, n° 30 ; *D.* 1960, p. 371, note Lesage.

dans un arrêt du 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*[1349], le Conseil d'Etat est revenu sur cette interprétation restrictive, pour accepter une activité lorsque celle-ci est un complément « normal » de l'activité précisée dans l'objet social. Néanmoins, cette jurisprudence ne traitait pas directement des activités qui pouvaient être listées dans l'objet social : seules les activités non prévues par celui-ci étaient soumises à cette interprétation jurisprudentielle restrictive. La nouvelle condition d'activités complémentaires de la loi du 17 mai 2019[1350] va donc plus loin dans la restriction, puisqu'elles concernent les activités prévues par l'objet social. C'est sur l'objet social autorisé que pèse cette nouvelle limite.

La liste limitative des activités autorisées, ainsi que leur caractère obligatoirement complémentaire, apparaît alors comme un garde-fou supplémentaire posé par le législateur national pour encadrer les collectivités locales dans leur gestion. Encore une fois, la restriction se justifie plus sur un élément de gestion que de satisfaction des critères européens de la quasi-régie. Une réflexion poussée sur ce point aurait pu néanmoins aboutir à une simplification des dispositions applicables à la SPL, plutôt qu'à une accumulation de règles redondantes. Il semble possible de conclure que la restriction limitative de l'article L. 1531-1 du CGCT de l'objet social possible des sociétés publiques locales paraît superflue par rapport aux nombreux autres conditions que celles-ci doivent remplir : sur les compétences de leurs actionnaires, mais aussi, pour profiter de la reconnaissance du statut de quasi-régie, l'exclusivité matérielle de l'activité.

## Conclusion de la section 2 : Des limites se rajoutant à des limites

Pour résumer, l'analyse de la société publique locale au regard des exigences de la quasi-régie montre que celle-ci, malgré la volonté affirmée du législateur, ne réussit pas de façon entière et totale ni à assurer une relation de quasi-régie avec ses actionnaires, ni à alléger les conséquences de la volonté de les remplir. Cela s'explique par de nombreuses causes. Tout d'abord, la méthode juridictionnelle utilisée par le juge européen, qui consiste à se baser sur le fonctionnement concret et non le droit théorique, s'oppose sur ce point au droit français, traditionnellement plus formel. Ensuite, la société publique locale a été créée uniquement sur la base de l'échec de sa cousine la

[1349] CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

[1350] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* du 18 mai 2019, n° 115, texte n° 1.

société d'économie mixte locale, et ne ressort pas d'une réflexion plus globale sur les effets de l'irruption de la notion de quasi-régie en droit français. Ainsi, tous les points problématiques de la jurisprudence européenne concernant les SEML se retrouvent dans la société publique locale, à l'exception bien sûr de l'actionnariat privé. Aucun des garde-fous employés en droit français pour s'assurer d'une relation de quasi-régie des SPL (limitation de l'actionnariat, limitation de l'activité) ne permet en effet d'affirmer avec certitude que celle-ci est bien en situation de quasi-régie. Le droit français de la commande publique le reconnaît d'ailleurs entièrement, puisqu'il distingue la situation de quasi-régie en droit de la commande publique de la situation de société publique locale. Il semble même, très paradoxalement, que sur ces points limitatifs le droit des sociétés publiques locales aille au-delà de ce qu'il serait nécessaire pour le droit européen.

## Conclusion du chapitre 3 :
## Les SPL : un aboutissement de la quasi-régie à la fois libérateur et restrictif

Les sociétés publiques locales sont dès le départ des créations législatives dont le but est de correspondre aux critères européens de la quasi-régie. Pourtant, délaissant la méthode traditionnelle française, le législateur européen dissocie dès le départ statut de SPL (organique) et statut de quasi-régie (matériel). Partant de là, le droit français entérine l'idée que les SPL peuvent aussi être exclues de cette qualification, selon les cas concrets. Or, plutôt que de laisser les collectivités locales libres de créer des sociétés et de prévoir les risques et les bénéfices de créer des sociétés répondant aux critères de la quasi-régie ou pas, le droit français crée avec les SPL une voie spécifique bien plus étroite que nécessaire par rapport au droit européen. Tout d'abord, celles-ci sont soumises de base à toutes les règles des sociétés d'économie mixte locales, qui sont loin d'être toutes parfaitement adaptées à la quasi-régie : soit qu'elles créent des situations hasardeuses par rapport à la situation de quasi-régie (la direction de la société, la multiplicité des actionnaires), soit qu'elles encadrent plus strictement que nécessaire (l'objet social). Ensuite, les sociétés publiques locales sont soumises à des obligations spécifiques pour répondre aux critères européens, qui dépassent largement les exigences de ceux-ci (l'actionnariat limité aux collectivités territoriales, l'activité exclusivement dédiée à celles-ci). A nouveau, la méfiance nationale à l'égard des collectivités locales semble avoir joué un rôle dans cette situation paradoxale.

Bien sûr, les tenants de cette réforme des sociétés publiques locales insistent sur l'amélioration de la liberté contractuelle des collectivités locales. Et en effet, de ce point de vue, la

société publique locale constitue un retour à des pratiques anciennement accordées aux SEML, et qui avaient été rejetées principalement par le juge constitutionnel puis, pour les exceptions qui restaient encore valables, par le juge européen. Mais les nouvelles obligations de plus en plus strictement interprétées de mise en concurrence, de transparence mais aussi, surtout du point de vue français, de bonne gestion publique, ne modifient-elles pas fondamentalement les conditions de ces anciennes et très libres délégations d'activités ? Il est difficile de voir dans les SPL une réelle libération, quand les limites qui lui sont imposées paraissent aussi incohérentes, trop justifiées par des considérations pro-concurrentielles et de défiance du niveau national envers le niveau local, et trop peu par la véritable recherche de libertés locales.

# Conclusion du titre 2 : Les institutions de gestion publique locale sous l'influence pro-concurrentielle

L'élaboration européen de l'exception de quasi-théorie n'affecte pas de la même façon toutes les institutions de la gestion publique locale française. Mais ces conséquences ne sont pas non plus directes : elles passent particulièrement l'entremise des conceptions nationales de ce que doit ou ne doit pas être la gestion publique locale. Encore un fois, c'est d'abord la ligne de partage entre les exigences pro-concurrentielles que le législateur, le gouvernement et le juge souhaitent imposer, et les objectifs anti-concurrentiels de la liberté de l'administration qu'il faut préserver, qui est en discussion. Cette ligne n'est certainement pas la même pour l'Union et pour la France, cette dernière oscillant entre la défense de certaines de ses pratiques habituelles (les contrats exclus de la concurrence des SEML), la consécration de nouvelles libertés correspondant aux perspectives ouvertes par la jurisprudence européenne mais soumises à des restrictions plus dures que celle-ci (les SPL), ou encore la reconnaissance d'une filiation directe entre les conceptions européennes de la quasi-régie et certaines de ses propres conceptions permettant d'éviter toute remise en question (les établissements publics).

Sur la question des établissements publics, l'étude précise des diverses interprétations jurisprudentielles françaises démontre pourtant que la logique de la quasi-régie n'était pas forcément, en tant que telle, pré-existante en droit français. L'utilisation à outrance du vocabulaire étranger pour décrire la situation (le *in house*) démontre d'ailleurs toute la perplexité des commentateurs français devant ce nouvel objet juridique à intégrer. C'est donc plus d'une question d'intégration, parfois quelque peu forcée, de la conception européenne dans les cadres traditionnels du droit public français qu'il s'agit, que d'une parfaite harmonie.

Quant aux institutions de droit privé, elles sont confrontés, avec la jurisprudence européenne de la quasi-régie, à un paradoxal retournement de situation. Alors qu'à l'origine ces sociétés de droit privé devaient permettre aux collectivités publiques d'agir plus efficacement et plus librement dans l'économie – c'est l'esprit des décrets-lois Poincaré et de la réforme décentralisatrice de 1983 – il apparaît que leur utilisation est de plus en plus encadrée. Leur encadrement spécifique apparaît même tel qu'il dépasse largement, à première vue, celui applicable aux établissements publics. D'un côté, les sociétés d'économie mixte locales sont banalisées à tel point qu'elles ne peuvent plus agir sans être mises en concurrence avec leurs actionnaires, et d'un autre côté les sociétés publiques locales sont doublement limitées – par le droit européen et par le droit français – dans leurs

capacités d'intervention et les formes de leur actionnariat. L'intérêt primordial des SPL – leur absence de mise en concurrence – n'est-il pas fortement réduit par leur champ d'application doublement limité par leur type d'actionnaires et par leur régime spécifique d'activités matérielles ?

Une réforme plus profonde du droit des instruments de droit privé des collectivités locales aurait peut-être abouti à un résultat plus nuancé. En l'occurrence, les SEML sont empêchées par leur statut législatif qui prévoit une mixité obligatoire du capital, de profiter du bénéfice de la quasi-régie, au grand étonnement des commentateurs français. Alors qu'une telle obligation n'existe nulle part ailleurs en Europe, et qu'elle n'existe pas non plus au bénéfice de l'Etat, le législateur moderne n'a pas souhaité se pencher réellement sur les racines philosophiques de cette obligation. Il ressort de l'analyse historique et politique de l'époque que cette obligation correspond surtout à une volonté de restreindre l'action des collectivités locales dans l'économie, en tout cas sous forme de droit privé. Cette volonté est issue d'une profonde suspicion historique à l'égard de la gestion publique locale. Or, l'analyse démontre clairement que cette méfiance est encore largement présente aujourd'hui et qu'elle explique de nombreux choix législatifs dans le domaine étudié. Ainsi, le législateur national aurait pu réformer le statut des sociétés d'économie mixte pour en autoriser toutes les formes d'actionnariat, et laisser les collectivités locales choisir de créer certaines entreprises publiques compatibles avec le droit des quasi-régies, et d'autres non. Toutefois, plutôt que cette voie de la responsabilisation, il choisit de ne banaliser entièrement le statut des SEML, qui deviennent des opérateurs privés soumis aux règles de la commande publique comme les autres, et de créer une version des SEML qui correspondrait uniquement aux quasi-régies européennes : les sociétés publiques locales.

# Conclusion de la partie 1 : Moins un contournement qu'un nouveau respect des objectifs pro-concurrentiels européens

Le but le plus évident de l'exception au droit de la commande publique européenne que représente la théorie de la quasi-régie est de reconnaître formellement que certaines pratiques administratives nationales traditionnelles de démembrement peuvent échapper aux obligations de concurrence. Ce but anti-concurrentiel — le respect d'une liberté d'organisation des collectivités publiques où le droit de la concurrence n'impose pas de mise en concurrence et de transparence — reste néanmoins intégré dans un cadre interprétatif pro-concurrentiel jamais démenti.

Si la théorie de la quasi-régie amène à déterminer un niveau acceptable d'exception au droit de la commande publique, elle n'entraîne pas une situation échappant entièrement à celui-ci. Il s'agit pour la Cour de justice de l'Union, initialement et principalement, et pour le législateur, qui reprend la plupart de ses raisonnements, d'établir ledit niveau acceptable. Cela se démontre à travers la discussion sur les fondements de cette exception et à travers l'évolution des critères précis de la quasi-régie.

Quant aux fondements théoriques de la quasi-régie, ils paraissent particulièrement difficiles à établir. La Cour hésite sur ce point entre une approche téléologique clairement anti-concurrentielle, où serait visée la protection de la liberté d'organisation des collectivités publiques, et une approche plus concurrentielle, où les entités de quasi-régie sont exclues du droit de la commande publique car elles ne présentent pas d'effets concurrentiels. Si c'est bien le premier fondement qui paraît le plus approprié, il semble difficile à la Cour de le formuler comme tel, et il est revenu au législateur européen de l'affirmer de façon forte en 2014. Sur ce fondement plus sûr, les critères de la quasi-régie devrait être plus facilement interprétés. Ils restent néanmoins encore engoncés dans les limites idéologiques de la Cour sur le respect idéal de la concurrence privée par les collectivités publiques, et un lien logique fort entre ces critères et cette liberté reconnue.

Les critères — contrôle analogue, essentiel de l'activité, et exclusion des investisseurs privés — présentent, en eux-mêmes, des effets plus pro-concurrentiels qu'anti-concurrentiels. En effet, plusieurs techniques alternatives de reconnaissance jurisprudentielle d'une situation de quasi-régie

sont écartées, visiblement car elles présentaient trop peu de garde-fous pour les collectivités dans l'exercice de leurs compétences sous une forme juridiquement distincte (comme les critères des entreprises publiques). Les solutions adoptées démontrent donc, à l'exception du contrôle conjoint, que la reconnaissance de cette liberté est entourée de nombreuses conditions aptes à préserver la concurrence du secteur privé face à ces entités, particulièrement le critère de l'essentiel de l'activité., mais aussi, dans une moindre mesure, la vision restrictive du contrôle analogue. Le contrôle conjoint, quant à lui, démontre la possibilité d'adopter sans conséquences catastrophiques sur la concurrence, une vision inverse : celle d'un état de quasi-régie plus facilement reconnu. Cette vision implique de reconnaître clairement la quasi-régie pour ce qu'elle est : une fiction, une construction juridique mais aussi et surtout politique, qui nécessite de faire des choix clairs entre la liberté d'organisation des collectivités publiques et l'importance des considérations pro-concurrentielles. Or, une telle clarification aboutirait à exprimer un doute sur la compétence — sans compter la légitimité — de l'Union européenne pour agir d'une manière aussi précise dans le domaine de l'organisation administrative des Etats.

Car l'organisation administrative des Etats est particulièrement touchée par ces conceptions, ce que le cas français démontre à suffisance. Néanmoins, il faut noter que cet impact doit d'abord traverser les propres conceptions nationales relatives aux objectifs pro-concurrentiels et à la liberté d'organisation et de coopération des personnes publiques. Ce prisme déformant aboutir à des conséquences contrastées. L'adaptation de la quasi-régie au droit français conduit en effet à des phénomènes à la fois de consolidation de théories pré-existantes — ce qui était le but affiché de la jurisprudence européenne — , de fragilisations de situations — une conséquence évidente des critères stricts de la quasi-régie —, mais aussi, et cela assez paradoxalement, à des opportunités, lorsque la théorie européenne est vue comme plus libérale que la pratique nationale. Ces trois phénomènes se réfèrent particulièrement aux situations de l'établissement public et de la coopération publique pour la consolidation de théories pré-existantes, des sociétés d'économie mixte locales pour la fragilisation, et de la société publique locale pour les opportunités. Toutefois, même dans ce dernier cas, le prisme national prend lui aussi en compte les objectifs pro-concurrentiels pour restreindre, au-delà de ce que la jurisprudence européenne exigeait, la liberté d'organisation des collectivités locales. Le rôle de cette motivation pro-concurrentielle explique donc bien, au final, la plupart des mouvements observés dans cette première partie, et ce, malgré la volonté clairement affichée de contourner celle-ci. Ces mêmes motivations se retrouvent de façon encore plus claire dans les conséquences que l'utilisation de la société publique locale apporte au jeu du droit de la gestion publique locale.

# Partie 2
# L’enfermement de l’action publique locale dans un cadre pro-concurrentiel

La société publique locale, en tant qu'instrument techniques des collectivités locales, a-t-elle des conséquences sur la gestion publique locale qui dépassent la simple application de son statut de société de droit privé à qui une mission publique peut être confiée ? D'un point de vue purement positiviste, il pourrait être considéré que répondre à une telle question relèverait de la gageure scientifique. Une technique juridique pouvant être utilisée dans tous les sens et avec toutes les conséquences qui lui sont autorisées par son cadre légal (la norme supérieure applicable), de telles conséquences n'ont rien à faire dans un travail de recherche juridique.

Pourtant, concrètement, lorsque les collectivités ont le choix d'exercer une mission publique entre plusieurs instruments juridiques, et qu'elles choisissent — ou peuvent choisir — la SPL, il est bien évident que leur choix et l'évaluation qu'elles font de ce choix sont influencées par des conséquences qui ne touchent pas uniquement au statut de la SPL, ainsi qu'à des idées plus générales sur la gestion publique, et sur la façon dont elles peuvent exercer leurs compétences. C'est là tout l'intérêt d'adopter une méthodologie qui ne reste pas dans le positivisme formel, et aille chercher les conséquences plus lointaines, sur toute la gestion publique locale, de la SPL. Là encore, l'hypothèse d'une dialectique entre objectifs de concurrence et objectifs de liberté des collectivités publiques joue un rôle-clé pour comprendre les normes et les actions juridiques en pratique.

Tout d'abord, la démonstration de l'influence de la concurrence par le biais de la SPL passe par l'analyse de l'encadrement procédural du choix officiel de celle-ci par les collectivités. En effet, loin de libérer entièrement les collectivités publiques de toutes obligations concurrentielles, la création de la SPL et son choix font l'objet de dispositions normatives réflexives permettant aux collectivités de s'appuyer sur des considérations raisonnables dans leur choix de la SPL. Cet encadrement, qui pour l'instant n'est pas encore celui d'un choix réellement concurrentiel ou quasi-concurrentiel, pose néanmoins question quant à ses effets. Pour l'instant, il agit comme une couche protectrice de la liberté d'organisation des collectivités locales — mais en sera-t-il toujours autant demain ? La SPL apparaît en effet comme une institution bien prête à un basculement dans un système concurrentiel (titre I).

Ce choix se prolonge par l'étape de contractualisation des collectivités avec leurs SPL lors de la dévolution d'activités à celles-ci. Celle-ci parait à l'étude quasiment inévitable en pratique, tout en étant non indispensable en théorie, au vu des relations de quasi-régie qui se nouent d'après la conception européenne. Ce caractère contractuel entraîne par lui-même un certain jeu concurrentiel, puisqu'il est le signe et la possibilité pour les SPL et les collectivités de présenter des intérêts divergents (titre II).

Enfin, une troisième et dernière étape de la recherche des effets de la société publique locale sur la gestion publique locale s'intéresse à l'action publique locale concrètement mise en oeuvre à travers les SPL. Quels sont les nouveaux freins et les nouvelles libertés que celle-ci apporte ? Or, alors que la SPL n'apparaît à première vue que comme un instrument technique de droit privé dont les conséquences semblaient connues de longue date, notamment à travers la société d'économie mixte locale, l'analyse critique démontre un accroissement substantiel des libertés publiques locales d'agir dans l'économie, grâce à la SPL. Elle démontre néanmoins aussi une logique de concurrence qui s'insinue de plus en plus dans le fonctionnement de l'action publique locale, même dans des secteurs censés pouvoir être hors d'atteinte de cette dynamique. Le résultat est une ambivalence des conséquences de la SPL sur la capacité d'agir des collectivités locales (titre III).

Titre I : La relative résistance aux considérations pro-concurrentielles dans le choix de la SPL comme mode de gestion

Titre II : La voie pro-contractuelle de la délégation d'activités à une SPL

Titre III : Les effets ambivalents de la SPL sur la liberté d'action des collectivités locales

# Titre 1 : La résistance aux considérations pro-concurrentielles dans le choix de la SPL comme mode de gestion

> « L'objet de la réglementation est le choix d'un délégataire après mise en concurrence des candidats à la délégation. Cette procédure n'intervient qu'après décision sur le principe de la délégation […]. Mais aucune confrontation entre les différents modes de gestion n'est prévue, ce qui est sans doute une insuffisance regrettable »
>
> Jean-Claude DOUENCE, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz*, dernière mise à jour janvier 2008, § 104.

Catherine PREBISSY-SCHNALL note que le processus de choix d'un mode de gestion est toujours une « démarche pro-concurrentielle »[1351]. C'est-à-dire que théoriquement, même si cela n'est pas comparable à une mise en concurrence au sens juridique précis, l'organisation d'une comparaison entre plusieurs modes de gestion porte déjà en soi un objectif et un esprit d'amélioration des conditions de la concurrence[1352]. Dans cette perspective, le choix d'une SPL fait lui aussi, malgré la philosophie à l'origine de cet objet, l'objet d'une appréciation pro-concurrentielle par comparaison avec les autres modes de gestion possibles.

---

[1351] PREBISSY-SCHNALL, Catherine, « Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. con., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, janvier 2012, comm. 26.

[1352] L'idée que le droit européen de la commande publique est animé de considérations pro-concurrentielles fait écho aux propositions développées par Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Public proprement and the EU competition rules, 2nd ed.,* Oxford : Hart Publishing, 2015, p. XIV-XVI. Certes, ces propositions sont considérées comme reposant sur une perspective néo-libérale par Peter KUNZLIK, « Neoliberalism and the European public procurement regime », *Cambridge Yearbook of European Légal Studies* 2012-2013, n° 283, p. 312-356. Néanmoins, nous utilisons ici cette proposition non dans l'idée de soutenir une politique plutôt qu'une autre, mais simplement dans un but analytique et de démonstration. Il nous semble en effet qu'aborder le choix des sociétés publiques locales comme modes de gestion s'explique bien mieux en adoptant l'angle pro-concurrentiel. Le terme de démarche pro-concurrentielle ici utilisé vise alors tout objectif d'amélioration des conditions de compétition, mais aussi des caractéristiques compétitives des agents sur le marché, y compris des entreprises et des collectivités publiques. Un objectif d'augmentation de l'efficience économique d'une collectivité est donc, selon cette définition, une démarche pro-concurrentielle.

Or, la SPL peut apparaître à première vue comme un outil particulièrement adapté à une démarche comparative pro-concurrentielle, donnant encore plus de poids aux regrets de Jean-Claude DOUENCE sur l'absence générale de confrontation entre les modes de gestion. Les commentaires de la loi du 28 mai 2010 sur les sociétés publiques locales sont d'ailleurs l'occasion, pour Sophie NICINSKI[1353] et Didier LINOTTE[1354] notamment, de souligner les limites méthodologiques du choix de la SPL par les collectivités territoriales. Il est même possible d'estimer que l'ossature de droit privé des sociétés publiques locales les amène mécaniquement à une meilleure lisibilité des conditions de la concurrence sur le marché dans lequel elles se meuvent, ce qui faciliterait de fait la comparaison avec les modes de gestion reposant sur le recours à des entreprises du secteur privé[1355].

Surtout, contrairement à ce que l'article L.1 du récent code de la commande publique paraît indiquer littéralement[1356], le choix de la SPL par une collectivité publique est loin d'être entièrement libre et exempt de considérations concurrentielles. En réalité, certaines règles existent qui soulignent la volonté du législateur de soumettre ces outils à une démarche de comparaison. Seulement, ces règles se présentent dans un ordre très dispersé et lacunaire, ce qui enjoint de réfléchir à la fois à leur situation actuelle, mais aussi aux voies envisageables de leur amélioration. A l'analyse, la situation actuelle se caractérise surtout par le refus d'un contrôle d'opportunité économique, financière et politique trop important sur ce choix, et par la soumission de cette procédure à des obligations de transparence de plus en plus fortes (chapitre 1). La voie de la transparence pourrait cependant amener à enraciner le choix de la SPL dans une méthodologie plus neutre et plus complète (chapitre 2).

---

[1353] NICINSKI, Sophie, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA*, 2010, p. 1759

[1354] LINOTTE, Didier, « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval », *RFDA* 2012, p. 1133.

[1355] *Cf.* par ex. KARPENSCHIF, Michaël, « Les entreprises publiques locales et l'égale concurrence », *JCP-A* 2013, p. 27-33.

[1356] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n° 0281 du 5 décembre 2018, texte n° 19 : titre préliminaire, article L.1 : « Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique ».

# Chapitre 1 : Un contrôle économique écarté au profit d'exigences de transparence

> « L'affirmation de la liberté de choix [du mode de gestion des services publics] des collectivités locales a été suivie par l'émergence d'un principe de transparence dans les modalités du choix. »
>
> Jean-Claude DOUENCE
> « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques (dir.), *Management local, de la gestion à la gouvernance,* Paris: Dalloz, 2004, p. 204.

> À propos de la création des SPL : « Il nous semble que le droit français ne pourra pas longtemps faire l'économie d'une évaluation préalable sur le choix du mode de gestion d'une opération. Si les personnes publiques doivent désormais procéder à des évaluations préalables au sein des contrats de la commande publique, il n'y a aucune raison que des pans entiers de marchés soient fermés au secteur privé sans que l'on vérifie si ce dernier n'aurait pas été plus efficace. »
>
> Sophie NICINSKI
> « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p. 1759.

Ces citations de Jean-Claude DOUENCE et de Sophie NICINSKI montrent la profondeur du débat sur la question de soumettre le choix d'un mode de gestion à une procédure transparente et efficace de comparaison. La question se dédouble pour les SPL, car elles représentent à la fois un mode de gestion, et une institution privée destinée dès sa conception à recevoir un contrat se rapprochant de ceux de la commande publique. Or, si le législateur de 2010 a bien prévu que les contrats de délégation de service public confiés aux SPL doivent passer par une procédure spéciale de transparence, ce régime est à la fois incomplet et inadapté pour ces instruments.

En effet, le cadre juridique du choix d'une SPL se présente de façon quelque peu dispersé. Tout d'abord, car choisir une SPL peut signifier plusieurs opérations juridiques qui ne correspondent pas au sens limité du choix d'un mode de gestion d'un service public local[1357].

---

[1357] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz*, dernière mise à jour janvier 2008.

Puisqu'aucune mise en concurrence n'est organisée, comment observer la création d'un lien entre une collectivité locale et une société publique locale ? Celui-ci peut s'observer le plus formellement, au-delà des contrats en eux-mêmes, à travers les autorisations que l'assemblée délibérante des collectivités peut donner à trois opérations possibles. En premier lieu, l'opération de création ou de prise de participation dans une société publique locale est soumise à une telle obligation. En second lieu, n'importe quel contrat liant la collectivité à la SPL doit théoriquement lui aussi être soumis à autorisation de signature à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale partenaire. Enfin, les contrats de délégation de service public avec une SPL sont, eux, soumis à un régime particulier, puisqu'un rapport technique doit être présenté à l'assemblée délibérante préalablement à la signature du contrat, et présentant les caractéristiques du contrat envisagé. Chacune de ces opération est en elle-même une étape dans un choix de gestion en faveur d'une société publique locale, mais les caractéristiques de quasi-régie de ces sociétés rendent ces distinctions classiques toutes relatives, voire inadéquates. Pourtant, toutes ces opérations ne sont pas soumises à un même degré de contrôle. Celles-ci présentent des degrés divers d'encadrement, qui traduisent pour le choix d'une société publique locale des considérations pro-concurrentielles différentes, voire contradictoires, selon les opérations envisagées.

Néanmoins, il ressort de l'étude de ces différentes procédures que le choix d'une société publique locale comme mode de gestion renforce, dans le sillage de la conception qui a lentement émergé en droit public français, une prérogative d'opportunité des collectivités territoriales (section 1). Toutefois, elles sont aussi soumises à un formalisme procédural particulier, qui encourage théoriquement le choix d'un mode gestion dans une démarche rationnelle, sans être assimilable à une mise en concurrence ou à une procédure véritablement pro-concurrentielle. Il s'agit plutôt d'une obligation procédurale de transparence minimale, qui s'affirme de plus en plus, et dont la SPL est un l'accélérateur (section 2).

# Section 1 : Une liberté de choix réaffirmée par la SPL

« Comment admettre l'absence de publicité et de concurrence [pour le choix d'] une société publique, même si la loi le prévoit ? » se demande Christian JULIENNE[1358]. Pour les détracteurs des sociétés publiques locales, la création de l'exception des SPL, entreprises presque en de nombreux

[1358] VERDIER-MOLINIE, Agnès, SERVIERE, Samuel-Frédéric, « Les sociétés publiques locales : une concurrence déloyale ? Entretien avec Christian Julienne », *Fondation IFRAP*, 5 mai 2010, accessible en ligne [http://www.ifrap.org/Les-societes-publiques-locales-une-concurrence-deloyale,11604.html], consulté le 1er janvier 2020.

points identiques à leurs compétiteurs privés, forme une concurrence déloyale, que ne pourrait juguler que leur mise en concurrence automatique de ces instruments. La SPL représente sinon la tentation pour les concurrents évincés sans procédure formalisée d'avoir recours à la contestation contentieuse « en permanence »[1359].

Les partisans de la mise en concurrence ou en comparaison des SPL tachent de démontrer que cette instrument pourrait être, à rebours du raisonnement jurisprudentiel européen qui en a amené la nécessité en droit français, l'occasion d'un rapprochement avec les procédures plus de la commande publique fondé sur la proximité matérielle et organique de ces sociétés avec les entreprises du secteur privé, ainsi que sur des principes concurrents à la liberté de choix du mode de gestion. Ce raisonnement, s'il est compréhensible, est néanmoins peu crédible dans les circonstances actuelles. En effet, le choix de la SPL comme mode de gestion représente plutôt l'aboutissement le plus clair de cette liberté de choix du mode de gestion que les collectivités locales ont longtemps attendu en pratique. Cette liberté se note tout d'abord dans le contrôle juridictionnel qui, bien que parfois précis, n'atteint pas le niveau d'un contrôle d'opportunité (I). Elle s'affirme dans l'élévation normative du principe du libre choix du mode de gestion, face aux principes qui pourraient être concurrents dans le cas de la SPL (II).

# I - Un contrôle juridictionnel limité sur le choix de la SPL

Le lent établissement dans la jurisprudence administrative d'une liberté de choix dans le mode de gestion des activités publiques se voit encore renforcé par la création de la société publique locale (A). Les arguments et les analyses allant dans le sens d'un renforcement des exigences jurisprudentielles sur la comparabilité ou la démonstration de l'efficience du recours à la SPL ne tiennent pas l'analyse (B).

## A) Le concept de quasi-régie comme renforcement d'une évolution jurisprudentielle libérale

L'idée de pouvoir discrétionnaire des collectivités territoriales dans leur choix d'un mode de gestion pour leurs activités connaît une consécration progressive dans la jurisprudence administrative française. Jean-Claude DOUENCE, dans la dernière édition de son fascicule consacré

[1359] *Ibidem.*

à cette question en 2008, jugeait avec mesure l'état de la jurisprudence en affirmant que celle-ci restait encore « au seuil d'une affirmation explicite »[1360] (1). Le juge administratif répond à cet appel à peine quelques années plus tard, et ce d'autant plus fermement que le contentieux européen des quasi-régies a nécessité la clarification de cette liberté. Celle-ci devient même, en même temps que l'affirmation législative des SPL, une liberté organisationnelle plus qu'une simple liberté de choix de mode de gestion (2).

### *1) Le lien ancien entre la reconnaissance jurisprudentielle d'un pouvoir discrétionnaire des collectivités locales dans le choix du mode de gestion et l'idée de quasi-régie*

Sur cette question de liberté de choix, Odile de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER souligne que le juge administratif a « solidement établi, depuis fort longtemps […] que tant qu'aucun texte législatif ne s'y oppose, il appartient à l'autorité gestionnaire et à elle seule d'apprécier comment la gestion du service public dont elle a la charge doit être assurée »[1361]. Seulement, si certaines jurisprudences permettent de retrouver dès le début du XXème des affirmations dans un tel sens, celles-ci ne reposent plus sur des bases logiques encore tout-à-fait valables aujourd'hui. Comme pour la reconnaissance de la contractualisation à l'intérieur d'une personne publique, et de son corollaire la liberté de contracter en quasi-régie[1362], il serait plus juste de reconnaître qu'il s'agit là d'un principe issu d'une sédimentation jurisprudentielle plus que d'un principe affirmé de tout temps par le juge administratif avec la même force et la même clarté. La reconnaissance de l'exception de quasi-régie et la création des sociétés publiques locales en 2006 et leur affirmation en 2010 rendent cette sédimentation plus sûre.

Les auteurs de doctrine relèvent que les premières indications de cette liberté de choix du mode de gestion se retrouvent dans les conclusions du commissaire du gouvernement ROMIEU sous un arrêt *Babin* du Conseil d'Etat du 4 mai 1906[1363], ainsi que dans un arrêt de cette même institution

---

[1360] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : Choix du mode de gestion », folio n° 6130, *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz,* mise à jour janvier 2008, § 27.

[1361] DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

[1362] *Cf. supra.*

[1363] CE, 4 mai 1906, *Babin,* n° 10.206, concl. Romieu : *R.* p. 363. Relevé notamment par GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit des services publics, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 632, et DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

du 1er avril 1960, *Guanter*[1364]*,* et encore dans un arrêt du 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*[1365]. Or, ces trois arrêts ne portent techniquement que sur la répartition ou la reconnaissance de la compétence réglementaire du pouvoir « organisation interne des services publics »[1366] détenu par les autorités publiques en cause[1367]. Pour être plus clair, avant l'affirmation de la décentralisation des collectivités territoriales en France en 1982-1983, parler d'une liberté du choix du mode de gestion assurée par le juge administratif paraît prématuré.

Ce sont les lois de décentralisation de 1982[1368] qui fournissent les premiers motifs de reconnaissance d'un principe de libre choix du mode de gestion. La Haute juridiction administrative se permet en effet d'être plus affirmative dans un arrêt du 18 mars 1988, *Loupias c/ Commune de Montreuil-Bellay*[1369], bien que sur une affaire portant sur une délibération antérieure à ces lois. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat forge une formule extrêmement significative. En l'occurrence, un administré contestait devant le Conseil d'Etat le choix d'un mode de gestion d'un service public à l'occasion du choix d'une commune de faire passer l'un de ses services de régie directe en contrat avec le secteur privé. La réponse du juge à la requête est très précise dans sa formulation :

> *« il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration […] en écartant l'exploitation en régie directe au profit de l'affermage ».*

Le Conseil d'Etat reconnaît là pour la première fois clairement un pouvoir discrétionnaire fort aux collectivités locales dans l'organisation de leurs services, et plus précisément dans leur décision de passer d'un mode de gestion à un autre, lorsqu'aucun texte ne prescrit une forme particulière à ce service. Face à cette décision administrative, il faut alors comprendre que le contrôle du juge

---

1364 CE, 1er avril 1960, *Guanter : R.* p. 249 ; *S.* 1960.III.239, note Sirat ; *Départements et communes* 1960, n° sept-oct., note Hourticq. Relevé notamment par GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit des services publics, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 632 ; aussi par DOUENCE, Jean-CLaude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz,* folio n° 6130, mise à jour février 2008, §32 et s. ; et par DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

1365 CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, n° 76250, publié au Recueil. Relevé par DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz,* folio n° 6130, mise à jour février 2008, §34 ; et DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

1366 Conclusions Romieu sous CE, 4 mai 1906, *Babin,* n° 10.206 : *R.* p. 363.

1367 L'arrêt *Babin* porte sur la reconnaissance du pouvoir ministériel, l'arrêt *Guanter* sur le pouvoir d'une collectivité territoriale par rapport aux instructions du préfet, et l'arrêt *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine* sur la répartition entre la compétence du maire et celle du conseil municipal d'organiser ces services internes.

1368 Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982, p. 730.

1369 CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893, *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289.

administratif est restreint, puisqu'il ne lui appartient pas de statuer sur l'opportunité de celle-ci[1370]. La formule de l'exclusion de l'opportunité revient ensuite dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à plusieurs reprise au sujet du choix du mode de gestion, toujours dans l'affirmation d'une telle liberté de choix, dans le sens d'une externalisation[1371] comme dans le sens d'une reprise en régie[1372].

Avant l'irruption de la question de la quasi-régie — irruption venue du droit de l'Union — la jurisprudence du juge administratif français ne semble donc pas hésitante quant à la question de savoir si les collectivités publiques peuvent être contrôlées juridictionnellement sur la pertinence de leur choix entre une gestion interne ou une gestion externalisée de leurs activités. Les contentieux européens sur les SEML amènent néanmoins le juge administratif à renforcer l'idée de ce pouvoir discrétionnaire en affirmant explicitement qu'il y a bien là une liberté de choix du mode de gestion, faisant ainsi en quelque sorte la jonction entre ce pouvoir discrétionnaire de choix et la liberté de ne pas avoir à déléguer ses activités à un tiers, liberté que le juge administratif avait déjà dégagé[1373] dans les arrêts *Bourrageas*[1374] et *Unipain*[1375].

### *2) La reconnaissance récente d'une véritable liberté organisationnelle sous l'influence du contentieux européen des quasi-régies*

Alors que les anciens arrêts du juge administratif ne parlent que de pouvoir discrétionnaire dans le choix de l'une ou l'autre voie de gestion, des arrêts plus récents viennent plus clairement établir une véritable liberté pour les collectivités publiques de pouvoir choisir de recourir à leurs propres moyens ou d'externaliser[1376] leurs activités. Il est évident que cette valorisation se fait sous l'égide du juge européen et du législateur français avec les SPL.

---

1370 MELLERAY, Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz,* janv. 2019.

1371 Par exemple, pour la disparition d'un service et le choix d'exercer ces activités dans un contrat d'affermage : CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau,* n° 97476, *R.* p. 13 : *Dr. adm.* 1992, comm. n° 81 ; *RFDA* 1992. p. 346.

1372 CE, 27 novembre 2002, *Société d'intérêt collectif agricole d'électricité de la région de Péronne,* n° 246764 et 246765 : *AJDA* 2003, p. 575.

1373 *Cf. supra.*

1374 CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659.

1375 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

1376 Dans une définition qui opposerait l'externalisation à la gestion par leurs propres moyens : cf. La multiplicité des définitions de l'externalisation *in* VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept*, Paris : Dalloz, 2018, 760 p.

Le juge européen reconnaît clairement dans son arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle* qu' « *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* »[1377]. Certes, comme en droit européen[1378], l'élévation normative française de la valeur de ce choix se fait néanmoins au détriment d'une parfaite clarté sur la portée exacte de cette liberté, mais cela n'empêche pas cette liberté de s'entendre désormais beaucoup plus clairement.

Pour la plupart des auteurs, l'arrêt le plus remarquable à cet égard est l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 27 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image*[1379], et donc postérieur à la consécration législative des SPL par la loi du 28 mai 2010. Dans le commentaire qui lui est consacré par Guylain CLAMOUR, la formulation de la haute assemblée impliquerait que le « choix (…) de réaliser en interne des prestations ou des fournitures plutôt que de recourir à des tiers, relève de l'opportunité et n'est donc pas susceptible d'être discuté devant le juge »[1380]. C'est aussi cet arrêt qui est mis en avant par Alain MENEMENIS au soutien de la présentation de l'article L.1 du Code de la commande publique comme principe fondamental reconnu par le juge administratif[1381]. Pourtant, le considérant (unique) du juge consacré à cette question du choix du mode gestion ne semble pas aussi clair sur la portée du contrôle juridictionnel que semble le consacrer les commentateurs. Ledit considérant indique uniquement que :

> *« les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens ; qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci »*

L'adjonction de l'adverbe « toujours » paraît présenter une liberté qui se veut de portée générale, et que l'utilisation du verbe « appartenir » sous-entend qu'il s'agit là d'un pouvoir plein et entier des personnes publiques. Cette jurisprudence tend ainsi à reprendre les dernières avancées en terme de création de service public géré en interne. Il fait écho aux conceptions françaises — arrêt

---

1377 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle,* § 48.

1378 *Cf. supra*, Partie 1, titre 1, chapitres 1 et 2.

1379 CE Ass., 27 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image*, n° 317827 : *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29-33, note V. Tchen ; *RLCT* 2012, n° 30, p. 29-32, note G. Clamour ; *AJDA* 2012, n° 1, p. 35-42, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Nouveaux Cahiers du Conseil Constit.* 2012, n° 37, p. 181-186, note H. Alcaraz.

1380 CLAMOUR, Guylain, « La concurrence publique de plein droit », *Revue Lamy de la Concurrence* 2011, n° 30, p. 29-32.

1381 MENEMENIS, Alain, *Code de la commande publique 2020 annoté et commenté, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 2020, 2540 p.

*Unipain*[1382] — et aux jurisprudences européennes sur la question qui, à l'occasion des contentieux sur des organismes de quasi-régie, avaient avancé ce droit[1383].

Pour la présentation explicite d'une liberté d'alternative entre les modes de gestion, la première décision visant exactement à répondre à cela semble être en effet plutôt l'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*[1384], quant à lui postérieur à la jurisprudence européenne et à la création des SPL d'aménagement en 2006. Ce grand arrêt de principe présente en effet deux alternatives possibles pour la gestion d'un service public[1385] : la possibilité de confier ledit service à un tiers par contrat (sauf exceptions), et la possibilité d'assurer directement la gestion du service (y compris par une quasi-régie). Mais cet arrêt vise surtout à encadrer ces modes de gestion, et non à poser en soi une liberté de choix entre les deux modes possibles, gestion confiée à un tiers — d'où l'idée de gestion externalisée[1386] — et gestion directe ou quasi-directe.

C'est vers un autre arrêt d'espèce du Conseil d'Etat, beaucoup moins mentionné dans ce sens[1387], qu'il vaut mieux se tourner pour vérifier la consécration explicite d'une telle liberté, et la portée de celle-ci : l'arrêt du 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*[1388], lui postérieur à la législation entérinant la création des SPL. A l'occasion de cette décision, qui portait sur la concession de la plage de Pampelonne, le juge du Palais Royal affirme effet que :

> *« la décision par laquelle une collectivité fait le choix de déléguer, ou non, un service public ou une partie de celui-ci, [échappe], ainsi qu'il vient d'être dit, au contrôle du juge de l'excès de pouvoir ».*

---

1382 CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

1383 Particulièrement : CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle,* § 48 : « 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 ».

1384 CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736 : *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher, p. 1153, édito L. Richer ; *RFDA* 2007, p. 821, concl. Séners, note J.-C. Douence ; *JCP A* 2007, n° 2111, note M. Karpenschif et n° 2125, note F. Linditch ; *CMP* 2007, n° 191, note G. Eckert ; *D.* 2007, p. 2617, note G. Clamour ; *RDP* 2007, n° 5, p. 1367, note O. Bui-Xuan ; *Concurrences* 2007, n° 3, p. 169, note B. du Marais et A. Sakon.

1385 Nous laissons donc de côté la troisième alternative, qui ne concerne pas la gestion d'une mission de service public, mais plutôt sa reconnaissance, malgré la possibilité pour une personne publique, « en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt [aux yeux d'une collectivité publique], [exercer] un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui [accorder], dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ». *Ibid.*

1386 L'idée de personne tierce renvoyant par analogie à l'extériorité.

1387 Voyez par ex. : DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

1388 CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 338285, mentionné aux Tables du Recueil : *AJDA* 2011, p. 189, note R. G. ; *CMP* 2011, comm. n° 85, note G. Eckert.

En présentant pour la première fois dans un même considérant toutes les alternatives, et en étant clair sur les conséquences de cette liberté des personnes publiques, le Conseil d'Etat établit enfin là une véritable liberté du choix du mode de gestion, utilisable à travers le pouvoir discrétionnaire reconnu aux personnes publiques par le juge. La concordance chronologique avec la jurisprudence européenne sur les quasi-régies et la législation sur les SPL laisse à penser que cette évolution dans le sens d'une affirmation de plus en plus claire incorpore et vise aussi ces instruments, les SPL clarifiant ainsi un peu plus la position juridictionnelle sur ce point. Cette concordance n'empêche pas les doutes quant à la portée exacte du contrôle juridictionnel mis en place, et son évolution. Il semble néanmoins qu'il ne faille pas faire trop de cas d'interprétations trop restrictives en ce sens.

## B) Le rejet des théories proposant la SPL comme opportunité d'un contrôle jurisprudentiel plus poussé

De manière générale, le contrôle du juge administratif sur la légalité des décisions administratives, particulièrement dans le domaine économique, a tendance à se préciser dans ses modalités, mais aussi à s'approfondir (ou s'intensifier[1389]) dans ses méthodes. La question peut donc se poser de savoir si l'irruption de la SPL dans ce contentieux, et notamment sa proximité organique et matérielle avec les entreprises du secteur privé, ne seraient pas des arguments jouant dans le sens d'un plus grand contrôle juridictionnel sur le choix du mode de gestion. Il faut dire qu'un contrôle minimal sur la décision administrative de choisir une SPL comme mode de gestion est effectivement incompressible, quant aux pans de la légalité de la décision qui ne concernent pas l'appréciation subjective de la collectivité (1). Toutefois, sur les fondements rationnels mêmes de la décision, le juge semble se nier de toute capacité de contrôle (2).

### *1) Un contrôle juridictionnel objectif minimal*

Le principe de liberté de choix — encore renforcé par sa récente codification législative — entraîne logiquement un contrôle restreint du juge administratif sur les motifs des décisions prises à ce titre, comme l'affirme clairement l'arrêt *Loupias*[1390]. Il convient néanmoins de noter qu'un

---

[1389] SEILLER, Bertrand, *Droit administratif t. 2 : l'action administrative, 2e éd.,* Paris : Flammarion, 2005, p. 231.

[1390] CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893, *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289.

contrôle minimal juridictionnel s'exerce bien sur la décision de choix, et donc sur la décision de choisir une SPL. Toutefois, ce contrôle reste extrêmement réduit.

Pour reprendre les termes du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Loupias*, il s'agit d'une question d'opportunité des personnes publiques, sur laquelle « il n'appartient pas [au juge administratif statuant au contentieux] de se prononcer ». Toutefois, contrôle restreint ne signifie pas absence de contrôle. La liberté de choix du mode de gestion n'est pas absolue, comme le souligne d'ailleurs indirectement la formulation de la directive concessions, réservant l'application du droit européen et du droit national[1391]. Mais sur un plan théorique, il est difficile de trouver des libertés absolues pour l'Administration qui ne soient pas susceptibles de limitations, ou au moins d'un contrôle juridique[1392]. Les commentateurs de doctrine ne sont pas toujours clairs sur le contrôle exact porté par le juge sur la liberté du choix du mode de gestion.

Guylain CLAMOUR, par exemple, notait que le choix du mode de gestion relève « de l'opportunité et n'est donc pas susceptible d'être discuté devant le juge »[1393]. A lire rapidement cette affirmation, il pourrait sembler que la décision administrative portant sur le choix du mode de gestion échapperait entièrement au juge de l'excès de pouvoir. Or, contrairement à certains actes

---

[1391] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2 : « La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, *conformément au droit national et de l'Union* » (c'est nous qui soulignons).

[1392] Même si la protection de la légalité des décisions de l'Administration peut être d'abord vue comme un symbole (CHEVALLIER, Jacques, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, p. 1651 et s. ; LOCHAK, Danièle, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387 ; RIVERO, Jean, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *in Mélanges J. Dabin*, Paris : Sirey, 1963, t. 2, p. 813 et s.), il n'en reste pas moins que l'ouverture des cas de contrôle est de plus en plus importante, notamment les actes de gouvernement d'un côté (AUVERT-FINCK, J. « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP* 1995, p. 130), et les mesures d'ordre interne et autres actes classiquement insusceptibles de recours en raison de leur faible impact décisionnel, comme les circulaires ou des actes de droit souple, de l'autre (voyez par exemple, à propos de l'arrêt CE Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmBH, n° 368082 : SEILLER, Bertrand, « La recevabilité des recours contre les actes composant le 'droit souple' ». *Gaz. Palais* 2016, p. 27-28). Voyez de manière générale : : COMBARNOUS, Michel, « Progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France », *Rev. adm.* 1999, n° spéc. 9, p. 167-176 ; et quelques thèses récentes sur le sujet : BLANCO, Florent, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir,* Aix-en-Provence : PUAM, 2010, 693 p. ; LELLIG, Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2015, 608 p. ; GALLARDO, Jean-Michel, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse de doctorat : droit public : Pau, 2002, 523 p. ; GHEZZOU, Brahim, *Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir,* thèse de doctorat : droit public : Dijon, 2017, 418 p. ; FRAYSSE-DRUESNE, Ghislaine, *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, thèse de doctorat : droit public, Paris, 1977, 491 p.
Il faut toutefois tempérer quelque peu ce propos suite à une dynamique récente allant dans la direction de la restriction des moyens invocables : *cf.* BARLOY, François, « La restriction des moyens de légalité invocables : la mort programmée du vice de procédure et de l'exception d'illégalité », *JCP-A* 2019, n° 25, p. 38-42 ; MELLERAY, Fabrice, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *Dr. adm.* 2012, n° 3, p. 29-31.

[1393] CLAMOUR, Guylain, « La concurrence publique de plein droit », *Revue Lamy de la Concurrence* 2011, n° 30, p. 29-32.

hautement politiques[1394] ou sans conséquence matérielle[1395], ce n'est pas tout-à-fait le cas : le juge administratif peut recevoir un recours sur une telle décision. Il est néanmoins intéressant de noter que cette ouverture du recours n'est pas aussi évidente qu'il y paraît : la Cour administrative d'Appel de Marseille dans un arrêt du 13 mai 2008 l'avait par exemple niée en se fondant sur l'idée que la délibération portant choix de principe sur la gestion n'était qu'une « mesure préparatoire »[1396], et par là, insusceptible de recours pour excès de pouvoir. La théorie des mesures préparatoires permet au juge administratif de refuser le contrôle d'acte n'étant pas en eux-mêmes des décisions[1397]. Elle permet d'écarter les recours aux conséquences médiocres sur les moindres faits et gestes de l'Administration. Le choix de principe d'une collectivité sur un mode de gestion, protégé par la liberté dont il est entouré, nécessite-t-il d'être contrôlé, alors qu'il s'agit — par définition — d'une liberté des collectivités ? Dans le cadre d'un choix se portant sur une société publique locale, l'interrogation est encore renforcée, car l'activité est alors le plus souvent exercée en quasi-régie, sans techniquement mêler de concurrents commerciaux à l'affaire. Une telle décision, portant finalement sur l'organisation interne des collectivités territoriales, a-t-elle des conséquences suffisantes pour justifier un contrôle juridictionnel ? Une telle décision se rapproche en effet intellectuellement d'une mesure d'organisation intérieure d'un service.

Saisi d'un pourvoi dans l'affaire de la CAA de Marseille, le Conseil d'Etat a cassé cet arrêt sur ce point en reconnaissant au contraire explicitement que le choix du mode de gestion constitue bien une décision administrative exécutoire susceptible d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir[1398]. La dynamique historique expansive du contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir sur les décisions de l'Administration n'y est pas étrangère, le juge contrôlant de plus en plus d'actes de

---

1394 C'est la théorie des actes de gouvernement : CARPENTIER, Elise, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA* 2015, p. 799-805.

1395 C'est par exemple la théorie des mesures d'ordre intérieur : CHAUVET, Clément, « Que reste-t-il de la 'théorie' des mesures d'ordre intérieur ? », *AJDA* 2015, n° 14, p. 793-798. Voyez aussi la liste exhaustive indiquée dans PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 1413-1414, qui inclue : les avis, les simples voeux, les actes préparatoires, les actes qui constituent des mesures préparatoires à une décision finale. Il faut bien remarquer que tous ces actes pourraient, dans une interprétation large, concerner le choix d'une SPL comme mode de gestion d'une activité publique, puisque cette délibération n'emporte *pas* le transfert de responsabilité et de gestion, mais informe de la volonté d'y procéder selon ce mode de gestion particulier.

1396 CAA Marseille, 13 mai 2008, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement FARE Sud*, n° 05MA02420 : *AJDA* 2008, p. 1494, note J.-D. Dreyfus.

1397 CE Sect., 15 mai 1936, *Société des services contractuels des messageries maritimes* : *R*. p. 548 ; CE, 25 novembre 1977, *Compagnie des architectes en chef des bâtiments de France*, n° 03158 : *R*. p. 463 ; CE, 30 septembre 1994, *Bourgi*, n° 146476 : *R*. p. 418. Voyez aussi : COMBREXELLE, Jean-Denis, « L'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes préparatoires », *RFDA* 1996, n° 6, p. 1169-1180.

1398 CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement (FARE),* n° 318342 : *CMP* 2011, n° 1, comm. 21, note G. Eckert.

l'Administration[1399]. L'organisation interne des collectivités territoriales n'y échappe pas : depuis fort longtemps le juge administratif se reconnaît compétent pour traiter de questions relevant de l'organisation des services publics[1400]. Contrairement aux formulations lapidaires du Conseil d'Etat, qui dans l'arrêt *Ramatuelle* du 27 janvier 2011 par exemple, indiquait que « *la décision par laquelle une collectivité fait le choix de déléguer, ou non, un service public ou une partie de celui-ci, [échappe], ainsi qu'il vient d'être dit, au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* »[1401], un contrôle juridictionnel existe donc bien. La question est non pas son existence mais celles des moyens invocables.

En réalité, la liberté invoquée pour le choix du mode de gestion n'exclut qu'un seul type de moyen juridique d'illégalité : celui de l'erreur sur la qualification juridique des faits[1402], et même plus précisément le contrôle des motifs justifiants la décision[1403]. La décision de faire appel à une société publique locale reste donc contrôlée juridictionnellement sous l'angle de tous les autres moyens d'illégalité pouvant affectant une décision administration[1404] : problèmes de légalité externe (incompétence de l'auteur, vice de procédure et vice de forme), et de légalité interne (violation de la loi, erreur de droit, erreur de fait, détournement de procédure et détournement de pouvoir). C'est sur le degré d'intensité de ce contrôle que le juge administratif joue pour faire apparaître une véritable compétence d'opportunité des collectivités territoriales. Cette non-limitation du contrôle n'est-elle pas une réduction importante de la liberté des collectivités locales ?

Certes, le degré d'intensité utilisé par le juge administratif, n'étant inscrit dans aucun texte[1405], peut toujours évoluer. Il est toujours possible d'imaginer que l'irruption de la société

---

[1399] Voyez, entre autres : CLAEYS, Antoine, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir,* thèse de doctorat : droit public, Poitiers, 2005, 2 vol., 1187 p., et pour une vision plus datée : LAMPUE, P., « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXème siècle », *RISA* 1954, p. 359 et s.

[1400] D'autant plus que celle-ci peut avoir des conséquences au-delà du choix du mode de gestion, par exemple quand une activité est créée en même temps que son mode de gestion est choisi. Cette dernière question est toutefois différente de la question du choix du mode de gestion en tant que tel, et nous la traiterons plus en détails au prochain chapitre. Concernant le contrôle juridictionnel du fonctionnement en lui-même du service public, voyez : DOUENCE, Maylis, « La naissance du pouvoir d'organisation du service public dans la jurisprudence administrative des années 1900 », *in* GULGLIELMI, Gilles J. (dir.), *Histoire et service public,* Paris : PUF, 2004, p. 295-327 ;

[1401] CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 338285, mentionné aux Tables du Recueil : *AJDA* 2011, p. 189, note R. G. ; *CMP* 2011, comm. n° 85, note G. Eckert.

[1402] CE, 4 avril 1914, *Gomel* : *R.* p. 488 : *Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 22e éd., Paris : Dalloz, 2019, n° 29 ; MOUTOUALLAGUIN, Siva, « Le centenaire de l'arrêt *Gomel,* entre ombre et lumière », *Dr. adm.* 2015, n° 6, p. 13-18.

[1403] *Ibidem,* et comp. CE Ass., 13 mars 1953, *Teissier : R.* p. 133 : *Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 22e éd., Paris : Dalloz, 2019, n° 71. Evidemment, le contrôle juridictionnel peut évoluer en fonction des exigences textuelles relatives à la motivation, qui ne sont pas toutes équivalentes : PACTEAU, Bernard, *Le juge administratif et les motifs de l'acte administratif,* Paris : LGDJ, 1977, 263 p.

[1404] Voyez : MELLERAY, Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz,* janv. 2019.

[1405] *Ibidem.*

publique locale dans le paysage de la gestion publique locale notamment, ouvrant toujours plus de libertés aux collectivités territoriales quant à leurs modes et à leurs institutions de gestion, appelle en échange à un rééquilibrage du contrôle juridictionnel au profit d'une vérification de la légalité plus approfondie. La dynamique historique du contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat dans le recours pour excès de pouvoir, et notamment dans celui des motifs, pointe vers cette possibilité[1406]. De plus, il est souvent relevé que le contrôle de légalité, par son existence même, ou par sa menace, a des « vertus managériales »[1407], puisqu'il incite les administrations publiques à mieux motiver, et donc à plus étudier et travailler leurs projets[1408]. L'approfondissement d'un tel contrôle, inexistant pour le choix d'une société publique locale, apparaît donc en termes de management public, ou en termes de démarche pro-concurrentielle, une piste qui ne peut être écartée sans réflexion.

Toutefois, une telle piste paraît complètement contradictoire avec les fondements et la philosophie de la SPL, ainsi qu'avec la dynamique historique de reconnaissance d'un pouvoir d'opportunité des collectivités locales dans ce domaine. En ce sens, la SPL offre une clarification bienvenue, par sa confirmation de la justesse des vues antérieures du juge administratif dans le domaine de la liberté de choix du mode de gestion. Cette liberté semble tellement importante que même le contrôle subjectif ultime du juge administratif, que celui-ci maintient dans les domaines où une importante marge d'opportunité ou liberté est reconnue à des autorités publiques, ne semble pas s'appliquer à ce choix, alors pourtant que certains commentateurs verraient bien ce système s'appliquer à la SPL.

### *2) Le refus entier d'un contrôle subjectif : l'erreur manifeste d'appréciation écartée*

La société publique locale, emportant une véritable confusion de la classification traditionnelle des types et des modes de gestion, entre gestion directe et gestion indirecte, gestion publique et gestion privée, ne favorise pas la clarté dans le choix des modes de gestion des activités publiques locales. Pourtant, le juge administratif refuse de contrôler même l'existence d'erreurs les plus grossières des collectivités territoriales en ce domaine, ce qui va à l'encontre de sa dynamique jurisprudentielle générale. Les SPL ne pourraient-elle alors être le déclencheur du passage à un

---

1406 KTISTAKI, Stavroula, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif,* Paris : LGDJ, 1991, 472 p.

1407 LABIE, François, « Droit public et management public », *in* AMANN, Bruno (dir.), *Gestion et droit,* Paris : Dalloz, 2000, p. 102.

1408 Martin COLLET note aussi que le contrôle juridictionnel sur la gestion légitime de plus *a posteriori* le choix des autorités : Martin COLLET, *Finances publiques 2017-2018*, 2e éd., Paris : LGDJ, 2017, p. 23-30.

contrôle plus élaboré sur la décision de choix du mode de gestion ? Une analyse critique démontre que cela est très peu probable.

Le contrôle de l'erreur sur la qualification juridique des faits, et plus précisément le contrôle des motifs justifiants une décision administrative, connaît divers degrés d'intensité[1409]. C'est surtout à ce niveau que le terme de liberté s'affirme, car dans sa pratique sur le choix du mode de gestion, le juge administratif semble favoriser l'absence totale de contrôle des motifs du choix. Parmi d'autres, Gabriel ECKERT constate que, sur le choix du mode de gestion, le juge n'exerce « aucun contrôle de la qualification des faits, pas même de l'erreur manifeste d'appréciation »[1410]. L'absence de contrôle de ce moyen consacre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire entièrement libre sur les motifs de la prise de décision. Pourtant, plusieurs auteurs s'étonnent d'ailleurs déjà que le choix du mode de gestion d'une activité publique locale ne soit pas soumis par le juge à ce contrôle restreint de l'erreur manifeste. Pour Odile de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER notamment, la « timidité du juge semble très discutable »[1411] sur ce point, notamment après le développement des SPL. Christophe MONDOU[1412] repère, lui, en 1994 dans une décision du tribunal administratif de Pau de 1988[1413] l'émergence d'un tel contrôle, mais qui ne semble toujours pas confirmé.

Cette idée classique est-elle encore compatible avec la création des sociétés publiques locales? La nouveauté et l'entièreté de cette liberté ne devraient-elles pas en échange s'accommoder d'un contrôle plus intense du juge administratif sur leurs pratiques? Il faut confronter la création de la SPL à une autre dynamique historique du droit français : la progression du contrôle du juge administratif, particulièrement sur les motifs des actes des collectivités territoriales[1414].

---

[1409] MELLERAY, Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz,* janv. 2019.

[1410] ECKERT, Gabriel, « Recours contre la délibération se prononçant sur le mode de gestion du service public », *CMP* 2011, n° 1, comm. 21.

[1411] DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

[1412] MONDOU, Christophe, *Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux,* thèse de doctorat : droit public : Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1994, 388 p.

[1413] TA Bordeaux, 29 septembre 1988, *Rocher et al. c/ Département de la Gironde* : *RFDA* 1989, n° 3, p. 530, note J.-F. Lachaume.

[1414] GONOD, Pascale, GUYOMAR, Mattias, « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz,* octobre 2008, § 6 : Historiquement, pour prendre l'exemple du premier contrôle des motifs d'un acte administratif : « d'un point de vue quantitatif, les autorités locales sont plus fréquemment censurées pour ce grief [de détournement de pouvoir] que les autorités centrales envers lesquelles le juge semble manifester une certaine timidité ». Il est probable que cette remarque vaille encore aujourd'hui, les motifs de l'Etat étant plus facilement autorisés car pris dans une optique de politique générale, alors que ceux des collectivités territoriales doivent respecter leurs compétences mais aussi un intérêt public local.

En effet, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est souvent présenté comme le contrôle le moins intrusif des libertés[1415]. Ne pourrait-il être compatible avec le contrôle de légalité de la décision de choix de la SPL comme mode de gestion ? Ce contrôle minimum ne sanctionne que les erreurs absolument évidentes et inadmissibles qui ont fondé les motifs de décision de l'Administration[1416]. L'établissement d'un tel contrôle peut en effet difficilement être représenté comme la violation d'une liberté publique, et doit plutôt être présenté comme une limitation des pouvoirs dans le cadre de la raisonnabilité[1417]. Ce contrôle permet de faire sortir de la zone d'absence de contrôle des décisions administratives classiquement exclues sans pour autant limiter drastiquement les libertés de l'Administration[1418]. Il s'agit d'une évolution tendancielle au profit des administrés, qui peuvent ainsi mieux contrôleur leur Administration, ce qui se comprend parfaitement dans un régime ayant la volonté de devenir toujours plus démocratique et plus respectueux de l'Etat de droit[1419].

Or, sur un contentieux proche de la décision de principe sur le choix du mode de gestion — celui du choix d'un délégataire de service public — le contrôle du juge administratif est passé en 2008 d'une absence de contrôle à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[1420]. Pourtant, dans ce choix aussi, la liberté des collectivités publiques — leur compétence discrétionnaire en la matière — paraissait avoir vocation à empêcher tout contrôle juridictionnel sur ce choix. Dans ce contentieux, les exigences de plus en plus fortes de transparence et de bonne administration dans la commande publique ont amené le juge à accroître l'intensité de son contrôle. Cela conduit Jean-David DREYFUS à se demander si ce contrôle « ne s'entendra […] pas un jour au mode de gestion des services publics puis au choix d'externaliser ou non un service »[1421].

Cependant, même si la position du juge pourrait effectivement, en l'absence d'interdiction en ce sens, évoluer quelque peu à travers l'erreur manifeste d'appréciation, cela ne bouleverserait

---

1415 BOURGOIS, Jean-Pierre, *L'erreur manifeste d'appréciation : la décision administrative, le juge et la force de l'évidence,* Villeneuve-d'Ascq : L'Espace Juridique, 1988, 341 p.

1416 L'erreur manifeste d'appréciation se définit comme « une erreur grossière, flagrante, réparable par le simple bon sens, et qui entraîne une solution choquante dans l'appréciation des faits par l'autorité administrative » (VAN LANG, Agathe, GONDOUIN, Geneviève, INSERGUET-BRISSET, Véronique, *Dictionnaire de droit administratif, 7e éd.,* Paris : A. Colin, 2015).

1417 Selon Raymond ODENT, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est « destiné à imposer aux autorités administratives un minimum de bon sens et de logique » (ODENT, Raymond, *Contentieux administratif, tome 2,* Paris : Dalloz, 2007, reproduction des ouvrages de 1981, p. 564).

1418 BOURGOIS, Jean-Pierre, *L'erreur manifeste d'appréciation : la décision administrative, le juge et la force de l'évidence,* Villeneuve-d'Ascq : L'Espace Juridique, 1988, p. 11.

1419 FRIER, Pierre-Laurent, « Motifs : contrôle », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz,* oct. 2014, § 49.

1420 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794 : *BJCP* 2008, n° 62, p. 55, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2008, n° 12, p. 23, note G. Eckert ; *AJDA* 2008, n° 44, p. 2454, note L. Richer ; *BJCP* 2008, n° 62, p. 7, comm. T. Pez ; *RLCT* 2009, n° 43, p. 40, note D. Capitant ; *Revue des contrats* 2009, n° 2, p. 675, note P. Brunet

1421 DREYFUS, Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA* 2009, p. 1529.

pas radicalement la situation de la liberté du choix du de mode de gestion qui semble de mieux en mieux installée. L'idée même d'un contrôle accru reste pour l'instant très éloignée de la réalité du choix des SPL et des quasi-régies comme modes de gestion. Le renforcement spectaculaire du cadre normatif légal européen et national en atteste d'autant plus.

# II - Une liberté reconnue positivement par les textes

Le nouveau Code de la commande publique de 2019 indique désormais expressément, à son article L.1, que « *les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ». Cette précision textuelle entérine désormais positivement les solutions jurisprudentielles. La consécration législative de ce principe est clairement liée à l'irruption de l'exception de quasi-régies, et ne peut donc que profiter à plein pour les sociétés publiques locales qui peuvent désormais s'en réclamer directement (A). Quant à sa portée, ce principe ne semble pas pouvoir être remis en cause ni par l'interprétation restrictive du droit européen de la commande publique, ni par d'autres principes émergents comme celui de bonne gestion, assurant ainsi une valeur incontestable à ce principe (B).

## A) Une codification du principe de libre choix liée à l'irruption des quasi-régies

Aiguillé par la jurisprudence européenne sur les quasi-régies, le législateur européen adopte explicitement un « principe de libre administration » qui entraîne la liberté des adjudicateurs publics de choisir entre la gestion interne et la gestion externe (1). Ce principe est transposé, bien que quelque peu amoindri, en droit français, où il trouve à s'appliquer aisément aux SPL (2).

### *1) Un principe induit par le droit européen des quasi-régies*

Le contentieux important et novateur relatif aux entités de quasi-régie au niveau européen a permis au juge communautaire de formuler d'audacieuses formules intéressant la libre organisation des collectivités publiques. Il ressort de ces décisions que le choix entre la réalisation d'activités

publiques par des services internes ou par des services externes — sous forme de commande publique — est pour le droit européen une liberté des collectivités publiques.

Confronté à la difficulté de soumettre ou d'exclure les quasi-régies des obligations de concurrence, le juge européen commence par construire la prémisse selon laquelle « 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 obligé de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »[1422]. Cette formule, qui n'apparaissait d'ailleurs pas dans l'arrêt de principe *Teckal*[1423] consacrant pour la première fois la possibilité d'une quasi-régie, est par la suite retenue pour confirmer cette position. Les arrêts suivants de la Cour de justice n'établissent toutefois pas cette liberté comme un principe fondamental. Par exemple, en suivant la formulation de l'arrêt du 8 décembre 2016 *Undis* — portant postérieur à l'adoption des directives — cette possibilité reste une exception aux règles générales de la commande publique[1424].

C'est le législateur européen — et au sein de celui-ci, particulièrement le parlement — qui amplifie cette formule en 2014, passant ainsi clairement d'un principe relatif aux entités de quasi-régie à un principe général de la commande publique européenne. Au départ occulté dans les versions présentées par la Commission, le Parlement européen intègre dans chaque texte une formule particulière entérinant ce principe — formule adoptée telle quelle dans la version finale des textes[1425]. Ce principe s'exprime particulièrement à l'article 2 de la directive 2014/23 sur les concessions, et à l'article 1er, paragraphe 4 de la directive 2014/24 sur les marchés publics.

---

1422 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle,* § 48.

1423 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121.

1424 CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona,* § 30 : « Étant donné qu'une autorité publique 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 (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C−26/03, EU:C:2005:5, point 48), la Cour a justifié la reconnaissance de l'exception en ce qui concerne les attributions dites « in house » par le lien interne particulier qui existe, dans un tel cas, entre le pouvoir adjudicateur et l'entité attributaire, même si cette dernière est une entité juridiquement distincte du premier (voir, en ce sens, arrêt du 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme*, C−15/13, EU:C:2014:303, point 29). Dans de tels cas, il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a, en réalité, recours à ses propres moyens (voir, en ce sens, arrêt du 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme*, C−15/13, EU:C:2014:303, point 25) et que l'entité attributaire fait quasiment partie des services internes de celui-ci. » (c'est nous qui soulignons).

1425 Voyez pour les concessions : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM/2011/0897 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0024. Et pour les marchés publics : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Marc TARABELLA au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0007/2013, du 11 janvier 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0025.

La formule de la directive marchés publics est assez réservée. Il s'agit principalement de limiter l'influence ou l'ingérence du droit de l'Union sur les droits nationaux, en indiquant que la directive « n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les pouvoirs publics de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques »[1426]. Il est remarquable tout d'abord qu'il s'agisse là d'additions parlementaires[1427] au texte proposé par la Commission[1428], et qui se base, selon la justification du rapport parlementaire[1429], sur le principe de l'autonomie locale reconnue par le traité de Lisbonne à son article 4, et aux droits reconnus des collectivités publiques d'organiser les services d'intérêt économique général dans le protocole n° 26 annexé à ce traité.

Il est intéressant de noter en effet que le traité de Lisbonne de 2007 pourrait former une base légale importante à ce principe, notamment grâce au protocole additionnel interprétatif relatif aux services d'intérêt général[1430]. Ce protocole, malgré son intitulé, s'intéresse en effet moins à la définition des services d'intérêt général qu'à la proclamation d'un « large pouvoir discrétionnaire des autorités » publiques « pour fournir, faire exécuter et organiser »[1431] lesdits services. Or, les protocoles additionnels, bien qu'ils ne soient qu'interprétatifs et n'aient pas la même charge normative que les traités eux-même, ont juridiquement la même valeur que les traités fondamentaux[1432]. Toutefois, force est de remarquer que cet argument juridique n'a pour l'instant jamais été lié directement par la jurisprudence européenne au contentieux de la commande publique. Il s'agit peut-être là d'une sous-utilisation liée à la considération que ce protocole, nominativement relatif aux services d'intérêt général, ne vise pas et n'est pas directement applicable

---

[1426] 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 1er.

[1427] Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0025.

[1428] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM/2011/0896 final, du 20 décembre 2011.

[1429] Rapport de M. Marc TARABELLA au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0007/2013, du 11 janvier 2013.

[1430] Protocole sur les services d'intérêt général annexé au traité de l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne : *JOUE* du 17 décembre 2007, C 306/1.

[1431] *Ibidem*, article premier.

[1432] Voyez : RODRIGUES, Stéphane, « Les services d'intérêt (économique) général de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ? », *Revue de l'Union européenne* 2018, p. 283.

aux règles relatives à la commande publique[1433]. L'absence de reprise de cet argument dans les contentieux relatif à la commande publique semble en tout cas en démontrer l'impuissance de ce protocole dans ce champ — du moins pour l'instant — contredisant quelque peu le sentiment optimiste de Stéphane RODRIGUES et Jean-David DREYFUS qui y voyaient une possibilité d'avenir en 2009[1434].

Allant beaucoup plus loin que la directive marchés publics, c'est tout un article de la directive concessions qui est consacré à l'idée d'un libre choix du mode de gestion. Intitulé « Principe de libre administration par les pouvoirs publics », notamment après l'insistance du parlement européen[1435], cet article 2 de la directive indique précisément « [reconnaître] le principe de libre administration par les autorités » publiques, et en infère que ces mêmes autorités sont « libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié »[1436]. Les autorités publiques peuvent pour cela utiliser « leurs propres ressources ou en coopération »[1437], ou bien faire appel à des tiers. La rédaction ne laisse *a priori* pas de doute sur le caractère de principe normatif de cette liberté dans le choix du mode de gestion, et son lien avec un principe européen de libre administration des collectivités publiques[1438].

Pourtant, les ouvrages et articles consacrés au droit européen de la commande publique[1439] ne mentionnent d'ailleurs pas ce principe dans leurs développements justement consacrés aux

---

[1433] Par exemple, dans l'important arrêt CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA,* portant sur le *in house* et postérieur à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (le 1er décembre 2009), aucune référence au protocole sur les SIG n'est faite. Il en est de même pour les conclusions de l'avocat général Pablo CRUZ VILLALON, ainsi que dans les commentaires français de cette décision : *AJDA* 2013, p. 178, note J.-D. DREYFUS, et *RDI* 2013, p. 212, note R. NOGUELLOU. Un peu plus logiquement, dans l'important arrêt de la grande chambre de la CJCE sur le sujet de la coopération entre collectivités publiques du 9 juin 2009, soit juste avant l'entrée en application du traité de Lisbonne, *Commission c/ Allemagne,* aff. C-480/09 (*R.* 2009 p. I-04747), aucune mention n'est faite non plus au protocole sur les SIG. Les conclusions de l'avocat général Ján MAZAK n'y font pas non plus allusion. Les plupart des commentateurs français n'y font pas non plus référence, à l'exception de Stéphane RODRIGUES et Jean-David DREYFUS (« La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *AJDA* 2009, p. 1715). Voyez : GLATT, Jean-Mathieu, « La 'relative' distinction entre prestation in house et coopération intercommunale », *LPA* 2009, n° 151, p. 10 ; LINDITCH, Florian, « La Cour de justice des communautés accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération », *JCP-A* 2009, n° 44, note 2248 ; NOGUELLOU, Rozen, « Net assouplissement sur le front de la coopération locale », *AJDA* 2009, p. 1131.

[1434] DREYFUS, Jean-David, RODRIGUES, Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *AJDA* 2009, p. 1715.

[1435] Comp. : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM/2011/0897 final, du 20 décembre 2011 ; Rapport de M. Philippe JUVIN au nom de la Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, n° A7-0030/2013, du 1er février 2013 ; et Avis du Parlement européen en première lecture sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 15 janvier 2014, P7_TA(2014)0024.

[1436] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2.

[1437] *Ibidem.*

[1438] *Cf.* le titre de l'article 2.

[1439] Voyez par exemple : DE LA ROSA, Stéphane, *Droit européen de la commande publique,* Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 15-108.

principes de la commande publique, pouvant ainsi poser légitimement la question de sa conciliation avec ceux-ci[1440]. L'affirmation de la liberté n'est de plus pas absolue. Ce principe de libre choix, précise en effet l'article, cède devant le respect du droit national et du droit de l'Union. Cela signifie-t-il qu'il doive céder devant d'autres principes du droit européen de la commande publique mis en avant par les juges, comme la transparence, l'égalité de traitement et la mise en concurrence ? Une telle interprétation irait évidemment entièrement à l'encontre du but de cet article 2. La jurisprudence de la Cour de justice sur les quasi-régies doit éclairer la portée de ce principe désormais législatif. La formulation d'une liberté des collectivités publiques de pouvoir choisir entre commande publique et internalisation d'une activité sous-entend en effet — non pas forcément une supériorité normative — mais une nécessaire *antériorité logique* de l'application de cette liberté par rapport aux autres principes fondamentaux de la commande publique (comme l'égalité de traitement devant la commande publique). Cette liberté est bien un principe de la commande publique européenne. Face à la proclamation d'une telle liberté européenne, la transposition française semble d'ailleurs relativement timorée.

### *2) La transposition sobre de cette liberté en droit français*

La transposition de ce principe européen dans le droit écrit français se fait de façon mesurée, voire très mesurée, car elle ne reprend pas en tant que telle l'idée européenne d'un principe d'autonomie organisationnelle dans la commande publique — alors même que ce principe existe textuellement au niveau constitutionnel pour les collectivités territoriales[1441]. Cette appui constitutionnel permet de discerner là la matérialisation d'une liberté constitutionnelle elle-même trop imprécise et souvent de peu de portée. Le cumul des deux textes assure sans doute une plus grande valeur à l'affirmation de cette liberté.

La réception en droit français est néanmoins étrangement mesurée. La transposition des nouveautés de la directive sur les marchés publics, par le décret n° 2014-1097 du 24 septembre 2014[1442], puis l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015[1443] et enfin le décret n° 2016-360 du 25

---

[1440] *Cf. infra.*

[1441] *Cf.* Article 72 de la Constitution de la Ve République. Voyez : BACAYONIS, Constantinos, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales,* Paris : Economica, 1993, 319 p.

[1442] Décret n° 2014-1097 du 24 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics : *JORF* n°0225 du 28 septembre 2014 page 15782, texte n° 31.

[1443] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602, texte n° 38.

mars 2016[1444] ne reprend pas le principe de liberté enchâssé dans l'article 1er de cette directive. Il faut attendre la transposition de la directive concessions par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016[1445] pour que le principe apparaisse en tant que tel dans le droit français écrit. Il n'est, en conséquence, à l'époque, textuellement applicable qu'aux concessions. De plus, la transposition de la directive concessions, à l'article 4 de la dernière ordonnance citée, reste très prudente, ne s'éloigne absolument pas du texte européen[1446], et ne reprend donc pas les avancées jurisprudentielles administratives connues à l'époque. Cela n'empêche pas le rapport gouvernemental présentant l'ordonnance d'indiquer qu'il s'agit là de « [préserver] la liberté des personnes publiques de choisir librement le mode de gestion de leurs services publics »[1447].

Il faut attendre l'ordonnance de création du nouveau Code de la commande publique, du 26 novembre 2018[1448], pour que ce principe apparaisse au pinacle de l'architecture du code, soulignant son applicabilité aussi bien aux contrats de marché public qu'aux contrats de concession. Cette fois-ci, la formulation s'éloigne quelque peu de celle de la directive concessions, et ne s'appuie pas non plus sur les principes évoqués par le protocole n° 26 du TFUE[1449]. Alors que la directive « [reconnaissait] » dans un premier mouvement « le principe de libre administration » des autorités

---

[1444] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF* n°0074 du 27 mars 2016, texte n° 28.

[1445] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF* n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66.

[1446] Il est à la limite légèrement moins permissif. En effet, l'article 4 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession se lisait :
« Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques.
Le mode de gestion choisi permet d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics. »
Tandis que l'article 2 de la directive n° 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession se lit ainsi :
« Principe de libre administration par les pouvoirs publics
1. La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. *Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.*
*Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques.*
2. La présente directive n'affecte pas les régimes de la propriété des États membres. En particulier, elle n'impose pas la privatisation d'entreprises publiques qui fournissent des services au public. » (c'est nous qui soulignons).
En somme, l'Etat français a plutôt laissé de côté certaines avancées européennes : notamment sur la reconnaissance en tant que telle d'une liberté d'administration (qui aurait pu toutefois être redondante avec l'affirmation constitutionnelle).

[1447] Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : *JORF* n° 25 du 30 janvier 2016, texte n° 65.

[1448] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique : *JORF* n° 0281 du 5 décembre 2018, texte n° 19.

[1449] L'Etat français n'est évidemment pas soumis à une obligation de transposition de ce protocole, mais le gouvernement et le législateur auraient pu s'en inspirer cependant, étant donné la proximité des textes ici en cause. Rappelons que le protocole n° 26 annexé au traité de Lisbonne, reconnaît un « large pouvoir discrétionnaire des autorités » publiques « pour fournir, faire exécuter et organiser » les activités de services d'intérêt général.

publiques, puis indiquait que « ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services », l'article L.1 du nouveau Code de la commande publique affirme plus sobrement que « *les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ». Cette formule s'approche plus, cette fois-ci, des formulations plus frugales en terme de liberté des arrêts du Conseil d'Etat[1450]. Cela n'empêche pas Alain MENEMENIS de présenter l'article L. 1 du Code de la commande publique comme un « principe fondamental — qui vaut aussi bien pour le droit de l'Union qu'en droit interne — selon lequel les acheteurs et les autorités concédantes – notamment les personnes publiques – ne sont jamais tenus d'externaliser »[1451]. Il semble que cela soit effectivement l'approche la plus logique à prendre. La portée exacte de cette affirmation se voit confirmée par le peu d'opposition logique et de nécessités de conciliation que ce principe rencontre en droit français.

## B) Une portée normative large de cette liberté

Le principe de libre choix du mode de gestion, particulièrement quand la société publique locale en est bénéficiaire — solution à mi-chemin entre gestion directe et gestion externalisée au secteur privé — doit être interprété à la lumière des autres principes applicables à l'externalisation de la gestion des activités publiques. « La complexité des articulations »[1452] de ces principes entre eux pose la question de l'application de ceux-ci ou de ceux-là à la procédure de choix de la société publique locale comme mode de gestion. Par son aspect seulement fictionnel de quasi-régie, le principe de libre choix d'une société publique locale pourrait en effet se voir opposer les principes fondamentaux applicables aux contrats de la commande publique, qui eux ont été affirmés par le juge constitutionnel. Cela ne serait toutefois pas cohérent étant donné l'antériorité logique du choix par rapport à la mise en concurrence (1). De même, face à l'instrument nouveau et par définition perturbateur des schémas classiques que représente la SPL, le principe émergent de bonne gestion

---

[1450] CE Ass., 27 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image*, n° 317827 : *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29-33, note V. Tchen ; *RLCT* 2012, n° 30, p. 29-32, note G. Clamour ; *AJDA* 2012, n° 1, p. 35-42, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Nouveaux Cahiers du Conseil Constit.* 2012, n° 37, p. 181-186, note H. Alcaraz : Selon cet arrêt, antérieur à l'adoption des directives européennes, « les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens ; […] il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci ». *Cf. infra.*

[1451] MENEMENIS, Alain, *Code de la commande publique 2020 annoté et commenté, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 2020, 2540 p.

[1452] CLAMOUR, Guylain, « La codification des principes constitutionnels dans le Code de la commande publique », *Revue des contrats* 2018, n° 4, p. 652-654

des deniers publics pourrait *a priori* aussi justifier un contrôle plus exigeant du juge administratif sur le libre choix. Cela ne paraît toutefois pas particulièrement opportun en l'état actuel (2).

### *1) La valeur comparée de la liberté de choix par rapport aux autres libertés fondamentales de la commande publique*

Il est évident le principe de libre choix du mode de gestion, même après l'obtention d'une valeur législative dans le Code de la commande publique à l'article L.1, doit encore s'intégrer de manière intelligente dans le tissu juridique avec les autres principes du droit de la commande publique. Or, ceux-ci ne paraissent pas forcément d'une valeur inférieure par rapport à ce dernier. Seule l'antériorité logique du choix du mode de gestion par rapport au choix du cocontractant peut ici jouer en faveur de la liberté annoncée. Elle est néanmoins plus compliquée à justifier pour les SPL, qui sont à la fois un mode et un cocontractant.

L'article L.3 du Code de la commande publique présente expressément comme « principes » de la commande publique : l'égalité de traitement des candidats à la commande publique, la liberté d'accès et la transparence des procédures. Ces principes ont premièrement l'avantage de l'antériorité, puisqu'ils étaient déjà présents explicitement dans le Code des marchés publics dans sa version de 2001[1453]. Deuxièmement, ces principes sont spécifiquement reconnus par le Conseil constitutionnel depuis 2003 comme « [découlant] des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 »[1454]. Ils découlent donc du principe constitutionnel d'égalité[1455] (article 6 DDHC) et du droit constitutionnel des citoyens de constater la nécessité et de vérifier l'utilisation des contributions

---

[1453] Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics : *JORF* n° 57 du 8 mars 2001, p. 37003, art. 1er (cf. *AJDA* 2001, n° 4, p. 360-366, étude M. Guibal, S. Pignon, D. Bandet ; *RDI* 2001, n° 3, p. 211-214, note J.-D. Dreyfus). L'égalité de traitement et la liberté d'accès étaient par ailleurs mentionnées comme règles — sans avoir valeur de principes — par l'ancien Code des marchés publics de 1964, à l'article 47. Cf. HOEPFFNER, Hélène, TERNEYRE, Philippe, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA* 2019, p. 206.

[1454] Conseil constit., décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *AJDA* 2003, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

[1455] Cf. MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Paris : Economica, 1997, 397 p. ; MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2010, n° 29, p. 89-100.

publiques[1456] (article 14 DDHC). Ces fondements leur accordent ainsi une valeur et une place fondamentale dans la hiérarchie du droit français.

Or, ces principes ont des objectifs très divergents de ceux du principe du libre choix de l'article L.1 du Code de la commande publique assurant la liberté de choix du mode de gestion. Ces buts sont affirmés dans ce même article L.3 : il s'agit « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »[1457]. Ces objectifs sont reconnus comme des principes et règles de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Celui-ci présente le bon emploi des deniers publics comme une « exigence » découlant des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[1458]. Il considère aussi l'efficacité de la commande publique comme un « objectif d'intérêt général »[1459]. Ces principes et ces objectifs fondent ainsi ce que le Conseil constitutionnel consacre, dans son importante décision de juin 2003[1460], comme un « droit commun de la commande publique » pouvant s'opposer aux choix du législateur, et qui forme comme un « rempart contre une utilisation abusive de certains procédés (…) de dérogation au droit commun »[1461].

---

[1456] Sur l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, voyez : CHAGNOLLAUD DE SABOURET, Dominique, BAUDU, Aurélien, *Droit constitutionnel contemporain, 9e éd.,* Paris : Dalloz, 2019, p. 688-689 ; et BOITEUX, David, « Le bon usage des deniers publics », *RDP* 2011, n° 5, p. 1099. Voyez aussi, plus spécifiquement sur le consentement à l'impôt en France : BOUVIER, Michel, *L'impôt sans le citoyen ? Le consentement à l'impôt : un enjeu crucial pour la démocratie,* Paris : LGDJ, 2019, 173 p. ; BARILARI, André, *Le consentement à l'impôt,* Paris : Presses de Sciences Po, 2000, 146 p. ; DELALANDE, Nicolas, *Les batailles de l'impôt : consentement et résistance de 1789 à nos jours,* Paris : Seuil, 2014, 445 p.

[1457] Ces objectifs reprennent de façon tronquée la formulation de l'article 1er du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics (JORF n° 57 du 8 mars 2001, p. 37003), qui indiquait, lui, que « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ». C'est la modification du Code des marchés publics de 2004 (décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics : *JORF* n° 6 du 8 janvier 2004, p. 37003 : *JCP-G* 2004, n° 4, p. 113-114, note M. Guibal, *BJCP* 2004, n° 33, p. 83-89, étude A. Ménéménis ; *BJCP* 2004, n° 33, pp. 90-93, étude J.-D. Dreyfus ; *JCP-E* 2004, n° 18, p. 704-715, étude S. Braconnier) qui détache les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics de la définition des besoins, du respect des obligations de publicité et mise en concurrence et du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, et les présente comme des objectifs des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. La même formulation est ensuite reprise *in extenso* dans l'article 1er du Code des marchés publics de 2006 (décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant Code des marchés publics : *JORF* du 4 août 2006, p. 11627 : *CMP* 2006, n° 8-9, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *RLCT* 2006, n° 16, p. 36-38, étude P. Cossalter et W. Salamand ; *JCP-A* 2006, n° 36, p. 1123-1171, note M. Crahès ; *BJCP* 2006, n° 49, p. 406-410, étude A. Ménéménis ; *JCP-E* 2006, n° 4, p. 32-45, note S. Braconnier).

[1458] Conseil constit., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat* : *AJDA* 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus ; *D*. 2008, p. 1980, obs. M.-C. Montecler ; *RFDA* 2008, p. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

[1459] Conseil constit., décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : D*. 2002, p. 1952, obs. V. Bertile ; *Rev. sociétés* 2002, p. 76, note Y. Guyon.

[1460] Conseil constit., décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *AJDA* 2003, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

[1461] BOITEUX, David, « Le bon usage des deniers publics », *RDP* 2011, n° 5, p. 1099.

A l'opposé de cette conception, le principe du libre choix du mode de gestion est quant à lui un principe relativement nouvellement affirmé dans le droit écrit de la commande publique, apparaissant positivement dans les directives européennes en 2014[1462] et dans le nouveau Code de la commande publique en 2018[1463]. Cette liberté est bien reconnue comme un principe tant par le Cour de justice de l'Union européenne[1464] que par le Conseil d'Etat[1465], et il ne lui manque que la reconnaissance du Conseil constitutionnel. Deux libertés de valeur constitutionnelle peuvent cependant la soutenir : la liberté contractuelle, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[1466], et la liberté d'administration reconnue aux collectivités territoriales, inscrite à l'article 72 de la Constitution[1467]. Il fait donc peu de doute que ce principe puisse être, si ce n'est consacré par le juge constitutionnel, au moins interprété comme supérieur ou antérieur aux principes de la commande publique.

Hors du contentieux constitutionnel, la liberté de changer de mode de gestion est largement affirmée par le législateur et par le juge administratif. Il y a donc peu de doute que pour le juge administratif les principes du droit de la commande publique s'opposent jamais à la liberté de choix du mode de gestion, et du choix de la SPL en particulier, alors que ce choix est affirmé non seulement dans la du 28 mai 2010, désormais confirmé par le Code de la commande publique. L'émergence de nouveaux objectifs normatifs dépassant le droit de la commande publique peut néanmoins poser la question de la conciliation exacte de ces fins nouvelles au principe de liberté de choix du mode de gestion.

---

[1462] 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 1er., et Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2.

[1463] Code de la commande publique, art. 1.

[1464] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1465] CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image,* n° 317827 : *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29-33, note V. Tchen ; *RLCT* 2012, n° 30, p. 29-32, note G. Clamour ; *AJDA* 2012, n° 1, p. 35-42, chron. M. Guyomar et X. Domino.

[1466] L'article 4 de la DDHC indique que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». C'est à partir de ce fondement lâche que le juge constitutionnel a tardivement consacré la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle dans une décision n° 2000-437 DC du 19 déc. 2000, *Rec.* p. 176 : *D.* 2001, p. 1766, obs. D. Ribes ; *RDSS* 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; *RTD civ.* 2001. 229, obs. N. Molfessis. Voy. aussi : GAHDOUN, Pierre-Yves, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2008, 415 p. ; GAHDOUN, Pierre-Yves, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2011, n° 31, p. 51-61 ; et la retranscription du colloque « Constitution et contrat », coordonné par Guylain CLAMOUR, Pierre-Yves GAHDOUN, Louis-Frédéric PIGNARRE et Marion UBAUD-BERGERON, à la *Revue des Contrats* 2018, n° 4, p. 642-685.

[1467] BACAYONIS, Constantinos, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales,* Paris : Economica, 1993, 319 p.

### *2) La conciliation avec les principes émergents de bonne utilisation des deniers publics et de bonne administration*

Si les principes fondamentaux de la commande publique n'emportent pas restriction de la liberté de choix de la SPL comme mode de gestion, d'autres principes juridiques plus généraux ne pourraient-ils toutefois aboutir à cet effet ? Les principes de bonne administration, et celui plus précis de bonne utilisation des deniers publics, pourraient notamment à être interprétés dans un tel sens, notamment après que la Cour des Comptes ait récemment publié en 2017 une synthèse peu flatteuse soulignant que les entreprises publiques locales « ne sont pas suffisamment maîtrisées mais également que les mécanismes de leur contrôle, de leur transparence et de d'évaluation de leur contribution à l'action publique territoriale devraient être repensés »[1468]. Ces critiques de gestion ne seraient-elles pas les premières indications d'un futur contrôle juridictionnel prenant de façon plus en compte la conciliation de la liberté de choisir une SPL et les impératifs de bonne gestion ? En l'état actuel, ces objectifs, bien que souvent décris comme des principes, paraissent trop diffus pour pouvoir s'opposer au principe beaucoup plus concentré et solide que représente la liberté du choix de la SPL comme mode de gestion.

L'idée polysémique de bonne administration, renouvelée aujourd'hui au prisme de la nouvelle gestion publique[1469], a tendance à s'affirmer de plus en plus normativement tant en droit européen[1470], qu'en droit français[1471]. Son absence de contenu normatif encore précis empêche néanmoins d'y déceler aujourd'hui un principe juridique qui pourrait justifier directement un meilleur contrôle de la décision des collectivités publiques sur le choix d'un mode de gestion[1472]. Il

---

[1468] Cour des Comptes, rapport au Premier Ministre, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales,* 15 juin 2017, réf. G/64-17-0518 E, p. 3.

[1469] MOCKLE, Daniel, « Le principe général du bon gouvernement », *Les Cahiers de droit* 2019, vol. 60, n° 4, p. 1031-1086 ; voyez aussi, du même auteur : « La constitutionalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée », *Les Cahiers de droit* 2010, vol. 51, n° 2, p. 245-352.

[1470] *Cf.* : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 41. Voyez sur ce point : AZOULAI, LoÏc, CLEMENT-WILZ, Laure, « La bonne administration », *in* AUBY, Jean-Bernard, DUTHEIL de la ROCHERE, Jacqueline (dir.), CHEVALIER, Emilie (collab.), *Traité de droit administratif européen,* Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 671-697 ; CHEVALIER, Emilie, *Bonne administration et Union européenne : Contribution à l'étude de l'espace administratif européen,* Bruxelles : Bruylant, 2014, 538 p. ; LASSALLE, Julie, *Le principe de bonne administration en droit communautaire,* thèse de doctorat : droit public : Paris II, 2008, 795 p.

[1471] Voyez par exemple son évocation par l'article L. 231-5 du Code des relations entre le public et l'Administration (CRPA), issu de l'article 1 de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens : *JORF* n° 263 du 13 novembre 2013. Cet article L. 231-5 du CRPA indique, dans le cadre de la nouvelle règle selon laquelle le silence de l'Administration vaut acceptation, qu' « eu égard à l'objet de certaines décisions ou pour des motifs de bonne administration, l'application de l'article L. 231-1 peut être écartée par décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres ».

[1472] Bien que dans l'absolu, à l'instar de Maurice HAURIOU, il est possible — mais daté — de voir le recours pour excès de pouvoir comme « un moyen de bonne administration » et non seulement comme un moyen de correction de l'illégalité : HAURIOU, Maurice, note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova : S.* 1901, III, p. 73.

convient de remarquer avec Rhita BOUSTA qu'il s'agit là d'un concept visant à « la conciliation d'intérêts en conflit »[1473], par « une adaptation équilibrée des moyens »[1474] de l'Administration — logique qui pourrait permettre au juge administratif de contrôler l'adéquation du mode de gestion choisi à l'activité en question, ou aux moyens de l'Administration en question[1475]. Or, un tel contrôle de l'adéquation des fins aux moyens se rapproche du contrôle du détournement de pouvoir sur le choix du mode de gestion, puisque ce dernier s'exerce à travers la vérification de l'existence d'un « intérêt public local » et d'un bon « fonctionnement du service »[1476] dans la justification apportée par l'Administration sur ce choix.

Ces concepts de bon fonctionnement du service et d'intérêt public sont d'une grande plasticité interprétative[1477]. Le juge administratif pourrait aisément, en vérifiant strictement la réalité de la justification par ce bon fonctionnement du service et par l'intérêt public local s'attachant au choix d'une gestion par société publique locale, passer du contrôle du détournement de pouvoir à un contrôle minimal de l'adéquation des moyens au fins — ou contrôle de proportionnalité[1478]. Le caractère novateur et sans doute pas assez précautionneux en termes de bonne gestion publique des sociétés publiques locales[1479], pourrait théoriquement jouer en faveur d'une extension du contrôle juridictionnel par ce biais. L'absence de consécration normative forte en droit français du principe de bonne administration limite néanmoins l'audace du juge administratif dans cette voie. Bien que cela ne soit pas exclu dans l'absolu, le juge restant, en l'absence de cadre textuel, maître des degrés de son contrôle, ce principe reste trop diffus et pas assez solide pour ne pas devoir céder devant des principes plus précis, comme ceux de liberté de choix du mode de gestion et de la liberté de choix de la SPL.

---

1473 BOUSTA, Rhita, « Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration », *Revista Digital de Derecho Administrativo* 2019, n° 21, p. 23-45.

1474 *Ibidem*.

1475 Voyez de manière générale : BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public,* Paris : L'Harmattan, 2010, 568 p. ; et MARTY, Nicolas, *La notion de bonne administration : A la confluence des droits européens et du droit administratif français :* thèse de doctorat : droit public, Montpellier I, 2007, 702 p.

1476 Voy. *supra* : CE, 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble-CFDT et al.* : *A.C.L.* 1990, p. 195 ; *RFDA* 1989, p. 929, concl. Guillaume, note J.-F. Lachaume : « *Considérant, enfin, qu'il résulte, notamment, du rapport précédant la délibération attaquée et soumis aux membres du conseil municipal de Grenoble que la ville a fait reposer son choix sur des considérations tenant à l'intérêt communal et au fonctionnement du service ; que l'appréciation de l'opportunité de sa décision ne saurait être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ; que le détournement de pouvoir n'est pas établi* »

1477 Voyez, pour les différentes conceptions qui peuvent s'y abriter : RUNAVOT, Marie-Chlotilde, « La 'bonne administration' : consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA* 2010, p. 395.

1478 Le contrôle de proportionnalité des moyens aux fins n'étant pas, comme le remarque Fabrice MELLERAY, l'apanage d'un contrôle juridictionnel maximal, mais pouvant au contraire être adapté à un contrôle juridictionnel des motifs d'intensité faible : MELLERAY, Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz,* janv. 2019.

1479 Voyez notamment : Cour des Comptes, rapport au Premier Ministre, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales,* 15 juin 2017, réf. G/64-17-0518 E, 14 p.

Cependant, un autre principe émergent, plus assuré que celui de bonne administration, pourrait aussi jouer dans le sens d'une nécessaire conciliation. Contrairement au principe relativement vague de bonne administration, le principe de bonne utilisation des deniers publics[1480] est, lui, à la fois plus souvent juridiquement reconnu[1481] et plus directement relié au droit de la commande publique. Il est en effet affirmé comme objectif de ce dernier à l'article L.3 du Code de la commande publique[1482]. De plus, cet objectif a été repris et présenté par le Conseil constitutionnel comme une « exigence » de valeur constitutionnelle découlant des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[1483]. Cette exigence est assurée par « la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse »[1484]. Interprété très plus largement, la reconnaissance constitutionnelle implique que ce principe pourrait s'opposer aux choix du législateur sur la liberté de choix dans le mode de gestion et de la SPL. Selon David BOITEUX notamment, ce principe se comporterait comme un « rempart contre une utilisation abusive de certains procédés (…) de dérogation au droit commun »[1485]. Il suffit néanmoins d'adopter une lecture un peu plus stricte de ce principe pour conclure néanmoins qu'il serait difficile de l'opposer à la liberté de choix du mode de gestion et de la PSL, étant donné qu'il n'est reconnu par le Conseil constitutionnel qu'au niveau de la mise en concurrence, et non à l'étape précédente. Seule l'idée de déterminer préalablement les besoins pourrait être utilement invoquée — ce qui est un point important sur lequel il serait effectivement intéressant que la législation relative au choix des modes de gestion et aux SPL s'intéresse. En effet, une liberté absolue dans le choix d'une SPL peut amener à des situation où le périmètre de la gestion confiée évolue de manière anarchique, ou beaucoup plus rapidement et largement que dans le cas d'un contrat de la commande

---

[1480] A ne pas confondre, malgré quelque proximité, avec la règle proche et bien connue en finances publiques de protection des deniers publics, qui est plus passive, dans le sens où elle n'impose pas une action positive, mais protège principalement :

[1481] En dehors du domaine de la commande publique (cf. *infra*), on peut retrouver l'expression sous les mêmes termes dans une circulaire du 24 décembre 2002 relative aux subventions de l'Etat aux associations : *JORF* n° 301 du 27 décembre 2002, p. 21697 : point 1.2 « contrôler la bonne utilisation des deniers publics ».

[1482] Le principe de bonne utilisation des deniers publics est un des objectifs du droit de la commande publique : *cf.* art. L.3 du Code de la commande publique (Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique : *JORF* n° 0281 du 5 décembre 2018, texte n° 19). Il était pour la première fois affirmé à l'article 1er du Code des marchés publics de 2001 (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics : *JORF* n° 57 du 8 mars 2001, p. 37003).

[1483] Conseil constit., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat* : *AJDA* 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus ; *D.* 2008, p. 1980, obs. M.-C. Montecler ; *RFDA* 2008, p. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

[1484] Conseil constit., décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *AJDA* 2003, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

[1485] BOITEUX, David, « Le bon usage des deniers publics », *RDP* 2011, n° 5, p. 1099.

publique. Pour les concurrents intéressés comme pour la qualité de la gestion prévisionnelle, une telle situation pourrait être légèrement plus encadrée dans le but de répondre aux critiques récurrentes du juge financier sur ces outils.

## Conclusion de la section 1 : Le rejet d'un contrôle des éléments pro-concurrentiels dans le choix de la SPL

Les évolutions jurisprudentielle et légale se conjuguent pour assurer une force et une pérennité importantes à la liberté des collectivités locales qui consiste à pouvoir choisir sans considérations concurrentielles une SPL comme mode de gestion d'une activité publique.

Si l'affirmation jurisprudentielle d'une liberté de choix dans le mode de gestion est très progressive en droits français et européen, elle n'en reste pas moins d'un seul bloc et se projeter dans une seule direction : celle d'un renforcement de cette absence de contrôle. Certes, la justification même de cette liberté n'est pas explicite dans les décisions jurisprudentielles, et il faut effectuer un effort de théorisation et d'analyse pour en arriver à la conclusion de la construction d'une théorie de la liberté. Ce défaut théorique permet aux interprétations théoriques inverses de ne pas être entièrement vidées de sens, et de pouvoir prospérer dans l'absolu — comme le démontre la question du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui ne peut pas être entièrement réglée de façon satisfaisante. Néanmoins, cette situation peut s'expliquer logiquement. En effet, comme il s'agit là d'une absence voulue de contrôle du juge, c'est-à-dire d'une auto-limitation de son pouvoir, il est dans l'absolu impossible d'écarter entièrement la possibilité que son interprétation sur cette liberté change. Les apports de l'exception des SPL et des quasi-régies, puis la codification de ces principes sous l'influence de la théorie des prestations intégrées, assurent de ce point de vue une bien meilleure assise à ce principe.

Le principe de liberté de choix du mode de gestion est grandement renforcé par son explicitation législative avec la création des SPL et de l'exception des quasi-régies, puis l'affirmation textuelle explicite d'un principe de liberté de choix. La portée de cette affirmation, lorsqu'elle est confrontée aux principes pro-concurrentiels de valeur égale ou supérieure qui peuvent paraître contradictoires avec elle, paraît très large. Elle souligne au final l'antériorité logique de l'étape du choix du mode de gestion sur les étapes de mise en concurrence. La SPL vient bouleverser quelque peu cette antériorité logique, en fusionnant les différentes étapes de choix du mode de gestion, de choix du délégant, et parfois même de choix sur les détails de la relation (contrat) de délégation d'activités publiques. L'instrument SPL pose donc de nouveau et plus

précisément la question de l'exigence d'un minimum de standards d'efficience ou de bonne gestion de la part des collectivités locales dans ce choix. Si la position du juge est désormais très clairement éloignée de celle d'un éventuel retour d'un contrôle jurisprudentiel prétoriennement défini sur les décisions de choix de la SPL comme mode de gestion, d'autres moyens restent néanmoins à disposition pour assurer une meilleure efficience de ces relations, qui ne viendraient pas entraver la liberté des collectivités locales. Il s'agit notamment du principe de transparence, qui a vocation, dans une finalité démocratique de meilleure information publique sur le travail des collectivités, à s'affirmer d'autant plus que les SPL présentent une certaine ambivalence dans leurs valeurs entre privé et public.

## Section 2 : L'importance d'une véritable transparence sur le choix de la SPL

Comme le résume parfaitement Jean-Claude DOUENCE, de manière générale, « l'affirmation de la liberté de choix [du mode de gestion des services publics] des collectivités locales a été suivie par l'émergence d'un principe de transparence dans les modalités du choix »[1486]. L'irruption de la SPL dans ce schéma modifie-t-elle ce constat ? Il semble que, d'un point de vue des exigences démocratiques, la société publique locale, qui est ressentie de l'extérieur à la fois comme un acteur public et privé[1487], implique encore d'avantage de transparence de la part des acteurs afin d'assurer une meilleure légitimité à cet outil. Cette idée peut être opposée aux commentaires de certains acteurs de SPL, relevés dans notre enquête, qui considèrent que la transparence envers les administrés des SPL est déjà trop importante, entravant ainsi l'efficacité de leur travail[1488]. Mais, il convient aussi de relever que dans la même enquête, d'autres acteurs considèrent à l'inverse que cette transparence n'est pas encore assez importante[1489]. Le but et le degré légitime de transparence des SPL sont donc des questions subjectives. Cette subjectivité de l'appréciation n'empêche pas de

---

[1486] DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques (dir.), *Management local, de la gestion à la gouvernance,* Paris: Dalloz, 2004, p. 204.

[1487] Voyez notamment : VIVIANO, Michel, « Les sociétés publiques locales et l'esprit de service public », *in* MEUNIER, Patrick (dir.), *Les sociétés publiques locales, entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 69.

[1488] *Cf.* Annexe A, réponses n° 4, 5, 26 et surtout n° 41, qui considère que les contrôles citoyens sont « trop importants » sur la société publique locale.

[1489] *Cf.* Annexe A, réponses n° 7, 8, 14, 17, 18, 24, 25, 27, pour lesquels le contrôle des SPL par les citoyens est insuffisant.

considérer que le principe juridique de transparence, ayant vocation et tendance à s'affirmer de plus en plus dans les sociétés démocratiques[1490], est bien applicable aux SPL, à un degré qui pourrait encore être amélioré sans rien retirer à la liberté des collectivité locales de choisir leur mode de gestion de manière autonome.

Pour une collectivité locale, choisir une SPL peut signifier plusieurs choses en termes d'opérations juridiques : création ou adhésion à cette société ; autorisation sur un contrat (ou plus largement sur un lien juridique avec cette société) ; enfin, une procédure spéciale est réservée à la délégation de service public à une société publique locale. Pour chacune de ces trois opérations, l'exécutif local doit présenter une justification et l'assemblée délibérante adopter une décision. En cela, la procédure de choix d'une SPL est assez transparente, car elle démontre la possibilité théorique pour l'assemblée délibérante de discuter des différents modes de gestion, au-delà du choix de la seule société publique locale. Mais concrètement, cela n'est pas obligatoirement le cas. Cela signifie que les obligations de transparence sont principalement procédurales. Toutefois, même confrontées à ce niveau très faible d'obligations, les caractéristiques propres du choix des sociétés publiques locales démontrent l'inadaptation de ces procédures. Tout d'abord, les obligations sont très variables en fonction de l'action envisagée, alors même que pour les SPL une certaine confusion règne à ce niveau (I). De plus, même les obligations procédurales d'information les plus lourdes — la soumission des projets de délégation de service public à une commission consultative — paraissent encore trop faibles ou faiblement mis en place, pour pouvoir assurer au choix politique effectué par l'assemblée délibérante *in fine*, une implication des administrés très forte dans le choix, puis la gestion et le fonctionnement des SPL (II).

# I - Une information politique locale anormalement variable en fonction des missions confiées

Lorsqu'il ne s'agit pas d'une délégation de service public, l'information délivrée dans le cadre des délibérations proposant la création ou l'adhésion à une SPL et l'autorisation de contracter avec celle-ci sont les seuls biais par lesquels l'assemblée délibérante peut débattre du choix de la société publique locale comme mode de gestion d'une activité. Or, contrairement à la délibération

[1490] Voyez notamment : ROSANVALLON, Pierre, *Le bon gouvernement,* Paris : Points, 2015, p. 215, et pour une analyse des impacts juridiques de cette tendance : KERLEO, Jean-François, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique,* Paris : Mare & Martin, 2016, 996 p. ; et encore : BREDIN, Jean-Denis, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs* 2001, n° 2, p. 5.

portant sur le choix d'une DSP comme mode de gestion (A), ces deux dernières opérations sont soumises par la loi à un formalisme procédural très léger (B).

## A) Une information supplémentaire en cas de délégation de service public

Dans le cas d'une délégation de service public envisagée à une SPL, l'exécutif d'une collectivité doit présenter des informations particulières à l'assemblée délibérante, qui relèvent d'une démarche pro-concurrentielle assez surprenante pour ce type d'entité par définition a-concurrentielle (1). Les obligations supplémentaires liées à cette information apparaissent cependant très limitées sur le fond (2).

### *1) Une obligation d'information à visée pro-concurrentielle*

Le cadre légal de la société publique locale soumet le choix de celle-ci en cas de concession et délégation de service public à un surcroît de justification identique à celui d'une délégation à un acteur du secteur privé. Pourquoi une telle obligation alors que la SPL en situation de quasi-régie est exempte de mise en concurrence ?

Bien que sur le temps long la gestion publique des services publics locaux se soit progressivement retrouvée délivrée des carcans nationaux enserrant très strictement la gestion des activités publiques, la période postérieure aux lois de décentralisation fait apparaître une sorte de retour d'obligations — certes plus légères — avec comme objectifs une gestion publique locale efficace et concurrentialiste[1491]. Pour résumer, entre la Révolution et la Troisième République, l'Etat et le législateur ne laissent pas beaucoup de libertés aux collectivités locales quant aux modalités possibles de gestion des services publics[1492]. A partir de la Troisième République, les lois départementale[1493] et municipale[1494] organisent une certaine compétence de principe des conseils délibérants pour gérer les affaires de leur intérêt. Au départ réticent à considérer que les collectivités

---

[1491] Voyez par ex. : GREFFE, Xavier, *La décentralisation,* Paris : La Découverte, 2005, p. 86-117, sur la recentralsiation financière insidieuse.

[1492] Voyez : BEZANCON, Xavier, « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et Histoire* 2005, n° 1, p. 24-54 ; mais aussi : CHARTRIOT, Alain, « Les offices: une innovation institutionnelle ou un problème pour le contrôle budgétaire? », *in* BEZES, Philippe, DESCAMPS, Florence, KOTT, Sébastien, TALLINEAU, Lucile (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques : Du contrôle de la dépense à la gestion des services publics (1914-1967),* Paris : IGPDE, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2013, p. 159-178 ; et aussi :

[1493] Loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux : *Bull. lois*, 29 août 1871.

[1494] Loi du 5 août 1884 relative à l'organisation municipale : *JORF* du 6 avril 1884, p. 1557.

locales étaient compétentes dans ce domaine, le juge administratif finit par inverser la présomption de liberté et, selon Jean-Claude DOUENCE, « en est venu progressivement à admettre [que les divers textes lacunaires] n'exprimaient pas une compétence générale du législateur pour fixer le mode de gestion des services publics locaux, mais seulement des limitations ponctuelles à la compétence de principe des autorités locales »[1495]. Depuis 1989, le Conseil d'Etat a formellement confirmé l'existence d'une compétence discrétionnaire des collectivités publiques quant aux motivations de ce choix du mode de gestion, qui ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part du juge administratif[1496].

Au regard de cette dynamique historique, l'obligation d'établir un débat en assemblée délibérante sur le principe d'une délégation de service public, établie en 1993[1497], pourrait donc surprendre. Cette obligation est désormais reportée à l'article L.1411-4 du CGCT dans sa formulation tirée de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, qui se lit ainsi :

> *« Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire. »*

Ces obligations, nouvelles en 1993, s'expliquent évidemment par le renchérissement des exigences modernes de la mise en concurrence et de la transparence face à la contractualisation vers le secteur privé. Ce texte vise initialement, comme l'indique l'intitulé de la loi de 1993, à rendre plus transparentes les délégations au secteur privé des collectivités locales. Cet article n'est que le préambule à l'application du régime particulier de mise en concurrence réservé aux DSP de caractère général[1498].

Mais comment expliquer que cette disposition se retrouve reprise en 2010 pour les contrats des sociétés publiques locales qui, en situation de quasi-régie, sont par définition écartés de toute considération concurrentielle ? Le législateur de 2010 avait indiqué spécifiquement, à l'article L.

---

[1495] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », folio n° 6130, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour janvier 2008, § 30.

[1496] CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893, *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289. Réaffirmé plus récemment : CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 338285, mentionné aux Tables du Recueil : *AJDA* 2011, p. 189, note R. G. ; *CMP* 2011, comm. n° 85, note G. Eckert.

[1497] Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie publique : *JORF* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

[1498] Comme le démontre bien l'analyse de la Commission des Lois du Sénat, rapport n° 61 (1992-1993) de M. Christian BONNET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 novembre 1992, p. 95 et s.

1411-12 du CGCT, que les règles principales de publicité, de concurrence, et d'information aux assemblées délibérantes prévues aux articles L. 1411-1 à L. 1411-11 étaient écartées dans le cas d'une délégation de service public à une une société publique locale en situation de quasi-régie[1499]. Mais l'article L.1411-19 du CGCT, issu de cette même loi, reprend cependant *in extenso* l'obligation applicable pour les délégations de service public à toute personne privée ou publique prévue par la loi du 29 janvier 1993[1500]. Tout en étant formellement distinct de l'article L. 1411-4 du CGCT qui prévoit cette même formalité pour les autres DSP, cet article L. 1411-19 en reprend presque mot pour mot la formule[1501]. Une telle distinction paraît d'ailleurs désormais redondante, puisque l'ordonnance du 26 novembre 2018 portant Code de la commande publique[1502] a supprimé le nouvel article L. 1410-2 du CGCT (qui avait, par le biais de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les concessions[1503], remplacé l'article L. 1411-12 du CGCT) et ce sans le remplacer par une dérogation équivalente dans le Code de la commande publique. Il faut donc comprendre que désormais, concernant au moins les délégations de service public, les collectivités locales souhaitant recourir à des sociétés publiques locales en quasi-régie doivent suivre toutes les prescriptions imposées à ces contrats par le CGCT[1504]. Au demeurant, dans cette situation quelque peu embrouillée par les réformes successives[1505], et qui ne simplifient pas forcément la définition et les règles entourant les DSP[1506], le maintien de l'article L. 1411-19 du CGCT permet au moins un minimum de certitudes sur le sort des DSP confiées à des SPL. Pour réaliser une telle opération, il

---

[1499] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : *JO* 29 mai 2010, p. 9697, art. 2.

[1500] Article 42 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie publique : *JORF* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

[1501] L'article L. 1411-19 du CGCT dans sa formulation tirée de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014, se lit ainsi : « Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale ou à une société d'économie mixte à opération unique, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L.1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations déléguées ».

[1502] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique, *JORF* n° 0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20, art. 6.

[1503] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *JORF* n° 0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66, art. 58.

[1504] Le Code de la commande publique prévoit désormais que les marchés publics et les concessions remplissant les conditions de la quasi-régie sont soumis aux règles prévues par les articles L. 2521-1 à L. 2521-4 pour les marchés publics et L. 3221-1 à L. 3221-6 pour les concessions (cf. art. L. 2511-1 et L. 3211-1). Voyez, sur ces changements en propre du Code : CLAMOUR, Guylain, « Dispositions propres de l'ordonnance et du décret portant Code de la commande publique », *CMP* 2019, n° 1, dossier 14.

[1505] Voyez par exemple la question écrite de Mme la députée Valérie THOMAS : Assemblée nationale (15e législature), Question écrite n° 23831 de Mme Valérie THOMAS, publiée au JOAN le 22 octobre 2019, p. 9312, réponse publiée au JOAN le 10 mars 2020, p. 1929.

[1506] Voy. par ex : LINDITCH, Florian, « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *CMP* 2016, n° 3, p. 30-36.

est certain que la collectivité doit informer son assemblée des caractéristiques du contrat envisagé pour que l'assemblée délibère sur le principe du choix de ce mode de gestion.

Cette obligation de l'article L. 1411-19, visant spécifiquement les sociétés publiques locales, à laquelle il convient désormais de rajouter celles issues des lacunes de la rédaction du Code de la commande publique, ne peuvent que démontrer la volonté du législateur de mieux contrôler l'outil SPL par rapport à l'enjeu de gestion publique que celui-ci représente. C'est-à-dire que, sous l'aspect vertueux de l'efficacité privée du statut de droit privé tant cité, le législateur paraît souhaiter limiter leur usage par un choix identique à celui qui serait fait pour une DSP à confier au secteur privé, c'est-à-dire un choix relativement rationnel économiquement. Il s'agit toutefois peut-être là d'un procès d'intention, car ce n'est certes pas la justification qui est avancée lors de l'adoption de cet amendement en commission des lois en 2010. A cette époque, le rapporteur en commission insiste en premier lieu sur l'importance du contrôle démontré au sens du droit européen entourant les quasi-régies, puis dans un deuxième temps sur l'intérêt de ce rapport pour la démocratie locale[1507]. Il n'empêche que cette obligation met en place concrètement, même si ce n'est pas forcément volontaire, ce que Catherine PREBISSY-SCHNALL appelle une « démarche pro-concurrentielle »[1508]. Cette information de l'assemblée délibérante reste toutefois pour l'instant limitée à un caractère technique qui peut paraître assez faible aux regards de la procédure spécifique que représente le choix d'une société publique locale.

### *2) Une information technique limitée*

L'information à donner à l'assemblée délibérante en cas de délégation de service public envisagée à une société publique locale prend sa source dans l'obligation identique consacrée pour les DSP faite dans le secteur concurrentiel. Elle ne représente toutefois pas la concrétisation d'un contrôle extrêmement précis sur cette forme de contractualisation, ce qui est d'autant plus dommage que, contrairement à la procédure de mise en concurrence, l'exécutif de la collectivité ne peut pas

---

1507 Assemblée nationale (treizième législature), Rapport fait au nom de la Commission des lois, par M. Jean-Pierre SCHOSTECK, n° 2277, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 février 2010 : « Le nouvel article inséré par votre commission renforce, par ailleurs, le contrôle préalable des élus des collectivités locales concernées sur ces délégations et les prestations que la SPL devra fournir. Il s'agit de conforter le statut communautaire des SPL — la CJCE exigeant que les collectivités actionnaires de la SPL contrôlent étroitement son activité pour déroger aux règles concurrentielles —, mais aussi la démocratie locale, par une information spécifique des assemblées délibérantes ».

1508 PREBISSY-SCHNALL, Catherine, « Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. con., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, janvier 2012, comm. 26.

faire jouer la négociation entre candidats pour affiner les modalités du contrat finalement établi[1509] — recherchant ainsi une « optimisation »[1510] du contrat.

Plutôt qu'un renvoi général à l'article L. 1411-4 du CGCT, prévoyant l'information des assemblées délibérantes sur les caractéristiques techniques du service public que l'exécutif envisage de concéder, le législateur a donc créé une formule quasiment identique mais distincte pour les SPL[1511]. La distinction textuelle de ces deux articles permet de souligner qu'une modification ultérieure de l'un de ces deux articles peut s'effectuer sans conséquence sur l'autre. Une modification de l'article L. 1411-19 dans un sens moins contraignant est alors aisément envisageable pour les SPL. C'est d'ailleurs déjà le cas, puisque la saisine de la commission consultative des services publics locaux[1512] dans le cas d'une DSP envisagée pour une SPL doit, selon le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale Jean-Pierre SCHOSTECK, demeurer facultative « pour éviter tout alourdissement inutile de la procédure »[1513]. Par omission, cet alourdissement inutile semble viser les procédures générales de justification de choix des délégations de service public. La logique a-concurrentielle[1514] des sociétés publiques locales joue effectivement dans le sens d'un allégement de ces obligations. Pourtant, il est difficile de décrire les obligations de ce rapport sur le principe du choix d'une SPL comme mode de gestion comme particulièrement lourdes.

Tout d'abord, ni la forme ni la nature des informations à transmettre à l'assemblée délibérante n'est précisée par la loi. Le projet de loi de 1992 prévoyait bien que le cahier des charges prévisionnel du contrat soit soumis à avis préalable de l'assemblée délibérante[1515], mais le législateur a préféré la formule plus vague d'un « rapport présentant le document contenant les

---

[1509] RICHER, Laurent, « La négociation de la concession », *Moniteur Contrats publics* 2018, n° 193, p. 60-63. Même si certains y trouvent au contraire des possibilités de tromper les collectivités publiques : cf. BONY-CISTERNES, Romain, « Des effets anticoncurrentiels de la procédure de négociation des offres dans l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Le point de vue des praticiens », *JCP-A* 2019, n° 12, p. 27-32.

[1510] UBAUD-BERGERON, Marion, « La négociation », *CMP* 2014, n° 6, dossier 7.

[1511] A l'exception du rajout de la formulation « le cas échéant », pour recueillir l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du CGCT. Selon le législateur, cet ajout signifie que la création d'une CCSPL n'est pas obligatoire pour les SPL, contrairement à une DSP à un acteur privé. Dans le cas d'une DSP à une SPL, une consultation de la CCSPL n'est donc envisagée que dans les cas où une CCSPL est obligatoire dans la collectivité, c'est-à-dire au-delà du seuil de 3.500 habitants (article L.1413-1 du CGCT). Nous discutons ce point plus avant *infra.*

[1512] *Cf.* note précédente.

[1513] Assemblée nationale (treizième législature), Rapport fait au nom de la Commission des lois, par M. Jean-Pierre SCHOSTECK, n° 2277, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 février 2010.

[1514] Dans le sens d'une absence de concurrence, et non d'un effet anti-concurrentiel.

[1515] Sénat, Rapport n° 358 (1990-1991) de M. Paul GRAZIANI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 juin 1991, p. 17.

caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire »[1516]. Cette formulation très vague a pu provoquer des interprétations divergentes par le passé, que le juge administratif a eu à trancher. La nouveauté de la société publique locale, ainsi que ses caractéristiques propres, amènent à renouveler une grande partie de ses questions, auxquelles peu de réponses ont pu être jusque-là apportées.

En effet, une DSP normale étant soumise à une mise en concurrence avec d'autres candidats après le choix du principe de ce mode de gestion, les caractéristiques précises du contrat quant au prix à l'intérêt économique et financier pour la collectivité, ainsi que les prestations exactes, sont discutées *a posteriori*, lors de la phase de négociation. Or, pour la SPL, les deux phases pouvant être confondues, il semblerait logique que l'assemblée délibérante puisse recevoir, au moment même où elle doit se prononcer sur le principe du recours à la SPL, les caractéristiques précises de la relation qui doit être nouée. Cela n'est pas le cas, les exigences pour le document présentant les caractéristiques de la DSP à une SPL étant uniquement calquées sur celle des DSP à caractère général. De plus, puisque le choix de principe d'une SPL est décidé par l'assemblée délibérante, attendre une autre réunion de cette assemblée pour décider sur la création de cette société pourrait entraîner un délai important, tandis qu'à l'inverse, la décision de créer ou d'adhérer à une société publique locale n'est elle, soumise à aucune obligation préalable. La logique chronologique voudrait qu'une collectivité souhaitant créer une SPL pour lui confier une DSP commence par créer cette société avant de prendre la décision de lui confier un tel contrat. C'est d'ailleurs la pratique la plus courante dans les délibérations que nous avons pu consulter[1517]. Dans ce cas, il est possible de se poser la question de la pertinence d'une procédure d'information transparente pour le choix d'une gestion par DSP et non pour la création des SPL, qui engage presque tout autant, et de façon anticipée. Il aurait pu être de bonne politique d'obliger les exécutifs à informer plus fortement l'assemblée délibérante sur les conséquences de la création ou de l'adhésion à une SPL. Certaines collectivités procèdent d'ailleurs déjà à une information détaillée et comparée de la gestion par SPL au moment de la délibération se prononçant sur la création de celle-ci[1518]. Les obligations légales sont pour l'instant en-deçà de ces exigences et de ces bonnes pratiques occasionnelles.

---

[1516] Art. L. 1411-4 du CGCT.

[1517] Voyez par ex. : Conseil municipal de la ville de Villers sur Mer, registre des délibérations du 27 octobre 2017, délibération n° 2362-a. Le conseil municipal statue sur le principe d'une délégation de service public pour une société dont la création a été autorisée par une délibération antérieure du 8 juillet 2016.

[1518] Voyez par ex. : Conseil municipal de la ville de Rouen, registre des délibérations du 29 novembre 2013, délibération n° 0-3. La délibération portant autorisation de créer une SPL discute de la création de celle-ci en comparaison avec d'autres modes de gestion, mais aussi longuement des contrats de DSP à lui confier, bien qu'elle ne porte pas autorisation de les signer, puisque cette autorisation fait l'objet d'une délibération postérieure.

Certes, il est évident que ledit document d'information doit bien exister et être présenté à l'assemblée délibérante, ce que rappelle une décision du Conseil d'Etat du 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*[1519]. L'existence formelle de ce rapport doit pouvoir être matériellement vérifiée[1520], et faire l'objet d'une présentation à l'assemblée préalable à une mise en concurrence et au choix d'un délégataire[1521]. Toutefois, les prémisses de cette logique d'obligation préalable sont remises en cause par la nature a-concurrentielle de la société publique locale, ainsi que par son mode de fonctionnement.

Notamment, les exigences souhaitées par le législateur pour le rapport peuvent s'interpréter de manières bien différentes pour les SPL. Tout d'abord, le texte de l'article L. 1411-1, applicable aux DPS générales, est plus précis que celui des articles L. 1411-4 et L. 1411-19, qui s'appliquent aux SPL, puisqu'il prévoit que ce dossier définit « les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations, ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager ». Les exigences sont donc moindres textuellement. Pourtant, les exigences de l'article L. 1411-1 ne sont pas très fortes, la formule n'étant pas très précise. En effet, Jean-François AUBY et Paul LIGNIERES estiment que la formulation de l'article L. 1411-4 du CGCT se réfère « idéalement » au dossier de consultation visé à l'article L. 1411-1, c'est-à-dire le dossier de consultation remis aux candidats admis à présenter une offre[1522]. Mais cela n'est pas forcément le cas, ledit dossier n'étant pas forcé prêt au moment du vote sur le principe du mode de gestion[1523]. Or, dans le cas des SPL, en l'absence de consultation concurrentielle et publique de candidats à la commande publique, la constitution d'un tel dossier paraît inutile. La pratique des collectivités concernant les SPL démontre d'ailleurs que, devant ce flou textuel, les collectivités choisissent parfois de confondre le rapport sur le principe d'une DSP confiée à une société publique locale et le contrat de DSP en lui-même[1524]. A l'inverse de ce cas extrême, il est facile d'imaginer des cas où les informations délivrées aux assemblées délibérantes sur le choix de principe sur la SPL sont très limitées.

---

[1519] CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin,* n° 407264 : *BJCP* 2017, n° 114, p. 310-315, concl. G. Pellissier ; *JCP-A* 2017, n° 25, p. 20-24, note J.-B. Vila ; *CMP* 2017, n° 7, p. 30-31, note G. Eckert ; *Le Moniteur - Contrats publics* 2018, n° 184, p. 67-70, note G. Gauch et S. Jager.

[1520] TA Lyon, 24 septembre 1997, *Compagnie européenne des bais : R.* p. 600.

[1521] CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin,* n° 407264 : *BJCP* 2017, n° 114, p. 310-315, concl. G. Pellissier ; *JCP-A* 2017, n° 25, p. 20-24, note J.-B. Vila ; *CMP* 2017, n° 7, p. 30-31, note G. Eckert ; *Le Moniteur - Contrats publics* 2018, n° 184, p. 67-70, note G. Gauch et S. Jager.

[1522] AUBY, Jean-François, LIGNIERES, Paul, « Droit des délégations de service public : Quelques propositions d'amélioration », *Dr. adm.* 1999, n° 8-9, p. 4-7.

[1523] Ce que reconnaissent d'ailleurs Jean-François AUBY et Paul LIGNIERES, *op. cit.*

[1524] Conseil municipal de la ville de Saint-Martin-le-Vinoux, registre des délibérations du 15 décembre 2014, délibération n° 2014-93.

La lecture *stricto sensu* du texte législatif démontre donc une certaine faiblesse des exigences techniques d'information sur le choix d'une délégation de service public à une société publique locale. Cette faiblesse dans les obligations d'information permet une discrétionnalité politique forte de l'exécutif local sur les motivations présentées pour soutenir le choix d'une société publique locale comme mode de gestion d'une DSP. Cette faiblesse est encore accentuée dans les situations où n'est pas visée une délégation de service public à une société publique locale, mais la conclusion d'un autre type de contrat. Dans ces cas, seules les obligations minimales d'information des élus jouent dans le sens d'un contrôle démocratique du choix d'une SPL.

## B) Un devoir d'information insuffisant de l'assemblée délibérante en dehors des DSP

Le choix d'une société publique locale n'est pas forcément lié à la passation d'une délégation de service public : les collectivités locales pouvant décider de passer avec elles des relations s'apparentant plus à des marchés publics, ou à des mandats, ou encore à d'autres contrats ne ressortant des régimes ni des uns ni des autres. Dans ces cas, une certaine démarche d'information auprès de l'assemblée délibérante doit certes être remplie par l'exécutif local. Cette démarche d'information, comme celle concernant les DSP d'ailleurs, doit atteindre un minimum en deçà duquel le juge administratif pourrait considérer la procédure comme viciée (1). Cependant, l'absence de mise en concurrence et de conséquences des vices procéduraux pour le choix d'une société publique locale incitent à estimer que ce devoir d'information minimal est encore trop peu développé dans le cas de ces contrats des SPL qui ne correspondent pas à la définition juridique des DSP (2).

### *1) Le devoir minimal de bonne et entière information des membres de l'assemblée délibérante*

Dans toutes les opérations où une collectivité locale se lie à une société publique locale, l'autorisation de l'assemblée délibérante est précédée d'une information de celle-ci. En dehors d'une délibération sur le principe d'une DSP, l'assemblée délibérante est encore informée de l'opération de création ou de prise de participation dans une société publique locale, ainsi que — théoriquement — de n'importe quel contrat liant la collectivité à la SPL. Or, par rapport à la délibération portant sur le choix d'une DSP comme mode de gestion, ces deux autres opérations

sont soumises par la loi à un formalisme procédural très léger, car il s'agit du formalisme *minimum* de n'importe quelle délibération locale. Devant cette absence dérangeante d'exigences minimales, le juge administratif semble hésiter dans la voie d'un possible renforcement prétorien de la transparence par défaut pour les délibérations concernant les SPL.

La loi prévoit uniquement que l'élu de l'assemblée délibérante a le « droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la [collectivité] qui font l'objet d'une délibération »[1525]. Cette obligation légale, très légère, souligne le peu d'intérêt du législateur à alourdir démesurément le travail de justification des exécutifs locaux face à leur assemblée délibérante[1526]. Les lacunes de la loi ont entraîné une implication importante de la jurisprudence pour clarifier cette situation. Le Conseil d'Etat affirme, quant à lui, que l'information des élus, lorsqu'une note de synthèse est à produire à l'appui d'une délibération[1527], doit être « adéquate pour exercer utilement leur mandat », « adaptée à la nature et à l'importance des affaires », et « doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leur décisions »[1528].

Si la création d'une société publique locale doit donc être justifiée dans ces conditions de transparence démocratique, les exemples concrets de délibérations à ce sujet peuvent parfois laisser songeurs. Par exemple, une délibération de la communauté de communes du territoire de Lunéville à Bacarat justifie la création d'une société publique locale, approuve ses statuts et se prononce pour l'adhésion à celle-ci sur le seul visa des statuts de la société et d'un motif tenant à quatre lignes, indiquant de façon très laconique que cette société : « permettra de disposer de services tarifiés [sic] à la carte (cf. RGPD, médecine préventive, prévention, assurance risques statuaires, prévoyance…) étant précisé que les conditions actuelles de l'assurance risques statutaires qui seront proposés sont très favorables pour la collectivité »[1529]. La correspondance de ces explications aux exigences de la jurisprudence administrative peut évidemment poser question, mais dans le cas d'une SPL, celle-ci n'était ni mise en concurrence, ni soumise à un formalisme particulier, l'aiguillon de la concurrence ne joue pas en faveur d'un développement particulier des motifs de ce choix.

---

[1525] CGCT, art. L2121-13.

[1526] Cf. GUERARD, Stéphane, « Les insuffisances et les limites de la démocratie locale en France », *in* LE DUFF, Robert, RIGOT, Jean-Jacques (dir.), *Démocratie et management local,* Paris : Dalloz, 2004, p. 263-284.

[1527] Ce qui est le cas pour toutes les délibérations dans les communes de plus de 3.500 habitants : CGCT, art. L. 2121-12.

[1528] CE, 14 novembre 2012, *Commune de Mandelieu-la-Napoule,* n° 342327 : *BJCL* 2013, n° 1, p. 18-22, note B. Poujade. Voyez, pour une formulation plus ancienne mais relativement équivalente : CE, 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt : T.* p. 608 : les élus doivent être informés « dans des conditions leur permettant de remplir normalement leur mandat ».

[1529] Communauté de communes du territoire de Lunéville à Bacarat, registre des délibérations, séance du 16 octobre 2018, délibération n° 2018-232.

Pourtant, la Cour administrative d'Appel de Lyon, dans un arrêt 15 janvier 2020 n'a pas hésité à étoffer quelque peu cette obligation dans le processus de création d'une société publique locale[1530]. La Cour se fonde, de façon assez exceptionnelle, sur « le sens commun » pour exciper des dispositions du CGCT que le rapport sur les affaires générales délibérées s'entend comme « tout écrit exposant l'objet et la finalité du projet », et qu'en l'occurrence, « un exposé des motifs résumant l'objet de l'opération » (la création de la société), « ainsi que son incidence sur le régime de la commande publique applicable aux prestations confiées à la future » SPL permet à une collectivité de remplir les exigences légales d'information. La CAA de Lyon remarque d'ailleurs qu'elle tire une telle interprétation « faute de définition particulière donnée par les dispositions [du CGCT] » sur le rapport d'information nécessaire. Certes, comparée aux textes très lacunaires et imprécis, la décision de la CAA de Lyon apporte l'idée d'une exigence minimale de transparence et de prévision sur la création de la société *et* les contrats qui seront pas la suite passés. De plus, il est notable que cette interprétation doive se fonder sur le « sens commun » du droit — ce qui implique sur ce point une marge d'interprétation très subjective du juge administrative. Néanmoins, cette exigence reste très relative quant au fond, et à la qualité des informations fournies sur la création d'une société publique. D'ailleurs, en l'occurrence la Cour valide la délibération qui n'était informée que par ces seuls biais.

Ce sentiment particulier de légèreté de l'information pour les SPL, est renforcé par l'interprétation générale du Conseil d'Etat sur les dispositions légales en question. Celui-ci estime en effet que, dans les cas généraux, les dispositions législatives n'imposent pas « une justification détaillée du bien-fondé des propositions »[1531] soumises à l'assemblée. Cela signifie par exemple, en cas de la reprise en régie d'une association — cas se rapprochant fort de la création d'une SPL — que la note d'information n'a pas obligation de détailler spécifiquement le coût financier d'une telle opération[1532].

Dans les cas de contractualisation avec une société publique locale, il faut noter toutefois que la consultation des élus doit normalement permettre, une autorisation « pleine et entière »[1533] de l'assemblée délibérante sur tous les contrats de la collectivité, ce qui implique la bonne connaissance du contrat. De plus, un surcroît d'obligation d'information existe dans le cas d'une délibération portant sur un « contrat de service public » dans les collectivités de 3.500 habitants et

---

[1530] CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *Département du Puy-de-Dôme et SEMERAP*, n° 18LY04153 : *JCP-A* 2020, n° 6, p. 24-26, note C. Devès.

[1531] CE, 14 novembre 2012, *Commune de Mandelieu-la-Napoule,* n° 342327 : *BJCL* 2013, n° 1, p. 18-22, note B. Poujade.

[1532] CAA de Lyon, 26 juin 2018, *commune de Saint-Martin-d'Hères,* n° 16LY02881.

[1533] RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 144.

plus. L'article L. 2121-12 du CGCT prévoit en effet que, dans ce cas, « le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut […] être consulté à la mairie » (ou au siège de la collectivité pour les autres collectivités et établissements), à la demande d'un membre de l'assemblée délibérante. Cependant, il faut noter qu'il ne s'agit pas là d'une obligation de justification supplémentaire, mais uniquement un moyen supplémentaire de transparence pour les élus. De plus, cette consultation se réalise « dans les conditions fixées par le règlement intérieur » de l'assemblée délibérante. Or, comme le rappelle le Ministre de l'Intérieur en réponse à une question parlementaire sur cette pratique, ce règlement peut ne prévoir qu'une simple consultation gratuite sur place, sans possibilité d'obtenir copie de ces documents[1534] — à tout le moins si cela ne place pas les élus dans une situation moins favorable que les contribuables ou habitants de la commune[1535].

L'obligation procédurale d'information relative au choix d'une société publique locale est donc assez faible, que ce soit pour la signature d'une délégation de service public, pour tout autre contrat, ou encore pour sa création. Cette légèreté est particulièrement sensible pour les SPL car, même une information de l'assemblée délibérante mal délivrée sur une délibération concernant les SPL n'emporte pas, en situation de quasi-régie, de conséquences aussi problématiques que dans un cadre où la concurrence privée est plus activement sollicitée. A la décharge du législateur, il s'agit sans doute là plus d'une inadéquation de l'articulation entre les différents textes applicables, que d'une véritable volonté d'échapper le plus possible à toute exigence de transparence. Une amélioration de la situation législative paraît donc tout-à-fait envisageable sur ce point.

### *2) L'absence de conséquences contentieuses d'une mauvaise information*

En l'absence de mise en concurrence, les conséquences concrètes d'une mauvaise information de l'assemblée par les délibérations concernant le choix d'une SPL paraissent relativement amoindries. Si l'on rajoute à cela la faible portée juridique générale d'une absence de bonne information, la situation paraît peu propice à une attention trop importante des collectivités publiques sur ce point. Les collectivités publiques peuvent en conséquence avoir tendance à faire peu de cas des motivations à apporter à ces délibérations d'information, ainsi qu'aux procédures à suivre.

---

[1534] Assemblée nationale (14e législature), Réponse du ministre de l'Intérieur à la Question écrite n° 75840 de Mme la députée Marie-Jo ZIMMERMANN : *JOAN* 1er septembre 2015, p. 6732.

[1535] Comme le précise un arrêt du Conseil d'Etat : CE, 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt*, n° 68743.

Les délibérations locales reposants sur une procédure irrégulière ont en effet tendance à connaître une modulation juridictionnelle de leurs conséquences. Dans une acceptation récente de la légalité externe des décisions administratives, même une information délivrée à l'assemble délibérante ne permettant pas « d'appréhender le contexte ainsi que les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leur décisions »[1536], peut ne pas avoir comme conséquence une annulation pure et simple de la délibération adoptée. Le juge administratif, dans ce cas, et conformément à la jurisprudence *Danthony* du 23 décembre 2011[1537], examine si ce vice de procédure a pu influencer le sens de la délibération prise.

Or, l'information sur le choix de la SPL est donc déjà fortement orientée, puisque la question même du recours à la SPL ne se pose que si une collectivité locale envisage d'emprunter cette formule. Dans le cas d'une SPL, contrairement au cas du choix du recours à un mode de gestion privée, et contrairement aussi au choix d'un délégataire privé, la question que se pose l'assemblée délibérante devant adopter une décision est d'abord une question sur la gestion de l'activité par une SPL — en ayant ce choix comme première idée, puisque sinon il n'est pas obligé d'apparaître dans la comparaison ainsi faite. Et dans l'état actuel du droit, aucune alternative n'a besoin d'être obligatoirement explorée ou présentée à l'assemblée délibérante, à côté de la présentation des conséquences du choix de la SPL comme mode de gestion. Justement, c'est à partir de cette idée des conséquences alternatives éventuelles d'une mauvaise information que le juge administratif décide si oui ou non une délibération mérite d'être annulée en fonction d'une vice de procédure, ou si ce vice n'est pas suffisant.

Le juge administratif considère notamment que l'irrégularité formelle de procédure peut être compensée par une délibération antérieure de principe ayant été prise sur le même sujet[1538]. Les délibérations autour de l'opération de choix de la SPL pouvant s'enchaîner ou se diviser en plusieurs étapes, cela permet de sécuriser leur régime. Le juge considère aussi qu'il peut suffire que des réunions préalables informant du contexte et des conséquences aient eu lieu[1539] pour contrebalancer une mauvaise information au moment de la délibération en soi. Cette possible

---

[1536] CE, 14 novembre 2012, *Commune de Mandelieu-la-Napoule,* n° 342327 : *BJCL* 2013, n° 1, p. 18-22, note B. Poujade. Voyez, pour une formulation plus ancienne mais relativement équivalente : CE, 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt : T.* p. 608 : les élus doivent être informés « dans des conditions leur permettant de remplir normalement leur mandat ».

[1537] CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony,* n° 335033 : *RFDA* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier et note P. Casia ; *AJDA* 2012, p. 195 , chron. A. Bretonneau et X. Domino ; *JCP-A* 2012, 2089 , obs. C. Broyelle. Voyez, sur cette dynamique récente allant dans la direction de la restriction des moyens invocables : *cf.* BARLOY, François, « La restriction des moyens de légalité invocables : la mort programmée du vice de procédure et de l'exception d'illégalité », *JCP-A* 2019, n° 25, p. 38-42 ; MELLERAY, Fabrice, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *Dr. adm.* 2012, n° 3, p. 29-31.

[1538] CAA de Bordeaux, 12 janvier 2017, *Communauté d'agglomération de La Rochelle,* n° 14BX03698.

[1539] CAA de Nantes, 19 septembre 2014, *Communauté de communes du Val de Voise,* n° 15NT01728.

modulation des éventuelles irrégularités ou mauvaise information rejaillit forcément sur la forme des procédures mises en place pour évaluer l'utilité et l'intérêt d'une SPL pour prendre en charge une activité publique, que ce soit *via* une DSP ou *via* un autre contrat. Dans les deux cas, les collectivités pourraient en effet considérer que les délibérations se rapportant aux SPL, au même titre que les délibérations concernant la création de nouvelles activités gérées en régie, n'ont pas besoin d'être particulièrement étayées par une information complète sur les coûts et les modalités de cette gestion. Le cas d'une DSP à une SPL, plus encadré, aurait pourtant pu être envisagé plus strictement (a) que le cas des autres contrats envisageables (b).

a) Le cas des DSP confiés à des SPL

Toutefois, dans le cas des délibérations s'accordant sur le principe de confier une DSP à une SPL, l'exigence d'information est un peu plus lourde que dans le cas des autres délibérations possibles puisque, comme l'indique l'article L. 1411-19 du CGCT, l'assemblée doit se voir présenter un rapport sur cette gestion, et se prononcer sur le principe de celle-ci.

Cependant, l'absence de mise en concurrence de la SPL entraîne l'inutilité même de la division en deux temps du choix de la SPL, entre choix du principe de la délégation puis autorisation de contracter avec la SPL. A l'Assemblée nationale, une question écrite en ce sens est posée en octobre 2019, à laquelle le ministre de la cohésion des territoires répond le 10 mars 2020 en rappelant prudemment la jurisprudence du Conseil d'Etat du *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*[1540] sur le préalable nécessaire de la délibération sur le principe. Le ministre ne se prononce toutefois pas sur l'obligation ou non de passer différentes délibérations pour cela. La question de l'antériorité nécessaire peut donc se poser lorsqu'une même délibération, après avoir fait le choix du principe de la DSP à une SPL, prévoit dans le même mouvement l'approbation du contrat et l'autorisation de contracter. Or, la réalité du terrain paraît démontrer une pratique peu scrupuleuse de ces distinctions. Le conseil municipal de la ville de Saint-Martin-le-Vinoux par exemple, indique clairement dans la même délibération approuver le principe d'une délégation de service public et le contrat — déjà négocié — avec sa SPL de tourisme[1541]. Le conseil municipal de la ville de Rouen procède de la même exacte manière en avril 2017 pour une SPL de

[1540] Assemblée nationale (15e législature), Question écrite n° 23831 de Mme Valérie THOMAS, publiée au JOAN le 22 octobre 2019, p. 9312, réponse publiée au JOAN le 10 mars 2020, p. 1929.

[1541] Conseil municipal de la ville de Saint-Martin-le-Vinoux, registre des délibérations du 15 décembre 2014, délibération n° 2014-93.

stationnement[1542]. Evidemment, toutes les collectivités locales ne font pas cette confusion[1543], mais les exemples cités démontrent cette possibilité très importante d'une confusion pour les sociétés publiques locales des différentes opérations juridiques et informations préalables nécessaires.

b) Le cas des autres contrats

Dans le cas de contrats innomés, l'encadrement juridique est encore plus lâche, et l'obligation d'information encore moindre. De plus, la pratique des SPL sur ce point montre une grande confusion dans l'organisation de l'information et l'obtention de l'accord des assemblées délibérantes précédant le choix d'une société publique locale.

Les délibérations des collectivités locales sur le choix d'une société publique locale démontrent ainsi qu'une seule délibération peut aisément inclure non seulement le choix de ce mode de gestion pour une activité publique, mais aussi la décision de constitution de cette société, ainsi que l'autorisation de signature du contrat lui transférant l'activité en question. Une délibération du conseil municipal de la ville de Metz du 31 octobre 2019 approuve ainsi par exemple non seulement l'adhésion de la ville à la société publique locale IN-PACT GL, et autorise dans le même temps le Maire à recourir aux services de cette société, ainsi qu'à « approuver tout document et contrat relatif aux relations entre la ville de Metz et la SPL »[1544]. Le conseil municipal de la ville de Laon, quant à lui, par une seule et même délibération adhère en 2014 à la société publique locale X-DEMAT et autorise son maire à signer la « convention de prestations intégrées », et à « utiliser les outils de dématérialisation proposées »[1545]. Or, il s'agit là de deux (voire trois dans le cas des contrats annexes de la ville de Metz) opérations juridiques différentes, qui sont soumises à des contrôles juridictionnels différents. La réunion de ces trois opérations en une seule, aisée voire naturelle pour la SPL — sorte d'opération complexe en soi —, pose aussi question en termes d'information publique de ces décisions, pour la bonne information de l'assemblée, pour l'information générale des administrés, ainsi que pour les concurrents éventuels. Cependant, les faibles chances de contentieux jouent dans le sens d'une diminution de l'attention portée à ces distinctions, et ces délibérations « globales » ont pu être adoptées sans contestation dans ces villes de taille importante[1546].

---

[1542] Conseil municipal de la ville de Rouen, registre des délibérations du 3 avril 2017, délibération n° 30-1.

[1543] Voyez par ex. : Conseil communautaire de la Communauté d'Agglomération du Boulonnais, registre des délibérations du 19 décembre 2019, délibération n° 24/19-12-19. La délibération autorisant la signature du contrat retrace bien les étapes préalables de délibération sur le principe, et des autres consultations préalables obligatoires (CCSPL et comité technique).

[1544] Conseil Municipal de la ville de Metz, registre des délibérations, séance du 31 octobre 2019, DCM n° 19-10-31-23.

[1545] Conseil Municipal de la ville de Laon, registre des délibérations, séance du 17 février 2014, délibération n° 06.

[1546] Les délibérations mentionnées ont été adoptées à l'unanimité dans les deux cas.

Cela est logique puisque, en l'absence de mise en concurrence et donc d'une large diffusion de l'information et de l'implication de concurrents, les récriminations sur l'attribution de ce contrat sont forcément moins importantes en nombre. L'irrégularité d'une telle procédure pour les SPL n'en reste pas moins problématique juridiquement en l'absence de solution et de décisions de justice sur cette question précise. La dynamique de modulation des conséquences juridiques de l'irrégularité des procédures administratives contractuelles[1547] ne permet en effet pas de répondre précisément sur l'interprétation que pourrait avoir le juge administratif de ce problème. Une interprétation stricte des obligations d'information, un rapprochement du régime des SPL au régime de droit commun de la commande publique, ou bien une méfiance particulière face à la société publique locale — par rapport aux services créés en régie — pourrait l'inciter à demander un surcroît d'information et de formalisation procédurale (notamment des délibérations séparées pour chaque étape). A l'inverse, une vision souple de la SPL, la rapprochant du régime des régies et l'éloignant du régime stricte de la commande publique, ainsi qu'une interprétation large de la liberté d'administration des collectivités locales, pourrait aboutir à moins d'exigences de transparence, de comparaison, et de formalisation.

A partir de là, la consultation obligatoire pour les collectivités de plus de 10.000 habitants[1548] d'une commission consultative des services publics locaux (CCSPL), sur le principe d'une DSP à une SPL, prévue par l'article L. 1411-19 du CGCT, apparait comme une démarche innovante pour établir plus de transparence dans ce choix. Elle est aussi, plus indirectement, une première étape pour intégrer des rationalités non politiques dans le débat sur le choix de la SPL, ce qui favorise les discussions sur le caractère efficient ou pro-concurrentiel de ces outils.

## II - La CCSPL : instrument insuffisant d'une gestion plus transparente

Afin d'améliorer la transparence démocratique entourant le choix d'une SPL, lorsqu'une collectivité envisage de confier une DSP à une SPL, l'article L.1411-19 du CGCT prévoit, préalablement à la délibération de l'assemblée délibérante, l'obligation de consultation de la commission de consultation des services publics locaux. Néanmoins, cette idée est tempérée par de

---

[1547] CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers,* n° 304802 : *JCP-A* 2010, 2072, note F. Linditch ; *CMP* 2010, comm. 85, note F. Llorens ; *JCP-G* 2010, 676 note B. Plessix ; *RJEP* 2010, comm. 30, J. Gourdou.

[1548] Depuis la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, le seuil de création initialement fixé à 3.500 habitants par la loi n° 92-125 du 6 février 1992 a été remonté à 10.000 habitants en règle générale (région, département, communes), et à 50.000 pour les établissements publics de coopération intercommunale.

nombreuses limitations, inhérentes à cet organisme consultatif, mais aussi en rapport avec son application pour les SPL en particulier. Ces limites se retrouvent à la fois dans la création de ces outils, qui n'est pas toujours optimale, et pour laquelle le droit des SPL se montre encore moins strict (A), et dans son utilisation, qui paraît pour le moins discutable (B).

## A) Une mise en place lacunaire pour les SPL

Contrairement aux consultations de CCSPL prévues dans le cadre d'une DSP au secteur privé, la constitution d'une CCSPL pour se prononcer sur une délégation à une SPL n'apparaît pas obligatoire[1549].

Il s'agit là du problème principal des CCSPL : leur absence de mise en place, y compris lorsque leur existence est légalement requise. Le Conseil d'Etat, dans son rapport public thématique de 2011 relève ainsi qu'en 2010, seules 1.168 CCSPL étant en place[1550], ce qui paraît dénoter une faible utilisation de ces outils[1551]. Pourtant, des CCSPL sont normalement mises en place obligatoirement dans le cadre des délégations de service public au secteur privé, afin d'améliorer la transparence de ces contrats.

La loi du 6 février 1992 créant les CCSPL[1552] n'est pas le premier texte de démocratisation de l'administration publique locale, mais il pose les bases d'une démocratie locale qui recherche activement la participation du public à travers l'outil des CCSPL, au lieu de laisser les élus locaux choisir seuls les dispositions qui leur paraitraient les plus adaptées. Les préoccupations politiques en cette matière remontent historiquement presque aussi loin que le concept d'administration moderne,

---

[1549] C'est ce qui ressort de l'ajout des termes « le cas échéant » dans l'article L. 1411-19, par rapport à l'article L. 1411-4 du CGCT. Voyez aussi : Ministère de l'Intérieur, Direction générale des Collectivités Locales, circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant sur le régime juridique des sociétés publiques locales, p. 6.

[1550] Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, rapport public thématique 2011, Paris : La Documentation française, 226 p.

[1551] Les chiffres du Conseil d'Etat sont issus des réponses préfectorales relatives au projet de loi de finances pour 2010, et ne font pas l'objet d'une publication spécifique ni pour cette année-là, ni pour les suivantes. La comparaison avec le nombre de collectivités territoriales et leurs groupements qui devraient légalement mettre en place une telle CCSPL n'est même pas tentée pas le Conseil d'Etat, visiblement par manque de chiffres sur la question. Comme il le précise plus loin, le contrôle des CCSPL n'est pas une priorité des préfectures, la computation des chiffres pour la France est donc difficile.

[1552] Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO* n° 33 du 8 février 1992, art. 26 : « Il est créé une commission consultative compétente pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une convention de gestion déléguée. Elle doit comprendre parmi ses membres des représentants d'associations d'usagers du ou des services concernés. Elle est présidée par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent. Cette obligation ne s'applique qu'aux services des communes de plus de 3 500 habitants et aux établissements publics de coopération comprenant au moins une commune de 3 500 habitants et plus ». Depuis la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, le seuil de création a été remonté à 10.000 habitants en règle générale (région, département, communes), et à 50.000 pour les établissements publics de coopération intercommunale.

au XVIe siècle[1553], mais elles sont particulièrement renouvelée au sortir de la première guerre mondiale, accompagnant l'essor de la technicisation et de la rationalisation de la gestion publique[1554]. Ainsi, Jean RIVERO, dès la première édition de son manuel de droit administratif en 1958, notait que « *l'inspiration démocratique exige [...] non pas la soumission passive de l'administré à une décision qui, élaborée dans le secret, s'impose à lui par la seule contrainte, mais bien plutôt la recherche de l'adhésion raisonnée qui transforme le sujet en citoyen* »[1555]. Toutefois, cette idée même que la consultation permet une adhésion est en soi assez critiquable. En effet, consultation ne signifie pas approbation, comme le législateur de 1992 l'a bien entendu. En instaurant les CCSPL, celui-ci ne souhaite pas remplacer les assemblées délibérantes, qui sont les seuls représentants démocratiquement élus de la volonté publique locale, mais faire acte de plus de transparence en obligeant certaines collectivités publiques dépassant un certain seuil à aller à la recherche de la participation publique[1556]. Les seuils sont très bas : 3.500 habitants pour une commune, et pour les EPCI avoir au moins une commune de plus de 3.500 habitants, mais aucune conséquence juridique précise n'est adjointe à cette nouvelle obligation. Leur utilisation n'est au début pas beaucoup appréciée. Ainsi, l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la démocratie de proximité de 2002 souligne que la formule « a rencontré peu de succès depuis sa création en 1992 »[1557]. Le législateur la renforce alors, en échange d'une élévation des seuils.

Le recours aux CCSPL est amplifié avec l'adoption de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. C'est avec cette loi que la CCSPL prend son rôle de contrôleur préalable des délégations de service public, ainsi que des création de régies autonomes. D'introuvable, la CCSPL devient alors incontournable. Pourtant, la commission des lois du Sénat considère à ce moment que celles-ci sont « inadaptées à la vie locale »[1558]. Pourquoi dans ce cas renforcer le rôle et la portée des CCSPL si celles-ci ne sont pas utiles ou n'ont pas fait la preuve de leur utilité à améliorer la transparence et la participation des administrés? C'est que les CCSPL deviennent en

---

[1553] SORLIN, Pierre, « Le mirage du public », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1992, n° 1, p. 86-102.

[1554] Voy. Pour la période précédent 1945 : DAVIET, Jean-Pierre, « Le service public et l'usager : entre droit administratif et philosophie politique (1873-1945) », *in* HORELLOU-LAFARGE, Chantal (dir.), *Consommateur, usager, citoyen : Quel modèle de socialisation ?,* Paris : L'Harmattan, 1996, p. 23-48 ; et pour la période suivant 1945, notamment : DELAUNAY, Bénédicte, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris : LGDJ, 1993, 1003 p.

[1555] RIVERO, Jean, *Droit administratif,* Paris : Dalloz, 1957, p. 520.

[1556] C'est effectivement l'un des buts principaux de la loi du 6 février 1992, qui institue à son article 10 « le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent », comme « un principe essentiel de la démocratie locale ».

[1557] Assemblée nationale (onzième législature), document n° 3089, Projet de loi relatif à la démocratie de proximité enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2001, exposé des motifs.

[1558] Sénat, rapport n° 156 (2001-2002) de M. Daniel HOEFFEL, fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 décembre 2001.

2002 de véritables instruments d'une gestion publique locale plus légitime, à un moment où la décision politique est de moins en moins créditée de porter uniquement l'intérêt général.

De considération de bonne gestion, pro-concurrentielles mêmes, apparaissent toutefois à ce moment dans l'idée de la création de CCSPL, qui pourraient indiquer leur intérêt pour les SPL. La loi du 27 février 2002 vise à rendre obligatoire la consultation de ces CCSPL, pour les communes dépassant les 10.000 habitants, et les EPCI dépassant les 50.000 habitants, avant toute délibération de principe sur la délégation d'un service public ainsi que sur la création d'une régie autonome, en modifiant l'ancien article L.322-2 du code des communes devenu l'article L. 1411-4 du CGCT en 1996[1559]. La nouvelle formulation souligne bien la visée gestionnaire de la mesure concernant le secteur public, car elle vise particulièrement la mise en place des régies autonomes comme un élément à soumettre à l'avis de la CCSPL. Or, le projet de loi initial ne visait que les régies personnalisées[1560], mais la commission des lois du Sénat remarque que cela créerait la « tentation de recourir à ce mode de gestion pour la seule et *mauvaise raison* qu'elle permettrait d'éviter de passer devant la commission consultative »[1561]. Une telle remarque souligne bien l'objectif gestionnaire, et non seulement procédural de transparence, d'une telle consultation. La procédure de la consultation relève donc bien d'un objectif principal de transparence mais aussi d'un objectif incident de meilleure gestion, c'est-à-dire d'une logique au final pro-concurrentielle appliquée au secteur public, et dont la SPL pourrait relever au premier chef.

Pourtant, la discussion parlementaire de 2010 autour de la création des SPL démontre plutôt le désintérêt qui est fait de cette disposition du recours aux CCSPL[1562]. Le législateur souhaite, au contraire des délégations au secteur privé, clairement donner à cette procédure réservée aux SPL un caractère facultatif en indiquant que la consultation préalable de la CCSPL sur « le principe de toute délégation de service public à une société publique locale » est effectuée « le cas échéant »[1563]. Le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale[1564], mais aussi le ministère de l'Intérieur, dans sa

---

[1559] L'article L. 322-2 du code des communes est devenu l'article L.1411-4 du CGCT par l'effet de la codification de la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales.

[1560] Assemblée nationale (onzième législature), document n° 3089, Projet de loi relatif à la démocratie de proximité enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 mai 2001, exposé des motifs.

[1561] C'est nous qui soulignons. Sénat, rapport n° 156 (2001-2002) de M. Daniel HOEFFEL, fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 décembre 2001.

[1562] Assemblée nationale (Treizième législature), rapport n° 2277 fait au nom de la commission des lois par M. Jean-Pierre SCHOSTECK, enregistré le 3 février 2010 : la disposition est insérée accessoirement et la saisine « reste facultative » pour « alléger la procédure ».

[1563] CGCT, art. L. 1411-19.

[1564] Assemblée nationale (Treizième législature), rapport n° 2277 fait au nom de la commission des lois par M. Jean-Pierre SCHOSTECK, enregistré le 3 février 2010 : la disposition est insérée accessoirement et la saisine « reste facultative » pour « alléger la procédure ».

circulaire interprétative sur les SPL[1565], considèrent que l'utilisation de ce terme permet de rendre la consultation « facultative », au même titre que la consultation prévue précédant la création d'une régie autonome ou personnalisée[1566], et l'opposent ainsi à la consultation obligatoire prévue précédant la constitution d'une délégation à une opérateur privé. Pourtant, une telle interprétation paraît trompeuse, dans le sens où le terme « le cas échéant » oblige uniquement à la consultation de la CCSPL lorsqu'une telle structure existe, puisqu'elle n'est obligatoire qu'à partir d'un certain seuil de population, mais ne peut indiquer que la consultation serait facultative, ou optionnelle, au bon vouloir des collectivités. La volonté du législateur ne peut toutefois être mise en doute sur l'évitement souhaité de cette procédure de légitimité pour le SPL. Cela est particulièrement dommage, car, comparé aux discussions de 2002 sur la loi relative à la démocratie de proximité, l'ambition des objectifs de soumettre aussi le secteur public à cette procédure d'amélioration de la légitimité et de la transparence, semblent avoir été revus à la baisse. Pourtant, la SPL se prêterait particulièrement à un tel exercice, puisqu'en tant que société commerciale publique, elle prête d'autant plus le flanc aux critiques gestionnaires à la fois des tenants de la privatisation du secteur public et des tenants de la publicisation de ce même secteur. En l'absence d'obligation renforcée pour les SPL, il semble bien que le recours à la CCSPL soit considéré comme très annexe pour les élus.

Un récent rapport de CRC sur la SPL de la Métropole de Lyon spécialisée dans les pompes funèbres, fait d'ailleurs ressortir comme l'un des principaux points d'irrégularité, accompagnant un manque de contrôle des élus, l'absence de mise en place d'une CCSPL[1567]. Concrètement, la plupart des retour sur le fonctionnement de CCSPL dans les contextes de création d'une SPL indiquent que celles-ci ont un rôle très faible dans la constitution d'un débat sur l'adoption de ce mode de gestion. Une recherche ciblée sur les CCSPL et les entreprises publiques locales dans les rapports d'observations des chambres régionales et territoriales des comptes aboutit à un résultat étonnant. En effet, un seul rapport d'observations sur les sociétés publiques locales effectués au 1er mars 2020 mentionne l'exigence de consultation de la CCSPL prévue par le CGCT[1568]. Cette première

---

[1565] Ministère de l'Intérieur, Direction générale des Collectivités Locales, circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant sur le régime juridique des sociétés publiques locales, p. 6.

[1566] CGCT, art. L. 1412-1.

[1567] CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives, Pompes funèbres intercommunales de l'agglomération lyonnaise (PFIAL), exercices 2011 à 2016, délibérées le 25 avril 2018, p. 18.

[1568] Il s'agit du rapport d'observations définitives de la CRC Auvergne-Rhône-Alpes de juillet 2014, sur la SPL Eau de Grenoble, p. 38. Cette SPL fusionne d'ailleurs la CCSPL avec le comité des usagers. Un autre rapport de CRC mentionne la CCSPL dans le cadre d'un changement de SEML en SPL, mais dans une analyse qui se fixe non sur la SPL en tant que telle, mais sur la collectivité territoriale : CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives délibérées le 13 mars 2018, Commune de Rueil-Malmaison, cahier n° 1 - examen de la gestion, exercices 2011 et suivants, p. 103. Le juge financier se focalise sur le fonctionnement problématique de la CCSPL dans le cadre de la DSP confiée à la SEML, mais non à la SPL.

absence démontre amplement le peu d'importance accordée en pratique à ces entités, il est vrai plus rattachées aux collectivités locales qu'aux entreprises publique locales elles-mêmes. De plus, même lorsqu'elle est utilisée, la comparaison de ces rapports de CRC de SPL avec les rapports d'observations sur des sociétés d'économie mixte locales, sur les points relatifs aux CCSPL, dénote une utilisation assez critiquable de cet outil de démocratisation et de transparence de la gestion publique locale.

## B) Une utilisation limitée pour les SPL

Comme l'indique le terme de consultation, il ne s'agit pas pour les CCSPL de recevoir un avis liant la décision de la collectivité, mais uniquement de donner des gages de transparence et d'une meilleure démocratie locale dans ce processus. L'idée des CCSPL est de permettre un avis moins politisé sur les décisions de gestion des collectivités territoriales — ce qui bénéficierait à la meilleure légitimité du choix des SPL. Cela se traduit par la nomination des membres de la CCSPL, qui est presqu'à l'entière discrétion de l'assemblée délibérante. Néanmoins, dans les conditions actuelles, ce mécanisme reste, à l'instar de l'information de l'assemblée délibérante, encore trop peu développé dans son fonctionnement concret, ce qui se ressent particulièrement dans son application pour les SPL. En effet, les rapports sur le choix d'une délégation de service public à une société publique locale, qui n'est ni mise en concurrence et ni obligée à une comparaison préalable, et qui est contrôlée démocratiquement par les élus, risquent d'être moins justifiés et précis, en terme d'informations, que les rapports obligatoires précédents des délégations de service public au secteur concurrentiel.

Le Conseil d'Etat, dans son rapport public 2011 conclut qu'il est « difficile d'évaluer les CCSPL d'un point de vue qualitatif »[1569]. Or, comment imaginer que les obligations de l'article L.1411-4 du CGCT, déjà difficilement appliquées lorsqu'est en jeu une délégation au secteur privé, soient bien ou mieux appliquées lorsqu'est en jeu une délégation au secteur privé ? Ainsi, dans les secteur peu concurrentiels, les CRC constatent que les informations mises à disposition des CCSPL sur la création des délégations restent déjà très lacunaires, comme de montre l'exemple des délégations du service public du stationnement de l'agglomération Grand Paris Seine Ouest ces dernières années[1570]. La situation de quasi-régie des SPL ne peut qu'accentuer le problème de

---

[1569] Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, rapport public thématique 2011, Paris : La Documentation française, p. 159.

[1570] CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives, délibérées le 21 juillet 2016, Communauté d'agglomération Grand Paris Seine Ouest (GPSO), gestion du stationnement urbain exercices 2010 et suivants, p. 42.

manque d'intérêt et de qualité relative des consultants de CCSPL, puisqu'aucune mise en concurrence n'est prévue.

Seuls trois rapports de CRC concernant des SPL mentionnent le fonctionnement et l'information de la CCSPL. Et lorsqu'ils le font, c'est de manière très rapide. Tout d'abord,, déjà mentionné *supra,* le rapport de la CRC Auvergne-Rhône-Alpes sur la SPL de la Métropole de Lyon spécialisée dans les pompes funèbres, remarque, lui, l'absence de mise en place d'une CCSPL[1571]. En l'absence de mise en place de la CCSPL, les informations ne peuvent évidemment lui être fournies.

La CRC Auvergne-Rhône-Alpes, en 2014, sur la SPL Eau de Grenoble[1572], sur souligne son existence, et la fusion de cette instance avec le comité des usagers — action sur laquelle, dans une vision stricte de la légalité, des objections pourraient être formulées. Dans une vision plus souple, il paraît tout-à-fait légal que cette commission puisse regrouper d'autres appellations, puisque sa composition dépend presqu'entièrement de l'assemblée délibérante et est très libre, seule la représentation des élus de l'opposition devant faire l'objet d'une attention particulière[1573]. Elle doit être composée, selon l'article L. 1413-1 du CGCT d'un président qui est l'exécutif de la collectivité, ainsi que de membres de l'assemblée délibérante désignés dans le respect de la pluralité, et « des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante », sans autre précision Les membres de la commission peuvent donc être désignés ou nommés selon des règles propres à chaque collectivité, ce qui permet à l'assemblée délibérante de garder indirectement la main sur les débats qui pourraient y avoir lieu. La fusion de cette commission avec d'autres institutions ou appellations, ne poseraient en tout cas sans doute pas de problème de ce point de vue.

Un rapport de la CRC Ile-de-France, de 2018 sur la gestion de la commune de Rueil-Malmaison[1574], mentionne le fonctionnement de CCSPL pour le critiquer rapidement sur la faiblesse des informations apparemment transmises, mais cela porte à l'époque où la DSP était confiée à une SEML qui devient ensuite une SPL. Il est cependant évident que ce qui se passe pour les SEML peut tout-à-fait advenir aux SPL, de par leur proximité dans le secteur public. En l'absence d'autres

---

1571 CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives, Pompes funèbres intercommunales de l'agglomération lyonnaise (PFIAL), exercices 2011 à 2016, délibérées le 25 avril 2018, p. 18.

1572 CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives, SPL Eau de Grenoble, juillet 2014 p. 38.

1573 Voyez : CAA Paris, 11 octobre 2007, *commune de Villeneuve-Saint-Georges*, n° 16PA01917, inédit : la CCSPL est soumise à l'obligation de l'article L. 2121-22 du CGCT, qui indique que la composition des commissions locales « doit respecter le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée », et cela signifie, comme l'a précisé le Conseil d'Etat, la réserve d'au moins un siège par tendance (groupe) constituée dans l'assemblée : CE, 26 septembre 2012, *Commune de Martigues,* n° 345568.

1574 CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives délibérées le 13 mars 2018, Commune de Rueil-Malmaison, cahier n° 1 - examen de la gestion, exercices 2011 et suivants, p. 103.

rapports de CRC portant précisément sur les SPL, il est ainsi possible de relever quelques exemples de rapports concernant des SEML.

Ainsi, concernant les SEML, la CCSPL peut tout d'abord ne pas se voir saisie du tout concernant les contrats entre ces entreprises publiques locales et les collectivités locales[1575]. La CCSPL peut aussi ne pas prouver un fonctionnement parfait. Lorsque les procès-verbaux des séances n'indiquent par exemple ni les éléments présentés ni les éléments discutés[1576], la question peut se poser de leur réel fonctionnement. Parfois, ces commissions démontrent aussi la difficulté d'allier information, participation, et légalité. Ainsi, nous trouvons dans les rapports des juges financiers un exemple de CCSPL validant un renouvellement clairement illégal de DSP à une SEML[1577]. Pour être équilibré, il convient de remarquer que le juge contrôleur note aussi le rôle de contrôle effectif joué par les CCSPL dans de rares cas[1578]. Le rôle de la CCSPL pour les SPL n'est donc pas forcément ignoré. Au contraire, il faut souligner que sa bonne utilisation — si elle était plus rigoureuse ou plus encouragée — aboutirait à une meilleure légitimité de ces délégations et de ces outils.

La transparence induite par la CCSPL est ainsi matériellement la première étape d'un contrôle plus substantiel sur la gestion des services publics locaux. Elle ne touche pas seulement à au dialogue démocratique. La commission des lois du Sénat le remarque bien qui, au cours des travaux parlementaires précédant l'adoption de la loi du 6 février 1992, insiste pour supprimer cette instance. Celle-ci fait, pour la commission des lois du Sénat, partie des « mesures inutiles ou dangereuses »[1579] car imposer cette pratique par la loi enfermerait les collectivités dans un carcan dont elles n'ont pas besoin pour faire vivre la démocratie locale[1580]. Cette création des CCSPL vise, au-delà du dialogue démocratique, à améliorer indirectement la gestion publique. Comme le note Hervé POURTOIS, les processus de démocratie délibérative doivent idéalement être « des lieux d'échanges de raisons qui visent *l'identification de l'argument le meilleur* plutôt que des lieux dans

---

[1575] Cour des Comptes, rapport public annuel 2016, annexe n°3, « Le parc végétal Terra Botanica : une initiative coûteuse à la recherche d'une viabilité financière », p. 675. La Cour indique que la CCSPL n'a été saisie des rapports de la SEML qu'à partir de 2011, pour une opération commençant en 2007. Même constat avec CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives, 16 juin 2014, Communauté d'agglomération de Saint-Brieux, exercices 2009 et suivants, p. 47 : après une validation pour un certain mode de gestion, les changements ultérieurs de mode de gestion ne sont plus discutés devant la CCSPL, dans le contexte d'un transfert de compétences entre collectivités et groupements.

[1576] CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives, délibérées le 21 juillet 2016, Communauté d'agglomération Grand Paris Seine Ouest (GPSO), gestion du stationnement urbain exercices 2010 et suivants, p. 42.

[1577] CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives délibérées le 13 mars 2018, Commune de Rueil-Malmaison, cahier n° 1 - examen de la gestion, exercices 2011 et suivants, p. 103.

[1578] CRC Ile-de-France, rapport d'observations définitives délibérées le 5 décembre 2017, Syndicat intercommunal funéraire de la région parisienne, exercices 2012 et suivants, p. 25, 35, et 55.

[1579] Sénat, Rapport n° 358 (1990-1991) de M. Paul GRAZIANI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 5 juin 1991, p. 17.

[1580] *Ibidem.*

lesquels la décision résulterait d'un marchandage entre des acteurs visant exclusivement la satisfaction de leurs intérêts »[1581]. Encore plus clairement, le législateur laisse aussi entendre cette idée à l'article 1er de cette loi, en indiquant que celle-ci vise « à garantir la démocratie locale *et à favoriser la modernisation du service public* » (c'est nous qui soulignons).

Certes, l'origine des commissions consultatives des services publics locaux (CCSPL) ne se trouve pas dans des objectifs pro-concurrentiels, ou de bonne gestion. Ces commissions sont mises en place par la loi du 6 février 1992[1582] comme des outils de démocratie participative, et non comme des outils d'amélioration de gestion. Mais elles y contribuent toutefois par leurs conséquences sur la nécessaire augmentation de la qualité et de la neutralité de l'information qui est fournie à ces organismes *a priori* a-politiques. D'ailleurs, de façon assez parlante, l'article 26 de la loi du 6 février 1992, qui crée les CCSPL, choisit de recréer l'article L. 322-2 du code des communes, qui avait disparu avec l'adoption de la loi du 2 mars 1982 relative à la décentralisation[1583]. Or, cet article L. 322-2 du code des communes portait justement l'obligation pour les communes de mettre en conformité tous leurs contrats qui font apparaître des conditions d'exploitation « plus onéreuses ou plus désavantageuses » que les cahiers des charges et les règlements types institués par le ministère de l'Intérieur. Il serait tentant de voir ici l'oeuvre d'une sorte de lapsus juridique, et de rapprocher les sens de l'ancien et du nouvel article, avec comme horizon l'objectif d'une meilleure gestion des services publics locaux.

La création des sociétés publiques locales, par définition nouvel outil de gestion des collectivités, au croisement du secteur public et de la définition des sociétés commerciales, ne mériterait-elle pas d'assurer justement une meilleure légitimité au choix de ce mode de gestion ? Le législateur de 2010 a souhaité soumettre le choix de la société publique locale pour gérer une délégation de service public à une procédure semblable à celle qui règlemente le choix de passer par une délégation de service public pour assurer une activité publique locale[1584]. Par ce simple biais, un léger soupçon semble déjà teindre le choix de la société publique locale : le législateur se demande si les collectivités territoriales sauront éviter le piège de choisir une SPL uniquement pour ses caractéristiques d'absence de mise en concurrence, et non pour ses qualités économiques ou

---

[1581] C'est nous qui soulignons. POURTOIS, Hervé, « Délibération participative et sens du désaccord », *Ethique publique* 2005, n° 1, dossier sur les nouvelles formes de la démocratie.

[1582] Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO* n° 33 du 8 février 1992, à son article 26.

[1583] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

[1584] Cf. Article L.1411-19 du CGCT.

administratives intrinsèques[1585]. En effet, puisque le choix par l'assemblée délibérante d'une SPL ne prévoit pas d'obligation de justifier par des raisons particulières le choix du mode de gestion[1586], cela signifie par défaut que ce choix peut être uniquement politiquement motivé[1587]. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 17 septembre 2013, *Collectif Alétois « gestion publique de l'eau »*[1588], indique d'ailleurs clairement que le législateur, en créant la CCSPL, a entendu « [poursuivre] un objectif général d'amélioration de la gestion des services publics locaux ». Cette conclusion, dans une affaire ne portant pas directement sur les SPL, appliquée aux caractéristiques des SPL, fait tout de même de la CCSPL l'instrument d'un choix gestionnaire — et donc pro-concurrentiel de celles-ci. Toutefois, il est vrai que cet objectif pro-concurrentiel reste tempéré par le fait que cette consultation, dont les modalités sont précisées en 2002, n'entraîne pas de véritable comparaison entre les modes de gestion, de même que son fonctionnement laisse encore largement à désirer en pratique. Appliqués à la SPL, ces problèmes ne sont que d'autant plus visibles.

## Conclusion section 2 : A la frontière de la transparence et de l'amélioration des considérations pro-concurrentielles

Pour résumer la portée des obligations de transparence entourant la mise en place des sociétés publiques, la pratique et la théorie des entreprises publiques locales démontrent bien que celles-ci sont encore très pauvres, tant dans l'information de l'assemblée délibérante que dans celle de la CCSPL. Cela permet aux collectivités publiques de garder une grande discrétionnalité politique sur les décisions de gestion publique que sont les différents recours aux sociétés publiques locales. Cette conclusion ne pourrait être démentie que par une modification législative substantielle sur les rapports préalables exigés, ou par un contrôle juridictionnel plus approfondi sur ces exigences. Ce dernier est néanmoins partagé entre la préservation d'une importante liberté d'organisation et de gestion interne des collectivités territoriales, et un contrôle pro-concurrentiel plus approfondi sur les décisions entourant la gestion publique locale.

---

[1585] BERGEAL, Catherine, « Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? », *AJCT* 2011, p. 19.

[1586] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », folio n° 6130, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise-à-jour janvier 2008.

[1587] DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

[1588] CE, 17 septembre 2013, *Assoc. Collectif alétois «gestion publique de l'eau» et Assoc. Avenir d'Alet,* n° 369535 (inédit au Recueil) : *AJDA* 2013*,* p. 2348.

# Conclusion du chapitre 1 : Une liberté suffisamment transparente?

Il paraît évident que le choix d'une société publique locale, bâtarde institution entre droit privé et gestion publique indirecte, et déjà critiquée pour les défaillances de ses contrôles[1589], bénéficierait d'une objectivation un peu plus précise de la gestion envisagée, et des besoins prévus par les personnes publiques. Les minima d'information auxquels sont confrontés les collectivités locales dans leur choix de la SPL comme mode de gestion ne semblent ni suffisants pour répondre aux critiques, ni parfaitement respectés lorsqu'ils sont en place. La liberté d'administration des collectivités locales, dont le principe de liberté de choix sur les modes de gestion est l'un des prolongements les plus clairs, n'oppose pas non plus des arguments juridiques inébranlables devant les confusions et les raccourcis que créent la SPL. De nombreuses améliorations seraient possibles, qui n'empiètent pas sur la liberté des collectivités locales, tout en améliorant la légitimité de ces décisions : la plupart passe par une information plus transparente, mieux diffusée, et mieux assurée par le juge. Dans l'attente de ces améliorations, il est sans doute normal de constater que la situation juridique actuelle du choix d'une SPL comme mode de gestion n'est pas satisfaisante.

De ce point de vue insatisfait, la question du choix des SPL ne s'épuise par la conjonction des idées de liberté d'administration des collectivités et de transparence des procédures. Il semble que la plupart des théoriciens souhaite aller au-delà, et rationaliser ou mieux contrôler ce choix. Ils paraissent vouloir répondre à la question de comment s'assurer que la SPL est bien choisie sur des critères économiques ou gestionnaires rationnels. Odile de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, par exemple, estime qu'au regard de l'intérêt qui s'attache à un tel principe de bonne utilisation des deniers publics, « il semble tout-à-fait pertinent d'objectiver au maximum le choix d'un mode de gestion »[1590] comme la SPL. Mais dans l'état actuel des choses, les choix de gestion possibles, si divers et si différents, se soumettent difficilement à une comparaison aisée[1591] — d'autant plus facilement contournée que les exigences légales pour motiver ce choix sont basses. Jean-Claude

---

[1589] Cour des Comptes, rapport au Premier Ministre, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales,* 15 juin 2017, réf. G/64-17-0518 E, 14 p.

[1590] DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

[1591] MONDOU, Christophe, *Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux,* thèse de doctorat : droit public : Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1994, p. 88-167 ; et DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques (dir.), *Management local, de la gestion à la gouvernance, 6e rencontre Ville-Management,* Paris : Dalloz, 2004, p. 199-210.

DOUENCE évoquait pour répondre à cette question, dans l'idéal, une véritable « confrontation généralisée des différents modes de gestion possibles »[1592] préalable au choix exprimé de la collectivité.

Resterait néanmoins un problème de taille, comme le souligne Jean-David DREYFUS : le choix des critères sur lesquels le juge pourrait s'appuyer pour effectuer ce contrôle[1593]. Un tel exercice de comparaison, pour prétendre à la transparence et à l'objectivité, nécessite des règles plus strictes, ou au moins une attention plus poussée[1594], au risque sinon de tomber dans la subjectivité la plus totale[1595]. Il nous semble quant à nous que ce choix serait forcément celui d'une vraisemblance économique de l'adéquation des moyens aux résultats attendus. Dans la mesure où il ne s'agirait de plus que d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, un rejet du choix de gestion effectué nécessiterait une incohérence économique évidente dans le calcul. Le calcul économique, particulièrement lorsqu'il est prévisionnel, s'oppose en effet à un contrôle fin du juge[1596]. Cette proposition de revirement de jurisprudence pour assurer un contrôle plus fin, resterait toutefois une solution de pis-aller. La meilleure et la plus claire solution pour assurer un tel contrôle serait évidemment de faire évoluer les textes légaux régentant le choix du mode de gestion, et spécialement du choix d'une société publique locale, dans le sens d'une plus grande transparence et neutralité.

---

[1592] DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques (dir.), *Management local, de la gestion à la gouvernance, 6e rencontre Ville-Management,* Paris : Dalloz, 2004, p. 204.

[1593] DREYFUS, Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA* 2009, p. 1529.

[1594] Voyez notamment : STUMM, Theodore J., « Comparing alternative service delivery modes : Municipal entreprises require special consideration », *Journal of Urban Affairs* 2008, vol. 19, issue 3, p. 275-289.

[1595] GUIROU, Camille, « Choisir un mode de gestion : l'importance des croyances », *Gestion et Management Public* 2014, n° 2, p. 45 à 59.

[1596] Même s'il l'est de plus en plus : *Cf.* LECOURT, Arnaud, *Le juge et l'économie,* Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 961 p. ; et pour le retard du juge administratif particulièrement : FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE* 2001, n° 4, p. 395-412.

# Chapitre 2 : L'intégration délicate de meilleures procédures de choix

> « En réalité, on voit bien que le débat autour de la SPL et du principe de mise en concurrence amène à hausser la vue et la réflexion d'un niveau au moins : c'est-à-dire en amont de l'amont. On voit bien que la question non plus prochaine mais actuelle est celle du choix du mode de gestion, du mode d'organisation des services publics locaux. Pourra-t-on encore longtemps se contenter de faire jouer la comparaison concurrentielle entre les seuls modes ou offres de services délégués et laisser sans examen ni contrôle les choix en faveur des gestions directes (régies, quasi-régies, établissements et sociétés locales) ? Comme si le principe de libre administration des collectivités locales offrait le paravent discrétionnaire dressant l'abri incontournable exemptant de toute exigence de performance de gestion. »
>
> Didier LINOTTE
> « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence : l'amont et l'aval », *RFDA* 2012, p. 1133.

Malgré le caractère de quasi-régie qui leur est pour l'instant imprimé, et l'élévation progressive du principe de liberté de choix du mode de gestion, il n'est pas dit que les SPL puissent toujours échapper à la dynamique nationale et internationale de renforcement des obligations pro-concurrentielles de justification des choix de gestion publique. Au contraire, les caractéristiques de droit privé et de société commerciale des sociétés publiques locales les rendent sans doute d'autant plus facilement aptes à de telles potentielles obligations justificatrices. La citation de Didier LINOTTE souligne bien que la SPL apparaît de ce point, pour ceux qui plaident « depuis longtemps pour une forme de mise en concurrence »[1597] des services publics locaux, comme un argument de plus allant dans leur sens.

---

[1597] LINOTTE, Didier, « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence : l'amont et l'aval », *RFDA* 2012, p. 1133.

Mais d'où viendraient ces exigences ? Les arguments pour un revirement jurisprudentiel instaurant une procédure de choix réellement contrôlée paraissent difficiles à soutenir solides, tant il s'agirait de prévoir ici un changement d'attitude entier du juge administratif et du juge européen sur le sujet des quasi-régies, même si ce revirement n'était destiné qu'aux SPL. Un revirement pourrait avoir lieu sur la question de l'intensité du contrôle sur le choix, mais celui-ci resterait certainement limité à un contrôle minimum, restreint à l'existence d'erreurs fondamentales dans l'appréciation des faits. La position du juge constitutionnel français sur les SEML, exclues du bénéfice de la quasi-régie car trop proches des acteurs privés, pourrait être évoquée — mais une telle position de principe ne paraît pas pouvoir s'appliquer aux SPL[1598], surtout après la position européenne sur le rejet de l'économie mixte de ce bénéficie[1599].

Un changement véritable sur l'approche à adopter dans la procédure de choix d'une société publique locale implique donc nécessairement l'intervention du législateur. Mais même dans ce domaine pour l'instant vierge en France, l'imagination n'est pas entièrement libre. En effet, une procédure comparative et objective précédant obligatoirement une décision publique sur le choix d'un mode de gestion existe déjà en France : dans le cas d'un partenariat public-privé. Au-delà de nos frontières, plusieurs pays ont connu des cas de renforcement de mise en concurrence entre services directement gérés et services externalisés[1600]. Ces exemples de politiques plus strictes sur les procédures de choix se basent tous sur des recherches économiques portant sur la firme et l'externalisation[1601], ainsi que sur des études relevant des effets positifs de la concurrence en général, et de la mise en concurrence de la commande publique ou des entreprises publiques en

---

[1598] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const*. 1993 p. 375, note L. Favoreu.

[1599] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : JCP-G 2005, p. 145, note C. Boiteau ; RFDA 2005, p. 946, note C. Boiteau ; LPA 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; AJDA 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; Concurrences 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; BJCP 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; RMCUE 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1600] Le Royaume-Uni, l'Australie, et les Etats-Unis particulièrement.

[1601] La théorie de la firme, développée par Ronald COASE, présente le dilemme de l'externalisation d'une activité comme un coût de transaction, qui se subdivise en trois : un coût d'information, un coût de négociation, et un coût de mise à exécution. Une entreprise est d'abord une institution humaine dans laquelle les employés s'entendent fortement sur les attentes des uns par rapport aux autres (grâce notamment au cadre légal). Les trois catégories de coûts sont donc assez stables, et bien connues. A l'inverse, les relations avec des personnes ou des institutions extérieures sont généralement moins sûres, et moins stables (les contrats sont moins facilement respectés). Le coût de transaction avec les institutions extérieures est donc généralement plus élevé (il y a des coûts plus importants de recherche d'information, de négociation, et de mise à exécution). Toutefois, lorsque ce coût pour une production donnée est moins élevé que le coût de transaction interne, alors il est rationnel d'externaliser une production. *Cf.* COASE, Ronald, « The nature of the firm », *Economica* 1937, issue 16, p. 386-405. Voyez aussi les amples explications de cette théorie et ses conséquences en droit public dans la thèse de VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative,* Paris : Dalloz, 2018, p. 43-153. Sur l'importance de ces théories dans le choix du mode de gestion : RODRIGUES, Miguel, TAVARES, Antonio F., ARAUJO, J. Filipe, « Municipal service delivery : the role of transaction costs in the choice between alternative governance mechanisms », *Local Government Studies* 2012, n° 5, p. 615-638.

particulier[1602]. Or, la neutralité scientifique de ces études est difficile à cerner, et les différentes politiques concrètes de mise en concurrence du secteur public réalisées n'ont pas toujours été couronnées de succès. L'approche de ces outils doit donc se faire de manière très prudente, les oppositions idéologiques étant fortes en ce domaine. Cela, sans compter qu'en France, le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales et le principe légal de libre choix du mode de gestion s'opposent pour l'instant à une modification trop radicale du système.

Ainsi, si dans une approche économique très pro-concurrentielle et très modificatrice de la situation actuelle, les sociétés publiques locales pourraient être utilement mises en concurrence dans les mêmes conditions que le secteur privé classique, cela serait extrêmement paradoxal par rapport à leur philosophie même et au droit pour l'instant applicable, mais cela nécessiterait aussi de nombreuse adaptations juridiques (section 1). Dans une approche moins pro-concurrentielle et un plus démocratique, il pourrait néanmoins être envisagé d'améliorer la comparaison préalable des sociétés publiques locales, ainsi mises en concurrence au moins d'un point de vue purement formel, ce qui pourrait améliorer la justification du choix, mais aussi faciliter la contestabilité juridictionnelle de ce choix par les concurrents, ou les administrés, sans rien enlever aux libertés locales (section 2).

# Section 1 : Une improbable mise en concurrence du choix d'une société publique locale

Dans l'absolu, et très paradoxalement quand il est question des sociétés publiques locales telles qu'on les connait actuellement, il est tout-à-fait envisageable juridiquement et concrètement de soumettre celles-ci à une mise en concurrence correspondant aux règles classiques de sélection pour les marchés publics et les concessions (I). Une telle mise en concurrence des SPL se heurterait néanmoins à un problème théorique d'impartialité : comment s'assurer qu'une collectivité publique mise en demeure de choisir parmi des opérateurs économiques au nombre desquels figure une entité qu'elle contrôle entièrement, ne soit pas tentée par la facilité dans ce domaine (II) ?

---

[1602] Sur la théorie de la mise en concurrence en général des contrats, voyez : VICKREY, William, « Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders », *Journal of Finance* 1961, 16, p. 8-37. Sur celle particulière de la commande publique, voyez : ARROWSMITH, Sue, « Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation », *Law Quarterly Review* 1995, vol. 111, p. 235.

# I - Une mise en concurrence théoriquement possible des SPL

Dans une perspective de théorie économique pro-concurrentielle, la meilleure efficience économique dans la délivrance d'une activité ne peut se trouver qu'à l'issue d'une procédure de mise en concurrence stricte (sans négociation et à l'aveugle) des mérites des différentes options possibles pour agir[1603]. Cette prémisse étendue au choix entre une gestion publique et une gestion privée aboutit à considérer que ces deux modes de gestion doivent être mis en concurrence pour pouvoir tirer la meilleure allocation des ressources possibles (A). Des exemples étrangers paraissent paver la voie à la possibilité d'une telle mise en concurrence pour les sociétés publiques locales (B). Et bien que le statut juridique actuel de la SPL parait rendre la possibilité d'une mise en concurrence automatique particulièrement lourde en terme de procédure, il s'agit là sans doute d'une fausse impression (C).

## A) La logique pro-concurrentielle de mise en concurrence des opérateurs publics et privés

La logique derrière la mise en concurrence des opérateurs publics n'est pas forcément évidente en France, où ceux-ci ont longtemps bénéficié de l'exclusion de celle-là pour leurs opérations. Les effets pro-concurrentiels de la mise en concurrence en général, de la mise en concurrence dans la commande publique[1604], et de celle des opérateurs publics par rapport aux opérateurs privés en particulier[1605], sont néanmoins de plus en plus mis en avant pour faire bouger

---

[1603] VICKREY, William, « Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders », *Journal of Finance* 1961, 16, p. 8-37.

[1604] Voyez par ex. : OCDE, Competition Committee, *Competition and Procurement : Key findings,* Paris : OCDE, 2011, 156 p. ; Conseil de l'Europe, Steering Committee on Local and Regional Authorities, *The role of competitive tendering in the efficient provision of local services : Report on the situation in certain Council of Europe member states,* Strasbourg : Presses du Conseil de l'Europe, 1993, 70 p. ; WALSH, Kieron, « Competition and service in local government », *in* STEWART, J. (ed.), *The Future of Local Government*, London : MacMillan, 1989, p. 30-54 ; CARNAGHAN, Robert, BRACEWELL-MILLNES, Barry, *Testing the market : Competitive tendering for government services in Britain and abroad*, London : Institute of Economic Affairs, 1993, 164 p.

[1605] Voyez notamment : US Department of Housing and Urban Development, Office of Policy Development and Research, STEVENS, Barbara J. (ed.), *Delivering Municipal Services Efficiently : A Comparison of Municipal and Private Service Delivery : Summary*, Washington D. C. : US Department of Housing and Urban Development, 1984, 42 p. ; UK, Audit Commission, « Competition and contracting out of local authorities' services », *Occasional Paper* 1987, vol. 3, p. 2 ; HODGE, Graeme A., « Competitive tendering and contracting out : Rhetoric or reality ? », *Public Productivity & Management Review* 1999, vol. 22, n° 4, p. 455-469 ; BAILEY, Stephen J., « Compulsory competitive tendering », *in* BAILEY, Stephen J. (ed.), *Public Sector Economics : Theory, Policy and Practice,* London : MacMillan, 1995, p. 367-401 ; KING, Stephen P., « Competitive tendering and contracting out : An introduction », *The Australian Economic Review* 1994, vol. 27, issue 3, p. 75-89.

les lignes dans le sens de mécanismes juridiques plus stricts des choix publics. Dans ce sens, la société publique locale en situation de quasi-régie pourrait elle aussi y être soumise.

Dans l'une des études scientifiques les plus anciennes sur le sujet de la mise en concurrence des opérateurs publics, portant sur la ville de Minneapolis aux Etats-Unis en 1977, les conséquences de l'introduction d'une compétition entre secteurs publics et privés ne font pas de doute[1606]. Dans cette ville, suite à une réorganisation administrative des collectivités territoriales, un grand nombre de petits secteurs de ramassage des ordures jusque-là pris en charge par les secteurs publics et privés sont recoupés en deux secteurs de taille à peu près équivalente. A ce moment là, l'un des deux secteurs est confié à un opérateur public et l'autre à un opérateur privé. Toutefois, les deux secteurs sont remis en concurrence régulièrement — le secteur public devant lui aussi présenter une offre comme un opérateur privé. Or, après plusieurs tours de mise en concurrence, selon cette étude : « Minneapolis apporte une preuve pragmatique que la délivrance d'un service public peut être améliorée par l'introduction de concurrence »[1607]. En effet, non seulement le secteur privé connaît un gain d'efficience par sa mise en compétition avec le secteur public mais — et peut-être surtout — le secteur public connaît lui aussi une amélioration de son efficience économique, dont les mérites principaux proviendraient de la remise en concurrence périodique. Cette étude pionnière est bientôt étayée par de nombreuses autres sur ce sujet[1608]. Ces conclusions corroborent ainsi l'idée économique classique que la mise en concurrence apporte toujours un gain global (pour toute l'économie) d'efficience économique[1609]. Bien que ces idées soient théoriquement critiquées, non seulement sur les conclusions mathématiques de la concurrence apportant toujours un bien, ou sur l'idée même de la réduction mathématique de l'économie[1610], elles n'en fournissent pas moins

---

1606 SAVAS, E. S., « An Empirical Study of Competition in Municipal Service Delivery », *Public Administration Review* 1977, vol. 37, n° 6, p. 717-724.

1607 *Ibidem,* traduction personnelle.

1608 Voyez : BOYNE, George A., « The Extent of Competition between Public and Private Producers of Services », et « The Effects of Competition between Public and Private Producers of Services », *in Public Choice Theory and Local Government,* London : Palgrave McMillan, 1998, p. 91-132 et p. 133-167 ; ARROWSMITH, Sue, « Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation », *Law Quarterly Review* 1995, vol. 111, p. 235.

1609 C'est l'idée particulièrement diffusée par Adam SMITH que le bien-être de tous augmente par la mise en concurrence de chacun (*Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations,* éd. originale en anglais, 1776). Cette idée amène à imaginer que la concurrence permet d'atteindre un optimum de bien-être, optimum démontré mathématiquement par Vilfredo PARETO (*Manuel d'économie politique*, éd. originale en italien, 1906).

1610 La solution de PARETO repose sur la condition que l'information de tous les acteurs sur le marché soit pure et parfaite (ou à tout le moins le manque d'information soit compensé, *cf.* sur l'intérêt d'une concurrence pure et parfaite : COMBE, Emmanuel, *La politique de concurrence,* Paris : La Découverte, 2016, p. 13-30), et dans un cadre sociologique d'acteurs tous économiquement rationnels, c'est-à-dire cherchant uniquement à améliorer leur sort (et ne s'arrêtant qu'au maximum qu'ils puissent obtenir — *cf.* sur cette idée et ses limites : ARROW, Kenneth J., « Rationality of Self and Others in an Economic System », *Journal of Business* 1986, n° 4, p. S385-S399 ; et plus généralement : FERRIERE, Mathieu, « Les principales critiques de la théorie du choix rationnel », *Idées économiques et sociales,* 2011, n° 3, p. 37-45). Voyez enfin, pour les diverses utilisations de la notion de concurrence (classique) dans le droit : ZEVOUNOU, Lionel, *Le concept de concurrence en droit,* Paris : LGDJ, 2012, p. 389-434.

l'armature idéologique de l'importance de la mise en concurrence des services publics locaux gérés en gestion directe.

A cette idée classique de la supériorité inhérente de la concurrence, s'adjoint l'idée plus moderne que la compétition extérieure encourage aussi toujours une plus grande efficience interne au sein des organisations soumises à cette concurrence externe[1611]. Ces idées rejoignent alors en partie les travaux des économistes et des politistes du courant dit du *Public Choice*, qui démontrent la moins bonne efficience de l'organisation publique bureaucratique par rapport à la liberté du marché établie par la compétition au sein du secteur privé[1612]. Ces idées plus modernes sont généralement critiquées par rapport à leur biais économiciste, réduisant toutes les opérations humaines, et notamment bureaucratiques, à une opération économique simplificatrice de la réalité, et conduisant souvent à écarter des effets positifs non économiques ou économiques indirects[1613] (ou difficilement calculables).

Rapportées aux politiques publiques mises en place, ces idées économiques pro-concurrentielles se traduisent entre autres en Europe par des objectifs de libéralisation et de régulation de secteurs historiquement publics ou nationalisés[1614]. Le nombre d'exemples se multiplie depuis les années 1980, avec une politique de libéralisation et de régulation des monopoles et des entreprises publiques encouragée dans la Communauté économique européenne[1615]. Les opérateurs publics historiques doivent faire obligatoirement une place à d'autres opérateurs sur de plus en plus de marchés, les Etats devant traiter tous les opérateurs de manière égalitaire pour créer les conditions d'une concurrence la plus pure et parfaite et la plus concurrentielle possible, dans les limites d'objectifs sociaux[1616]. Cette politique est particulièrement visible dans les domaines dits de réseaux, comme les télécommunications, les transports ferrés,

---

[1611] Voyez notamment : LEIBENSTEIN, Harvey, « Allocative Efficiency vs 'X-Efficiency' », *American Economic Review* 1966, vol. 56, p. 392-413. Pour une position plus nuancée, voy. : BOYER, Marcel, « Responsabilité, délégation, concurrence : l'efficacité des organisations et des institutions », *Revue d'économie politique* 2005, n° 3, p. 285-308.

[1612] Voyez pour un exemple de ce genre d'études : DOMBERGER, Simon, JENSEN, Paul, « Contracting out by the public sector : theory, evidence, prospects », *Oxford Review of Economic Policy* 1997, n° 4, p. 67-78.

[1613] Voyez : BENOIT, Cyril, « Public Choice », *in* HAY, Colin, *et al., Dictionnaire d'économie politique*, Paris : Presses de Sciences Po, 2018, p. 376-389 ; ou encore : DARDOT, Pierre, LAVAL, Christian, *La nouvelle raison du monde : essai sur la société néolibérale,* Paris : La Découverte, 2009, p. 219-401.

[1614] Voyez notamment : MARTI, Michael, SCHMIDT, Michael, SPRINGER, Urs, « Libéralisation des services publics : y a-t-il une convergence en Europe ? », *Alternatives économiques,* 2004, n° 4, p. 75-89.

[1615] SOUTY, François, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, 4e éd., Paris : Montchrestien, 2013, p. 19-44.

[1616] Voyez : CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, p. 492 et s. ; ce qui inclut aussi un financement égalitaire des services publics : ECKERT, Gabriel, « Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel », *in* KOVAR, Robert, SIMON, Denys (dir.), *Service public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, tome II : Approche transversale et conclusions,* Paris : La Documentation française, 1998, p. 429-446.

l'électricité et le gaz, où les résistances à l'ouverture au marché se basaient aussi sur des considérations d'économie dû au caractère limité des infrastructures[1617]. Ces ouvertures à la concurrence se traduisent alors souvent par l'attribution d'autorisations d'activité selon des procédés, soit de mise en concurrence, soit d'enchères entre opérateurs, mais en tout cas en neutralisant le caractère public ou privé de ceux-ci[1618].

Cette libéralisation se reflète aussi dans le droit de la commande publique européenne. C'est notamment l'idée d'Albert SANCHEZ-GRAELLS, qui considère que le droit de la commande publique européenne vise bien un objectif d'amélioration de la situation concurrentielle générale du marché européen[1619]. Bien que cette idée ne soit pas partagée par tous les chercheurs[1620], il semble pourtant que, comme le note Frédéric ALLAIRE, le droit de la commande publique ait désormais pour ambition « de soumettre l'attribution de tout avantage à une procédure de publicité et de mise en concurrence »[1621]. Dans ce sens, la régulation de la commande publique est bien « un élément clé du droit économique européen »[1622]. Et les procédures de mise en concurrence peuvent être envisagées comme « des leviers permettant un décloisonnement, facteur de valeur ajoutée, entre la sphère publique et la sphère privée »[1623].

De ce point de vue, la dynamique de libéralisation et de mise en concurrence des opérateurs publics souligne le caractère à la fois paradoxal et opportun de la mise en concurrence de la société publique locale. En effet, d'un côté, la création de tels opérateurs publics locaux sans mise en concurrence est clairement à contre-courant de cette dynamique de libéralisation de l'économie. Les

---

1617 La solution adoptée a été de dissocier les activités de gestion des infrastructures et les activités d'utilisation de ces infrastructures, les premières pouvant rester nationalisées — ou gérées par un opérateur historique —, et les secondes devant être « régulées » — ou ouvertes à la concurrence dans les limites de l'économiquement efficient et du socialement acceptable. Voyez, de manière générale : POTVIN-SOLIS, Laurence (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe,* Bruxelles : Bruylant, 2010, 510 p.

1618 Comme le souligne le caractère indépendant des autorités de régulation qui sont généralement mises en place. *Cf.* MAC CARTHY, Callum, « Why independant regulators ? », *in* FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Droit et économie de la régulation, tome 1, Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Paris : Presses de Sciences Po, 2004, p. 57-64.

1619 SANCHEZ-GRAELLS, Albert, *Public proprement and the EU competition rules, 2nd ed.,* Oxford : Hart Publishing, 2015, p. XIV-XVI. Les idées de ce professeur sont néanmoins considérées comme promouvant par trop cet objectif pro-concurrentiel : *Cf.* KUNZLIK, Peter « Neoliberalism and the European public procurement regime », *Cambridge Yearbook of European Légal Studies* 2012-2013, n° 283, p. 312-356.

1620 Voyez notamment : ARROWSMITH, Sue, « The purpose of the EU procurement directives : Ends, means, and the implications for national regulatory space for commercial and horizontal procurement policies », *Cambridge Yearbook of European Légal Studies* 2011-2012, n° 14, p. 1-47, qui considère que le droit européen de la commande publique n'a pas pour but intrinsèque une amélioration de la concurrence.

1621 ALLAIRE, Frédéric, « Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence », *CMP* 2018, étude 7.

1622 BOVIS, Christopher, « The regulation of public procurement as a key element of European economic law », *European Law Journal* 1988, n° 2, p. 220-242.

1623 BRACONNIER, Stéphane, « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », *in* ALBERT, Nathalie (dir.), *Performance et droit administratif,* Paris : Litec, 2010, p. 157.

sociétés publiques locales apparaissent comme des instruments de résistance locale à cette démarche pro-concurrentielle. D'un autre côté, le caractère de droit privé des sociétés publiques locales, qui les rapproche des opérateurs privés, semble faciliter d'autant leur soumission à une mise en concurrence avec le secteur privé. Mettre en concurrence les SPL peut donc paraître une idée aussi rejetée que souhaitée, selon le point de vue idéologique adopté par les acteurs. Les exemples étrangers de mise en concurrence des opérateurs publics locaux sont fort éclairants sur l'importance de l'idéologie dans la soumission des opérateurs publics à la mise en concurrence automatique.

## B) Les exemples étrangers de mise en concurrence automatique d'opérateurs publics locaux

Les réflexions générales sur la concurrence se répercutent dans certains pays sur les opérateurs publics locaux qui vont se voir, particulièrement au Royaume-Uni, en Australie, mais aussi en Italie, mis en concurrence de façon automatique avec le secteur privé.

Les réflexions sur la comparaison public-privé, qui se multiplient à la fin des années 1970[1624], amènent en 1980 à la réglementation nationale au Royaume-Uni de la « mise en concurrence compétitive obligatoire » ou *compulsory competitive tendering*[1625] (CCT), des opérateurs publics locaux. Dans ce système institué par le gouvernement de Margaret THATCHER[1626], les autorités locales se voyaient dans l'obligation de mettre en concurrence avec le privé une grande partie de leurs activités. Lorsque celles-ci étaient effectuées en gestion directe par les personnes publiques locales ou par une entreprise publique locale spécialement créée à cet effet, les collectivités locales devaient alors présenter leurs services propres comme candidats « à

---

[1624] Voyez notamment : AHLBRANDT, Rogers Jr, « Efficiency in the Provision of Fire Services », *Public Choice* 1973, vol. 16, p. 1-16 ; BENNETT, James, JOHNSON, Manuel, « Public versus Private Provision of Collective Goods and Services : Garbage Collection Revisited », *Public Choice* 1979, vol. 34, issue 1, p. 55-63 ; POMMEREHNE, Werner, FREY, Bruno, « Public versus private production efficiency in Switzerland : A theoretical and empirical comparison », *Urban Affairs Annual Review* 1977, vol. 12, issue 8, p. 221-241.

[1625] La plupart des auteurs français choisissent de ne pas traduire cette expression, sans doute à cause de l'oxymore *competitive tendering*. En effet, *tendering* se traduisant par « adjudication » ou « mise en concurrence », l'ajout du terme « compétitif » ne semble pas très logique. Mais c'est sans doute l'effet souhaité par le gouvernement anglais, que nous choisissons donc ici de rendre par cette traduction à première vue redondante.

[1626] *Cf.* Le *Local Government, Planning and Land Act 1980* : instaurant le CCT pour la construction et la maintenance des bâtiments et des voies publiques ; puis le *Local Government Act 1988* : instaurant ce système pour la récupération des ordures et la maintenance des parcs. Cette dernière loi prévoyait aussi de confier au gouvernement la possibilité de rallonger la liste des domaines soumis au CCT, ce qu'il fit en y incluant le management des sports et des loisirs, certaines activités « manuelles » (*manial*), le logement social, les services de conseil légal, de construction et de gestion des propriétés, l'informatique, et enfin les finances et la gestion du personnel. Cf. WILSON, David, GAME, Chris, « The impact of compulsory competitive tendering », *in Local government in the United Kingdom : Government beyond the centre,* London : Palgrave, 1998, p. 339-351.

l'aveugle », au même titre que le secteur privé, pour conserver la gestion de l'activité[1627]. Cette législation a été remplacée dans les années 2000 par un système de comparaison plus souple, mais qui soumet toutefois les opérateurs publics à des obligations de gains d'efficience ou de qualité, sous peine, encore une fois, de voir s'organiser une compétition avec le secteur privé : le système de la *Best Value*[1628] — encore utilisé aujourd'hui[1629]. Certains Etats fédérés australiens ont connu la même évolution législative du CCT à la *Best Value,* une décennie plus tardivement[1630].

L'Etat italien est quant à lui allé encore plus loin dans les mécanismes obligeant à mettre en concurrence les entreprises publiques locales du secteur économique dans la période 1990-2010, avant de revenir à une situation assez proche de celle de la France[1631]. Les entreprises publiques étaient jugées à l'époque trop nombreuses et pas assez concurrentielles[1632]. Un premier mouvement limite les possibilités de recourir aux établissements publics pour gérer des services publics locaux[1633], ce qui entraîne un recours plus important aux entités publiques locales de droit privé (sociétés publiques locales). Puis en 2008, toujours dans la même perspective d'améliorer la gestion, la législation oblige les collectivités locales à vendre au secteur privé plus de 50 % du capital de leurs sociétés publiques locales[1634], ce qui pose d'importants problèmes légaux mais aussi pratiques[1635]. Dans ces conditions, les collectivités locales ne pouvaient profiter de l'exception de quasi-régie offerte par le droit de l'Union, puisque des dispositions nationales plus restrictives s'appliquaient. Toutefois, la situation a beaucoup changé suite à l'abrogation de toutes ces

---

1627 *Cf.* BAILEY, Stephen J., « Compulsory competitive tendering », *in* BAILEY, Stephen J. (ed.), *Public Sector Economics : Theory, Policy and Practice,* London : MacMillan, 1995, p. 367-401; et aussi, pour un point de vue avec le recul du temps : WOLLMANN, Helmut, *Comparing Local Government Reforms in England, Sweden, France and Germany, : Between continuity and change, divergence and convergence*, Berlin : IfS Institut für Stadtforschung und Strukturpolitik, 2008, p. 72.

1628 ENTWISTLE, Tom, LAFFIN, Martin, « A prehistory of the Best Value regime », *Local Government Studies* 2005, n° 2, p. 205-218.

1629 MCELDOWNEY, John, « Delivering public services in the United Kingdom in a period of austerity », *in* WOLLMANN, Hellmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (dir.), *Public and Social Services in Europe,* London : Palgrave McMillan, 2016, p. 41-54.

1630 KLOOT, Louise, MARTIN, John, « Public Sector Change, Organizational Culture and Financial Information : A Study on Local Government », *The Australian Journal of Public Administration* 2007, vol. 66, issue 4, p. 485-497 ; WALSH, Janet, O'FLYNN, Janine, « Managing through contracts : the employment effects of compulsory competitive tendering in Australian local government », *Industrial Relations Journal* 2000, vol. 31, issue 5, p. 454-470.

1631 CITRONI, Giulio, LIPPI, Andrea, PROFETI, Stefania, « Local public services in Italy : Still fragmentation », *in* WOLLMANN, Hellmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (dir.), *Public and Social Services in Europe,* London : Palgrave McMillan, 2016, p. 103-118.

1632 *Cf.* TORRICELLI, Simone, « Les services publics locaux en Italie », *in Annuaire 2003 des collectivités locales,* Paris : CNRS éd., 2003, p. 188-189.

1633 Décret législatif n° 267/2000, art. 13, et Loi n° 448 du 28 décembre 2001, *loi de finances pour 2002,* art. 35.

1634 Loi n° 133 du du 6 août 2008, ratifiant le décret-loi n° 112 du 25 juin 2008.

1635 *Cf.* CAROLI CASAVOLA, Hilde, « Local Public Services Entreprises in Italy », *in* MEUNIER, Patrick, *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 289-310.

dispositions par le biais d'un référendum populaire organisé les 12 et 13 juin 2011[1636], confirmé par la jurisprudence constitutionnelle italienne[1637]. La dynamique de mise en concurrence des entreprises publiques locales est donc relativement ralentie, même si elle continue par certains aspects, dans certains secteurs[1638].

Dans tous ces pays, la mise en concurrence automatique semble en tout cas avoir été mise en place sur des critères idéologiques pro-concurrentiels, puis abandonnée au profit d'une mise en concurrence plus virtuelle que concrète, mais là aussi en s'appuyant d'abord sur des raisons idéologiques[1639]. Ces exemples étrangers proches démontrent en tout cas la possibilité claire qu'une telle réglementation pro-concurrentielle identique pourrait être mise en place dans le cadre français et s'appliquer aux sociétés publiques locales. Si à première vue, la SPL représente tout l'inverse d'un opérateur destiné à être mis en concurrence, c'est là une vue trop simpliste. Certaines collectivités territoriales françaises le démontrent d'ailleurs amplement par leurs actes qui, choisissant de ne pas profiter de l'exception de quasi-régie, mettent en concurrence leur SPL pour gérer un service[1640]. Pourtant, dans ce cas, un problème pratique a pu être soulevé en ce qui concerne la paradoxale double mise en concurrence qui découlerait de cette première mise en concurrence. Il ne s'agit là néanmoins que d'un faux problème.

## C) Le faux problème de la double mise en concurrence

Un point d'achoppement relatif à la nature des SPL est souvent soulevé par les tenants de la liberté des SPL : le paradoxe d'une telle mise en concurrence, alors que les SPL mettent elles aussi

---

[1636] Italie, Référendum populaire des 12 et 13 juin 2011.

[1637] Cour constitutionnelle italienne, décision n° 199 du 20 juillet 2012 : ROMA, Giacomo, « Inconstitutionnalité d'une loi réintroduisant des dispositions abrogées par référendum », *Revue générale du Droit* 2012, n° 3387, disponible en ligne, consulté le 1er mars 2014 [www.revuegeneraledudroit.eu/?p=3387].

[1638] CITRONI, Giulio, LIPPI, Andrea, PROFETI, Stefania, « Local public services in Italy : Still fragmentation », *in* WOLLMANN, Hellmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (dir.), *Public and Social Services in Europe,* London : Palgrave McMillan, 2016, p. 103-118.

[1639] *Ibidem,* et ALONSO, Jose M., ANDREWS, Rhys, HODGKINSON, Ian R., « Institutional, ideological and political influences on local government contracting : Evidence from England », *Public Administration* 2015, vol. 94, issue 1, p. 244-262.

[1640] Comme pour la délégation de service public de l'exploitation d'un aquabowling sur le territoire de la communauté de communes du canton de Criquetot-L'Esneval : CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, p. 10-11.

en concurrence leurs propres commandes[1641]. Il y aurait là une double mise en concurrence, potentiellement créatrice de pertes d'efficience. Ce problème est cependant facilement évacué.

Cette critique a été en effet largement écartée par le Conseil d'Etat lors de l'évaluation qui avait été faite du mécanisme de contrat de partenariat public-privé institutionnel (PPPI), inspiré de la jurisprudence européenne[1642] — correspondant aujourd'hui à la SEM à opération unique[1643]. Dans son avis du 1er décembre 2009[1644], le Conseil d'Etat avait adopté une vision très formelle des règles de transmission des contrats de commande publique, estimant que le mécanisme évoqué de PPPI regroupant choix d'un candidat à la commande publique et création d'une société commune avec l'adjudicateur était difficilement compatible avec les droits français et européen, dans leurs objectifs de transparence notamment. Une double mise en concurrence semble donc, pour le Conseil d'Etat, à la fois possible et souhaitable. Cet avis a été globalement condamné par la doctrine, qui y voyait un formalisme excessif et des peurs infondés du Conseil d'Etat[1645], notamment au vue des propositions rassurantes de la Commission européenne sur la compatibilité de la solution du PPPI avec le droit européen de la commande publique[1646]. La création de la

---

[1641] Voyez notamment : Sénat (Treizième législature), Question écrite n° 14896 de M. Jean-Louis Masson, *JO S.* 26 août 2010, et réponse du Ministère chargé des collectivités territoriales : *JO S.* 8 décembre 2011, p. 3146 ; ainsi que : ROUVEYRAN, Thomas, RICCI, Nathalie, « Les contrats passés par les SPL », *Contrats publics* 2013, n° 131, p. 46 ; et AUBY, Jean-François, « Les marchés des sociétés publiques locales », *in* MEUNIER, Patrick, *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 217-228. La réforme de la commande publique de 2015 a par ailleurs supprimé une grande partie des distinctions de régime de mise en concurrence entre les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics, et les autres pouvoirs adjudicateurs soumis à des règles spécifiques (c'est-à-dire l'ancienne 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). Ce paradoxe est donc d'autant plus fort que les SPL sont désormais soumises pour la mise en concurrence de leurs propres activités à un régime très similaire au régime de leurs collectivités actionnaires. Leurs marchés publics restent néanmoins, sauf qualification jurisprudentielle contraire, des contrats de droit privé (NOGUELLOU, Rozen, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1789-1794).

[1642] CJCE, 15 oct. 2009, aff. C 196/08, *Acoset SpA c/ Province de Raguse* : *Rec*. 2009.I.9913 ; *JCP-A* 2009, p. 2299, note C. Devès ; *CMP* 2010, comm. 35, note W. Zimmer ; *Europe* 2009, comm. 455, obs. D. Simon ; *RDI* 2010, p. 153, note R. Noguellou ; *AJDA* 2010, p. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier.

[1643] Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014, *permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique* : *JO* du 2 juillet 2014, p. 10897, texte n° 3 : *CMP* 2014, n° 8-9, comm. 214, G. Clamour ; *JCP-A* 2014, étude 2266, C. Devès ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2014, n° octobre, note 97, G. Durand ; *AJDA* 2014, p. 1941, note G. Eckert.

[1644] CE, avis, 1er décembre 2009, n° 383264 : *Etudes et documents du Conseil d'Etat,* 2010, n° 61, p. 353 : *CMP* 2010, repère 9, obs. F. Llorens, et P. Soler-Couteaux ; *CMP* 2010, alerte 49, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2010, alerte 54, note R. Noguellou ; *CMP* 2011, étude 11, note H. Hoepffner.

[1645] HOEPFFNER, Hélène, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés - A propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'Etat n° 38264 du 1er décembre 2009 », *CMP* 2010, n° 12, étude 11.

[1646] Commission européenne, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007)6661.

SEMOP en 2014, par le biais du législateur français, a démontré tout l'intérêt que les acteurs publics portent à l'idée d'une seule mise en concurrence[1647].

Rapprochée au cas de la SPL, la double mise en concurrence ne semble pas particulièrement souhaitée par les acteurs publics, mais elle n'en reste pas moins techniquement possible[1648]. Du point de vue technique, ce n'est pas parce qu'une entité doit mettre ses commandes publiques en concurrence qu'elle peut justifier d'une absence de mise en concurrence dans son propre accès à la commande publique. En effet, c'est là l'un des arguments qui avait été avancé pour justifier un statut spécifique aux SEML, et qui n'a été retenu ni par le juge ni par le législateur européens[1649]. Les dispositions du droit européen de la commande publique les soumettent en effet clairement, de par le champ d'application organique de ce droit, à ces obligations de mise en concurrence pour leurs propres activités[1650]. Il paraît difficile, dans l'état actuel du droit européen, d'y voir donc une solution d'exonération de mise en concurrence pour les SPL, si une telle mise en concurrence devenait obligatoire. Le droit français suit le droit européen sur ce point, encore plus clairement depuis la disparition de la distinction entre les opérateurs soumis et non soumis au Code des marchés publics[1651].

L'inverse paraît plus logique : si elle était déjà mise en concurrence pour l'obtention d'un contrat de la commande publique (ce qui est le cas hors d'une relation de quasi-régie), il est possible d'imaginer qu'une société publique ne devrait pas avoir à remettre en concurrence ses propres commandes. En effet, la société ayant été choisie une première fois selon des procédés impartiaux, qu'apporterait à la concurrence générale une deuxième mise en concurrence ? De plus, chaque procédure de mise en concurrence entraînant des coûts d'organisation, ceux-ci seraient doublés pour

---

[1647] Comme le démontre bien l'étude des débats parlementaires dans DEVES, Claude, « La loi n° n° 2014-744 du 1er juillet 2014, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP-A* 2014, n° 38-39, étude 2266.

[1648] Comme le prouve la mise en concurrence organisée pour attribuer la délégation de service public de l'exploitation d'un aquabowling sur le territoire de la communauté de communes du canton de Criquetot-L'Esneval : CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, p. 10-11.

[1649] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1650] ZIMMER, Willy, « Marchés publics », *Répertoire Dalloz de droit européen,* actualisation : mars 2019, § 16 et s.

[1651] NOGUELLOU, Rozen, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1789.

chaque mise en concurrence. Cet argument a été soulevé pour les SEML[1652], mais aussi à l'occasion de la création des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) en droit français. Sur ces dernières, un débat a eu lieu sur l'opportunité d'exempter les contrats de sous-traitance de ces sociétés aux règles générales de la commande publique. La possibilité initialement prévue par la proposition de loi sénatoriale de choisir par la même procédure les co-actionnaires de la SEMOP et les sous-traitants éventuels[1653] a néanmoins été écartée par l'Assemblée nationale au profit de l'application « des règles du droit commun de la commande publique »[1654].

Face à ces arguments, est-il alors bien logique de mettre en concurrence les contrats d'une SPL choisie elle-même à travers une procédure de mise en concurrence ? En réalité, faire autrement reviendrait à ignorer les objectifs fondamentaux du droit contemporain de la commande publique, qui visent à éviter d'avantager sur des critères politiques et non économiques les candidats à la commande publique[1655], celle-ci devant être entendue de manière large du point de vue organique[1656]. Les règles européennes de la commande publique s'appliquent donc aux commandes passées par la SPL, de par son caractère organique de pouvoir adjudicateur. Les règles françaises de la commande publique relative à la mise en concurrence des besoins des pouvoirs adjudicateurs s'appliquent de même aux SPL[1657].

La double mise en concurrence est donc un argument intéressant du point de vue de l'efficience économique — deux procédures coûteuses devront avoir lieu au lieu d'une — mais elle

---

1652 LIGNIERES, Paul, DESBONNET, Catherine, « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité du droit », *Dr. adm.* 2004, n° 1, prat. 1. L'argument pour les SEML portait aussi sur l'inégalité par rapport aux entreprises privées : « en l'état actuel du droit, les SEM se trouvent parfois désavantagées par rapport aux sociétés privées avec lesquelles elles sont parfois en concurrence. Cette inégalité se manifeste lorsque les SEM sont tenues de mettre en concurrence les marchés qu'elles passent avec des tiers alors qu'elles ont été sélectionnées par la collectivité publique suite à une mise en concurrence. Les SEM ayant soumissionné à un marché dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, il paraît difficile de justifier la mise à leur charge des contraintes procédurales dont les entreprises détenues exclusivement par des capitaux privés sont exemptées ».

1653 Sénat (session ordinaire 2013-2014), Proposition de loi n° 81, tendant à créer les sociétés d'économie mixte contrat, enregistrée le 16 octobre 2013, présentée par MM. Jean-Léonce DUPONT, Hervé MARSEILLE *et al.,* art. 5.

1654 Assemblée nationale (quatorzième législature), Rapport n° 1885 fait au nom de la commission des lois par M. Erwann BINET, enregistré le 16 avril 2014, partie II.D.3. Les commandes des SEMOP sont donc soumises au régime général de la commande publique, et leurs formes dépendent en conséquence du contrat attribué ainsi que des caractéristiques particulières de ces sociétés, qui peuvent être considérées comme des opérateurs publics ou non, selon leur capital, le contrôle exercé, et les missions confiées. *Cf.* ALLAIRE, Frédéric, « Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence », *CMP* 2018, étude 7.

1655 Voyez notamment : CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-380/98, *University of Cambridge* : *Rec*. I. 8035, point 16. *Cf.* ARROWSMITH, Sue, « The purpose of the EU procurement directives : Ends, means, and the implications for national regulatory space for commercial and horizontal procurement policies », *Cambridge Yearbook of European Légal Studies* 2011-2012, n° 14, p. 1-47

1656 La définition organique de pouvoir soumis au droit européen de la commande publique est autonome et s'applique à la lumière des objectifs de ce droit : CJCE, 27 février 2003, aff. C-373/00, *Adolf Truley*: *Rec*. I. 1931, points 40 et 44.

1657 Même si la nature de droit public ou privé des contrats passés peut, elle, différer selon que le contrat est passé pour les besoins propres de la SPL, ou pour satisfaire les besoins d'une personne publique lui ayant confié mandat, ou encore si ces contrats répondent aux critères jurisprudentiels du contrat administratif : ECKERT, Gabriel, « Faut-il 'administrativiser' les contrats privés de la commande publique ? », *CMP* 2020, n° 1, repère 1.

ne débouche pas sur l'impossibilité juridique de mettre en concurrence les SPL pour les contrats avec leurs actionnaires. Pourtant, le choix d'une SPL dans le cadre d'une mise en concurrence pourrait faire peser des soupçons de partialité sur le choix concurrentiel de celle-ci, auxquels il est difficile de répondre.

# II - La délicate impartialité d'une collectivité devant sa SPL mise en concurrence

La société publique locale de droit français, si elle devait être soumise, à l'instar des entreprises publiques locales italiennes actuellement, et anciennement britanniques et australiennes, à une obligation de mise en concurrence pour les contrats à conclure avec ses actionnaires, serait confrontée néanmoins à un soupçon évident : celui de la partialité de ce choix. Les exigences d'impartialité et de prévention des conflits d'intérêt dans la procédure d'adjudication du droit de la commande publique, peu applicables dans une situation de quasi-régie où la SPL est la seule option, imposeraient-elles des altérations du statut juridique actuel de la SPL ? Malgré des exigences de plus en plus importantes du droit procédural sur ce point (A), le statut actuel des SPL paraît relativement protégé contre ces problèmes, grâce aux précautions déjà prises par ailleurs par le législateur (B). Celles-ci pourraient néanmoins aller encore plus loin pour rendre irréprochable une telle procédure (C).

## A) La difficile apparence d'impartialité de la SPL

Les exigences démocratiques actuelles de probité publique pèsent de plus en plus en faveur d'une impartialité la plus apparente possible des procédures publiques et des mandataires publics[1658]. Le Conseil d'Etat considère depuis longtemps l'impartialité comme un principe général du droit pour les autorités administratives[1659], et avait même fait évoluer son interprétation dans le sens d'une attention toujours plus importante attachée aux apparences de celle-ci sous l'influence du

---

[1658] *Cf.* DE FOURNOUX, Louis, *Le principe d'impartialité de l'Administration,* thèse de doctorat : droit public : Strasbourg, 2017 ; ou encore MORET-BAILLY, Joël, RUIZ FABRI, Hélène, SCIALOM, Laurence, *Les conflits d'intérêts, nouvelle frontière de la démocratie,* Paris : Fondation Terra Nova, 2017, 70 p.

[1659] CE Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux,* n° 82790 : *R.* 188 ; réaffirmé CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier,* n° 207434 : *R.* p. 99.

droit européen des droits de l'homme[1660]. Cela n'a pas empêché la multiplication des réformes législatives en France touchant aux sujets de la moralisation ou de la transparence de la vie publique, de la prévention des conflits d'intérêts et du favoritisme, et de l'impartialité des décisions publiques ces dernières années[1661]. Enfin, sous l'influence désormais du droit de l'Union[1662], ce principe est aussi de plus en plus interprété comme l'un des tenants procéduraux de l'égalité devant la commande publique[1663]. Or, l'impartialité est un principe difficile à appréhender, de par la subjectivité qu'il implique nécessairement dans l'appréciation concrète d'un objectif idéal. Ces obligations sont dès lors d'autant plus nécessaires que le soupçon est fort. Or, la SPL est par définition bien proche de ses collectivités-actionnaires. Elle ne saurait échapper, en cas de mise en concurrence, à des exigences juridiques d'impartialité d'autant plus fortes.

Pour répondre à la critique de l'impartialité dans le choix d'un candidat à la commande publique, le droit européen ne prévoit pas de solution explicite, s'en remettant principalement aux Etats. Les directives de 2014 exigent seulement que ceux-ci « prennent les mesures appropriées »[1664] pour éviter, détecter et corriger les conflits d'intérêts. Toutefois, ces directives européennes vont plus loin dans l'exigence d'apparence d'impartialité que le droit français. Le Conseil d'Etat exige en effet l'existence d'un doute *légitime* sur l'impartialité, qui doit se caractériser par le cumul d'une situation personnelle de conflit d'intérêts à laquelle s'ajoute la

---

[1660] Et notamment le droit à un procès équitable prévu par l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée du 4 juillet 2003, *M. D.,* n° 234353, reconnaît que l'apparence d'une partialité peut être en elle-même condamnable, et non seulement la preuve d'une faute.

[1661] On compte ainsi une trentaine de lois sur le sujet depuis 1985, *cf.* le décompte effectué *in* : Sénat (Session extraordinaire de 2016-2017), Rapport n° 607 fait au nom de la commission des lois par M. Philippe BRAS, enregistré le 4 juillet 2017. Voyez notamment les récentes lois organique n° 2017-1338 et ordinaire n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique : *JORF* n° 0217 du 16 septembre 2017, textes n° 1 et 2 : *D.* 2018, n° 11, p. 569-576, note C. Cutajar ; *JCP-A* 2017, n° 46, note P. Villeneuve ; *JCP G* 2017, n° 42, p. 1900-1906, note S. Braconnier et M. Cornille ; mais aussi encore l'avis du Conseil d'Etat n° 395384 du 14 février 2019, sur la proposition de loi visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale.

[1662] DE FOURNOUX, Louis, *Le principe d'impartialité de l'Administration,* thèse de doctorat : droit public : Strasbourg, 2017, p. 611 et s.

[1663] CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam,* n° 390068 : *AJDA* 2015, p. 1955 : « au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Voyez : LINDITCH, Florian, « Un nouveau principe général du droit pour la commande publique : l'impartialité », *JCP-A* 2018, p. 2316.

[1664] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, article 35 ; 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 24 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 42.

possibilité d'une capacité d'influence sur la procédure de la personne en conflit[1665]. La haute juridiction administrative demande la démonstration d'un favoritisme matériellement démontrable, ou d'un biais bien établi pour considérer une procédure irrégulière. Et la preuve d'un doute légitime semble complexe à apporter devant le Conseil d'Etat[1666].

A l'inverse, les directives européennes considèrent comme un conflit d'intérêt la participation d'une personne à une procédure d'attribution — ou sa possibilité d'influencer l'issue d'une procédure d'attribution — qui a « directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel *qui pourrait être perçu* comme compromettant »[1667] son impartialité ou son indépendance. La formulation très hypothétique soulignée fait référence à la théorie des apparences du droit anglo-saxon[1668], qui permettrait d'annuler une procédure par la seule présence d'un doute sur l'impartialité, et non pas la preuve de la réalité de celle-ci[1669]. Cette exigence semble prendre la forme d'une obligation positive de prévention des apparences de partialité, là où le droit français n'exige que l'absence matérielle de partialité.

Dans tous les cas, la multiplication des exigences en ce domaine entraîne, comme le note Louis DE FOURNOUX, que « le défaut d'impartialité de la procédure est […] de plus en plus

---

[1665] Voyez par exemple, la situation où le membre d'une société chargée d'aiguiller la personne publique acheteuse est débauché en cours de procédure par l'un des candidats : CE, 12 sept. 2018, *Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse*, n° 420454 : *CMP* 2018, comm. 241, M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2018, p. 2246, note S. Agresta et S. Hul. Le Conseil d'Etat, appliquant son test du doute légitime, et de la capacité d'influence (*cf* infra), n'annule pas la procédure sur ces seuls éléments.

[1666] Voyez par exemple : CE, 22 octobre 2015, *Société EBM Thermique*, n° 382495 : *CMP* 2014, comm. 36, note W. Zimmer : Le membre d'un conseil municipal siège en qualité de membre représentant des usagers dans le conseil d'administration d'une société. Il intervient en tant que responsable de l'ancien marché dans la procédure de marché public aboutissant à accorder à cette société ledit marché (il répond aux questions posées par les candidats). Le fait de ne pas représenter son intérêt personnel mais celui des usagers semble le dédouaner d'une situation de conflits d'intérêts personnels. De plus, le Conseil d'Etat considère qu'il n'a pas eu une « capacité d'influence particulière sur [le] déroulement » de la procédure. Le cumul de ces deux indices aboutit à ne pas donner lieu à un doute légitime, ce qui n'était pas l'interprétation du premier juge.

[1667] C'est nous qui soulignons. La définition commune aux trois directives du conflit d'intérêts est la suivante : « La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur [ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur] qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché ». *Cf.* Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, article 35 ; 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, article 24 ; et 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 et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374, article 42.

[1668] GRANDEAU, Sophie, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *RDP* 2005, n° 2, p. 319-356.

[1669] FITTE-DUVAL, Annie, « La théorie des apparences, nouveau paradigme de l'action publique ? », *AJDA* 2018, n° 8, p. 440-448.

fréquemment invoqué »[1670] dans les contentieux actuels. Et qu'en est-il dans le cas des sociétés publiques locales ? La présence des membres élus des collectivités locales au conseil d'administration des sociétés publiques locales, prévue par la loi, pose évidemment un premier et important problème d'apparence et de réalité de partialité.

## B) La problématique présence des élus au conseil d'administration de la SPL

La présence des élus membres d'une collectivité territoriale dans le conseil d'administration d'une SPL peut évidemment sembler particulièrement problématique du point de vue de l'impartialité de la commande publique. L'absence de mise en concurrence dans les situations de quasi-régies permet d'éviter que ce cas de figure ne se ressente de façon trop problématique. De manière générale, le droit français répond à ces critiques sur l'éventuelle inégalité des candidats à la commande publique par de nombreux contrôles sur le respect du traitement égalitaire des candidats[1671], ou sur la prévention du risque de favoritisme[1672], mais pour les candidats institutionnellement liés à elles, les collectivités acheteuses doivent faire attention à des règles particulières, comme le prouve le cas des SEML, aussi applicable aux SPL.

Actuellement, le droit français répond principalement au problème de l'impartialité dans l'accès à la commande publique des SEML en interdisant aux administrateurs de celles-ci et plus généralement aux personnes en situation de conflit d'intérêts de participer à la commission restreinte prévue par le droit français de la commande publique pour choisir, négocier et noter les candidats[1673]. Ainsi, une certaine impartialité dans la prise de décision peut être déjà trouvée par ce biais pour les SPL candidates à la commande publique. Ces règles d'impartialité sont néanmoins

---

[1670] DE FOURNOUX, Louis, « Impartialité des procédures de passation des contrats de la commande publique : de nouveaux équilibres », *CMP* 2019, n° 4, étude 5.

[1671] Par exemple, dans les procédures où une négociation est possible, le principe d'égalité de traitement veille à ce que les candidats reçoivent le même traitement : CE, 22 avr. 1983, *Auffret,* n° 21509 : *R.* p. 160 ; plus récemment : CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon et Syndicat mixte pour la collecte et le traitement des déchets de la vallée de Montmorency*, n° 325465. Un autre moyen est le contrôle du respect des critères de sélection annoncés. Celui-ci est soumis à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée,* n° 291794 : *Tables* p. 805 : *AJDA* 2008, p. 2454, note L. Richer ; *CMP* 2008, comm. 296, note G. Eckert. *Cf. infra* sur l'idée de neutralité et d'égale concurrence.

[1672] Selon l'article 432-14 du Code pénal, est un délit d'octroi d'avantage injustifié le fait de « procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». La Cour de cassation retient l'irrégularité d'une procédure de commande publique parmi les dispositions pouvant mener à une condamnation par ce biais : Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.898 : LINDITCH, Florian, « Délit d'octroi d'avantage injustifié », fasc. 33, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, mise à jour 10 février 2019.

[1673] CGCT, art. L. 1524-5, alinéa 12 : précisément dans les commissions d'appel d'offres (pour les marchés publics) et les commissions d'attribution de délégations de service public.

minées par d'autres, tout aussi spécifiques aux SEML et aux SPL, et qui se justifient moins facilement.

Le législateur a entouré le maniement des entreprises publiques locales que sont les SEML et les SPL de plusieurs protections qui, si elles paraissent acceptables pour les SEML, pourraient se retourner contre les SPL dans le cas d'une mise en concurrence effective. En effet, le droit général des collectivités territoriales prévoit que « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ». Cet interdit touche particulièrement les membres élus d'une assemblée qui ont aussi un poste dans une entreprise concernée par une décision publique ou candidate à un contrat de la commande publique. Ceux-ci ne peuvent participer aux délibérations sans en vicier la procédure. Or, les élus représentant leur collectivité au conseil d'une SEML et, par ricochet, d'une SPL, profitent d'une dérogation à cette règle inscrite à l'article L. 1524-5 du CGCT, alinéa 11. Ceux-ci ne sont donc pas considérés comme « intéressés à l'affaire », même si c'est dans la limite des éventuelles fautes liées à l'intérêt personnel de l'élu[1674]. Le Conseil d'Etat n'a, par ailleurs, entouré d'aucune interprétation restrictive cet article, qui s'applique donc largement[1675]. Le régime législatif dérogatoire ainsi créé : autorisation de participation pour les délibérations générales, et exclusion de la participation des commissions d'appel d'offre, pose de sérieuses questions de compatibilité avec les exigences d'apparence d'impartialité du droit européen de la commande publique. En effet, au-delà des mandats individuels : *quid* du fait que les élus ne représentent pas leur propre personne au conseil d'administration de ces sociétés, mais bien la collectivité actionnaire elle-même ? Le droit des entreprises publiques locales est ici aussi dérogatoire au droit commun, puisqu'en droit des sociétés les personnes physiques membres du conseil d'administration sont responsables civilement à titre personnel[1676], ce qui implique qu'elles ont un intérêt personnel dans l'affaire. Pour les SEML et les SPL, l'article L. 1524-5, indique clairement que le poste d'élu au conseil d'administration de ces sociétés est un « mandat »[1677], et que la responsabilité civile de ces mandataires relève de la collectivité qui les a nommés[1678] — et ce, en contradiction avec les

---

[1674] DEVES, Claude, « Société d'économie mixte locale et conseiller intéressé à l'affaire », *AJDA* 2013, p. 1059.

[1675] CE, 10 décembre 2012, *Commune de Bagneux,* n° 354044 : *AJDA* 2013, p. 1059, note C. Devès ; *JCP-A* 2013, comm. 2014, S. Brameret ; *CMP* 2013, n° 46, note P. Devillers.

[1676] Code de commerce, art. L. 225-20 : la personne physique désignée par une personne morale administratrice comme son représentant au conseil d'administration d'une société est « soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ».

[1677] Alinéas 8, 9, 11, 13.

[1678] Alinéa 8.

règles générales des sociétés anonymes[1679]. Le conflit d'intérêts ici, n'est donc pas vraiment celui des élus personnes physiques, mais bien plutôt celui de la collectivité territoriale elle-même. Il ne peut en effet être nié qu'au-delà des conflits d'intérêts personnels des élus, il existe une sorte de conflit d'intérêts institutionnel de la collectivité territoriale par rapport à une société qu'elle peut contrôler de manière majoritaire voire ultra-majoritaire[1680], qui poserait problème en cas de mise en concurrence. Comment régler dans ce cas le soupçon de favoritisme qui pourrait peser sur la SPL ? Des règles nouvelles d'impartialité semblent ici nécessaires.

De plus, à estimer même que les dérogations législatives actuelles suffisent à écarter tout soupçon de favoritisme, la situation n'en reste pas moins encore trop facilement encline à un brouillage des responsabilités et des intérêts. La Cour des Comptes, dans un rapport de 2019 souligne en effet une autre difficulté de la confusion des rôles des élus-administrateurs par un autre biais : celui des intérêts croisés des administrateurs[1681]. Elle soulève par exemple le cas des participations croisées de plusieurs structures publiques de différents niveaux à une même société. Ces participations croisées peuvent aboutir à d'étranges situations où l'administrateur de cette société est mandaté par l'un des actionnaires, tout en étant membre de l'assemblée délibérante d'une autre. Cela pourrait aboutir à brouiller les responsabilités et les frontières des administrateurs envers leurs divers mandats, et freiner la réalité d'une véritable impartialité des décisions publiques envers ces sociétés[1682]. Ce biais est particulièrement applicable aux SPL qui ne sont constituées que de collectivités territoriales. L'absence de mise en concurrence des SPL en situation de quasi-régie les protège pour l'instant de cet aspect problématique, mais la mise en concurrence de celles-ci pourrait lui donner une place importante. L'idéal serait évidemment d'interdire au niveau législatif ces doubles appartenances, ce qui aurait d'ailleurs aussi un aspect positif en terme de responsabilités et de contrôle.

Du point de vue de la technique juridique, il est donc possible de répondre aux soupçons de partialité envers la SPL que le droit actuel instaure des mécanismes concrets de protection des conflits d'intérêts au niveau personnel, mais pas au niveau institutionnel. Une société publique locale choisie au terme d'une procédure de commande publique par l'un de ses actionnaires pour

---

[1679] PARLEANI, Gilbert, « Aménager sans contraintes (?) grâce aux sociétés publiques locales », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 701-713.

[1680] Le droit des sociétés anonyme écarte pour l'instant le cas des SPL uni-actionnaire (Code de commerce, art. L. 225-1), mais rien n'empêche l'un des deux actionnaires minimum de ne laisser qu'une portion fort congrue de l'actionnariat et donc du contrôle de cette société.

[1681] Cour des Comptes, « Les sociétés d'économie mixte locales : un outil des collectivités à sécuriser », communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, mai 2019, p. 27.

[1682] MENY, Yves, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs* 2013, n° 147, p. 5-15.

exercer une mission restera toujours suspecte aux yeux de ses concurrents d'avoir profité d'un avantage institutionnel évident et logique. Des solutions pratiques doivent être envisagées pour résoudre ce problème.

## C) Le conflit d'intérêts institutionnel de la collectivité pour sa propre société et les solutions techniques

L'idée que les collectivités territoriales pencheraient, dans un contexte de mise en concurrence, institutionnellement en faveur de leurs sociétés propres est déjà illustrée par le cas des SEML[1683]. L'exonération législative précitée sur les conflits d'intérêts, en cas de mise en concurrence, poserait néanmoins dans l'absolu le problème de l'apparence d'impartialité d'une procédure d'adjudication où les juges seraient aussi partie. Une société publique locale choisie au terme d'une procédure de commande publique par l'un de ses actionnaires restera toujours suspecte aux yeux de ses concurrents d'avoir profité d'un avantage évident et logique (1). Certaines solutions techniques pourraient néanmoins améliorer cette situation peu favorable à l'apparence d'impartialité (2).

### *1) L'idée de conflit d'intérêts institutionnel*

L'exemple des SEML est à cet égard éclairant. Si la situation juridique paraît apaisée depuis que la mise en concurrence de ces sociétés est obligée à la fois par le droit constitutionnel[1684] et par le droit communautaire[1685], la pratique reste cependant très problématique en termes de concurrence réelle et d'impartialité[1686]. Les raisonnements initialement employés par le droit européen les concernant peuvent notamment laisser imaginer qu'un soupçon indélébile pèse sur ces sociétés. Par exemple, pour le droit européen, Gabriel ECKERT notait ainsi en 2005 que « le raisonnement de la

---

[1683] La situation pourrait être rapprochée aussi des établissements publics et collectivités publiques candidates à la commande publique, mais elle en diffère en ce que le problème est plutôt abordé du point de vue de l'égalité concurrentielle entre entités publiques candidates à la commande publique avec les candidats privés. Cette situation est en conséquence traitée plus en détail *infra,* dans la partie consacrée à ce sujet.

[1684] Conseil constit., 20 janv. 1993, décision n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, § 47 : *RFDA* 1993, p. 902, comm. D. Pouyaud.

[1685] CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

[1686] HUL, Sylvain, « Le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur public attribue un contrat de délégation de service public à une société d'économie mixte locale dont il est actionnaire », *LPA* 2020, n° 65, p. 10-15.

Commission [européenne] consiste à présumer que la collectivité qui crée une société d'économie mixte spécialement en vue de participer à une procédure de mise en concurrence qu'elle a engagée ne peut que faire preuve de partialité et de favoritisme au profit de celle-ci »[1687]. En droit français, à travers une analyse des rapports de CRC sur les SEML, Sébastien BRAMERET démontre aussi qu' « en pratique […] la présence d'une SEML a plutôt tendance à assécher la concurrence ». Il note de même que « les exemples de non-sélection d'une SEML sont rares, voire rarissimes »[1688].

Cependant, s'en tenant aux termes stricts de la loi, le Conseil d'Etat ne remet pas en cause la possibilité de participation des SEML comme candidates de la commande publique[1689]. L'attribution d'un contrat de la commande publique à une SEML n'est pas remise en cause, à partir du moment où n'est pas démonté *in concreto* qu'un avantage indu a été conféré à la société lors de la procédure de passation[1690], ou que les règles procédurales gérant les conflits d'intérêts ont été flouées. *A fortiori,* une SEML peut valablement candidater à un contrat de la commande publique de son ou ses actionnaires principaux, aucun principe de la commande publique ne s'y opposant selon le juge administratif[1691]. Cette interprétation *a minima,* très profitable aux SEML, devrait s'appliquer avec la même faiblesse pour les SPL mises en concurrence, et les protéger, sous les mêmes conditions, d'une illégalité due à la démonstration juridique d'une procédure en apparence peu impartiale.

Pourtant, des mécanismes techniques de la commande publique existent déjà qui pourraient remédier aux soupçons de partialité sur les SEML ou les SPL qui, s'ils ne conduisent pas à la condamnation du juge, paraissent de moins en moins acceptables aux administrés[1692].

### *2) Des solutions techniques à la partialité institutionnelle*

Les procédures légales existantes visent uniquement à vérifier le cadre d'une égalité de traitement des candidatures. Il s'agit notamment du contrôle juridictionnel de l'égalité de traitement

---

[1687] ECKERT, Gabriel, « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives : La problématique communautaire », *RFDA* 2005, n° 5, p. 959.

[1688] BRAMERET, Sébastien, « La SEML, candidate ordinaire de la commande publique ? », *AJDA* 2020, p. 640.

[1689] CE, 18 décembre 2019, *Port autonome de la Nouvelle Calédonie,* n° 432590 : *AJDA* 2020, p. 640, note S. Brameret ; *LPA* 2020, n° 65, p. 10-15, note S. Hul.

[1690] CE, 12 sept. 2018, *Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse*, n° 420454 : *CMP* 2018, comm. 241, M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2018, p. 2246, note S. Agresta et S. Hul.

[1691] Voyez pour un rappel récent : CAA Marseille, 6 mai 2013, *Société Office Funéraire et Crématiste*, n° 10MA04626 : *CMP* 2013, comm. 224, M. Ubaud-Bergeron.

[1692] Voyez par ex. : MORET-BAILLY, Joël, RUIZ FABRI, Hélène, SCIALOM, Laurence, *Les conflits d'intérêts, nouvelle frontière de la démocratie,* Paris : Fondation Terra Nova, 2017, 70 p.

des candidats dans la procédure d'attribution[1693], mais aussi du contrôle du respect des critères annoncés de sélection[1694], et du contrôle juridictionnel de l'application du principe de « l'offre économiquement la plus avantageuse », dans le cas des marchés publics[1695]. Ces contrôles relèvent cependant d'une vérification de l'égalité de traitement des candidats, sans prendre en compte la possibilité d'une partialité institutionnelle inévitable. Si des mécanismes sont imaginables pour remédier à celle-ci, ils paraissent peu pratiques à mettre en place, et sans doute trop restrictifs des libertés des collectivités locales.

Deux mécanismes évidents pourraient éviter même la partialité institutionnelle involontaire des collectivités avec leur sociétés : l'anonymisation et l'analyse indépendante des candidats. Leur utilisation empièterait néanmoins de manière disproportionnée sur les libertés des collectivités territoriales par rapport à l'effet voulu, et manquerait aussi de praticité. Une troisième solution, uniquement basée sur plus de transparence parait en comparaison une voie peu liberticide et facile à mettre en oeuvre.

Première technique bien connue des théoriciens et des techniciens des marchés publics pour établir une impartialité la plus totale possible, l'anonymisation des candidatures à des procédures

---

1693 L'égalité de traitement des candidats est une obligation constitutionnelle (Conseil constit., 26 juin 2003, décision n° 2003-473 DC, *relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *Dr. adm.* 2003, comm. 188, obs. A. Ménéménis ; *CMP* 2003, doctr. 18, F. Linditch ; *RDP* 2003, p. 1163, note F. Lichère) rappelée par l'article L 3 du Code de la commande publique. Elle est valable dans tous les cas, même par exemple pour un contrat de concession dans une procédure négociée : CE, 18 juin 2010, *Communauté Urbaine de Strasbourg* : n° 336120 : *CMP* 2010, comm. 293, note G. Eckert. Autre exemple, les critères de sélection choisis par l'acheteur ne doivent pas être une source de discrimination déguisée : CE, 7 mars 2005, *Communauté urbaine Lyon* : n° 274286 ; *BJCP* 40/2005, p. 202 concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2005, p. 1128 , note L. Markus ; *CMP* 2005, comm. 148, note J.-P. Pietri.

1694 Les critères annoncés pour l'attribution d'un marché ou d'une concession ne peuvent faire l'objet de modification ou de négociation : Code de la commande publique, art. L. 3124-1, R. 2161-17 et R. 2172-30. De plus, le respect des critères de sélection dans la notation est soumis à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administration, qui se permet ainsi de contrôler de façon plus ou moins subjective la notation des acheteurs publics. Seul une notation aberrante devrait néanmoins, selon la méthode de l'erreur manifeste d'appréciation, entraîner l'irrégularité de la procédure : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794 : *BJCP* 2008, n° 62, p. 55, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2008, n° 12, p. 23, note G. Eckert ; *AJDA* 2008, n° 44, p. 2454, note L. Richer ; *BJCP* 2008, n° 62, p. 7, comm. T. Pez ; *RLCT* 2009, n° 43, p. 40, note D. Capitant ; *Revue des contrats* 2009, n° 2, p. 675, note P. Brunet. Comme dans toutes les utilisations de la méthode de l'erreur manifeste d'appréciation, la mise en oeuvre de ce contrôle est assez intriguante par ces variations subjectives. Voyez, pour exemple que Gabriel ECKERT considère comme « particulièrement minutieux » (bien que la conclusion *in concreto* soit l'absence d'erreur) : TA Nice, 2 avril 2010, *Société de sauvegarde, défense et développement des cinémas de Cannes*, n° 0805369, JurisData n° 2010-024047 : *CMP* 2010, comm. 223, obs. G. Eckert.

1695 Code de la commande publique, art. L. 2152-7. La sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse pour les marchés publics est « est une obligation qui s'impose à la passation de tous les marchés quelle que soit la procédure utilisée », et qui doit être « le fruit d'une analyse objective et non discriminatoire des offres présentées par les candidats » (LAJOYE, Christophe, « Offre économiquement la plus avantageuse », fasc. 61-15, *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics,* mise à jour 13 mars 2019, § 2). Elle signifie notamment que la liberté des acheteurs dans le choix des critères d'attribution et dans la notation de ceux-ci n'est pas entière, et qu'elle est contrôlée par le juge, notamment : que les critères ont un lien pertinent avec le besoin en cause (CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666 : *BJCP* 2001, n° 19, p. 490 , concl. D. Piveteau ; *CMP* 2001, comm. 188, note P. Soler-Couteaux), que ces critères sont suffisamment précis (CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine Dunkerque,* n° 310380 : *JCP-A* 2008, 2040 , note F. Linditch ; *CMP* 2009, comm. 36 , note F. Olivier), et qu'ils permettent bien de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (CE, 20 févr. 2013, *Sociétté American express voyages*, n° 363244 : *CMP* 2013, comm. 117, note J.-P. Pietri). L'accumulation de tous ces contrôles permet *a priori* d'assurer une égalité de traitement des candidats.

auxquelles une SPL participe pourrait être exigée. Ce mécanisme bien connu du droit public est en effet considéré comme une garantie de l'impartialité de l'Administration[1696]. Dans le domaine de la commande publique, un certain degré d'anonymisation des candidatures est requis notamment par le droit européen[1697] et le droit français[1698] dans les procédures de concours de la commande publique[1699]. L'obligation d'anonymisation, au premier stade des comparaisons de projets, vise bien, selon Laurent RICHER, à « renforcer l'objectivité de l'évaluation des projets, souvent liés à la personnalité de leurs auteurs, notamment architectes » [1700]. Le caractère peu pratique et onéreux à mettre en oeuvre de cette technique ne joue pas pour une application entière de celle-ci. Même dans la procédure des concours, la phase d'anonymité ne dure qu'un temps court.

Deuxième technique possible pour améliorer l'impartialité d'une collectivité actionnaire devant sa SPL candidate à la commande publique : l'analyse des offres pourrait être confiée à un acteur indépendant. Il serait par exemple possible de demander, après avoir établi des règles de notation et de choix très claires[1701], à une institution tierce et indépendante d'effectuer l'exercice formel de notation des candidats. C'est là aussi une technique employée d'une certaine manière dans la procédure du concours de la commande publique, puisque dans ce cas un jury présentant des garanties d'autonomie et d'indépendance[1702] doit être mis en place pour juger des candidatures (par ailleurs anonymes). Le Conseil d'Etat considère que ces caractéristiques doivent permettre l'impartialité par rapport aux candidats[1703], qui est l'objectif visé par cette obligation spécifique au concours. La Cour de justice de l'Union estime d'ailleurs que l'autonomie exigée dans cette

---

1696 Voyez par ex. MODERNE, Franck, PACTEAU, Bernard, « La règle de l'anonymat des épreuves écrites d'examens et de concours », *Revue adm.* 1985, n° 228, p. 578-584.

1697 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 82.

1698 L'anonymisation fait partie toutefois des règles de nature réglementaire : *cf.* art. R. 2162-18 du Code de la commande publique.

1699 La procédure de concours est obligatoire pour la passation de marché de maîtrise d'oeuvre qui ont pour objet la réalisation d'ouvrages de bâtiment, mais elle peut également être empruntée par un acheteur public dès lors que celui-ci souhaite que « la procédure de mise en concurrence repose sur la présentation d'un plan ou d'un projet à un jury qui donnera son avis à l'acheteur » dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données (projet de Code de la commande publique, art. L. 2162-1). *Cf.* AMILHAT, Mathias, « Procédures de passation des marchés publics », fasc. 755, *JurisClasseur administratif*, mise à jour 6 novembre 2018, § 67.

1700 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics,* Paris : LGDJ, 2009, p. 234.

1701 Car c'est bien à l'acheteur public de choisir ses modalités de choix, ni un juge ni un délégué ne pouvant s'y substituer valablement. *Cf.* les réflexions de Gilles LE CHATELIER, « Le juge doit-il contrôler le mode de gestion des services publics ? », *ACCP* 2009, n° 88, p. 3.

1702 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 81.

1703 CE, 23 janv. 1976, n° 94856 , *B. et a.* : *Tables*, p. 732.

procédure est « la raison même de l'intervention du jury »[1704]. Toutefois, l'indépendance du jury de concours étant entendue au regard des candidats, et non de la collectivité, ces jurys sont composés majoritairement de représentants des collectivités, ce qui ne règlerait pas le problème de la partialité institutionnelle dans le cas des SPL. Le recours à une entité entièrement indépendante pour le choix de la commande publique paraît la solution la plus parfaite théoriquement à ce problème. Elle entraîne néanmoins de nombreux problèmes elle-même. Le lien contractuel de commande publique quitterait définitivement son caractère *intuitu personae*, ce qui est difficilement imaginable. Il est en effet normal qu'un certain degré minimum de confiance soit exigé entre un adjudicateur public et un preneur[1705]. De même, la liberté contractuelle des personnes publiques en serait profondément atteinte. Toutefois, pour répondre à ce dernier problème, il est là encore possible d'imaginer des procédures à plusieurs niveaux, par exemple dans lesquelles la sélection effectuée par un acteur indépendant devrait être validée dans un deuxième temps par la collectivité acheteuse. En l'occurrence, le jury de concours se limite justement à rendre un avis motivé sur les offres de concours qui sont faites[1706], avis que la personne acheteuse n'est pas obligée de suivre par la suite[1707]. La publication du rapport du jury permet néanmoins aux concurrents de plus facilement contester le rejet de leurs offres, puisque un choix de l'acheteur différent de celui du jury demande forcément un surcroît de motivation de la part de l'acheteur[1708], motivation qui peut alors,

---

[1704] CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-292/07 et aff. C-287/07, *Commission c/ Belgique*, point 189 : *Europe* 2009, comm. 225, note E. Bernard.

[1705] Notamment dans l'idée où l'*intuitu personae* protègerait l'intérêt général, et ne représenterait pas un mécanisme pervers de détournement des obligations d'impartialité de l'acheteur public : ANTOINE, Aurélien, « L'*intuitu personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA* 2011, p. 879.

[1706] La motivation doit permettre de comprendre les raisons qui ont motivé les choix effectués : CAA Lyon, 29 novembre 2012, *Commune de Bron* : n° 12LY00568, ; *CMP* 2013, comm. 53 , obs. M. Ubaud-Bergeron ; solution confirmée en appel : CE, 18 décembre 2013, *Commune de Bron*, n° 365702.

[1707] D'autant que le jury n'a pas forcément accès au coût de la prestation proposée, si celui-ci ne fait pas partie des critères de sélection. La personne acheteuse peut aussi, après l'établissement des choix du jury, entrer en négociation avec les candidats sélectionnés, ce qui limite le rôle du jury. Dans tous les cas, selon le Conseil d'Etat, la personne acheteuse ne peut légalement prévoir de se lier au choix du jury : CE, 27 novembre 2002, *M. Dangas et a.* : n° 204619 : *CMP* 2003, comm. 27, note J.-P. Pietri ; *JCP-A* 2003, 1108, comm. F. Linditch.

[1708] L'article R. 2162-19 du nouveau code de la commande publique paraît d'ailleurs aller dans le sens d'une exigence de motivation un peu plus importante qu'auparavant. Sous l'emprise de l'ancien code des marchés publics de 2006, l'article 70 de celui-ci prévoyait simplement que : « VII. - Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, et après examen de l'enveloppe contenant le prix, le ou les lauréats du concours sont choisis par le pouvoir adjudicateur ». Une disposition très similaire dans la formule (« l'attribution du marché de maîtrise d'oeuvre est prononcée par l'assemblée délibérante de la collectivité ou de l'établissement contractant après avis du jury » - article 314 ter de l'ancien code des marchés publics) a été interprétée par le Conseil d'Etat comme impliquant au moins une motivation publique de ce choix différent, bien que cela soit sujet à discussion puisque c'était le règlement même de l'appel d'offre qui prévoyait une telle publicité de la décision : CE, 10 octobre 1994, *Commune de Béziers*, n° 121257 : *RDI* 1995. p. 98, obs. F. Llorens et P. Terneyre). La nouvelle formulation, le choix de la personnes acheteuse se faisant « au visa » de l'avis du jury nous semble dans ce cas indiquer une exigence légèrement plus importante de motivation — et à tout le moins la confirmation de la solution de l'arrêt *commune de Béziers* du 10 octobre 1994.

puisqu'elle se base forcément sur des critères prédéfinis[1709], être contrôlée selon la méthode de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge[1710].

C'est finalement dans cette idée de renforcement de la transparence que se rencontre sans doute la solution la plus adéquate au problème de l'apparence de partialité institutionnelle des collectivités locales par rapport à leurs entreprises publiques. Comme le formule le fameux arrêt *Telaustria* de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2000, le respect des règles fondamentales de la commande publique « implique, notamment, une obligation de transparence qui […] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant […] le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »[1711]. En suivant cette idée que la transparence amène plus de contrôle, et une meilleure impartialité, il conviendrait, quelles que soient les techniques de mise en concurrence éventuellement adoptées pour la SPL, que celles-ci permettent une transparence la plus grande possible.

## Conclusion section 1 : Une solution pro-concurrentielle à contre-courant et peu convaincante

La possibilité de soumettre les SPL à une mise en concurrence, illustrée par des exemples atypiques de pratiques concrètes en France[1712], et surtout par des législations étrangères systémiques, démontre surtout la difficulté pratique, juridique, et la complexe preuve de l'utilité d'y soumettre les SPL. Les théories économiques soutenant cette idée pro-concurrentielle se caractérisent d'abord pas leur caractère controversé. Les expériences étrangères ne sont pas absolument concluantes ni positives. Du point de vue de la soumission en tant que telle, certes, la plasticité de la SPL ne lui permettrait de ne pas rencontrer de problème particulier pour s'y adapter. Mais l'intégration de la mise en concurrence pour les SPL poserait toutefois des problème pratiques,

---

[1709] Même pour les délégations de service public, dont le régime était anciennement exempté de préciser des critères d'attribution : CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, n° 330054 : *BJCP* 2010, p. 103, note B. Dacosta ; *AJDA* 2010, p. 500, obs. J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP* 2010, n° 96, p. 16, obs. J.- P. Jouguelet ; *CMP* 2010, comm. 83, obs. Ph. Rees ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, obs. G. Eckert.

[1710] CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794 : *BJCP* 2008, n° 62, p. 55, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2008, n° 12, p. 23, note G. Eckert ; *AJDA* 2008, n° 44, p. 2454, note L. Richer ; *BJCP* 2008, n° 62, p. 7, comm. T. Pez ; *RLCT* 2009, n° 43, p. 40, note D. Capitant ; *Revue des contrats* 2009, n° 2, p. 675, note P. Brunet.

[1711] CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress, points 61-62 : *R.* 2000, I-10745. Plus exactement : « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ».

[1712] CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, p. 10-11.

notamment au regard du principe juridique d'apparence d'impartialité que les collectivité locales doivent respecter. Il conviendrait, dans le cas du choix d'une mise en concurrence, d'y remédier.

Dans ce domaine de l'impartialité, il s'agirait, comme le notent Sébastien SAUSSIER et Jean TIROLE, afin de « renforcer l'efficacité de la commande publique »[1713], d'abord de renforcer les exigences de transparence. Le rapport de ces derniers auteurs note précisément que, pour les activités gérées en management public, comme les SPL, il conviendrait d'appliquer à celles-ci « des exigences de transparence, avec des incitations et des sanctions adéquates, afin de permettre une évaluation de ces activités analogue à celles déléguées à un partenaire privé »[1714]. Cette recommandation rejoint les idées d'améliorations pratiques moins économiquement radicales, ou pro-concurrentielles que la mise en concurrence obligatoire des SPL. Toute une palette de possibilités existe en effet qui pourraient assurer une gestion choisie, si ce n'est après mise en compétition formelle, au moins après comparaison des différentes voies offertes aux collectivités locales pour assurer une activité.

# Section 2 : La piste du renforcement de la contestabilité du choix d'une société publique locale

Sans pour autant mettre strictement en compétition les SPL avec des opérateurs privés, et en respectant la liberté des collectivités locales dans le choix de leur mode de gestion, ne serait-il pas possible d'améliorer concrètement ce choix du mode de gestion d'un service public local tel qu'il est actuellement pratiqué ? De nombreux auteurs estiment qu'une amélioration de la situation est possible et souhaitable, comme en atteste par exemple les recherches de Jean-Claude DOUENCE pour « vérifier si l'état actuel du droit positif qui encadre les décisions [de mode de gestion] permet d'opérer des choix politiques rationnels »[1715], ou encore la position d'Odile de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER pour laquelle « il semble tout-à-fait pertinent d'objectiver au maximum le choix d'un mode de gestion »[1716]. Une telle solution de compromis, entre respect de l'autonomie

---

[1713] SAUSSIER, Sébastien, TIROLE, Jean, *Renforcer l'efficacité de la commande publique,* Notes du conseil d'analyse économique 2015, n° 22, 12 p. La recommandation n° 5 de ce rapport est de rendre obligatoire la publication du rapport d'analyse des offres. *Cf. infra.*

[1714] *Ibidem,* recommandation n° 7.

[1715] DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques et al. (dir.), *Management local : de la gestion à la gouvernance,* Paris : Dalloz, 2004, p. 201.

[1716] DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

locale et amélioration de la gestion publique, apparaît alors par l'objectivisation scientifique (ou rationalisation) du choix du mode de gestion au moment de la décision politique, ce qui permettrait de rendre ce choix plus transparent, et de soumettre les décisions locales à un contrôle démocratique mieux informé. Cette mise en objectivité ne peut se produire qu'au niveau de l'étude préalable obligatoire au choix du mode de gestion, qu'il conviendrait donc de renforcer (I). Cette rationalisation de l'étude préalable pourrait alors, au-delà des objectifs de contrôle démocratique, ouvrir aussi la voie à une plus grande contestabilité des choix du mode de gestion, dont plusieurs procédures sont déjà pratiquées à l'étranger (II). La procédure de contestabilité permet en effet de ne pas obliger à une procédure formelle de mise en concurrence, tout en assurant une partie des effets bénéfiques de celle-ci par le renforcement de la compétition entre les acteurs.

# I - L'amélioration de l'objectivité scientifique de l'évaluation comparative préalable

En droit français, le choix du mode de gestion n'est pas contrôlé juridiquement sur le plan de l'opportunité par le juge[1717]. Le rapport obligatoire à présenter aux assemblées délibérantes et aux commissions consultatives des services publics locaux paraît ainsi difficilement contestable sur le fond par les administrés pour cette raison. Le législateur ne pourrait-il cependant pas renforcer les exigences formelles ou de fond de ce rapport ? De telles exigences ont pu être prévues pour certains contrats de la commande publique, qui concernent encore aujourd'hui les partenariats public-privé (A). Ces améliorations ouvrent la voie à une comparaison possiblement plus objective des sociétés publiques locales, même si cela demande encore un approfondissement méthodologique (B).

## A) Les exigences de l'évaluation préalable des partenariats public-privé

Une évaluation comparative préalable obligatoire est exigée pour la première fois par l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004[1718] pour mettre en oeuvre un contrat de partenariat, plus tard complétée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de

---

[1717] *Cf. supra*.

[1718] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : *JORF* n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994 : *BJCP* 2004, n° 36, p. 331-339, étude Y. Gaudemet ; *CMP* 2004, n° 12, p. 8-16, note N. Symchowicz ; *RJEP* 2004, n° 615, p. 511-542, note F. Llorens ; *AJDA* 2005, n° 1, p. 16-20, note D. Linote.

partenariats[1719], puis par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics[1720], cette dernière modifiant par ailleurs le nom en « marché de partenariat »[1721]. Le marché de partenariat ne peut désormais être conclu que si cette évaluation aboutit à un bilan favorable, d'autres voies de recours à ce contrat (l'urgence ou la complexité) étant par ailleurs supprimées en 2015. A cette même date, l'exigence d'évaluation préalable est étendue à tous les marchés publics envisagés à partir d'un certain seuil d'importance, afin de « comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet »[1722], mais sans l'exigence de bilan favorable dans le choix du mode de réalisation finalement adopté : il s'agissait uniquement d'une évaluation informative. Le législateur a supprimé cette condition en 2016 pour les marchés publics à l'occasion de la ratification de l'ordonnance de 2015[1723]. Le mécanisme d'évaluation préalable avec bilan favorable obligatoire n'est donc plus applicable qu'aux marchés de partenariat. Cela n'amoindrit pas son intérêt quant à une éventuelle application pour les SPL et, de façon générale si l'on suit sur ce point Sébastien SAUSSIER et Jean TIROLE[1724], pour toutes les activités en gestion publique.

La législation de 2008 sur les partenariats prévoyait que les comparaisons, réalisées par les collectivités publiques, devaient faire apparaître « les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif »[1725] justifiant le choix du partenariat public-privé comme mode de gestion. L'évaluation devait ainsi se traduire par « une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi

---

[1719] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : *JORF* n° 175 du 29 juillet 2008, p. 12144, art. 2 : *JCP-A* 2008, n° 37, p. 17-23, note F. Linditch ; *AJDA* 2008, n° 31, p. 1709-1714, note E. De Fenoyl ; *CMP* 2008, n° 10, p. 7-13, étude F. Lichère ; *RLCT* 2008, n° 39, p. 55-57, note R. Passerieux ; p. 58-61, note M. Fornacciari ; p. 62-54, note F. Tenailleau ; p. 65-73, note J.-L. Pissaloux ; p. 80-83, note F. Marty et A. Voisin ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 317-321, note T. Reynaud.

[1720] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc., art. 67 et s.

[1721] Voyez notamment : RAPP, Lucien, REGOURD, Serge (dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat,* Paris : Bruylant, 2016, 376 p. ; MAUZY, Jean-Roch, « Du contrat au marché de partenariat : tout changer pour que rien ne change ? », *Les Petites Affiches* 2015, n° 237, p. 7-14 ; BRENET, François, « Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : un nouveau départ pour les partenariats public-privé ? », *Dr. adm.* 2015, n° 12, p. 18-24.

[1722] Art. 40 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602, désormais abrogé.

[1723] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2, art. 39.

[1724] SAUSSIER, Sébastien, TIROLE, Jean, *Renforcer l'efficacité de la commande publique,* Notes du conseil d'analyse économique 2015, n° 22, 12 p. La recommandation n° 5 de ce rapport est de rendre obligatoire la publication du rapport d'analyse des offres. *Cf. infra.*

[1725] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : *JORF* n° 175 du 29 juillet 2008, p. 12144, art. 2 : *JCP-A* 2008, n° 37, p. 17-23, note F. Linditch ; *AJDA* 2008, n° 31, p. 1709-1714, note E. De Fenoyl ; *CMP* 2008, n° 10, p. 7-13, étude F. Lichère ; *RLCT* 2008, n° 39, p. 55-57, note R. Passerieux ; p. 58-61, note M. Fornacciari ; p. 62-54, note F. Tenailleau ; p. 65-73, note J.-L. Pissaloux ; p. 80-83, note F. Marty et A. Voisin ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 317-321, note T. Reynaud.

qu'au regard des préoccupations de développement durable »[1726]. Concernant le bilan favorable, celui-ci devait se calculer en comparaison « des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables » par rapport à « d'autres contrats de la commande publique », avec la limite que « le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage »[1727]. Devant l'imprécision du législateur, le Conseil constitutionnel n'a néanmoins pas hésité pas dans ses décisions à établir certaines exigences constitutionnelles supplémentaires. Il précise ainsi, dans sa décision du 24 juillet 2008, que cette évaluation doit être une « analyse approfondie des avantages et des inconvénients » qui permette de démontrer que « le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique dans l'intérêt du bon emploi des deniers publics »[1728]. Suite aux retours d'expériences peu positifs sur l'outil partenariat public-privé[1729], le législateur reprend sa copie et modifie les conditions de recours à celui-ci en 2015.

L'ordonnance du 23 juillet 2015[1730] non seulement restreint le recours au PPP à la condition d'un bilan favorable, en supprimant les conditions d'urgence et de complexité, mais modifie quelque peu la méthodologie et la technique du bilan. Le bilan favorable doit ainsi désormais faire obligatoirement apparaître un avantage « notamment sur le plan financier », « compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projet comparables »[1731]. Cela signifie que cet avantage ne peut être uniquement basé sur un avantage technique, temporel, voire administratif, ou d'autres arguments plus subjectifs. La collectivité doit démontrer la supériorité, notamment financière, de ce mode de réalisation du projet. Enfin, les modalités précises de méthodologie comparative doivent désormais être établies par décret en Conseil d'Etat[1732]. Cela modifie grandement la normativité de la méthodologie, qui était

---

[1726] *Ibidem.*

[1727] *Ibidem.*

[1728] Conseil constitutionnel, décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *loi relative aux contrats de partenariat : JORF* du 29 juillet 2008, p. 12151 : *CMP* 2008, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *D.* 2008, p. 1980, note M.-C. Montecler ; *AJDA* 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus.

[1729] Voyez notamment : Sénat (2013-2014), Rapport d'information n° 733 fait au nom de la commission des lois *sur les partenariats publics-privés*, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, enregistré le 16 juillet 2014, 99 p. ; Cour des Comptes, *Rapport public pour 2015 : pour une gestion publique plus rigoureuse,* tome 1, vol. 2, chapitre III.1, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », p. 147-178. ; moins critique : Inspection Générale des Finances, *Rapport n° 2012-M-027, Evaluation des partenariats public-privé,* décembre 2012, 66 p.

[1730] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602, désormais abrogée et remplacée par le Code de la commande publique.

[1731] *Ibidem,* art. 74 et 75. Désormais : Code de la commande publique : art. L. 2211-6 (condition de bilan plus favorable), art. L. 2212-1 et L. 2212-2 (évaluation du mode de réalisation du projet).

[1732] *Ibidem.*

jusque-là confiée aux « organismes experts »[1733], que pouvaient solliciter les personnes publiques — et qu'elles doivent désormais obligatoirement consulter pour avis sur leurs évaluations[1734].

Les déclinaisons normatives de la méthodologie comparative n'évoluent toutefois pas beaucoup avec le temps. Le ministre de l'économie arrête en mars 2009 une première méthodologie[1735]. Celle-ci prévoit des mesures techniques de comparaison : l'indication d'un cadre général du projet[1736], d'un chiffrage en coûts complets[1737], d'une estimation des flux financiers[1738], d'une prise en compte des risques, des performances[1739] et du développement durable[1740]. Elle reste néanmoins très courte (moins de deux pages au journal officiel). Ces dispositions sont reprises sans modifications en 2016 par décret en Conseil d'Etat[1741] et sont désormais codifiées aux articles R. 2212-4 à R. 2212-6 du Code de la commande publique. Il revient aux organismes experts de donner plus de précisions, mais celles-ci n'ont, dans ce cas, pas valeur normative[1742]. Le passage de simple consultation facultative à avis obligatoire de l'organisme expert rend cependant cette méthodologie d'autant plus importante qu'auparavant. Elle n'en reste pas moins critiquable sur plusieurs points qui apparaissent d'autant plus saillants dans le cas d'une adaptation de ce système au choix préalable des sociétés publiques locales.

---

1733 Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : *préc.*, art. 2

1734 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *préc.,* art. 76. Le principal organisme expert est désormais la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures (Fin Infra), qui remplace la Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé (MAPPP) depuis 2016.

1735 Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à la mise en oeuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat : *JORF* n° 0053 du 4 mars 2009, p. 4010, texte n° 23.

1736 L'arrêté précise qu'il s'agit d'« un cadrage, notamment les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation ».

1737 Ce coût complet doit inclure « les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement pour la personne publique avec évolution dans le temps », ainsi qu' « une estimation des recettes annexes éventuelles », et « le traitement comptable et fiscal retenu ».

1738 L'arrêté indique, de façon quelque peu désordonnée que la comparaison inclut : « une actualisation, comprenant notamment la période et le taux retenu, et une estimation des coûts en valeur actuelle des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne porteuse du projet ».

1739 « Une prise en compte du risque, des performances et du dédit, présentant notamment la répartition des risques entre les acteurs public et privé, leur valorisation monétaire, les calculs des valeurs de basculement des principaux paramètres et les tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts ».

1740 Cette prise en compte est par contre extrêmement vague puisque l'arrêté précise simplement « la prise en compte du développement durable », sans autre précision.

1741 Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : *JORF* du 27 mars 2016, texte n° 28, art. 24 et 147.

1742 Voyez par ex. les versions du « plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable » du 2 février 2011 établi par la MAPPP, et du 2 janvier 2017 établi par Fin Infra.

## B) Les conditions d'une comparaison préalable des sociétés publiques locales

Les marchés de partenariat ne sont régulièrement pas comparés avec des modes de réalisation en gestion directe de la personne publique, mais avec plusieurs autres types de contrats de la commande publique[1743]. La gestion directe est ainsi immédiatement évacuée de l'exercice de comparaison. Appliqué aux sociétés publiques locales, ce schéma impliquerait que les sociétés publiques locales pourraient n'être comparées qu'avec les autres modes de gestion publique, comme les différents types de régies et les différents types d'établissements publics ou uniquement ceux de la gestion privée. Or, le sens même des sociétés publiques locales est de permettre aux collectivités locales de bénéficier des avantages de la gestion privée et des avantages de gestion quasi-directe. Une évaluation comparative transparente des SPL devrait ainsi forcément comparer celles-ci par rapport aux autres modes de gestion publique, mais aussi aux modes de gestion offerts par la délégation au secteur privé. Elle dépasserait ainsi les failles de l'évaluation préalable des PPP.

Les exigences méthodologies décrites *supra* ne sont en effet pas encore suffisantes pour garantir qu'une comparaison totalement transparente et équivalente ait bien lieu. Le plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable de la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures de 2017[1744] ne prévoit en effet pas de cadre analytique pour choisir les modes de gestion à comparer avec la possibilité d'un partenariat public-privé. D'ailleurs, il est significatif que depuis la suppression de cette obligation d'évaluation étendue à tous les marchés publics[1745], cette évaluation n'a lieu qu'à partir du moment où une collectivité souhaite mettre en place un tel contrat de PPP. En partant d'une telle prémisse, il est évident que les analyses ne peuvent qu'être biaisées en faveur de cet outil. L'identification des modes de réalisation se fait de manière entièrement subjective et librement par les collectivités, en se basant sur les « modes de réalisation envisageables » par celles-

---

[1743] Voyez par exemple, l'avis de la MAPPP, n° 2012-08 sur le projet de construction de l'EHPAD de Wattrelos (59), 4 mai 2012, 19 p., qui remarque que les options alternatives n'ont pas été explorées, mais que « si elles étaient examinées », la solution PPP représenterait « probablement » un bilan plus intéressant (p. 19).

[1744] Cf. Ministère de l'Economie, Mission de Financement des Infrastructures (Fin Infra), Plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable, version du 2 janvier 2017, 22 p.

[1745] *Cf.* AMILHAT, Mathias, « Marchés de partenariat », fasc. 648, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, mise à jour 2 janvier 2018, § 132 : l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 40, prévoyait que toutes les procédures de passation de marchés publics au-delà d'un seuil réglementaire devaient être précédés d'une « évaluation préalable du mode de réalisation du projet », ayant pour objet « de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet ». Cette obligation pour les marchés publics créée par ordonnance a été supprimée quelques mois après par la loi n° 2016-1691, 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique,* art. 39.

ci, sans autre précision[1746]. Comme le note avec dépit la Cour des Comptes dans son rapport public de 2015, « la difficulté de comparer un bilan attendu d'un projet réalisé en contrat de partenariat avec celui d'une procédure classique que la personne publique n'a pas lancée, [limite] […] la mesure de l'efficience de tels contrats »[1747]. En l'absence d'une véritable méthodologie sur les objets à comparer, et non seulement sur la technique et la véracité des évaluations apportées pour chaque mode de réalisation retenu comme comparaison, la Cour ne peut que conclure au fait que « les évaluations préalables sont biaisées »[1748] sur ce point. Dans les textes, rien n'indique les différents modes de gestion à prendre en compte pour la comparaison, ni leur nombre, ni leurs formes, ni la façon de les choisir. Or, il paraît évident qu'en l'absence d'une telle obligation, les personnes publiques pourraient choisir de comparer les contrats de partenariat avec les modes de gestion les moins attractifs dans le cadre de leur projet envisagé[1749]. Comme le résume François LICHERE, la formule de la comparaison est « énigmatique » car elle ne précise pas assez les objets de la comparaison[1750]. Cette question est d'autant plus importante que, si elle devait être mise en oeuvre, l'intérêt de la comparaison d'une société publique locale avec d'autres modes de gestion dépendrait sans doute bien plus du mode de gestion retenu pour comparer que des techniques de calcul utilisées.

Une telle comparaison entre modes de gestion est-elle néanmoins scientifiquement et concrètement envisageable ? Selon le politiste Patrick LE LIDEC, il est en effet impossible de déterminer des modalités rationnelles de comparaison entre gestion publique et gestion privée[1751]. Pourtant, certains estiment une telle oeuvre possible et scientifiquement significative. Malheureusement une grande partie des études scientifiques cherche surtout à expliquer les facteurs de choix d'un mode de gestion sur un autre, et ne cherche pas à établir un cadre de comparaison idéal[1752]. Leurs résultats sont donc difficilement exploitables pour créer une action publique plus efficace, même s'ils ouvrent des pistes sur les facteurs de réussite d'un mode de gestion par rapport

---

1746 Ministère de l'Economie, Mission de Financement des Infrastructures (Fin Infra), Plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable, version du 2 janvier 2017, p. 9-10.

1747 Cour des Comptes, rapport public annuel 2015, février 2015, p. 171-172.

1748 *Ibidem,* p. 148.

1749 MARTY, Frédéric, VOISIN, Arnaud, « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », *RLCT* 2008, n° 39, p. 80-83.

1750 LICHERE, François, *Contrats de partenariat public-privé*, Paris : éd. du Moniteur, 2015, I.230.1.4.

1751 LE LIDEC, Patrick, « Choix des modes de gestion des services publics et politiques de recrutement des communes : quelle place pour la variable partisane ? », *in* LE BART, Christian, PASQUIER, Romain, ARNAUD, Lionel (dir.), *Idéologies et action publique territoriale,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 35-49.

1752 Voyez notamment : ANDREWS, Rhys, FERRY, Laurence, et al., « Corporatization in the Public Sector : Explaining the Growth of Local Government Companies », *Public Administration Review* 2019, 22 avril, en ligne, DOI : 10.1111/puar.13052, accès : [https://doi.org/10.1111/puar.13052].

à un autre selon différentes configurations initiales[1753]. Des recherches plus théoriques mettent néanmoins en avant l'importance de points de comparaison qu'il convient d'établir préalablement pour tous ou pour chaque type de service[1754]. Les réflexions d'Antonio TAVARES sur les facteurs-clés motivant le choix d'une société publique[1755] notamment, pourraient former les bases d'un cadre de comparaison intéressant allant au-delà des exigences françaises actuelles pour les PPP.

Pour l'instant, le cadre d'analyse de la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures de 2017[1756] s'intéresse principalement à établir des cadres d'analyse mesurables financièrement, que ce soit pour l'analyse « des coûts et des délais »[1757], que pour « l'analyse qualitative »[1758], aux possibilités de financement privé, et aux risques financiers induits par tel ou tel mode de gestion[1759]. Une analyse comparative plus objective devrait selon nous se baser à la fois sur ces analyses financières, mais aussi chercher à les dépasser par une vision plus large de la comparaison et des enjeux administratifs, politiques et sociaux des modes de gestion. Antonio TAVARES repère quant à lui quatre indicateurs majeurs dans le choix d'une société publique pour la réalisation d'une activité publique[1760]. Il s'agit des caractéristiques techniques du service[1761], du cadre institutionnel et légal[1762], des contraintes politiques[1763], et des conditions financières. Les conditions financières sont

---

1753 VOORN, Bart, VAN GENUGTEN, Marieke, VAN THIEL, Sandra, « Performance of municipally owned corporations : Determinants and mechanisms », *Annals of Public and Cooperative Economics* 2020, vol. 91, n° 1 ; GRADUS, Raymond, SCHOUTE, Martjin, BUDDING, G. Tjerk, « Shifting modes of service delivery in Dutch local government », *Journal of Economic Policy Reform* 2019, en ligne, DOI : 10.1080/17487870.2019.1630123, accès : [https://doi.org/10.1080/17487870.2019.1630123].

1754 KUHLMANN, Sabine, « Les démarches pour mesurer la performance des administrations européennes locales : une analyse comparative des expériences de réforme en Grande-Bretagne, en France, en Suède, et en Allemagne », *RISA* 2010, n° 2, p. 357-372.

1755 TAVARES, Antonio, « Ten Years After : Revisiting the Determinants of the Adoption of Municipal Corporations for Local Service Delivery », *Local Government Studies* 2017, vol. 43, issue 5, p. 697-706.

1756 Cf. Ministère de l'Economie, Mission de Financement des Infrastructures (Fin Infra), Plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable, version du 2 janvier 2017, 22 p.

1757 Ministère de l'Economie, Mission de Financement des Infrastructures (Fin Infra), Plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable, version du 2 janvier 2017, p. 10

1758 *Ibidem,* p. 9.

1759 *Ibidem.*

1760 TAVARES, Antonio, « Ten Years After : Revisiting the Determinants of the Adoption of Municipal Corporations for Local Service Delivery », *Local Government Studies* 2017, vol. 43, issue 5, p. 697-706.

1761 Les caractéristiques techniques sont en effet grandement différentes selon les activités publiques à prendre en compte, la forme et les caractéristiques du marché sur lequel cette société pourrait évoluer, etc. Concrètement un office de tourisme (utilisé largement par les SPL) n'a pas les mêmes caractéristiques qu'un gestionnaire de réseau (électrique ou autre).

1762 C'est ici que la différence entre les différents modes de gestion est cruciale : leurs caractéristiques légales et administratives diffèrent largement entre une société publique locale et une régie directe.

1763 Il s'agit principalement de l'objectif de contrôle politique du mode de gestion. Un contrôle direct plus important souhaité nécessite une structure publique, un souhait de contrôle direct moins important favorise une délégation au secteur privé.

présentées en dernier lieu, car ce sont elles qui jouent concrètement le moins dans ces choix[1764]. Or c'est celui mis en avant par le droit français actuel[1765]. Faire rentrer les autres indicateurs dans une évaluation comparative des sociétés publiques locales peut-il être néanmoins envisageable ?

Bien que ces indicateurs extra-financiers paraissent à priori sortir de l'objectivité rationnelle car mesurable de l'analyse purement financière, les utiliser ne signifierait cependant pas se départir de toute objectivité pour les collectivités. Décliner les avantages et les inconvénients des différents modes de gestion selon les caractéristiques techniques du service par exemple, ne présente pas de problème particulier, même si les études comparatives sur le sujet sont complexes à interpréter. La déclinaison des avantages et des inconvénients selon le cadre institutionnel et légal paraît elle aussi une phase aisée à mettre en place (certaines activités ne peuvent en effet être mises en oeuvre que selon certains modes de gestion, et inversement certains modes de gestion tirent des avantages et inconvénients spécifiques liés à leur statut). Le critère des contraintes politiques paraît plus délicat à utiliser. Pourtant, il ne s'agirait pas de fermer et de rationnaliser le choix selon un critère politique, mais de mieux justifier — ou de mieux expliciter — les choix politiques effectués à travers le choix (ou le rejet) d'une société publique locale. Une décision politique justifiée reste une décision politique d'opportunité. Seulement, ce choix demanderait aux collectivités de ne pas prendre de décision sans une parfaite information sur les conséquences administratives, légales et techniques de leurs choix de mode de gestion, et non seulement les implications financières.

Une telle grille d'analyse comparative reste cependant très lacunaire sur beaucoup de points, et les doutes sur la valeur scientifique et opérative d'un tel système sont évidemment de mise. Comme le remarquait encore récemment Harald TORESTEINSEN, le sujet mérite encore un approfondissement, idéalement multi-disciplinaire et international, pour obtenir une valeur scientifique plus consensuelle[1766]. En tout cas, l'idée d'une meilleure justification du choix d'une société publique locale parmi les autres modes de gestion permettrait d'aboutir à un contrôle plus fin sur ces décisions politiques, que celui-ci soit démocratique ou même juridictionnel. Comme vu *supra,* afin de laisser une marge d'opportunité aux collectivités publiques, ce contrôle ne peut revenir sur tous les critères utilisés dans le choix d'un mode de gestion. Ce contrôle pourrait néanmoins être déclenché plus largement qu'il ne l'est actuellement, pour motiver les organes politiques à mieux justifier et à faire preuve d'une plus grande transparence dans leurs choix.

---

1764 TAVARES, Antonio, « Ten Years After : Revisiting the Determinants of the Adoption of Municipal Corporations for Local Service Delivery », *Local Government Studies* 2017, vol. 43, issue 5, p. 697-706.

1765 Ministère de l'Economie, Mission de Financement des Infrastructures (Fin Infra), Plan type du rapport d'analyse d'évaluation préalable, version du 2 janvier 2017, p. 10

1766 TORSTEINSEN, Harald, « Corporatization in local government : the need for a comparative and multi-disciplinary research approach », *Public Money & Management* 2019, vol. 39, issue 1, p. 5-8.

# II - L'approfondissement du contrôle de l'évaluation comparative

Au-delà des techniques utilisées, si les personnes publiques pouvaient contourner sans conséquences les obligations — pourtant légères — de comparaison mise en place, l'évaluation préalable perdrait tout intérêt. L'étude du contrôle juridictionnel des évaluations antérieures aux partenariats public-privé démontre toute l'importance nécessaire de la profondeur de ce contrôle (A). Il n'empêche que des expériences étrangères allant beaucoup plus loin dans cette opposabilité fournissent d'intéressantes pistes à une amélioration de l'ouverture des recours contre le choix d'une société publique locale (B).

## A) Un contrôle juridictionnel approfondi de l'évaluation préalable

Quelle pourrait-être la valeur juridique d'une évaluation préalable du choix d'une SPL ? Le modèle de l'évaluation pour les PPP ne présente *a priori* pas une réponse très claire. Certains chercheurs estiment par exemple que « dans l'esprit de ses promoteurs, l'évaluation préalable n'a rien d'une appréciation impartiale des forces et faiblesses économiques et financières des projets » et qu' « elle doit présenter à la personne publique des arguments supplémentaires en faveur du contrat de partenariat »[1767]. Pourtant, ce jugement paraît trop simplificateur, puisque pour le législateur, cette « évaluation préalable constitue un garde-fou à la dérive des investissements publics »[1768]. De plus, les juges administratifs se sont opposés à de tels détournements, et pourraient encore aller plus loin.

Le Conseil d'Etat s'est d'abord reconnu dans ce domaine un contrôle normal sur l'évaluation en elle-même, pour vérifier que dans cette évaluation « le projet envisagé corresponde effectivement »[1769] aux conditions fixées par la loi. Plus exactement, pour reprendre Romain LEBLOND-MASSON, le juge « considère que l'évaluation préalable […] ne prouve pas l'existence

---

[1767] DESRUMAUX, Nicolas, « L'évaluation préalable des partenariats public-privé. Anticipation des risques et contrôles financiers », *in* LAVENUE, Jean-Jacques, BEN LETAIEF, Mustapha (dir.), *La gestion partenariat comme instrument de la régulation public-privé,* Paris : IMODEV, 2017, p. 185-210.

[1768] HUET, Gaëtan, « Partenariats public-privé et choix du mode des investissements », fascicule 3450, *JurisClasseur Collectivités territoriales LexisNexis,* mise à jour 13 octobre 2010, § 50.

[1769] CE, 29 octobre 2004, *Sueur*, n° 269814, *R.* p. 393 : *RFDA* 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; *CMP* 2004, comm. 249, obs. G. Eckert ; *AJDA* 2004, p. 2073, tribune L. Richer ; *AJDA* 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *Europe* 2004, comm. 391, obs. P. Cassia ; *RDI* 2004, p. 548, obs. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2005, p. 65, concl. D. Casas, obs. C. Maugüé.

des critères du contrat »[1770], c'est-à-dire que le juge recherche, au-delà des conclusions de l'évaluation, une réalité objective justifiant le recours à ce contrat dérogatoire[1771]. Pour les évaluations préalables de PPP, l'interprétation du juge administratif s'est d'ailleurs révélée plus rigoureuse que ce à quoi de nombreux chercheurs s'attendaient[1772]. La création d'évaluations préalables aux SPL pourrait alors pencher vers un contrôle rigoureux, beaucoup plus approfondi que la technique de l'absence de contrôle de l'opportunité des motifs de choix actuellement suivie par le juge[1773].

Le contrôle sur l'évaluation préalable ne porte d'ailleurs pas sur les motifs d'opportunité politique, mais bien sur la véracité des faits, la rigueur des analyses et l'honnêteté des conclusions qui sont tirées. Par exemple, un premier arrêt de la Cour administrative d'Appel de Nantes du 16 mars 2018 précise ainsi que le bilan avantageux du recours aux PPP doit être « [justifié] concrètement et précisément »[1774], au regard de la nature des travaux et des besoins de la personne publique. Détaillant plus longuement ce point, un arrêt de la Cour administrative d'Appel de Marseille du 27 décembre 2019[1775] considère que l'évaluation ne peut se baser sur une « brève définition standardisée »[1776] des modes de gestion retenus pour la comparaison, sans adaptation à la situation particulière, et ne peut éviter de détailler les calculs employés de telle façon qu'ils ne puissent « faire l'objet ni d'une interprétation critique par un lecteur averti, ni d'une appropriation intuitive par un lecteur non averti »[1777]. Ces exigences jurisprudentielles vont donc très loin dans le chemin de la transparence et de la compréhension citoyenne du rapport préalable d'évaluation. De

---

[1770] LEBLOND-MASSON, Romain, « L'étude préalable dans les contrats de partenariats publics-privés », *Dr. adm.* 2013, n° 12, chron. 6, § 5.

[1771] Voyez notamment, sur la condition de complexité : CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz,* n° 363007 : *BJCP* 2014, n° 97, p. 404, concl. G. Pellissier ; *JCP-A* 2014, n° 38, p. 31, note M. Cornille ; *Dr. adm.* 2014, n° 12, p. 33, note F. Brenet ; *CMP* 2014, n° 10, p. 47, note G. Eckert ; *RLCT* 2014, n° 105, p. 36, note E. Glaser.

[1772] CAMOUS, David-André, « 'Le juge administratif m'a tuer'. Bilan de 10 ans de jurisprudences relatives à l'évaluation préalable des contrats de partenariat », *CMP* 2015, n° 7, étude n° 8.

[1773] CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893, *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289. Réaffirmé plus récemment : CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 338285, mentionné aux Tables du Recueil : *AJDA* 2011, p. 189, note R. G. ; *CMP* 2011, comm. n° 85, note G. Eckert.

[1774] CAA Nantes, 16 mars 2018, *Commune de Outistreham,* n° 16NT04075 : *JCP-A* 2018, n° 43, p. 14, concl. F.-X. Bréchot ; *CMP* 2018, comm. 100.

[1775] CAA Marseille, 27 décembre 2019, *Ville de Marseille,* n° 19MA01714 : *CMP* 2020, n° 3, comm. n° 88, note G. Eckert, confirmant : TA Marseille, 12 février 2019, *ville de Marseille,* n° 1709848, 1709963 et 1710044 : *CMP* 2019, comm. 112, note M. Ubaud-Bergeron ; *CMP* 2019, p. 64, obs. J.-M. Peyrical et P. Cailloce ; *JCP-A* 2019, p. 2281, obs. M.-C. Vincent-Legoux.

[1776] CAA Marseille, 27 décembre 2019, *Ville de Marseille,* n° 19MA01714 : *CMP* 2020, n° 3, comm. n° 88, note G. Eckert, confirmant : TA Marseille, 12 février 2019, *ville de Marseille,* n° 1709848, 1709963 et 1710044 : *CMP* 2019, comm. 112, note M. Ubaud-Bergeron ; *CMP* 2019, p. 64, obs. J.-M. Peyrical et P. Cailloce ; *JCP-A* 2019, p. 2281, obs. M.-C. Vincent-Legoux.

[1777] *Ibidem.*

cette façon, le juge exige que l'évaluation préalable ne soit pas une simple façade justificatrice pour les collectivités publiques souhaitant s'engager dans un projet de partenariat public-privé et démontre un degré important de vraisemblance. Toutefois, bien que remise en cause de manière indirecte, l'opportunité politique du choix effectué *in fine* par la collectivité n'est par ce biais pas directement contrôlée par le juge, qui maintient ainsi sa jurisprudence traditionnelle sur ce point[1778]. Ce contrôle juridictionnel n'obère en effet pas la concomitance d'un pouvoir discrétionnaire politique sur le choix du mode de gestion par la collectivité au-delà d'une évaluation préalable analytique et purement rationnelle. Simplement, l'assurance d'une évaluation rationnelle, véridique et complète clarifie d'autant l'usage de ce pouvoir politique.

Même les méthodes étrangères allant plus loin dans le contrôle citoyen sur la décision du choix du mode de gestion ne remettent jamais entièrement au juge le soin de prendre *in fine* la décision du choix du mode de gestion. Cependant, ces méthodes mettent souvent en place un plus grand accès à une révision de la décision politique, ce qui entraîne théoriquement une meilleure justification de ce choix. La légitimité de la société publique locale, dont les avantages pour certains paraissent à d'autres des inconvénients, ne profiterait-elle pas d'un tel surcroît de motivation ?

## B) Une opposabilité élargie de l'évaluation préalable et du choix de la SPL : les inspirations étrangères

Il ne suffit pas que les évaluations préalables comme les décisions de choix d'une société publique locale comme mode de gestion puissent être plus profondément scrutées, il convient encore qu'elles le soient plus largement et plus souvent pour améliorer la situation. Cela se confirme dans les faits. Répondant à la question du contrôle par les administrés de sa SPL, un dirigeant français estime que celui reste « à améliorer »[1779], tandis qu'un autre reconnaît qu'il n'y en a « aucun malheureusement »[1780]. Ces réponses ne sont pas les seules à souligner le caractère insuffisant de ce contrôle[1781]. Or, les expériences étrangères démontrent, elles, qu'un plus grand accès au contrôle sur ces décisions ne repose pas forcément uniquement que sur un accès facilité au juge, ou une plus grande transparence politique pouvant influencer le fonctionnement de la

---

[1778] CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893 *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289.

[1779] *Cf.* Annexe A, réponse A-10.

[1780] *Cf.* Annexe A, réponse A-2.

[1781] *Cf.* Annexe A, réponses A-7, A-8, A-14, A-17, A-18, A-24, A-25, A-27, A-38.

démocratie représentative. D'autres voies sont envisageables, qui permettraient de décharger le juge d'un contrôle trop politique tout en rapprochant les administrés de ces décisions.

Il serait premièrement envisageable de rendre obligatoire une deuxième décision de la collectivité locale lorsque celle-ci est demandée par un administré. Il s'agit là du système anglo-saxon de *compulsory internal review* ou *mandatory reconsideration*[1782], beaucoup utilisé en droits britannique[1783] et australien[1784]. L'idée d'une deuxième délibération par la même collectivité se retrouve plus ou moins en droit français dans les mécanismes du recours gracieux[1785] et du recours administratif préalable obligatoire (ou RAPO)[1786], mais s'en éloigne tout de même quelque peu de par l'importance accordée à et la procédure particulière de la deuxième décision. Au sens du droit administratif britannique, la *mandatory reconsideration* oblige en effet une autorité administrative à revoir l'une de ses décisions dans des conditions d'impartialité similaires à celles d'une juridiction[1787]. Or, après l'abandon de la mise en concurrence obligatoire des entités publiques (*Complusory Competitive Tendering*), le Royaume-Uni a rajouté cette voie d'appel spécifique pour les décisions des collectivités locales anglaises concernant leurs modes de gestion[1788]. Le *Localism Act 2011*[1789] prévoit spécifiquement que les particuliers et les entreprises peuvent formellement déposer des demandes de reconsidération en présentant des propositions alternatives de solutions d'une meilleure valeur que celles adoptées par les collectivités locales. Les collectivités locales doivent alors apporter une réponse selon une méthodologie très encadrée, qui doit se baser principalement sur l'idée de *best value* (meilleure valeur) du mode de gestion employé[1790]. Cette

---

1782 En traduction littérale : « révision interne obligatoire » et « reconsidération obligatoire », sous entendu d'une décision administrative. Le terme de révision s'applique à toute la procédure permettant cette révision, ce qui fait qu'en droit administratif français cette procédure correspond au recours administratif préalable obligatoire.

1783 Tout d'abord dans le champ des droits sociaux : *Housing Act 1996,* avant d'être étendu à une grande partie des décisions locales : *Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009,* sections 10-20 (obligation de répondre à une pétition d'administrés) ; *Localism Act 2011,* sections 81-86 (obligation de répondre de manière détaillée et selon une méthodologie nationale à toute manifestation d'intérêt concernant la provision — c'est-à-dire la gestion — d'un service public local). *Cf.* COWAN, Dave, DYMOND, Abi, HALLIDAY, *et al.*, « Reconsidering Mandatory Reconsideration », *Public Law* 2017, 215-234.

1784 Notamment dans l'Etat des Galles du Sud : *South Wales, Local Government Act 1999,* section 270 (reconsidération obligatoire de toutes les décisions locales).

1785 *Cf.* DOUENCE, Jean-Claude, « Collectivités territoriales : contrôle de la légalité », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif,* avril 2005, § 134-153. Le recours gracieux n'entraîne obligation de réponse, son seul avantage étant qu'il repousse la forclusion du délai contentieux.

1786 Conseil d'Etat, *Les recours administratifs préalables obligatoires,* Paris : La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'Etat », 2008, 236 p.

1787 CRAIG, Paul, *Administrative law, 7 ed.,* London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 812 et s.

1788 Cette procédure ne s'applique pas aux collectivités locales galloises, écossaises et nord-irlandaises.

1789 *Localism Act 2011,* sections 81-86 : voyez : LOWNDES, Vivien, PRATCHETT, Lawrence, « Local government under the coalition government : Austerity, localism and the big society », *Local Government Studies* 2012, n° 1, 21-40.

1790 *Localism Act 2011,* sections 83 (8) et (9) ainsi que les provisions réglementaires afférentes : UK, Department for Communities and Local Government, June 2012, *Community Right to Challenge : Statutory Guidance,* p. 19.

méthodologie démontre l'importance particulière qui peut être accordée à la justification et à la transparence des choix des modes de gestion des collectivités locales.

Ce même type de procédure, pour les mêmes questions de choix des modes de gestion, se rencontre aussi en droit étasunien, dans une moindre mesure puisqu'uniquement applicable au niveau des services fédéraux et non locaux ou étatiques. Dans ce mécanisme issu du *FAIR Act* de 1998[1791], les entités fédérales doivent publier tous les cinq ans un bilan de leurs activités délégables au privé, et en cas de non-délégations, justifier celle-ci pour chaque activité concernée. Cette justification est effectuée grâce à un travail de comparaison analytique, effectué par les administrations et précisé au niveau réglementaire : le test de l'organisation la plus efficiente — *Most Efficient Organization*[1792]. Cet effort de transparence permet ensuite aux particuliers et aux entreprises intéressées de requérir une deuxième décision sur le mode de gestion choisi, lorsqu'ils souhaitent proposer une alternative. L'autorité publique responsable doit alors rendre une deuxième décision apportant un surcroît de justification sur la non-délégation au secteur privé. Se retrouvent ici les composants d'une meilleure transparence grâce à une comparaison plus élaborée. Toutefois, les restrictions budgétaires ont récemment mis un frein à l'obligation d'organiser les analyses comparatives, le Congrès interdisant toutes dépenses fédérales consacrées à de telles études depuis 2009[1793]. Même si la qualité des justifications ne peut qu'en souffrir, la publication des activités non déléguées est encore en vigueur, et le processus de reconsidération l'est aussi. L'exemple étasunien est ainsi typique d'une plus grande contestabilité des décisions de choix d'un mode de gestion qui n'implique pas une plus grande rigueur analytique. Même sans études analytiques récurrentes, la justification des décisions est améliorée par ces obligations et ces possibilités de recours.

Ces deux exemples étrangers mettent en valeur la possibilité de contester plus largement les choix des collectivités locales d'engager un mode de gestion, et en particulier un mode de gestion public comme les sociétés publiques locales. Une telle possibilité ne doit pas être écartée sans réflexion, tant ces nouveaux objets que sont les SPL présentent de difficultés à l'analyse. Les rapports des chambres régionales des comptes, par exemple, paraissent dubitatifs sur les avantages et les inconvénients de ces outils, tandis que les retours d'expériences des sociétés publiques locales

---

1791 *Federal Activities Inventory Reform Act of 1998.* Voyez : US Congressional Research Service, *CRS Report for Congress : The Federal Activities Inventory Act and Circular A-76,* order code RL31024, updated April 6, 2007, 28 p.

1792 *Cf.* US President Executive Office, Office of Management and Budget (OMB), *circular n° A-76 (revised),* May 29, 2003, 63 p. Voyez : KHATTAB, Mohab Tarek, « Revised Circular A-76 : Embracing flawed methodologies », *Public Contract Law Journal* 2004, vol. 34, issue 3, p. 469-520.

1793 *Cf.* tous les *Omnibus Appropriations Acts* annuels depuis 2009 (restrictions sur les utilisations exécutives du budget fédéral). Voyez : LUFF, Connor G., « To deal or not to deal : Can Circular A-76 be made great again ? », *Public Contract Law Journal* 2018, vol. 47, issue 4, p. 561-580.

elles-mêmes démontrent l'absence de contrôle horizontal, par les administrés eux-mêmes[1794]. La mise en place d'une réglementation ouvrant plus largement la possibilité par les administrés de contester et d'obtenir des collectivités locales d'apporter un surcroît de justification à leurs choix sur les modes de gestion pourrait combler cette lacune démocratique importante sans augmenter démesurément les obligations pesant sur les collectivités[1795].

## Conclusion section 2 : Renforcer la contestabilité : une solution équilibrée

Hors du cas extrême de la mise en concurrence automatique, le choix d'une SPL comme mode de gestion pourrait néanmoins être amélioré par un biais plus doux : une contestabilité juridique renforcée. Ce concept se décline de diverses façons et sous plusieurs angles, le choix de la SPL pourrait bénéficier d'un surcroît de légitimité discursive, ou délibérative, sans diminuer de façon importante les libertés des collectivités locales actionnaires.

Le premier point d'accroche est celui de l'évaluation préalable, mécanisme déjà utilisé en droit français pour justifier de l'emploi des partenariats public-privé. Un tel mécanisme pourrait s'adapter sans beaucoup de difficultés à la SPL. Ses points faibles théoriques — sur la méthodologie employée pour la comparaison entre modes de gestion notamment — pourraient aussi être améliorés, même si obtenir une neutralité scientifique totale parait impossible dans ces domaines économiques, administratifs et aussi politiques.

Le deuxième point d'accroche d'une contestabilité renforcée consisterait à autoriser, ou exiger, un contrôle juridictionnel plus fort sur les rapports ou évaluations préalables au choix de la SPL comme mode de gestion. Pour les partenariats public-privé par exemple, le juge administratif s'est emparé d'un tel contrôle dans un sens très large, et exige que le recours à ces outils soit démontré à travers une évaluation préalable qui puisse faire l'objet d'une « appropriation

---

[1794] *Cf.* Annexe A, réponses A-2, A-7, A-8, A-10, A-14, A-17, A-18, A-24, A-25, A-27, A-38.

[1795] Cette possibilité et cette limitation doivent d'ailleurs être rapprochées du droit de pétition local prévu à l'article 72-1 de la Constitution depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui prévoit que la loi (ordinaire) « fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence ». Depuis lors, le Parlement n'a toujours pas fixé les règles législatives de ce moyen pourtant relativement sage de démocratie locale. Voy. : FOREY, Elsa, « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales », *RDP* 2005, n° 1, p. 151 et s. Et comp. avec le mécanisme local mis en place par la ville de Grenoble, annulé par le Tribunal administratif de Grenoble sur la base notamment de l'incompétence d'une collectivité locale pour mettre en place les règles d'un tel mécanisme, compétence réservée au législateur : TA Grenoble, 24 mai 2018, *Préfet de l'Isère,* n° 1701663 : *JCP-A* 2018, n° 26, p. 29-33, note P. Mozol ; *Dr. Adm.* 2018, n° 11, p. 27-31, note C. Morio.

intuitive »[1796] par un administré *lambda,* et d'une « interprétation critique »[1797] par un lecteur plus spécialisé. Cette exigence supplémentaire de lisibilité et de communicabilité se rapproche alors des conceptions politiques de Jürgen HABERMAS sur la démocratie communicationnelle, c'est-à-dire d'une démocratie qui s'améliore par un dialogue toujours plus précis, transparent et vrai[1798]. Elle participe aussi de l'exigence de lisibilité démocratique qui légitime les sociétés politiques contemporaines selon Pierre ROSANVALLON[1799].

Serait-ce néanmoins aller trop loin dans l'exigence de transparence et de neutralité qu'exiger que les modes de gestion soient remis en cause de manière récurrente, comme aux Etats-Unis, ou puissent l'être à tout moment par des sociétés ? Dans une conception française de la démocratie locale, et de l'autonomie organisationnelle des collectivités locales, et alors même que le droit de la concurrence et de la droit de la commande publique permet de contester les contrats existants à l'occasion de leur passation et de leur renouvellement, cela peut paraitre beaucoup. La SPL n'a sans doute pas vocation, en entraînant une réaction opposée à celle qui en a fondé la création, à aboutir à réduire aussi drastiquement les marges de manoeuvre des collectivités territoriales. La dialectique de la SPL entre le marché et l'Etat ne doit se comprendre comme une opposition manichéenne, mais bien plutôt comme un nuancier de couleurs, où l'absence et la saturation totale de couleur sont des situations bien trop extrêmes pour être aujourd'hui adoptées.

# Conclusion du chapitre 2 : Un choix politique entre liberté des collectivités et rationalité économique

L'irruption de la SPL, ce nouvel instrument de gestion hybride aux caractéristiques principalement privées, et au régime contractuel protégé, a pu relancer les critiques sur l'absence de mise en concurrence et de transparence des délégations d'activités publiques aux entités du secteur public. La solution d'une mise en concurrence pleine et entière des SPL, qui n'est pas impossible en pratique, représenterait une option politique et juridique allant à l'encontre de toute la philosophie ayant amené à la création de ces outils. Une voie médiane, plus facilement envisageable, semble

---

[1796] CAA Marseille, 27 décembre 2019, *Ville de Marseille,* n° 19MA01714 : *CMP* 2020, n° 3, comm. n° 88, note G. Eckert, confirmant : TA Marseille, 12 février 2019, *ville de Marseille,* n° 1709848, 1709963 et 1710044 : *CMP* 2019, comm. 112, note M. Ubaud-Bergeron ; *CMP* 2019, p. 64, obs. J.-M. Peyrical et P. Cailloce ; *JCP-A* 2019, p. 2281, obs. M.-C. Vincent-Legoux.

[1797] *Ibidem.*

[1798] HABERMAS, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel,* 2 tomes, Paris : Fayard, 1987.

[1799] ROSANVALLON, Pierre, *Le bon gouvernement,* Paris : Points, 2015, p. 215.

beaucoup plus adaptée à l'amélioration concrète et effective du choix des SPL comme mode de gestion.

Si elle devait être néanmoins envisagée, il est sûr que la mise en concurrence entière des SPL amènerait à des paradoxales où des collectivités locales, ayant pu commencer la création, ou disposant déjà de participations dans une société publique locale, refuseraient *in fine* d'y avoir recours au bénéfice d'une entreprise concurrente — entrainant ainsi des diminutions du chiffre d'affaires d'une société dont elle sont par définition actionnaires. Plus juridiquement problématiques, comment le principe d'impartialité de la commande publique devrait-il s'adapter dans le cas d'une SPL participation à l'appel d'offre d'un de ses actionnaires ? La question n'est ici pas que théorique, puisque les SPL peuvent être concrètement mises en concurrence. Une interprétation large du principe reviendrait à accorder plus d'indépendance à un outil qui n'a évidemment pas vocation à en bénéficier. La vision du juge administratif français, plus restrictive, permet d'envisager une telle possibilité sans exiger de modifications trop substantielles au fonctionnement des SPL.

La voie de la mise en concurrence obligatoire, empruntée dans d'autres pays, n'aboutit néanmoins pas à une conclusion univoque sur l'utilité d'une telle réglementation en termes de gestion publique. La théorie elle-même soutenant cette voie n'est pas exempte de critiques, s'appuyant sur une vision par trop mathématisée et économique de la réalité administrative et sociale de la gestion des services publics locaux. Mais, si une entière objectivité scientifique sur le choix de la SPL représente pour l'instant un horizon encore hors de portée, des mécanismes de transparence et de lisibilité pourraient être discutés dans l'objectif d'améliorer de manière concrète et limitée quant aux conséquences sur la liberté des collectivités locales, le choix d'une SPL comme mode de gestion. Une contestabilité juridique renforcée des évaluations préalables de comparaison des modes de gestion pourrait notamment constituer une telle piste de compromis, et apporter à la SPL une légitimité dont elle pourrait s'enorgueillir.

# Conclusion du titre 1 : D'une procédure a-concurrentielle à des mécanismes de choix pro-concurrentiels

La procédure de choix de la SPL comme mode de gestion apparait à première vue très résistante aux considérations pro-concurrentielles. Les principes constitutionnels de libre administration des collectivités locales, légaux de libre choix du mode de gestion et de choix de la SPL, et la méthode restreinte d'interprétation du juge administratif sur ces libertés, assurent aux collectivités locales une grande marge de manoeuvre sur cette décision. Les voix s'élevant pour demander l'amélioration ce choix ne doivent néanmoins pas être ignorées. Et si un basculement dans des procédures entièrement concurrentielles est à écarter, l'intégration de certains mécanismes, très indirectement pro-concurrentiels au sens large d'amélioration de la comparabilité, peut être envisagée dans le respect des principes constitutionnels et légaux évoqués.

Les obligations de justification du choix d'une société publique locale comme mode de gestion paraissent actuellement relativement faibles. Elles sont principalement procédurales et peuvent ainsi reposer sur des considérations uniquement idéologiques et non forcément entièrement logiques, sans que le juge se reconnaisse le droit d'en contrôler en profondeur les motivations. Les nouvelles procédures ajoutées à la décision — notamment la consultation démocratique de représentants d'usagers ou d'administrés — n'améliorent pas plus cette situation, étant donné leurs faibles exigences en droit actuel. Ces procédures témoignent de la liberté que possède l'autorité délibérante de la collectivité publique locale pour prendre des décisions dans l'organisation de ses propres activités. Elles démontrent l'autonomie organisationnelle des collectivités territoriales, défendue par la Constitution, la loi et le juge administratif. Elles se traduisent par un contrôle limité des juridictions sur le choix d'une société publique locale comme mode de gestion. Le choix de la SPL comme mode de gestion a cependant plus de possibilités d'évolution que ne semble l'indiquer à première vue ce constat.

Le principe de libre-choix des collectivités dans l'organisation publique locale, reconnu de longue date par le juge administratif, a été certes renforcé par le juge, puis par le droit européen par le biais des quasi-régies. Cela ne signifie cependant pas que cette liberté n'a pas de limites, ni qu'elle manque de perspectives d'évolution. A côté du principe d'autonomie de l'organisation apparaissent d'autres principes, encourageant la concurrence, symptômes d'une introduction de plus en plus importante des techniques de gouvernance néo-libérale dans le droit des collectivités

locales[1800], que la société publique locale incarne[1801], tout en jouant avec les objectifs d'une telle politique[1802]. Le juge français pourrait alors aisément, dans cet espace normatif conflictuel, s'assurer une place plus importante dans le contrôle des motifs justifiant le choix d'un mode de gestion par le biais du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par exemple. Bien sûr, le danger existe qu'un contrôle jurisprudentiel approfondi sur le choix d'une société publique locale comme mode de gestion reflète par trop les différentes valeurs subjectives attribuées par les juges aux différents modes de gestion. A cette objection répond alors l'exigence de meilleures objectivisation et justification de ce choix, solution idéale et politique à toutes ces questions. Mais celle-ci ne peut aboutir qu'au prix d'une amélioration des connaissances scientifiques des différents modes de gestion disponibles, qu'il convient encore de mener.

Toute comparaison des SPL aux autres modes de gestion nécessite ainsi, dans une étape préalable et nécessaire, de s'assurer du régime juridique exacte de celle-ci, dans ses rapprochements et ses différences avec les autres modes de gestion. Or, l'étude de la société publique locale démontre qu'une telle analyse approfondie et critique n'a pas encore été entièrement réalisée. Il convient donc d'y remédier.

---

[1800] KUHLMANN, Sabine, FEDELE, Paolo, « New public management in continental Europe : Local government modernization in Germany, France and Italy from a comparative perspective », *in* WOLLMANN, Hellmut, MARCOU, Gérard (ed.), *The provision of public service in Europe : Between state, local government and market,* London : E. Elgar, 2010, p. 49-74.

[1801] Voyez par ex. : BOTTINI, Fabien, « L'impact du *New Public Management* sur la réforme territoriale », *RFDA* 2015, p. 717, qui lie directement SPL et le *new public management.* La remunicipalisation des services publics locaux, sous forme d'entreprises publiques locales et non plus de régie a aussi été soulignée dans toute l'Europe : ANDREWS, Rhys, FERRY, Laurence, et al., « Corporatization in the Public Sector : Explaining the Growth of Local Government Companies », *Public Administration Review* 2019, 22 avril, en ligne, DOI : 10.1111/puar.13052, accès : [https://doi.org/10.1111/puar.13052] ; ainsi que : VOORN, Bart, VAN GENUGTEN, Marieke, VAN THIEL, Sandra, « Re-interpreting re-municipalization: finding equilibrium », *Journal of Economic Policy Reform* 2020, disponible en ligne : [DOI: 10.1080/17487870.2019.1701455].

[1802] Gérard MARCOU parmi de nombreux autres commentateurs, considère ainsi que la SPL est l'inverse de l'augmentation de la concurrence, la rétention d'une gestion publique locale hors marché, à l'opposé des recommandations du *new public management.* MARCOU, Gérard, « Local government service in France : Diversification of management patterns and decentralization reforms », *in* WOLLMANN, Hellmut, KOPRIC, Ivan, MARCOU, Gérard (ed.), *Public and Social Services in Europe,* London : Palgrave McMillan, 2016, p. 67. En réalité, il faut remarquer que le *new public management,* largement influencé par le néo-libéralisme, a comme lui tendance en tant que doctrine à absorber les alternatives par sa polymorphie conceptuelle : CRESPY, Amandine, « Néolibéralisme », *in* HAY, Colin *et al., Dictionnaire d'économie politique,* Paris : Presses de Sciences Po 2018, p. 340-352.

# Titre 2 : Une transformation formelle du régime de la délégation d'activités

L'exigence finaliste de la théorie de la quasi-régie, qui engendre tout d'abord des conséquences organiques, comme l'exclusion des actionnaires privés et un lien de contrôle analogue, engendre aussi des conséquences matérielles sur la forme nécessaire de ce lien. Le *vinculum juris* qui doit, selon le droit européen, unir et rassembler collectivité locale confiant une activité et société publique locale prenant en charge cette activité, n'est toutefois précisément défini ni par les textes, ni par la jurisprudence. Les textes paraissent même — sans doute maladroitement — à la fois inclure et exclure la nature contractuelle de cette relation. Or, les conséquences de l'adoption, notamment, d'une forme unilatérale ou contractuelle de ce lien juridique sont, en droit français, encore lourdes.

Bien que la frontière entre les deux catégories se fait de plus en plus difficilement, une dichotomie fondamentale s'opère en droit français entre le régime de l'acte unilatéral et ce lui de l'acte contractuel. La lecture du manuel de Benoît PLESSIX confirme que « *le régime juridique applicable varie profondément d'une catégorie d'actes à l'autre ; et il n'est pas jusqu'au contentieux qui ne soit affecté par une telle distinction, le contentieux administratif français étant précisément structuré autour d'une opposition entre celui de 'l'excès de pouvoir', réservé à la contestation des actes unilatéraux, et celui de 'pleine juridiction', qui accueille notamment le contentieux contractuel* »[1803]. De plus, le juge administratif adopte sur ce point une interprétation très finaliste, qui rejette les qualifications réglementaires *a priori* des acteurs, pour reconnaître sous des actes qualifiés de contractuels des actes aux caractéristiques et aux conséquences unilatérales, et vice-versa. Ce qui signifie qu'un « contrat » entre une SPL et une collectivité actionnaire, s'il n'en présentait aucune caractéristique matérielle ou fonctionnelle pour le juge administratif, pourrait se voir aisément requalifier. Les labels des acteurs ne peuvent donc être d'aucun secours ici. Un régime légal ou une qualification jurisprudentielle sont ici nécessaires.

Et étant donné la nécessité de la recherche d'un contrôle fort des collectivités locales sur leurs entités souhaitant être reconnues comme quasi-régies, mais aussi les conséquences de ce contrôle analogue, et enfin l'assimilation à une régie à l'intérieur d'une même personne morale, il paraît naturel de se demander si le mécanisme de l'acte unilatéral ne serait pas le plus adapté pour garantir une relation entre collectivité locale actionnaire et SPL. L'acte unilatéral présente en effet la

---

[1803] PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 1008.

possibilité d'être modifié à tout moment, de manière unilatérale, et sans renégociation, ce que les collectivités semblent rechercher dans leurs SPL[1804].

Certes, l'apparition d'une certaine liberté de choix des collectivités publiques entre les deux techniques a pu être soulignée récemment[1805]. Mais celle-ci reste en pratique encadrée dans les limites des textes légaux qui souvent interdisent l'acte contractuel dans certaines situations, ou obligent à passer par celui-ci. Or, les lacunes textuelles et les imprécisions autour du régime de la SPL, ainsi que les nombreuses analyses doctrinales écartant le procédé unilatéral font hésiter quant à la question de savoir si une interdiction n'existerait pas dans l'utilisation de ce dernier pour confier une mission à une SPL. La question se pose de savoir si le lien juridique, pour la SPL, est limité au cadre contractuel, ou bien si le procédé unilatéral est aussi envisageable. Les textes légaux européens et français semblent en effet pencher, dans leur formulation et leur philosophie, pour une relation contractuelle. Mais celle-ci est-elle obligatoire ? Ce point est d'autant plus important, qu'un certain unilatéralisme semble ressortir des pratiques des acteurs[1806].

Comment, cependant, réaliser l'étude de ce lien ? Celle-ci peut se faire selon deux méthodologies différentes : une étude par déduction, plus théorique, ou une étude par induction, plus pratique. La première méthode est celle utilisée par Elise MOURIESSE dans sa thèse[1807]. Elle l'amène, après comparaison puis exclusion théorique de la plupart des formes de liens connues en droit français, à l'identification d'un nouveau type de contrat pour les quasi-régies, ne possédant pas toutes les caractéristiques juridiques du contrat. L'autre voie méthodologique pour identifier ce lien nous paraît plus productive de sens critique. En partant du régime juridique en place, des indices qu'il donne à voir, puis en les confrontant aux théories développées sur le point des relations de quasi-régie, ainsi qu'aux pratiques existantes (démontrées notamment à travers une enquête qualitative[1808]), nous tentons de définir la forme du lien de quasi-régie concrètement utilisé entre sociétés publiques locales et collectivités territoriales. Cette méthode amène à une conclusion mesurée : malgré la possibilité théorique d'une habilitation unilatérale de la SPL, les principaux indices à disposition pointent vers une contractualisation en pratique généralisée (chapitre 1).

---

[1804] Voyez par exemple, la réponse au questionnaire n° A-32, en annexe : « il n'y a pas de réelle négociation avec la SPL. Le premier contrat a été rédigé en parallèle de la création de la société, il n'y a donc pas eu d'échanges entre la SPL [et l'actionnaire]. Nous travaillons actuellement sur d'autres contrats : dans un premier temps nous définissons les termes au sein de [l'actionnaire], il sera [sic] ensuite soumis à la SPL. Mais la marge de manoeuvre de la SPL est très réduite ».

[1805] Voyez notamment : Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, *loi relative au secteur de l'énergie : RDP* 2007, p. 845, note P.-Y. Gadhoun ; ainsi que : MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 808 p.

[1806] *Cf.* réponse au questionnaire n° A-32, précitée.

[1807] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Bruylant, 2017, p. 270 et s.

[1808] Voyez : annexe A.

Or, l'une des conséquences de cette tendance contractuelle est la reconnaissance à la SPL d'une autonomie de négociation, d'une volonté clairement distincte de celle de ses actionnaires-employeurs. Cela est particulièrement paradoxal pour un outil de quasi-régie devant être contrôlé institutionnellement de manière analogue à des services internes. Cette autonomisation qui se dégage de la SPL par la contractualisation, permet une négociation contractuelle entre des intérêts matériels théoriquement divergents. Et comme le démontre parfaitement Jean-Pierre GAUDIN, la contractualisation n'est pas une technique anodine, elle entraîne l'organisation une nécessaire négociation entre les acteurs, même dans des domaines où elle n'existait jusque-là[1809]. A l'inverse de la dynamique de contractualisation comme technique post-moderne d'amélioration des coopérations d'intérêts entre différents acteurs[1810], le contrat de SPL représente alors, par opposition à la possibilité de l'unilatéralité, l'instauration d'une liberté contractuelle de la SPL qui représente une marge de compétition entre des acteurs jusque-là proches. Le phénomène pour les SPL souligne l'infiltration généralisée des objectifs de concurrence — entendus de façon très large —, par la compétition entre contractants qui s'installe dans ce cadre au départ extra-concurrentiel[1811]. La contractualisation entraîne de plus tout un cadre juridique qui restreint les relations possibles beaucoup plus que ce que le terme de prestations intégrées laisserait supposer. Les conséquences de la contractualisation sont donc doubles : à la fois divergence des intérêts, et encadrement plus formalisé des relations possibles (chapitre 2).

---

[1809] GAUDIN, Jean-Pierre, *Gouverner par contrat, 2e éd.,* Paris : Sciences Po, 2007, p. 129.

[1810] CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2017, p. 175.

[1811] « Extra », au sens latin original : « hors de » (*Dictionnaire Gaffiot*, 1934, p. 643).

# Chapitre 1 : Le rejet pratique d'une relation unilatérale théoriquement logique

La création de la société publique locale selon la loi du 28 mai 2010 en droit français ne suffit pas à entraîner automatiquement l'application de l'exception européenne de quasi-régie. Comme le rappelle clairement Sophie NICINSKI : « une confusion doit absolument être évitée : la loi du 28 mai 2010 ne crée pas des opérateurs *in house* en tout état de cause, elle crée des opérateurs susceptibles, moyennant certaines précautions, d'entrer dans la catégorie des opérateurs *in house* »[1812]. L'application de cette exception pour les SPL doit non seulement se démontrer de façon institutionnelle, mais aussi et surtout de façon matérielle à travers le contrôle et les activités mises en oeuvre par la société ainsi créée[1813]. Formellement, un acte translatif d'activité paraît ainsi nécessaire pour vérifier la conformité de la relation de quasi-régie.

Cependant, la forme de celui-ci n'est pas précisée ni en droit français ni en droit européen. Pour le droit administratif français classiques, deux voies principales s'ouvrent à la société publique locale : soit l'activité lui est transférée de façon unilatérale, soit elle lui est transférée à travers un acte synallagmatique, empruntant aux volontés des deux parties, SPL et collectivité territoriale. Pour Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Martine LONG, la situation est en effet claire : l'acte habilitant une personne privée à exercer un service public est « soit de nature unilatérale, soit de nature contractuelle »[1814]. Certes, comme Philippe COSSALTER le note dans sa thèse à propos des délégations d'activités publiques, dans tous les cas, « la nature contractuelle ou unilatérale de l'*instrumentum* » n'est pas « déterminante »[1815] pour expliquer les fondements des liens de translation qui peuvent se nouer. Toutefois, en droit français, le régime juridique découlant de l'un ou de l'autre acte en est en lui-même très différent[1816], et il est donc important de s'y pencher pour savoir si la SPL peut emprunter l'une ou l'autre voie. Pour décrire les liens de quasi-régie des SPL,

---

[1812] NICINSKI, Sophie, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p. 1759.

[1813] LINOTTE, Didier, « Les sociétés publiques locales comme outil de non mise en concurrence », *RFDA*, 2013, p. 1133.

**[1814]** GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public, 4e éd.,* Paris : Montchrestien, 2016, p. 619.

[1815] COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2007, p. 353 et s.

[1816] MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 808 p. ; voyez aussi les nombreux travaux sur la contractualisation de l'acte administrative, et entre autres : DE LAUBADERE, André, « Administration et contrat », *in Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye,* Bordeaux : éd. Bière, 1968, p. 453 ; CAILLOSSE, Jacques, « Sur la progression en cours des techniques conventionnelles d'administration », *in* CADIET, Loïc (dir.), *Le droit contemporain des contrats,* Paris : Economica, 1987, p. 89-124 ; HEQUARD-THERON, Maryvonne, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA* 1993, p. 451.

les interprétations doctrinales paraissent relativement hésitantes. Si la comparaison avec les règles de la régie et de l'établissement public est évidente, ceux-ci reçoivent normalement leurs activités dans un cadre unilatéral. Les SPL peuvent-elles profiter d'un tel cadre, très sécurisant par rapport à l'objectif d'assurer les conditions matérielles du contrôle de quasi-régie? L'analyse juridique démontre une telle possibilité (section 1). Néanmoins, ce n'est certes pas la voie pratique utilisée par les SPL, démontrant ainsi la confluence de la dynamique de contractualisation et de la SPL dans la gestion publique locale moderne (section 2).

# Section 1 - Une forme unilatérale logiquement préférable

Comme le remarquent Thomas ROUVEYRAN et Nathalie RICCI[1817] aucun texte ni jurisprudence n'indique clairement que l'acte de translation d'activités au profit de la SPL doive emprunter une forme plutôt qu'une autre. La circulaire du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales, censée borner le fonctionnement pratique des SPL, n'évoque, elle non plus, à aucun moment la nécessité de passer un contrat entre collectivités locale et SPL[1818]. Confrontée à l'idée de quasi-régie, c'est-à-dire d'un contrôle quasiment complet sur la société publique locale, ne paraîtrait-il pas logique que le lien entre ces personnes prenne une forme unilatérale ? La logique intrinsèque du lien de quasi-régie permet de souligner la porosité des classifications théoriques actuelles entre contractualisme et unilatéralisme. La collectivité confiant une activité à une SPL paraît en effet en théorie pouvoir avoir recours non seulement au contrat mais aussi à l'acte unilatéral (I). L'étude du droit positif ne s'y oppose pas non plus formellement (II).

---

[1817] ROUVEYRAN, Thomas, RICCI, Nathalie, « Les contrats passés par les SPL », *Contrats publics* 2017, n° 131, p. 46.

[1818] Circulaire du Ministère de l'Intérieur, n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

# I) La compatibilité théorique du lien de quasi-régie des SPL et de l'acte unilatéral

Si l'on suit la logique de contrôle de la quasi-régie et la logique classique du droit administratif français, la forme contractuelle ne semble pas *a priori* la plus indiquée pour répondre à ce nouveau type de relations, la forme unilatérale paraissant la plus indiquée pour confier une activité à une SPL. Pourtant, les études sur la SPL font trop souvent la part belle à la contractualisation, sans prendre en considération la possibilité de la voie unilatérale, pourtant théoriquement plus logique (A). De plus, une telle restriction ne cadre pas avec la relativisation actuelle de l'acte unilatéral par rapport au contrat, dont il est d'ailleurs possible de se demander si la SPL ne joue pas comme un nouvel indice de cette dynamique (B).

## A) Des restrictions théoriques peu logiques

Etrangement, la question pourtant centrale du lien juridique de translation des activités dans la théorie européenne de la quasi-régie est rarement développée par les commentateurs. Un rapport sénatorial français de 2007 portant sur la modification du cadre européen des recours contractuels dans la commande publique regrettait pourtant l'absence de définition des « opérations internes » que sont les délégations d'activité à des quasi-régies[1819]. Il aurait pu inviter à plus de réflexions théoriques sur la question, cela n'a pas toujours été le cas[1820]. La proximité de la situation de quasi-régie des SPL et de celle des régies invite à une telle réflexion (1), malgré que la Doctrine semble implicitement ignorer une telle possibilité (2).

### *1) Le rapprochement entre la situation des SPL de quasi-régie et des régies*

Pourtant, le rapprochement entre la situation juridique des établissements publics locaux et des sociétés publiques locales est de ce point de vue éclairant. Les deux répondent en effet, lorsque les conditions de contrôle analogue et d'exclusivité des activités sont remplies, à la définition de

---

[1819] Sénat (2007), Délégation pour l'Union européenne, *Recours en matière de passation de marchés publics, Texte E 3144 - COM (2006) 195 final, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 adopté par la délégation dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, 2 mars 2007.

[1820] Voy. par ex. : DURAND, Guy, « Services publics locaux : autres sociétés locales », folio n° 6240, *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz*, actualisation avril 2017, qui n'aborde pas la question.

quasi-régie. Les points communs sur leur fonctionnement ne manquent pas non plus. Les collectivités territoriales définissent les statuts de SPL dans une mesure assez comparable avec la définition des statuts de leurs établissements publics[1821]. Le contrôle organique, s'il n'est pas de même nature (droit public d'un côté, droit privé de l'autre), peut être considéré comme de même degré puisque les deux sont des quasi-régies, d'autant plus que les contrôles organiques des SPL démontrent certaines caractéristiques qui les excluent du droit commun. Par rapport aux établissements publics, seule manque aux SPL la nature de droit public, manteau *d'imperium* qui protège les intérêts et renforce les établissements publics dans leurs compétences[1822]. Néanmoins, cette distinction des formes des entités empêche-t-elle un rapprochement théorique vis-à-vis des relations que ces entités peuvent entretenir avec les collectivités territoriales actionnaires et fondatrices? La condition de contrôle analogue et d'entité dédiée de la SPL ne peut que renforcer l'idée d'une proximité relationnelle très forte entre SPL et collectivités territoriales, à l'image de l'établissement public local. Or, les relations entre établissements publics locaux et collectivités fondatrices sont fondées sur l'unilatéralisme[1823]. Et la nature de droit privé de la société publique locale peut difficilement s'opposer à l'unilatéralisme d'une délégation puisque les personnes privées ne sont pas exclues de ce procédé[1824]. Rapprochée de cette notion proche qu'est l'établissement public, et guidée par la possibilité de délégation unilatérale à des personnes privées, la SPL apparaît donc comme destinée à se voir appliquer plutôt un régime unilatéral de relations avec ses collectivités actionnaires.

Certains auteurs évoquent de façon implicite la possibilité de l'unilatéralité par rapprochement avec les établissements publics. Laurent RICHER, et François LICHERE, soulignent que, pour la SPL, lorsque les « conditions sont satisfaites, tout se passe comme si la prestation était fournie en régie »[1825]. Or, les établissements publics et les régies reçoivent, eux, leurs obligations de prestations sous la forme d'actes unilatéraux[1826]. Sophie NICINSKI semble, elle aussi, envisager de façon cursive la possibilité unilatérale car, en parlant de la quasi-régie, elle prend la précaution

---

1821 Voyez : PLESSIX, Benoît, « Etablissements publics : statut, structures », fascicule 136, *JurisClasseur Administratif LexisNexis,* mise à jour 1er juillet 2014, § 50 et s.

1822 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.

1823 DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : dévolution unilatérale », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* folio n° 6160, mise-à-jour janv. 2009, §33 et s.

1824 Voyez par ex. : BRENET, François, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p. 14345 ; TABOUIS, Antoine, HOURCABIE, Aymeric, « Délégations de service public : Notion et régimes juridiques de la délégation unilatérale de service public », *CMP* 2005, n° 6, étude n° 13.

1825 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 389.

1826 DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : dévolution unilatérale », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* folio n° 6160, mise-à-jour janv. 2009, §33 et s.

d'indiquer que « *même si* un contrat est conclu, l'étroitesse des liens entre les deux entités peut conduire à faire abstraction des règles de la commande publique »[1827]. La formulation sous-entend que d'autres moyens que contractuels sont envisageables. Sébastien BRAMERET, dans sa thèse, tient à souligner, à propos de la jurisprudence sur les quasi-régie « l'inutilité du lien contractuel »[1828] qu'elle implique entre collectivité territoriale et SEML. Le raisonnement ne peut-être qu'autant plus logique pour les SPL.

Enfin, Elise MOURIESSE, dont l'étude ne se limite cependant pas à la société publique locale mais à toute les situations de quasi-régies, procédant par élimination, estime quant à elle que le lien de quasi-régie est une « notion de nature contractuelle »[1829]. D'après elle, ce lien correspondrait aux critères matériels classiques du contrat. Cependant, ce contrat serait en même temps impossible à catégoriser parmi les formes existantes de contrats connus[1830], car il ne correspond pas aux catégorisations traditionnelles, puisque les obligations contractuelles ainsi fixées ne seraient pas réellement synallagmatiques[1831]. Un tel acte se rapproche alors beaucoup, sur le fond, d'un acte unilatéral. Pourquoi ne pas envisager la possibilité d'un lien unilatéral pour les SPL en situation de quasi-régie ? Celui-ci est-il impossible ? Il semble qu'il s'agisse plus souvent d'une préférence implicite pour la doctrine que d'une analyse stricte du droit positif.

### *2) Une préférence contractuelle implicite de la doctrine*

Parmi le peu nombreux auteurs qui évoquent la relation entre collectivité locale et SPL, très peu d'auteurs considèrent que le lien unilatéral peut être utilement utilisé pour les sociétés publiques locales.

Même lorsque le lien est évoqué pour en discuter le flou et l'imprécision juridique qui s'y rapporte, il est implicitement limité aux contrats. Ainsi, François LLORENS et Hélène HOEPFFNER notent en 2018, que le « statut [des] contrats [de quasi-régie] reste largement à définir »[1832], car ni le législateur ni le juge n'ont prévu de régime particulier pour les contrats de SPL. Si aucun régime

---

[1827] NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires, 5e éd.,* Paris : Montchrestien, 2016, p. 575. C'est nous qui soulignons.

[1828] BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 308.

[1829] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, p. 275

[1830] *Ibidem*, p. 327

[1831] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, p. 270.

[1832] HOEPFFNER, Hélène, LLORENS, François, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP* 2018, n° 4, p. 1-2.

particulier n'est prévu, pourquoi en exclure automatiquement l'action unilatérale? L'inverse serait plutôt logique.

Les juristes de droit administratif restent néanmoins plutôt ancrés dans l'idée d'un contrat de SPL avec les collectivités. Jean-François BIZET, dans son ouvrage sur les entreprises publiques locales — qui inclue donc aussi les sociétés d'économie mixte — ne décrit, lui, que des « modes contractuels »[1833]. Cela peut paraître un peu court.

Une autre idée est avancée explicitement, par une minorité d'auteurs : que ces relations devraient prendre obligatoirement la forme du mandat, car seul les caractéristiques d'un mandat en droit administratif correspondrait aux conditions du contrôle analogue. C'est l'idée que défendent notamment Alain-Serge MESCHERIAKOFF[1834], et aussi Carmelo ROSITANO[1835]. Cette identification à partir des caractéristiques du mandat n'emporte toutefois pas la conviction sur la forme de la relation. Pourquoi celle-ci serait-elle limitée à la forme contractuelle? Le choix entre le contrat et l'acte unilatéral, lorsqu'aucune obligation n'est prévue, apparaît de plus en plus comme une liberté en construction des collectivités publiques, selon Martin MORALES[1836].

Néanmoins, Pierre DELVOLVE, dans l'une des premières réflexions sur la question de la quasi-régie, estiment que ce sont bien des « conventions de délégation de service public et marchés publics [qui] peuvent être attribués aux sociétés publiques locales »[1837], puisque seule la mise en concurrence disparaît, mais non pas le régime juridique juridique général de la commande publique. Cette idée est la plus valable, mais il convient de l'explorer plus en détail pour vérifier sa véracité dans les textes qui apparaissent à première vue, très indécis sur la question de la forme[1838].

C'est l'analyse de Didier LINOTTE qui nous paraît la plus convaincante. Hésitant entre acte unilatéral et acte contractuel dans l'attribution de missions à la SPL, il considère qu'« envisager les deux hypothèses est possible ». En effet, si le droit positif n'interdit pas l'acte unilatéral, et si la logique même des SPL semble l'encourager, cela ne signifie pas que la possibilité contractuelle

---

[1833] BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales : SEML, SPLA, SPL, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 174.

[1834] MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « Les contrats entre les collectivités territoriales et leurs sociétés publiques locales », *in* MEUNIER, Patrick *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 207 et s. Selon cette étude, « par définition » seule la situation de mandataire permettrait à la SPL de présenter les caractéristiques d'un contrôle analogue, ce qui ne nous semble plus être l'état du droit positif aujourd'hui.

[1835] ROSITANO, Carmelo, « Le contrôle analogue exercé sur les sociétés publiques locales (SPL) : une analyse critique de l'alinéa 3 de l'article L. 1531-1 du CGCT », *JCP-A* 2014, n° 24, étude n° 2187.

[1836] MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 808 p.

[1837] DELVOLVE, Pierre, « Les sociétés publiques locales : présentation », *RFDA* 2012, p. 1069.

[1838] *Cf. infra,* et HOEPFFNER, Hélène, LLORENS, François, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP* 2018, n° 4, p. 1-2.

doive être dans tous les cas écartée[1839]. Cette position nous semble la plus équilibrée et la plus adaptée, et d'ailleurs conforme aux récents et plus anciens travaux portant sur la liberté des personnes publiques quant au choix entre la voie unilatérale et contractuelle[1840]. Il est regrettable qu'elle ne soit pas plus approfondie dans la théorie des SPL, et comme laissée de côté par le droit positif et par la pratique, qui apparaissent quant à eux pencher uniquement du côté contractuel.

Pourtant, la frontière entre unilatéralisme et contractualisme est de plus en plus reconnue comme particulièrement poreuse, notamment pour les actes confiant des activités publiques. L'irruption de la SPL dans le champ de la gestion publique locale ne serait-elle pas l'occasion d'affirmer soit une liberté de choix entre les deux formes, soit la péremption de l'utilité de cette distinction en ce qui concernerait ces entités.

## B) La société publique locale : outil de relativisation de la distinction entre acte unilatéral et du contrat

En droit administratif français, les controverses sont nombreuses et anciennes sur la distinction et le rapprochement de l'acte administratif unilatéral et du contrat administratif[1841]. Même en droit privé, ce qui est souvent ignoré, de tels doutes secouent aussi la doctrine. La création de la société publique ne peut que brouiller encore quelque peu les catégories et poser la question de l'utilité de maintenir une telle distinction. Or, si le régime juridique des liens entre les collectivités locales et les SPL n'est pas précisé, ne faut-il pas imaginer que des liens de droit privé seraient aussi possibles ? Or, même en droit privé, la relation unilatérale n'est pas théoriquement impensable (1). En droit public, la question est encore plus clairement répondue (2).

### *1) Une possibilité théorique d'unilatéralisme en droit privé*

La société publique locale, dont le régime précis n'est pas fixé, ne pourrait-elle être récipiendaire d'un lien de droit privé par la collectivité locale actionnaire ? Si le lien de quasi-régie

---

[1839] RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 389.

[1840] MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 808 p. ; voyez aussi les nombreux travaux sur la contractualisation de l'acte administrative, et entre autres : DE LAUBADERE, André, « Administration et contrat », *in Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye,* Bordeaux : éd. Bière, 1968, p. 453 ; CAILLOSSE, Jacques, « Sur la progression en cours des techniques conventionnelles d'administration », *in* CADIET, Loïc (dir.), *Le droit contemporain des contrats,* Paris : Economica, 1987, p. 89-124 ; HEQUARD-THERON, Maryvonne, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA* 1993, p. 451.

[1841] PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 1143 et s.

confiant à la SPL des activités était entièrement exclu du Code de la commande publique, cela serait possible. Or, la situation précise de ces liens n'est pas entièrement claire[1842], même si elle penche largement, au vu des indices matériels et textuels, du côté du droit public. Il n'empêche que, même de droit privé, de tels liens pourraient relever d'un régime proche de l'unilatéralité, car même le droit privé connaît un affaiblissement de la distinction entre les deux formes. La SPL s'insère alors parfaitement comme un indice de plus dans cette dynamique où le contrat est de plus en plus remplacé par l'idée plus générale d'obligation[1843].

Cette confusion est de plus entretenue par l'affaiblissement de la distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé, qui semble perdre de sa force, depuis de nombreuses années[1844]. Cela vaut particulièrement pour les contrats de droit privé des personnes publiques, notamment lorsque la doctrine réunit contrats de droit privé et contrats de droit public de l'Administration sous le qualificatif général de contrats publics[1845], et cherche à en construire une théorie explicative[1846]. Il faut dire que l'avènement d'un droit d'abord européen puis français de la commande publique facilite le rapprochement et la confusion de ces deux types de contrats[1847]. C'est tout d'abord l'utilisation du contrat en droit administratif de manière générale qui pose question. Faut-il y voir l'intrusion du droit public dans le droit privé des contrats ou bien la soumission du droit public au droit des contrats ? Les opinions doctrinales divergent largement sur la question[1848]. Mais la solution est sans doute celle d'une construction historique du contrat sous l'influence à la fois de l'un et de l'autre droit[1849], et de régimes différenciés et gradués selon les

---

1842 *Cf. infra,* et HOEPFFNER, Hélène, LLORENS, François, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP* 2018, n° 4, p. 1-2.

1843 PICOD, Yves, « Obligations », *Répertoire de droit civil Dalloz,* mise à jour juin 2017, § 19-32.

1844 SEUBE, Jean-Baptiste, « Contrats privés — contrats administratifs : points de convergence ? », *in* GUIBAL, Michel, *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Guibal,* Montpellier : éd. facultaires, 2006, t. I, p. 367 et s. ; DREIFUSS, Muriel, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », *AJDA* 2002, p. 1373 et s. ; WALINE, Jean, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *in* GHESTIN, Jacques, *Le contrat au début du XXème siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin,* Paris : LGDJ, 2001, p. 965 et s. ; LLORENS, François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif,* Paris : LGDJ, 1981, 705 p.

1845 GUIBAL, Michel, « A propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », *in* COLSON, Jean-Philippe, *Environnements, les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe Colson,* Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 230 et s.

1846 CLAMOUR, Guylain, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », *in* GUIBAL, Michel, *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Guibal,* Montpellier : éd. facultaires, 2006, t. II, p. 637 et s.

1847 LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le droit des contrats publics en miettes », *CMP* 2005, repère 1.

1848 Voyez pour un aperçu de la question : GAUDEMET, Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010, p. 313 ; SINKONDO, Marcel H., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.* 1993, p. 239.

1849 Voyez : PLESSIX, Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif,* Paris : éd. Panthéon Assas, 2003, 880 p.

différents contrats pouvant être convenus par les collectivités publiques[1850]. Ainsi, dès le départ la question d'une stricte différence entre les formes des actes paraît viciée.

De plus, concernant strictement le droit privé, Pascal LOKIEC constate que « malgré la force de la logique contractuelle, l'unilatéralisme occupe une place non négligeable dans les rapports de droit privé »[1851]. Tout d'abord il s'agit particulièrement du développement de l'unilatéralisme dans les contrats, par exemple la possibilité de rompre unilatéralement une obligation contractuelle à durée indéterminée, consacrée par le juge constitutionnel[1852]. D'autre part, le contrat unilatéral, type de contrat bien particulier, est aussi reconnu en droit privé. Il s'agit d'actes conclus entre deux parties, où seule une des parties s'engage à l'égard d'une autre, sans contrepartie[1853]. Tel est le cas du don, ou de la promesse unilatérale de faire, aussi acceptée en droit privé, même si elle n'emporte pas des conséquences aussi importante qu'un contrat — l'exécution forcée ne pouvant être utilisée dans ce type de situation[1854]. Enfin, le droit des contrats aménage aussi la possibilité de laisser l'une des parties obliger unilatéralement l'autre sur certains points, lorsque cela a été conventionnellement prévu[1855]. Le développement de l'unilatéralisme en droit des contrats semble tempéré par les finalités mêmes de ce développement, qui sont, selon Pierre LEMAY, de renforcer les principes classiques du droit des contrats : « l'efficacité du contrat à travers une meilleure pérennité contractuelle, le respect de la sécurité juridique et l'accentuation du libéralisme contractuel »[1856]. Cependant, c'est là sans doute une vision très idéalisée du contractualisme. Marc-Olivier BARBAUD démontre en effet que la notion de contrat unilatéral n'est pas antinomique en soi, et permet au contraire une meilleure définition positive du contrat et des obligations contractuelles en droit français[1857].

---

[1850] ECKERT, Gabriel, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP* 2010, étude 9 ; CLAMOUR, Guylain, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », *in* GUIBAL, Michel, *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Guibal,* Montpellier : éd. facultaires, 2006, t. II, p. 637 et s. ; BRENET, François, « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 91 ; LLORENS, François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif,* Paris : LGDJ, 1981, 705 p.

[1851] LOKIEC, Pascal, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293.

[1852] Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC, *loi relative au pacte civil de solidarité* : *D.* 2000. 424, obs. S. Garneri ; *RTD Civ.* 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD Civ.* 2000. 870, obs. T. Revet ; *JCP-G* 2000, I, p. 210, étude N. Molfessis.

[1853] Voyez : BARBAUD, Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral, analyse fonctionnelle,* Paris : LGDJ, 2014, 560 p. ; BENAC-SCHMIDT, François, *Le contrat de promesse unilatérale de vente,* Paris : LGDJ, 1983, 120 p.

[1854] Seul le recours en dommages et intérêts est accepté : Cass. Civ. 3e, 15 décembre 1993, *bull. civ.* III, n° 174 : *D.* 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *RTD civ.* 1994, p. 584, note J. Mestre ; *JCP-G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; *D. comm.* 1994, p. 230, obs. O. Tournafond.

[1855] ENCINAS de MUNAGGORI, Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels,* Paris : LGDJ, 1996, 551 p.

[1856] LEMAY, Pierre, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme,* Paris : Mare & Martin, 2014, p. 313.

[1857] BARBAUD, Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : une analyse fonctionnelle,* Paris : LGDJ, 2014, 560 p.

De plus, hors du droit des contrats, en droit privé général des obligations, l'engagement unilatéral n'apparaît pas non plus incompatible avec les principes du droit civil[1858]. Certes, il s'agit généralement d'actes spécifiques, comme la reconnaissance d'obligations (de dette, de garantie), ou à l'inverse l'abdication ou l'extinction d'obligations (la renonciation, la démission, la résiliation), et encore le testament[1859], qui semblent *a priori* loin du droit des contrats. Néanmoins, des fondements communs peuvent être aisément trouvés à toutes les obligations du droit privé[1860], renforçant l'idée que ces normes sont de plus en plus équivalentes dans leur régime, qui est au moins d'une même nature, si ce n'est d'un même degré[1861]. Cette confusion de plus en plus grande entre contrat et acte unilatéral en droit privé, dont on pourrait estimer qu'il mettrait le contrat comme instrument indispensable des obligations entre personnes, permet de souligner que celle-ci ne peut être que plus grande en droit public, où le contrat n'a jamais reçu le même statut d'instrument d'égalisation des parties.

### *2) L'entretien de la confusion entre acte unilatéral et acte contractuel en droit public*

La plupart des actes de dévolution d'activités publiques, y compris lorsqu'ils prennent une forme *a priori* consensuelle, sont en effet considérées de manière générale en Europe comme des actes de nature au moins partiellement unilatérale, rapporte Philippe COSSALTER[1862]. La constatation est particulièrement vraie en droit français, où le contrat de droit public se rapproche par définition de l'acte unilatéral. Le développement de la SPL n'est alors qu'un prolongement d'une confusion des formes de plus en plus claire.

La confusion entre contrat de droit public et acte unilatéral, fonctionne d'ailleurs généralement dans le sens de l'acte unilatéral. Laurent RICHER et François LICHERE soulignent « qu'en apparence, le contrat et l'acte unilatéral sont fréquemment substituables l'un à l'autre compte tenu des résultats qu'ils permettent d'obtenir »[1863], mais que si requalification

---

1858 Voyez : FABRE-MAGNON, Muriel, *Droit des obligations : 1 - contrat et engagement unilatéral, 5e éd.,* Paris : PUF, 2019, 886 p., seconde partie, l'engagement unilatéral ; ISORCHE, Marie-Laure, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain,* Aix-en-Provence : PUAM, 1995, 499 p. ; MARTIN DE LA MOTTE, Jacques, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil,* Paris : Recueil Sirey, 1951, 343 p.

1859 *Ibidem.*

1860 SIMON, François-Louis, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD Civ.* 2006, p. 209 ; Voyez aussi : FOREST, Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* Paris : Dalloz, 2012, 550 p.

1861 JUEN, Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris : LGDJ, 2016, 654 p.

1862 COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2007, p. 360-364.

1863 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 59.

juridictionnelle il y a, c'est surtout dans les situations où le contrat n'est pas autorisé par le droit administratif, et qu'il est alors requalifié en acte administratif unilatéral.

L'apparition des SPL dans les techniques juridiques à disposition des personnes publiques ne peut que renforcer cette indifférenciation relative. Ces sociétés, entièrement soumises à leurs actionnaires, ont forcément tendance à accepter tout ce que ceux-ci leur proposent, que ce soit par voie contractuelle ou unilatérale. Le juge administratif reconnaîtra-t-il toujours un contrat là où n'existe qu'un accord tacite de la personne privée sans contrepartie, matérialisé par une décision administrative par exemple ? Le cas n'est pas sans antécédent, le Conseil d'Etat ayant d'ailleurs tranché — de façon assez étonnante — pour la qualification de relations contractuelles dans le cas de conseils municipaux exprimant leur volonté commune de contractualiser à travers leurs délibérations[1864].

Mais la SPL pourrait-elle s'engager de sa propre initiative à une obligation envers ses actionnaires ? Cela ne semble pas non plus impossible. Tout d'abord, la notion existe en droit administratif : il s'agit du contrat d'offre de concours[1865]. Celui-ci est un contrat unilatéral, dans le sens où seule une des parties (ici la SPL) s'engage, et où il n'y a pas de contrepartie à préciser (par les collectivités). Or, contrairement à l'analyse d'Elise MOURIESSE, il nous semble que ce cas pourrait concrètement très bien s'appliquer aux contrats de prestations intégrées en général, et aux SPL en particulier[1866]. Il suffirait en effet pour la SPL, dirigée en ce sens par ses organes de direction, composés des collectivités locales actionnaires, de proposer de façon ouverte ses services à une collectivité territoriale actionnaire, et de s'engager à exécuter une prestation dans le cas où elle serait acceptée, sans attendre l'acceptation en soi. Unilatéralisme et contrat se trouvent alors bien emmêlés. De cette façon, la société publique locale vient elle aussi participer, quoique très à la marge car uniquement de l'extérieur par l'élargissement des possibilités, de l'affaiblissement de la distinction entre acte administratif unilatéral et contrat administratif.

Historiquement, dans la construction du droit administratif, le contrat était considéré comme un instrument de droit civil à opposer à l'acte unilatéral, instrument commun du droit administratif. C'est la conception de Gaston JEZE, premier théoricien français des contrats administratifs, qui considère que ceux-ci sont des contrats civils, bien que soumis à une réglementation très

---

1864 CE, 20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, n° 150038 : *R.* p. 87 : *Dr. adm.* 1996, n° 307.

1865 POUJADE, Bernard, « Retour sur l'offre de concours », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : Mélanges en l'honneur de Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2014, p. 284.

1866 MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, p. 302 et s.

spécifique[1867]. Ce n'est que dans l'après deuxième guerre mondiale, dans la perspective d'une « consécration académique »[1868] qui « donne sens à l'autonomie du droit administratif »[1869], que la notion de contrat administratif s'épanouit réellement. La vision extrême qui voit dans le contrat administratif un acte quasiment unilatéral prenant une forme faussement contractuelle, portée par la thèse de doctorat de George PEQUIGNOT[1870], n'a toutefois pas emporté l'adhésion des théoriciens[1871]. Si l'acte administratif unilatéral n'a pas enveloppé entièrement l'acte administratif contractuel, la distinction entre les deux en est néanmoins bien affaiblie dès cette époque. L'idée d'acte mixte a été émise pour décrire des actes à mi-chemin du contrat et de l'acte unilatéral, acte « qui combine des effets contractuels et des effets réglementaires »[1872]. Cet acte ne remplit entièrement ni les caractéristiques de l'un, ni les caractéristiques de l'autre, et blesse une frontière qui aurait eu les mérites de la clarté[1873]. La voie de l'acte administratif unilatéral était classiquement celle de la puissance publique exprimée de façon unilatérale[1874], et paraissait régie principalement par des règles d'inégalité au profit de l'Administration[1875] ainsi que quelques règles exorbitantes du droit civil soumettant l'Administration à des obligations particulières envers les administrés[1876]. Bien que Benoît PLESSIX relève qu'il n'est pas possible de transposer sans ménagements la théorie des obligations du droit civil au droit administratif : ni l'un ni l'autre n'ayant « rien à gagner à un rapprochement artificiel »[1877], ici aussi, la distinction entre acte administratif et contrat parait finalement quelque peu artificielle. Comme le démontre Jacques CHEVALLIER, actes unilatéraux et

---

1867 JEZE, Gaston, *Principes généraux du droit administratif, 3e éd., t. 4 : Théorie générale des contrats de l'administration. Première partie, Formation, exécution des contrats,* Paris : Marcel Giard, 1934, 464 p. ; JEZE, Gaston, *Principes généraux du droit administratif, 3e éd., t. 5 : Théorie générale des contrats de l'administration. Deuxième partie, Rémunération du contractant ; rémunération du concessionnaire du service public (taxes ; subvention ; garantie d'intérêt, etc.) ; prix dans les marchés de travaux publics et de fournitures,* Paris : LGDJ, 1936, 848 p. : et JEZE, Gaston, *Principes généraux du droit administratif, 3e éd., tome 6, Théorie générale des contrats de l'administration. Troisième partie, Sanctions des obligations contractuelles (concession ; travaux publics ; fournitures) ; fin des contrats administratifs ; expiration de la concession de service public ; rachat de la concession,* Paris : LGDJ, 1936, 1255 p.

1868 FRIEDRICH, Clemmy, *Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'Administration au contrat administratif (1800-1960),* thèse de doctorat : droit public : Toulouse 1, 2016, p. 840.

1869 *Ibidem,* p. 860

1870 PEQUIGNOT, George, *Théorie générale du contrat administratif,* Paris : Pédone, 1945, 625 p.

1871 PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 1145.

1872 MADIOT, Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français,* Paris : LGDJ, 1971, p. 2.

1873 Voyez aussi : DEAU, Richard, *Les actes administratifs unilatéraux négociés,* thèse de doctorat : droit public : Angers, 2007, 595 p.

1874 GIRARD, Anne-Laure, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* Paris : Dalloz, 2013, 632 p.

1875 DUPRE DE BOULOIS, Xavier, *Le pouvoir de décision unilatérale, étude de droit comparé interne,* Paris : LGDJ, 2006, 444 p.

1876 SEILLER, Bertrand, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP* 2008, p. 481.

1877 PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 934.

contrats administratifs relèvent d'un « équilibre complexe de prérogatives mais aussi de sujétions exorbitantes du droit commun »[1878] qui restent « structurellement dissymétrique[s] »[1879] au profit de l'Administration. De même, le juriste doit souvent s'interroger sur la limite entre action contractuelle et extra-contractuelle en droit administratif, tant les deux semblent se chevaucher concrètement[1880]. Enfin, Martin MORALES démontre que la réalité d'interdictions parcellaires à utiliser le contrat dans certaines situations prouve, par là-même, une liberté (certes limitée) de choix des personnes publiques dans l'utilisation de l'acte unilatéral ou du contrat[1881].

Ces indices historiques et théoriques amènent donc à estimer que les deux actes peuvent être utilisés indifféremment dans la situation de dévolution d'une activité publique. Refuser la possibilité d'unilatéralité pour les liens de prestation intégrée des SPL serait donc théoriquement illogique. Le droit positif reflète cette position d'ouverture.

# II) Un droit positif français *a priori* favorable à l'unilatéralisme des relations de quasi-régie

Les textes légaux, même si leur formulation est quelque peu contradictoire, ne paraissent pas opposés à ce que la SPL reçoivent de façon unilatérale des délégations d'activités (A). Le Conseil d'Etat, surtout, semble pouvoir l'admettre, même si sa jurisprudence de principe n'est pas exempte d'ambiguïtés (B).

## A) Les indices contradictoires des textes

La loi du 28 mai 2010 ; le Code Général des Collectivités Territoriales ; le nouveau Code de la Commande Publique : tous ces instruments paraissent laisser étrangement de côté la question de la formalisation du lien de quasi-régie entre société publique locale et collectivité territoriale. Très paradoxalement, les textes de droit positif parlent d'exclure l'application du droit des marchés publics et des concessions, aux marchés publics et concessions passées entre entités de quasi-régie. Comment interpréter cette disposition *a priori* contradictoire ? Cette formulation ambigüe souligne

---

[1878] CHEVALLIER, Jacques, « L'obligation en droit public », *Archives de philosophie du droit* 2000, p. 180.

[1879] *Ibidem.*

[1880] BOUSQUET, Jérémy, *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif,* Paris : LGDJ, 2019, 642 p.

[1881] MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 804 p.

la possibilité que cette relation de quasi-régie ne prenne pas la forme d'un contrat ou même d'une convention[1882], mais bien celle d'un acte unilatéral. Les textes démontrent d'ailleurs précisément la disparition légale des obligations antérieures qui auraient pu s'appliquer aux SPL (1), et l'absence de dispositions obligatoires pour les liens de quasi-régie des SPL (2).

### *1) La disparition de formes contractuelles obligatoirement prescrites.*

La dynamique historique légale montre une disparition progressive des textes obligeant à adopter une certaine forme contractuelle pour des translations d'activités des collectivités locales.

La situation antérieure à la grande loi de décentralisation du 2 mars 1982[1883] enserrait les relations conventionnelles des collectivités territoriales dans des cadres prescrits par l'Etat, à travers, pour reprendre l'expression de Maurice HAURIOU, la « tutelle règlementaire »[1884]. Des « actes-types »[1885] relatifs à toutes les actions des collectivités locales étaient à l'époque édictés par l'Etat, que les collectivités devaient obligatoirement suivre, pour le cas pour les relations de translation d'activités publiques. Les actes-types ne prévoyaient que quelques contrats-types, comme le marché public, la concession, l'affermage, etc[1886], ce qui explique la résilience de ces idées jusqu'à aujourd'hui. Depuis la décentralisation de 1982, le principe de libre administration des collectivités territoriales, consacré par le Conseil constitutionnel[1887], s'oppose à ce que le législateur restreigne sans justification appropriée les formes d'action des collectivités locales. Certains textes

---

[1882] Même si la distinction entre les deux semble s'affaiblir, le contrat n'est, théoriquement, qu'une espèce particulière de convention. La convention peut créer, éteindre et transférer des droits, subjectifs ou objectifs, tandis que le contrat a comme caractéristique de créer des obligations subjectives entre les parties. La doctrine civiliste a néanmoins admis récemment l'inutilité de plus en plus importante de cette distinction (LATINA, Mathias, « Contrat : généralités, principes directeurs », *Répertoire de droit commercial Dalloz,* mise à jour janvier 2019, § 178). En droit administration, Sébastien HOURSON a récemment renouvelé la question avec son étude des conventions d'administration qui, selon lui, sont les *vinculi juris* de l'Administration pour régler ses rapports avec elle-même, à l'intérieur d'une même personne morale de droit public (HOURSON, Sébastien, « Pour l'élaboration d'une catégorie infra-contractuelle : Les conventions d'administration », *in* GRALE (dir.), *Droit et gestion des collectivités territoriales. Tome 33, Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions,* 2013, pp. 745- 752).

[1883] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

[1884] HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif, 11e éd.,* Paris : Sirey, 1927, p. 66.

[1885] RONGERE, Pierrette, *Le procédé de l'acte-type,* Paris : LGDJ, 1968, 320 p.

[1886] Voyez par exemple :
- pour les contrats de collective et d'évacuation des ordures ménagères : la circulaire n° 81-79 du 21 octobre 1981 ;
- pour l'assainissement : le cahier des charges modèle annexé au décret du 16 octobre 1981 portant approbation d'un cahier des charges type pour l'exploitation par affermage d'un service d'assainissement ;
- pour l'eau potable : le cahier des charges modèle annexé au décret du 17 mars 1980 portant approbation d'un cahier des charges types pour l'exploitation par affermage d'un service de distribution publique d'au potable, et le décret n° 47-1554 du 13 août 1947 portant approbation d'un cahier des charges type pour la concession d'une distribution publique d'eau potable.

[1887] Cons. Constit., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *JCP* 1993, p. 370, note E. Picard ; *LPA* 2 juin 1993, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud.

législatifs et réglementaires prévoient toujours explicitement des restrictions, qui, si elles ne sont pas « excessives »[1888] par rapport à leur utilité et à l'intérêt général[1889], peuvent être considérées comme constitutionnelles et légales. Néanmoins, aucune règle ne restreint plus précisément — même de façon rémanente — la forme que pourraient prendre les relations entre les collectivités territoriales et leurs quasi-régies aujourd'hui.

Pourtant, les possibilités n'ont pas été ignorées : elles ont simplement disparu, comme celles pesant sur les SEML par exemple. Le législateur de 1983 avait instauré un cadre relativement restrictif pour les relations entre les collectivités territoriales et leurs sociétés d'économie mixte locales — à l'époque seules sociétés de droit privé auxquelles les collectivités territoriales pouvaient expressément participer. La loi du 7 juillet 1983 organisait un cadre minimum des relations, qui devaient être conventionnalisées[1890]. Celle-ci prévoyait que : « lorsqu'il ne s'agit pas de prestations de service, les rapports entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou une autre personne publique, d'une part, et les sociétés d'économie mixte locales, d'autre part, sont définis par une convention ». Cette convention inclue obligatoirement, à peine de nullité, l'objet du contrat, sa durée et les principales obligations de fonctionnement[1891]. Or, de ce cadre législatif rassurant, le législateur de 2002, à l'occasion de la loi de modernisation des SEML[1892], a explicitement et volontairement fait table rase[1893]. Le législateur estimait, à ce moment-là, que la législation entourant les conventions publiques des collectivités territoriales suffisait désormais à

---

[1888] *Ibidem.*

[1889] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : choix du mode de gestion », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise à jour janvier 2008, § 77.

[1890] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

[1891] La reproduction entière de ces obligations (prévues à l'article 5 de la loi, et codifiées ensuite à l'article L.1523-2 du CGCT) est explicite :
« Lorsqu'il ne s'agit pas de prestations de service, les rapports entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou une autre personne publique, d'une part, et les sociétés d'économie mixte locales, d'autre part, sont définis par une convention qui prévoit, à peine de nullité :
1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou renouvelé ;
2° Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par la collectivité, le groupement ou la personne publique contractant ainsi que, éventuellement, les conditions et modalités d'indemnisation de la société ;
3° Les obligations de chacune des parties et, le cas échéant, le montant de leur participation financière, l'état de leurs apports en nature ainsi que les conditions dans lesquelles la collectivité, le groupement ou la personne publique contractant fera l'avance de fonds nécessaire au financement de la mission ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;
4° Les modalités de rémunération de la société ou de calcul du coût de son intervention : lorsque la rémunération ou le coût de l'intervention est à la charge de la collectivité, du groupement ou de la personne publique, son montant est librement négocié entre les parties ; lorsque la société est rémunérée par des redevances perçues auprès des usagers, le contrat précise les modalités de fixation des tarifs et de leurs révisions ;
5° Les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du contrat. »

[1892] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

[1893] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, article 7.

encadrer suffisamment les SEML[1894]. Cela pouvait se comprendre car, depuis la décision du conseil constitutionnel du 20 janvier 1993, les SEML sont soumises au régime général de la commande publique[1895], et rien ne sert donc de leur créer un régime conventionnel spécifique pour leurs relations. Cette explication n'est néanmoins pas valable pour les SPL qui ne sont, elles, pas soumises au régime général de la commande publique.

L'article L. 1523-2 du CGCT, qui reprend encore aujourd'hui ces obligations, ne porte plus désormais que sur les concessions d'aménagement entre une SEML et une personne publique. Ce cadre peut s'appliquer aux SPL sur ce point, puisque selon la loi du 28 mai 2010, le régime des SPL est celui des SEML sauf incompatibilité — ce que cet article n'est visiblement pas, puisqu'il ne porte pas sur la mise en concurrence et la transparence de la convention en cause. Il ne peut pas porter, en tout état de cause, sur les autres cas de relations entre SPL et collectivités territoriales. Cela laisse un vide qui n'est pas rempli par la législation ultérieure, bien au contraire.

### *2) L'absence d'obligation contractuelle organisée par la loi sur les SPL*

La loi du 28 mai 2010 portant création des SPL ne visait, qu'une seule exception au droit de la commande publique pour les sociétés publiques locales qui répondraient aux critères de la quasi-régie : celle de la délégation de service public[1896] (DSP). Celle-ci était néanmoins très large. Désormais, tous les contrats de la commande publique sont visés par l'exception de quasi-régie. La rédaction des textes laisse-t-elle la possibilité de passer des actes unilatéraux avec les SPL ?

Pour Pierre DELVOLVE, en 2007, seule la mise en concurrence étant visée par les textes sur la SPL, le régime juridique juridique général des DSP ne disparaît pas et doit s'applique[1897]. Pourtant, à analyser le texte de près, il n'est pas sûr que le régime des DSP ne doive pas être écarté aussi. L'article L. 1411-12 du CGCT et l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993[1898], modifiés par la

---

[1894] *Cf.* Sénat (2000-2001), Rapport n° 77 de M. Paul GIROD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 novembre 2000. Celui-ci indique notamment clairement que la nouvelle rédaction de l'article L.1523-2 du CGCT « **circonscrit aux conventions publiques d'aménagement** l'obligation de mentionner **certains clauses dans les contrats** passés entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités territoriales » (c'est l'auteur du rapport qui souligne). En effet, d'après ce rapport, « des dispositions, adoptées postérieurement à la loi de 1983, en matière de maîtrise d'ouvrage public, de délégations de service public et de marchés publics, permettent actuellement de couvrir l'ensemble des autres contrats susceptibles d'être passés entre une collectivité locale et une société d'économie mixte ».

[1895] Cons. Constit., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *JCP* 1993, p. 370, note E. Picard ; *LPA* 2 juin 1993, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud.

[1896] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, article 2.

[1897] DELVOLVE, Pierre, « Les sociétés publiques locales : présentation », *RFDA* 2012, p. 1069.

[1898] 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.

loi du 28 mai 2010 relative aux SPL, indiquaient en effet que : les dispositions communes relatives aux contrats DSP « ne s'appliquent pas aux délégations de service public »[1899] dévolues aux SPL. Or, les dispositions du chapitre IV de la loi du 29 janvier 1993 et du chapitre unique du titre 1er du livre IV de la 1ere partie du CGCT, visées par cette exclusion, étaient alors les seules dispositions législatives réglementant la forme des conventions de délégation de service public[1900]. Les DSP conclues avec des SPL en situation de quasi-régie ne pouvaient en conséquence se voir appliquer non seulement les obligations de mise en concurrence, ni non plus celles relatives aux obligations minimales, ou à la forme de ces délégations. Mais, dans le silence des textes, les SPL pouvaient-elles entrer en relations avec leurs collectivités sans passer par un contrat ? Cela paraît, dans la lacune des textes, autorisé.

Les autres contrats de la commande publique n'étant pas visés par la loi du 28 mai 2010, un doute pouvait subsister quant à l'application de l'exception européenne de la quasi-régie à des contrats de la commande publique autres que la délégation de service public[1901].

L'ordonnance relative aux marchés publics du 23 juillet 2015[1902] a réglé en partie cette question en excluant de manière formelle l'application de l'ordonnance « marchés publics » aux contrats de quasi-régie. Cette ordonnance, codifiée dans le Code de la commande publique, indique clairement que : « la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur […] lorsque les conditions suivantes sont réunies : [liste des conditions de la quasi-régie] »[1903]. Les marchés publics confiés aux SPL sont donc concernés par cette exclusion légale.

L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions[1904], à son article 16, reprend la même formulation que l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics pour exclure les concessions entre pouvoir adjudicateur et entités de quasi-régie. Le même fondement entraînant

---

[1899] Dans la loi du 29 janvier 1993. Pour l'article L. 1411-12 du CGCT, l'exclusion concerne les articles L. 1411-1 à L.1411-11, soit presque l'entièreté du chapitre.

[1900] DOUENCE, Jean-Claude, « La délégation contractuelle du service public local », folio n° 6152, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise à jour décembre 2010, § 7-8.

[1901] Voyez : MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « Les contrats entre les collectivités territoriales et leurs sociétés publiques locales », *in* MEUNIER, Patrick *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 207 et s. ; et LINOTTE, Didier, « Les sociétés publiques locales comme outil de non mise en concurrence », *RFDA*, 2013, p. 1133.

[1902] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JO* 24 juillet 2015, p. 12602.

[1903] *Ibidem,* article 17.

[1904] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : *JO* du 30 janvier 2016, texte n° 66.

les mêmes conséquences, le régime des contrats de concessions ne peut s'appliquer aux SPL. Ces formulations sont reprises avec quelques modifications dans le Code de la commande publique[1905].

Certes, une lecture par analogie de ces dispositions amènerait à considérer que les relations entre SPL et collectivités doivent prendre, par mimétisme, la forme contractuelle, mais rien n'est exactement précisé. Ce qui amène par exemple Hélène HOEPFFNER et François LLORENS, à se demander « dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions [sont] inclus »[1906], si le code les exclut expressément. Mêmes si, on le verra plus loin, certaines obligations minimums sont bien obligatoires, selon nous, la possibilité d'un acte unilatéral serait, en tout cas, la moindre des possibilités.

Le droit positif — ou plutôt les lacunes du droit positif — ne s'opposent donc pas à ce que les collectivités territoriales confient unilatéralement des activités publiques à leurs sociétés publiques locales, sans passer par un contrat. La jurisprudence administrative française n'est, elle non plus, pas défavorable à l'unilatéralisme, bien que de manière, elle aussi, ambigüe.

## B) La position ambigüe du juge administratif

Juste après la création de la société publique locale d'aménagement en droit français en 2006[1907], le Conseil d'Etat a rassemblé toute sa jurisprudence relative à la dévolution de la gestion publique locale dans un arrêt de Section du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*[1908]. La position du juge administratif sur la possibilité de passer par un acte unilatéral dans le cas d'une quasi-régie à une SPL n'est pour autant pas plus éclairée (1). La formulation de principe sur la quasi-régie est toutefois utilisée pour les établissements publics, ce qui démontre que la dévolution unilatérale ne pose pas de problèmes de ce point de vue (2).

---

[1905] Les situations de quasi-régies, définies aux articles L. 2511-1 à L. 2511-5, et dans des termes identiques aux articles L. 3211-1 à L. 3211-5, sont exemptées par l'effet des articles L. 2500-1 et L. 3200-1.

[1906] *A fortiori,* voy. : HOEPFFNER, Hélène, LLORENS, François, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP* 2018, n° 4, p. 1-2.

[1907] Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : *JO* 16 juillet 2006, p. 10662 : DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP-A* 2006, n° 39, p. 1219.

[1908] CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence :* n° 284736 ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *RFDA* 2007, p. 281, note J.-C. Douence ; et p. 812, concl. F. Seners ; *CMP* 2007, comm. 191, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, M. Bazex et S. Blazy ; *BJCL* 2007. 558, note G. Mollion ; *JCP-A.* 2007, n° 2111, note M. Karpenschif, n° 2125, note F. Linditch, et n° 2128, note J.-M. Pontier.

### *1) L'indétermination jurisprudentielle sur l'acte dévolutif à une SPL*

Plusieurs considérants de principe listent précisément les différentes situations possibles de dévolution : tout d'abord lorsque les collectivités publiques confient la gestion d'un service public à un tiers, puis lorsqu'elles assurent directement la gestion d'un service public, et enfin lorsqu'elles financent simplement un service public.

Premier point, il convient de relever que le cas de la société publique locale relève pour le Conseil d'Etat du deuxième type de gestion, c'est-à-dire d'une gestion directe, et non d'une gestion confiée à un tiers.

Selon le juge administratif suprême :

> *« lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public »*[1909].

Ce paragraphe s'oppose clairement au considérant précédent qui prévoit, lui, que les collectivités confiant des activités de service public à une tierce personne « *doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public* »[1910] ou un marché public de service, « *sauf si un texte en dispose autrement* »[1911]. Le Conseil d'Etat, dans sa formulation, semble placer

---

[1909] *Ibidem.*

[1910] *Ibidem.*

[1911] *Ibidem.*

la contractualisation comme principe, et son absence comme exception. Mais les cas de délégations unilatérales ne sont étrangement pas précisées.

Or, dans cette décision, les quasi-régies sont rangées du côté de la gestion directe, mais ne nécessitent apparemment pas de lien juridique particulier pour se voir confier une activité. Alors que les considérants précédents soulignaient la nécessité d'un tel lien contractuel en cas d'externalisation de la gestion, y compris à une SEML[1912], la gestion publique directe, la gestion par régie et la gestion par quasi-régie (dont les SPL) en sont par comparaison exemptées.

Une interprétation restrictive de cette jurisprudence de principe pourrait certes être entendue. Cette jurisprudence pourrait en effet ne concerner que les contrats de marché public et de délégation de service public, qui sont les seuls actes explicitement visés dans l'arrêt. Toutefois, une telle interprétation ne semble pas devoir être retenue. Même dans une interprétation restrictive, le Conseil d'Etat indique expressément que les collectivités publiques ne peuvent être obligées de conclure un contrat de délégation de service public ou un marché public avec ces entités tierces que sont les quasi-régies. Cette formulation implique clairement que le juge administratif suprême ne voit pas de nécessité à définir un lien juridique précis pour établir le droit des quasi-régies à exercer des activités. La mention des contrats de délégation de service public et de marché public n'est faite qu'incidemment, et ne vient pas enserrer les conditions d'utilisation de la quasi-régie. Cette position récente ne viendrait donc pas forcément rendre la voie contractuelle obligatoire, spécialement pour les sociétés publiques locales, dont le caractère de quasi-régie est la finalité même de la loi du 28 mai 2010.

De plus, le juge administratif français avait, dans des décisions antérieures à celle du 6 avril 2007, explicitement entériné la possibilité de délégations de service public unilatérales. Bien que concrètement, comme le note François BRENET, « elles ne sont pas très nombreuses »[1913], celles-ci pourraient apparaître comme une solution adéquate pour les relations entre SPL et collectivités-actionnaires, dont le maître-mot est le contrôle.

Dès après la loi du 29 janvier 1993, dans un avis du 9 mars 1995, le Conseil d'Etat considère que les dispositions de cette loi ne s'appliquent pas lorsque les délégations se fondent sur un acte unilatéral de l'Administration[1914]. Cette appréciation est reprise encore à l'occasion de

---

[1912] Le premier considérant de principe de la décision du 6 avril 2007 prévoit que « sauf si un texte en dispose autrement », les collectivités publiques doivent « en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique *et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public* ». Cette dernière inclusion vise directement les SEML, qui viennent d'être exclues de la gestion sans mise en concurrence par le droit européen par la décision *Stadt Halle.*

[1913] BRENET, François, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p. 14345.

[1914] CE, Ass., 9 mars 1995, avis n° 356931, *Rapport Conseil d'Etat 1995*, p. 399.

contentieux concernant des situations où la limite entre convention et acte unilatéral de dévolution est ténue. Le juge administratif suprême considère par exemple, dans un arrêt du 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux*[1915] qu'une habilitation unilatérale prévue par la loi, et complétée par des dispositions conventionnelles n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 29 janvier 1993, contrairement à la situation où l'Administration a souhaité confier *par convention* un service public[1916]. Selon la jurisprudence administrative, *a priori*, les délégations de service public peuvent donc être unilatérales. La situation de l'unilatéralité se rapprochant beaucoup du contrôle que les collectivités actionnaires exercent sur les sociétés publiques locales, la question de la délégation unilatérale à des SPL doit être examinée.

L'analyse de la jurisprudence relative aux SPL amène pourtant à la conclusion que le juge administratif ne fait jamais référence à sa jurisprudence *ville d'Aix-en-Provence* pour statuer sur les litiges de ces sociétés[1917]. Cette jurisprudence est néanmoins utilisée pour exclure des obligations de la loi du 29 janvier 1993 et du Code des marchés publics des relations de personnes publiques avec des établissements publics dont elles sont fondatrices[1918] et des groupements d'intérêt public dans le même cas[1919].

### *2) Les ouvertures jurisprudentielles à la délégation unilatérale*

Le cas du traitement jurisprudentiel des établissements publics dans des situations de quasi-régie est particulièrement intéressant, car la formulation du Conseil d'Etat penche vers le considérant de principe, qui pourrait avoir vocation à s'appliquer au-delà du cas de l'établissement public. Il statue ainsi que :

---

1915 CE 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832, R. p. 551 ; *BJCP* 2004, n° 37, p. 464, concl. E. Glaser.

1916 CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, n° 207804 : *RFDA* 2001, p. 353, note G. J. Guglielmi. L'Administration n'a pas toujours le choix. Lorsqu'elle est obligée de passer par un acte unilatérale, et qu'elle passe par une procédure des mise en concurrence pour choisir le délégataire, l'acte conventionnel ne peut être considéré comme détaché de l'acte unilatéral : CE, 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois, n° 299207 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 444, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.* 2007, n° 11, p. 23, note A. Ménéménis ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, note J.-M. Glatt.

1917 *Cf.* Annexe C relative aux contentieux concernant les SPL.

1918 CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, Tables : *BJCP* 2009, n° 67, p. 475, concl. Y. Marino ; *CMP* 2009, n° 10, p. 17, note W. Zimmer ; *AJDA* 2009, n° 32, p. 1766, note F. Lelièvre ; *LPA* 2009, n° 208, p. 17, note S. Ziani ; *LPA* 2009, n° 221, p. 7, note D. Taron (relations entre un office public HLM et la commune qui en est membre fondateur et prédominant) ; CAA Marseille, 1 octobre 2012, Commune de Villeneuve-de-la-Raho, n° 09MA01954 : *CMP* 2012, n° 12, p. 16-17, note G. Eckert (relations entre un département et un service départemental d'incendie et de secours).

1919 CE, 4 mars 2009, *SNIIS*, n° 300481, publié au Recueil : *BJCP* 2009, n° 64, p. 237, concl. A. Courrèges ; *CMP* 2009, n° 4, p. 19, note P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2009, n° 5, p. 35, note H. Hoepffner ; *AJDA* 2009, n° 16, p. 891, note J.-D. Dreyfus ; *RLCT* 2009, n° 47, p. 40, obs. D. Capitant ; *JCP-A* 2009, n° 24, p. 40, note C. Devès ; *RDI* 2009, n° 7, p. 423, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2009, n° 4, p. 759, note B. Apollis ; *Revue des contrats* 2009, n° 4, p. 1539, chron. P. Brunet ; *RJEP* 2009, n° 669, p. 12, note P. Trouilly.

*« 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, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel »*[1920].

Le Conseil d'Etat reprend ici la formulation des juridictions européennes, particulièrement l'arrêt du 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*[1921]. Le Conseil applique cette formulation de principe non seulement aux GIP, mais aussi aux établissements publics dont les collectivités sont fondatrices[1922]. Or, les GIP et les établissements publics ne fonctionnent pas sur délégation conventionnelle d'activités, mais sur délégation unilatérale statutaire[1923]. Et ces cas se rapprochent considérablement des situations des SPL qui remplissent les conditions de quasi-régie : le juge administratif ne pourrait-il considérer que les mêmes moyens soient employés pour ces dernières ? La réponse jurisprudentielle n'est pas tranchée, mais ne paraît en tout cas pas exclure cette possibilité.

# Conclusion de la section 1 : Une forme unilatérale théoriquement possible

---

[1920] *Ibidem.*

[1921] CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel *Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec*. p. I-8457, conclusions Verica TRSTENJAK : *AJDA* 2008, n° 42, p. 2336 ; *Europe* 2009, n° 1, p. 24-25 note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 2, p. 115-116, note R. Noguellou ; *Dr. Adm.* 2009, n° 2, p. 19-22, note R. Caranta ; *CMP* 2009, n° 2, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2009, n° 2, p. 62-66, note R. Schwartz ; *Journal de Droit européen* 2009, n° 156, p. 48-49, note J.-M. Wolter.

[1922] CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, Tables : *BJCP* 2009, n° 67, p. 475, concl. Y. Marino ; *CMP* 2009, n° 10, p. 17, note W. Zimmer ; *AJDA* 2009, n° 32, p. 1766, note F. Lelièvre ; *LPA* 2009, n° 208, p. 17, note S. Ziani ; *LPA* 2009, n° 221, p. 7, note D. Taron (relations entre un office public HLM et la commune qui en est membre fondateur et prédominant) ; CAA Marseille, 1 octobre 2012, Commune de Villeneuve-de-la-Raho, n° 09MA01954 : *CMP* 2012, n° 12, p. 16-17, note G. Eckert (relations entre un département et un service départemental d'incendie et de secours).

[1923] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : dévolution unilatérale », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* folio n° 6160, mise-à-jour janv. 2009, §33 et s.

L'étude de la doctrine, des textes lacunaires et excluants, et de la pratique jurisprudentielle, amène à soutenir la possibilité pour les collectivités locales de confier par un acte unilatéral des activités à leurs SPL. Ce système aurait le mérite d'assurer les conditions du contrôle analogue et matériel des SPL de manière claire. Les textes ne cherchent en tout cas visiblement pas à imposer la forme contractuelle : ils paraissent même au contraire lui laisser une place, comme une nouvelle ou renouvelée liberté des collectivités locales dans le choix des formes de leurs actes[1924]. La jurisprudence est de même très prudente sur ces possibilités. Il n'y a donc que la doctrine qui semble plus difficilement faire une place à l'acte unilatéral pour la prestation intégrée des SPL. Cela s'entend dans l'assimilation de ce lien à la commande publique, mais mérite d'être approfondi, et sans doute que la SPL devrait être rajoutée au passif de la porosité théorique de l'acte unilatéral et de l'acte contractuel.

Cependant, un faisceau d'indices pratiques concorde à donner une préférence marquée à la forme contractuelle. Cela pour désavantage de présenter des conséquences importantes en termes d'équilibre des relations — là où la quasi-régie devait assurer la prééminence d'une seule volonté, celle de la personne publique.

# Section 2 : Les indices d'une préférence pour la forme contractuelle

Alors qu'en théorie l'unilatéralité du lien SPL-collectivité locale semble privilégiée, de nombreux indices légaux plus ou moins implicites penchent pour une forme contractuelle des relations. Par exemple, pour Claude DEVES, « dans le droit français, ce contrôle *in house* ne peut, semble-t-il, se concevoir sans l'existence d'un lien contractuel »[1925]. La méthode restrictive d'interprétation du juge de l'Union sur les textes européens permet en premier lieu d'aller dans ce sens, même si le droit européen est d'abord beaucoup plus sensible au fond qu'à la forme des relations en place (I). Les prémisses du droit français de la commande publique, interprétés de façon restrictive, vont dans le même sens (II). Enfin, de façon confirmant ces tendances, l'observation concrète de la pratique de ces relations n'admet que peu de doutes sur la forme principalement contractuelle de celles-ci (III).

---

[1924] Voyez : MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, 808 p.

[1925] DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP-A* 2006, p. 1219.

# I) Une légère tendance européenne

Malgré les lacunes textuelles et jurisprudentielles sur la forme du lien juridique matériel que peut emprunter la relation de quasi-régie, le droit européen peut paraître pencher, très paradoxalement, dans le sens de la formalisation contractuelle des relations de quasi-régie. Pourtant, le droit européen se présente comme en principe neutre sur ces questions de forme (A). Néanmoins, la fondamentalisation des principes européens de transparence et d'égale concurrence[1926] peut inciter les collectivités territoriales à utiliser, de manière préventive et prudentielle, le moyen du contrat pour transférer des activités à leurs SPL, par assimilation à la situation de la commande publique soumise aux obligations de mise en concurrence et de transparence (B).

## A) Le refus de principe de statuer sur la forme du lien

Au niveau de la jurisprudence du juge de l'Union, la question de la forme des relations de quasi-régie est largement évitée[1927]. Les directives européennes reprenant cette jurisprudence n'ont pas fait de place non plus pour la forme des prestations de quasi-régie[1928]. Cela peut s'expliquer tout d'abord par la formidable diversité des droits nationaux présents dans l'Union européenne. Intervenir dans cette matière formelle aurait été plus loin que nécessaire. Le principe de subsidiairité du droit de l'Union s'oppose en effet à l'intervention de celui-ci là où les droits nationaux peuvent mieux ou aussi bien assurer l'application des principes européens[1929]. Le droit de

---

[1926] ALLAIRE, Frédéric, « Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence », *CMP* 2018, n° 5, étude 7 ; voyez aussi : BONTRON, Marie-Charlotte, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique,* thèse de doctorat: droit public, Montpellier, 2015, 627 p. ; et KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, thèse de doctorat : droit public, 2004, 971 p.

[1927] Voyez par exemple : CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R.* p. I-4137, § 61-68 : Pour évaluer si l'exclusivité matérielle est bien respectée, « le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives », l'important est de déterminer le chiffre d'affaires « que l'entreprise en question réalise en vertu des décisions d'attribution prises par la collectivité de tutelle, y compris celui réalisé avec des utilisateurs en exécution de telles décisions ». Les décisions d'attribution n'ont donc pas de forme particulière ici.

[1928] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

[1929] Voyez par exemple : Directive 2014/23/UE, du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, § 87 des motifs ; et aussi : Sénat (1996/1997), Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport d'information n° 46 sur l'application du principe de subsidiarité de M. Christian de la Malène, point III.D.3.

l'Union, hormis les contrats de marché public et de concession[1930], s'il identifie aisément des principes communs, identifie plus difficilement les formes et les conséquences précises d'un hypothétique droit commun européen des contrats[1931]. Les interventions européennes restent limitées dans leur ambition théorique. Jean-Bernard AUBY indique même que le droit européen « ne se donne pas d'ambition systématique ou théorique »[1932], il n'a à la base que des « ambitions assez triviales et limitées »[1933] qui ne concernent que la réglementation des marchés publics et les concessions dans un but d'unification du marché intérieur européen.

Et pourtant, même l'identification d'un régime commun des contrats publics est une tâche complexe. Comme le note à cet égard Mathias AMILHAT, « pendant longtemps le droit de l'Union n'a appréhendé les contrats passés par les personnes publiques qu'au travers de la notion de marché public »[1934], ce qui permettait de maintenir une « certaine lisibilité juridique »[1935] européenne parmi la diversité des droits nationaux. Le but de la jurisprudence sur la quasi-régie tenant principalement à des questions sur la force des liens institutionnels, c'est uniquement sur ceux-ci, et non sur la forme des relations, que le juge européen s'est prononcé.

Toutefois, le caractère restrictif de la méthode d'interprétation des exceptions au droit européen[1936] interroge sur l'influence que la théorie de la quasi-régie exerce sur une éventuelle obligation implicite de passer un contrat. Si la théorie de la quasi-régie permet l'utilisation d'une fiction évitant de voir un lien contractuel de type commande publique entre les organismes publics et leurs satellites, elle n'ignore pas entièrement ce lien. La nécessité d'une activité matérielle contrôlée de manière analogue le souligne suffisamment. Seulement, ce lien matériel est étrangement ignoré par rapport au but de la fiction utilisée : l'absence d'application du droit de la commande publique. Cette absence n'implique donc en rien la forme que les relations entre collectivités publiques et quasi-régies doivent prendre. En prenant en compte la méthode d'interprétation restrictive des exceptions européennes, et la logique construite par le droit européen

---

1930 RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : 2009, 400 p. ; voy. aussi : ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement : Regulation in the EU and UK,* London : Sweet & Maxwell, 2014, 2 vol.

1931 L'exemple de la difficulté à codifier un tel droit commun souligne particulièrement cette difficulté : voy. Par ex. : BERGE, Jean-Sylvestre, « Pour un code européen des affaires : de quoi partle-t-on ? », *Revue des contrats* 2018, n° 4, p. 617-618 ; et plus généralement : WICKER, Guillaume (dir), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : Quelles perspectives pour quel équilibre ?,* Paris : LexisNexis, 2008, 92 p.

1932 AUBY, Jean-Bernard, « Concepts contractuels et droit de l'Union », *Dr. adm.* 2013, n° 12, repère 11.

1933 *Ibidem.*

1934 AMILHAT, Mathias, *La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 89.

1935 *Ibidem,* p. 92.

1936 *Cf supra.*

des contrats publics, la contractualisation paraît pourtant une voie efficace pour s'assurer de la bonne application de la théorie européenne de la quasi-régie.

## B) Une relation comparable à celle de la commande publique

Si le juge européen est *a priori* aveugle à la forme de la relation juridique à prendre pour les quasi-régies et leurs entités contrôlantes, il ne fait pas de doute que la prudence amène de nombreux acteurs à reprendre les formes prescrites par le droit européen de la commande publique pour de tels liens. En effet, alors même que l'exception de quasi-régie permet d'échapper à ce droit, elle implique aussi que les définitions des liens utilisés restent dans ce même cadre européen pour leur qualification. Dans le cas inverse, il ne pourrait y avoir de qualification d'exception.

### *1) La nécessité d'un socle commun pour la définition des exceptions*

L'un des points les plus marquants de ce droit européen de la commande publique est l'importance du contrôle juridictionnel imposé par l'Union sur la passation des marchés publics et des concessions : il s'agit de la directive du Conseil n° 89/665 du 21 décembre 1989 sur les recours ouverts aux concurrents aux contrats publics[1937]. Ce contrôle implique pour les tiers la possibilité de contester la dévolution d'une activité publique devant une juridiction indépendante[1938]. Selon la jurisprudence du juge de l'Union, des actes qualifiés d'unilatéraux nationalement peuvent être requalifiés de contrats de commande publique par le juge[1939]. Cela a pour but de soumettre largement les dévolutions d'activités publiques à cette réglementation protectrice des intérêts des administrés. C'est-à-dire qu'en suivant la méthode finaliste d'interprétation de la Cour de justice, la présence formelle d'un contrat établi strictement entre deux personnes n'est pas nécessaire à l'application des directives. Le juge européen peut aisément requalifier de contrat de commande

---

[1937] Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE) ; Directive du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ( 92/13/CEE) ; Directive 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.

[1938] RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : 2009, p. 311 et s.

[1939] Ministère de l'Economie, Direction des affaires juridiques, « Fiche Contrats de la commande publique et autres contrats », mise à jour le 1er avril 2019, p. 2.

publique au sens du droit européen certaines pratiques juridiques nationales qui ne sembleraient pas y correspondre à première vue, notamment par leur caractère unilatéral[1940].

Or, les directives n° 2014/23 et 2014/24 excluent explicitement du champ d'application de la directive n° 89/665 les marchés et concessions conclus avec les quasi-régies. La Cour de justice utilisant la méthode d'interprétation stricte pour l'interprétation des relations de quasi-régies, puisque celles-ci sont des exceptions aux principes européens de la commande publique, une lecture combinée de tous ces articles amène à lire que ne peuvent être exclus de ces principes — et donc passés avec les quasi-régies — que des marchés et des concessions. Même si la question est discutée en droit interne, les marchés publics et les concessions européennes sont bien interprétés comme des contrats par le droit européen[1941]. Une interprétation restrictive amène ainsi à l'idée que seuls de telles obligations contractuelles pourraient être exemptés de mise en concurrence. Mais elles ne sont pas formulées comme devant prendre une forme de contrat : seules les obligations de fond comptent. Cette idée est renforcée par un récent arrêt de la Cour de justice qui éclaire beaucoup dans quoi sont inclues les exclusions de quasi-régie.

### *2) L'apport de l'arrêt Irgita : la soumission de l'exception de quasi-régie aux principes européens*

Dans un arrêt du 3 octobre 2019, *ville de Kaunas et UAB Irgita*[1942], la Cour de justice vient pour la première fois préciser dans quelle mesure les actes explicitement exclus de la commande publique doivent respecter le droit de la commande publique. L'arrêt indique ainsi clairement que « *La liberté dont disposent les États membres quant au choix du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services ne saurait toutefois être illimitée. Elle doit, au contraire, s'exercer dans le respect des règles fondamentales du*

---

1940 CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, point 55. La question se posait de savoir si une obligation réglementaire d'exécuter une prestation en échange d'une autorisation de l'administration pouvait être qualifiée de contrat de commande publique. La Cour distingue alors deux indices allant dans le sens d'une qualification contractuelle pour ce cas : 1) le degré de négociabilité de cette obligation de prestation dans sa forme ou son coût, et 2) le degré de capacité de la personne privée à se libérer de ces obligations. Si les obligations sont trop unilatérales, il ne peut y avoir de contrat de commande publique. Le point 55 l'exprime ainsi : « […] la juridiction de renvoi aura notamment à examiner si Correos dispose de la capacité de négocier avec le Ministerio le contenu concret des prestations à fournir ainsi que les tarifs applicables à ces dernières et si cette société a, en ce qui concerne les services non réservés, la faculté de se libérer des obligations découlant de l'accord de collaboration, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci. ».

1941 AMILHAT, Mathias, *La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 105-106.

1942 CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

*traité FUE* »[1943]. Mais le respect des règles fondamentales du traité entraîne-t-il obligatoirement une contractualisation ? Non, il s'agit uniquement d'apports sur le fond, et notamment un nouveau principe *minimum* de transparence.

Toutefois, ce principe de transparence-ci présente des caractéristiques différentes de celui de l'arrêt *Telaustria*[1944] qui avait, en 2000, bouleversé le visage de la commande publique européenne. Dans l'arrêt *Telaustria*, les concessions de service, comme objet d'opérations concurrentielles, avaient été soumises à certaines prescriptions tirées du droit européen des marchés publics afin d'éviter tout avantage accordé à un opérateur économique plutôt qu'à un autre. Ce n'est pas exactement le sens de l'arrêt *Irgita,* qui estime que « *le principe de transparence exige, à l'instar du principe de sécurité juridique, que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes soient énoncées au moyen de règles suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire* »[1945]. Il s'agit donc d'une obligation de publicité, dans une forme minimale, et avec un but moins précis. De nouvelles obligations à prendre en compte pour les opérations de quasi-régie, mais dont la forme n'est toujours pas imposée.

Toutefois, comme le remarque Laurent RICHER : « *l'opération interne doit être menée dans le respect du traité et, entre autres du principe de transparence, ce qui apporte, au moins en ce qui concerne le* in house*, une réponse à la question lancinante de savoir si les exceptions à la directive sont des exceptions aux principes* »[1946]. Or, la soumission des exceptions aux principes entraîne forcément une certaine hésitation quant à l'application des autres dispositions relatives à la commande publique européenne. D'autres dispositions que la transparence ne seraient-elles pas aussi applicables ? En réalisant une telle assimilation des liens de quasi-régie aux liens de commande publique soumis aux directives européennes, le juge encourage de fait la prudence non seulement quant au fond, mais aussi quant aux formes de ces liens.

Certes, il est certes impossible de lire, dans une interprétation stricte de la jurisprudence européenne, une obligation pour les collectivités publiques de formaliser un lien contractuel avec leurs quasi-régies. Seul le fond des obligations qui se réfèrent au droit européen de la commande

---

[1943] CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »*, § 48.

[1944] CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG : R.* p. I-10745 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 132-146, conclusions Nial FENNELY, note C. Maugüé ; *CMP* 2001, n° 2, p. 24-25, F. Llorens ; *Dr. adm.* 2001, n° 4, p. 17-18, note M.-Y. Benjamin ; *LPA* 2001, n° 85, p. 13-17, note B. Cantier et A. Troizier ; *AJDA* 2001, p. 110-112, note L. Richer ; *Public Procurement Law Review* 2001 p.NA57-NA63, note M. Dischendorfer ; *Deutsches Verwaltungsblatt* 2002, p.235-238, note S. Enzian.

[1945] *Ibidem,* § 55.

[1946] RICHER, Laurent, note sous CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : *AJDA* 2020, n° 2, p. 118.

publique est nécessaire. Néanmoins, il ressort de cette même méthode que la formalisation d'un tel lien serait plus prudente. Le droit français de la société publique locale n'a pas traduit cette prudence dans la loi, mais là encore, les indices implicites s'accumulent pour une utilisation raisonnée du contrat.

# II) Une contractualisation implicitement exigée par le droit français

Le droit positif français donne des indications concrètes sur la contractualisation ou non exigée des relations entre collectivités et SPL. Tout d'abord, plusieurs textes spéciaux les obligent à une contractualisation particulières avec leurs actionnaires (A). Cependant, si exigence de contractualisation il y a en droit français pour les SPL de manière générale, celle-ci ne serait qu'implicite (B).

## A) Des situations particulières requérant une contractualisation minimale

Certaines relations spécifiques de la commande publique, qui sont visées par l'exclusion de quasi-régie, se voient néanmoins soumises à des obligations contractuelles exceptionnelles. La SPL, exception du droit de la commande publique, échappe-t-elle à ces dispositions exceptionnelles supplémentaires? Une interprétation finaliste du droit de la commande publique, comme droit d'une plus grande concurrence et d'une meilleure gestion publique, et une interprétation restrictive de l'exception de quasi-régie, selon laquelle cette exception ne prime pas les autres exceptions (ou les principes, comme l'indique la Cour de justice pour l'arrêt *Irgita*), penchent dans le sens d'une application de ces dispositions exceptionnelles aux relations avec les SPL.

Il en est ainsi des délégations de service public incluant l'acquisition ou la réalisation de biens affectés au patrimoine d'un service sur lesquels les collectivités locales pourraient exercer un droit de retour ou de reprise[1947]. Dans ce cas assez fréquent en pratique, l'article L. 1523-4 du CGCT prévoit qu'à peine de nullité ces contrats incluent les conditions d'indemnisation de la partie

[1947] SESTIER, Jean-François, « Les biens de retour, entre liberté contractuelle et encadrement aménagé », *Contrats publics* 2013, n° 131, p. 79-82 ; JANICOT, Laetitia, LAFAIX, Jean-François, « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *RFDA* 2013, p. 513 ; LLORENS, François, « La théorie des biens de retour après l'arrêt 'Commune de Douai' », *CMP* 2013, n° 7, p. 7-18 ; LLORENS, François, SOLER-COUTEAU, Pierre, « Des nouvelles des biens de retour : quatre ans d'application de la jurisprudence 'Commune de Douai' », *CMP* 2017, n° 2, p. 1-2.

non amortie des biens susmentionnés[1948]. Cette obligation vise à indemniser les sociétés en cas de leur mise en liquidation, puisque, dans ce cas, ce même article L.1523-4 du CGCT prévoit la résiliation de plein droit de ces contrats et le retour gratuit des biens apportés par les collectivités au titre de l'opération[1949]. Dans ce cas, les relations entre collectivités territoriales et SPL impliquent nécessairement un conventionnement minimum prévu par ricochet par cet article, mais qui laisse le lecteur dans l'inconnu sur les autres clauses possibles de ces conventions.

Dans le domaine particulièrement encadré de l'aménagement[1950], d'autres situations particulières encore nécessitent une contractualisation légalement prévue. Les traités de concession d'aménagement et les conventions de mandat d'aménagement prévoient en effet certaines dispositions conventionnelles auxquelles la SPL en tant que quasi-régie n'échappent pas. Ces dispositions visent en effet non pas primairement les objectifs de transparence et de concurrence, mais un objectif de bonne gestion imposé par le législateur aux collectivités territoriales détaché de ces premiers objectifs. La preuve en est, tout simplement, que ces dispositions ont été mises en place alors même qu'il n'existait aucune obligation de concurrence et de transparence pour ces contrats lorsqu'ils étaient confiés à des établissements publics ou des SEML[1951].

La loi du 13 juillet 2006 créant les SPL d'aménagement[1952] ne prévoyait à l'origine qu'un seul domaine d'activité pour ces sociétés : la réalisation, pour le compte de leurs actionnaires, d'une opération d'aménagement au sens du Code de l'urbanisme[1953]. Ce champ d'action est désormais aussi ouvert aux sociétés publiques locales généralistes. Or, la notion d'opération d'aménagement renvoie à l'existence d'un acte synallagmatique signé entre le maître de l'opération et l'exécutant de celle-ci, tel que prévu désormais au Code de l'urbanisme aux articles L. 300-3 (convention de mandat) et L. 300-4 (traité de concession d'aménagement)[1954]. Ces deux conventions font l'objet de

---

[1948] DOURIENS, Nicolas, MOUSTIER, Roland de, « Notions de biens de retour dans les concessions de service public », *CMP* 2019, n° 6, p. 8-11.

[1949] LEHOUX, François, PACHEN-LEFEVRE, Marie-Hélène, « La rédaction des clauses relatives aux biens dans les DSP », *Contrats publics* 2015, n° 155, p. 66-70.

[1950] Voyez : SOLER-COUTEAUX, Pierre, CARPENTIER, Elise, *Droit de l'urbanisme, 7e éd.,* Paris : Dalloz, 2019, 1128 p. ; AUBY, Jean-Bernard, PERINET-MARQUET, Hugues, NOGUELLOU, Rozen, *Droit de l'urbanisme et de la construction, 11e éd.,* Paris : LGDJ, 2017, 1240 p. ; KALFLECHE, Grégory, *Droit de l'urbanisme, 2e éd.,* Paris : PUF, 2018, 416 p. ; JACQUOT, Henri, PRIET, François, SOAZIC, Marie, *Droit de l'urbanisme, 8e éd.,* Paris : Dalloz, 2019, 1384 p. ; DROBENKO, Bernard, *Droit de l'urbanisme, 13e éd.,* Paris : Gualino, 2018, 315 p. ; CHAMBORD, Olivier, *Droit de l'urbanisme et de l'aménagement,* Paris : Berger Levrault, 2018, 400 p.

[1951] DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP-A* 2006, n° 39, p. 1219.

[1952] Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, art. 20.

[1953] Art. L. 327-1 du Code de l'urbanisme, dans sa version en vigueur du 13 juillet 2006 au 30 mai 2010.

[1954] LIET-VEAUX, Georges, « Opérations d'urbanisme », fascicule 446-10, *JurisClasseur Administratif,* mise à jour 15 octobre 2010, § 10-11.

précisions assez strictes quant à leur contenu. Pour la convention de mandat, l'article L. 300-3 du Code de l'urbanisme précise qu'une *convention* détermine :

> *« 1° L'objet du contrat ; 2° Les conditions techniques, administratives et financières de la réalisation des prestations ou travaux du mandataire ; 3° Les conditions dans lesquelles l'Etat, la collectivité territoriale ou leurs établissements publics exercent un contrôle des prestations d'études ou un contrôle technique des travaux ou assurent la direction technique des travaux et procèdent à la réception des ouvrages ou bâtiments ; 4° Le cas échéant, les conditions dans lesquelles l'Etat, la collectivité territoriale ou leurs établissements publics mettent à la disposition de la personne publique ou privée désignée par la convention de mandat les fonds nécessaires ou procèdent au remboursement des dépenses exposées par elle. Dans ce dernier cas, la convention de mandat précise, s'il y a lieu, les garanties exigées ; 5° Les conditions dans lesquelles la conclusion des marchés peut être confiée au mandataire. Le mandataire peut être chargé de procéder, au nom et pour le compte de la personne publique, aux paiements afférents aux marchés publics nécessaires à l'exécution du mandat ».*

De son côté, le traité de concession doit être encore plus précis. Il doit indiquer, en plus de son objet, la durée du contrat, les conditions de rachat, et surtout les participations financières précises de chaque partie, le tout encadré dans ses modalités d'avenancement[1955]. Il doit en tout cas prendre la forme d'un « traité de concession »[1956]. Toutes ces indications doivent pouvoir

---

[1955] L'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme indique :
*« I. – Le traité de concession d'aménagement précise les obligations de chacune des parties, notamment :*
*1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé, ou modifié ;*
*2° Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant, ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire.*
*II. – Lorsque le concédant décide de participer au coût de l'opération, sous forme d'apport financier ou d'apport en terrains, le traité de concession précise en outre, à peine de nullité :*
*1° Les modalités de cette participation financière, qui peut prendre la forme d'apports en nature ;*
*2° Le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles ;*
*3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant ; à cet effet, le concessionnaire doit fournir chaque année un compte rendu financier comportant notamment en annexe :*
*a) Le bilan prévisionnel actualisé des activités, objet de la concession, faisant apparaître, d'une part, l'état des réalisations en recettes et en dépenses et, d'autre part, l'estimation des recettes et dépenses restant à réaliser ;*
*b) Le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses de l'opération ;*
*c) Un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice.*
*L'ensemble de ces documents est soumis à l'examen de l'organe délibérant du concédant ou à l'autorité administrative lorsque le concédant est l'Etat. Le concédant a le droit de contrôler les renseignements fournis, ses agents accrédités pouvant se faire présenter toutes pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification. Si le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dès la communication de ces documents et, le cas échéant, après les résultats du contrôle diligenté par le concédant, ces documents sont soumis, dans un délai de trois mois, à l'examen de l'organe délibérant, qui se prononce par un vote.*
*L'apport financier mentionné aux trois premiers alinéas du II du présent article est approuvé par l'organe délibérant du concédant ou par l'autorité administrative lorsque celui-ci est l'Etat. Toute révision de cet apport doit faire l'objet d'un avenant au traité de concession, approuvé par l'organe délibérant du concédant ou par l'autorité administrative lorsque celui-ci est l'Etat. »*

[1956] *Ibidem.*

s'appliquer aux contrats de ce type convenus avec les SPL, ce qui encadre largement la relation juridique des collectivités territoriales vis-à-vis de ces sociétés de ce point de vue.

De même, les exclusions de la quasi-régie ne semblent pas concerner les baux emphytéotiques administratifs (BEA) de l'article L. 1311-2 du CGCT[1957]. Ces baux issus du droit rural n'ont été acceptés comme outil de valorisation du domaine public qu'après une longue période d'interdiction, et leur régime de passation a évolué au fur et à mesure de l'application circonstanciée du droit des marchés publics lorsque le juge reconnaissait, adjoint à ce bail, un marché ou une concession[1958]. Néanmoins, à l'origine et encore aujourd'hui ces contrats ne sont pas uniquement des outils de la commande publique. L'application de la mise en concurrence et de la transparence à ces contrats est finalement assez incidente à leur régime général d'exécution et de passation[1959]. Or, pour leur création, l'article 1311-2 du CGCT renvoie aux articles L. 451-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, qui traitent du bail emphytéotique de droit civil, et qui précisent que « ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction »[1960]. La durée doit donc être convenue dans le bail. De plus, les articles du Code rural font eux-même référence aux règles générales des conventions du Code civil, ce qui induit que les BEA prennent bien la forme d'un contrat. Enfin, lorsque ces baux sont le support de constructions sous forme de crédit-bail prévus à l'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales, la loi prévoit qu'un « contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public »[1961] est établi entre les parties.

Dans ces quelques cas particuliers, une contractualisation semble légalement prévue, et les interprétations restrictives jouent dans le sens de leur application. Ces quelques exemples pointent déjà vers une contractualisation minimale des relations juridiques entre collectivités actionnaires et SPL. Le régime légal des SPL fait quant à lui référence, de manière cursive et indirecte, mais trop souvent pour l'ignorer, à la contractualisation de tels rapports.

## B) Un régime légal des SPL favorisant implicitement la contractualisation

---

1957 UBAUD-BERGERON, Marion, « Bail emphytéotique administratif », fasc. 109, *JurisClasseur Construction-Urbanisme,* mise à jour mai 2018, § 56-68 ; TIXIER, Jean-Luc, « Bail emphytéotique », *Répertoire de droit immobilier Dalloz,* actualisation février 2017, § 47 et s.

1958 ECKERT, Gabriel, « Bail emphytéotique administratif », fasc. 610, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics,* actualisation juin 2017, § 60 et 77.

1959 *Ibidem,* § 60 et s. pour la passation hors commande publique, et § 89-143 pour l'exécution.

1960 Pour le reste, l'article L. 451-3 renvoie en grande partie au Code civil, et pour les règles spécifiques du bail emphytéotique aux articles L. 451-4 à L. 451-13 du Code rural.

1961 CGCT, art. L1311-3.

Sur l'application du droit commun des contrats de la commande publique pour les contrats SPL-collectivités, comme l'indique avec pertinence Thomas ROUVEYRAN et Nathalie RICCI, « la question est en débat et la pratique reste à définir avec prudence »[1962], puisque « le législateur ne s'est pas prononcé et la doctrine très peu »[1963]. La codification récente du droit de la commande publique n'a aucunement rempli les vides juridiques existants en matière de précision sur la nature ou les natures possibles des liens de dévolution d'activités entre collectivités locales et SPL. L'acte relationnel de quasi-régie brille ainsi par son absence de définition légale ou réglementaire. Néanmoins, certains indices pointent vers la formalisation nécessaire d'une relation contractuelle.

### *1) Le caractère subsidiaire des délégations unilatérales*

Tout d'abord, le régime législatif des délégations de service public est significatif à l'égard de la contractualisation. En l'absence de régime législatif des délégations de service public unilatérales des SPL, au contraire du régime unilatéral légal des établissements publics, il paraît logique que ces dernières ne puissent avoir qu'un « caractère subsidiaire par rapport au contrat »[1964], comme le remarque François BRENET.

Il est vrai que la formulation elle-même de dévolution unilatérale est controversée[1965], car si la jurisprudence administrative française a indiqué que des délégations de service public pouvaient trouver leur origine dans des actes unilatéraux d'habilitation[1966], une interprétation restrictive de cette jurisprudence, plutôt logique étant donné les exigences de transparence et de concurrence issues du droit de l'Union européenne, souligne le caractère nécessairement borné « par un texte »[1967] de telles délégations de service public non contractuelles.

Ce caractère subsidiaire, et notamment la nécessité que l'habilitation unilatérale soit prévue dans un texte — sans doute de niveau au minimum législatif[1968] —, et l'absence de régime juridique

---

[1962] ROUVEYRAN, Thomas, RICCI, Nathalie, « Les contrats passés par les SPL », *Contrats publics* 2017, n° 131, p. 46.

[1963] *Ibidem.*

[1964] BRENET, François, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p. 14345.

[1965] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : dévolution unilatérale », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* folio n° 6160, mise-à-jour janv. 2009.

[1966] Voy. : CE, Avis, 9 mars 1995, n° 356931 : *EDCE* 1995, p. 399 : à propos des règles entourant le transport public de voyageurs en Ile-de-France ; CE, Ass., Avis, 28 sept. 1995, n° 357262 : *EDCE* 1995, p. 402 : à propos des règles relatives au transport de gaz ; et CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux,* n° 249832 : *R. Tables* p. 551 ; *BJCP* 2004, p. 464, concl. Glaser.

[1967] Selon la formule imprécise du Conseil d'Etat dans les décisions précitées (*cf* note précédente).

[1968] TABOUIS, Antoine, HOURCABIE, Aymeric, « Délégations de service public : Notion et régimes juridiques de la délégation unilatérale de service public », *CMP* 2005, n° 6, étude n° 13.

précis de cette délégation unilatérale ne jouent donc pas en faveur de son utilisation par les collectivités locales pour habiliter leur société publique locale.

### *2) Le paradoxe de l'exclusion s'excluant elle-même*

De plus, si la loi du 28 mai 2010 exclut les contrats avec les SPL des dispositions législatives relatives à la passation et à la formalisation des contrats de commande publique, l'inscription de cette exception dans le corpus législatif relatif à ces contrats de la commande publique paraît jouer dans le sens d'une application minimale des règles relatives aux contrats à ces relations.

Antérieurement à l'adoption du Code de la commande publique, l'exclusion inscrite à l'article L. 1411-12 du CGCT indiquait précisément que « les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 [du CGCT] ne s'appliquent pas aux délégations de service public » répondant aux critères du contrôle analogue et de l'exclusivité des activités. Ainsi, par déduction, les autres articles législatifs concernant les délégations de service public étaient encore applicables. Un cadre minimal d'une relation contractuelle apparaît ainsi[1969].

De surcroît, pour fonctionner et afin de ne pas tomber dans un paradoxe d'Epiménide, cette exclusion impliquait la prémisse de pouvoir définir une délégation de service public. Or, cette définition était justement l'apport de l'article L. 1411-1 du CGCT[1970]. Une certaine partie de l'article L. 1411-1 du CGCT est donc forcément utilisée pour exclure son application et l'application des autres articles. Mais, selon cet article justement, une délégation de service public « est un contrat ». La question de savoir si les délégations de service public à des SPL devaient prendre la forme d'un contrat était donc assez difficile à trancher, puisque l'exception de quasi-régie s'excluait de cet article. La logique veut que l'exception ne puisse s'exclure du tout, ou au moins du principe, sans empêcher toute possibilité de délimitation de son champ, notamment. Un tel raisonnement n'aboutit toutefois pas à l'obligation de passer par un contrat pour confier des activités à une SPL. Il semble que le Code e la commande publique ait répondu en partie, bien que de manière relativement confuse, à cette interrogation.

---

[1969] *Cf.* Chapitre suivant pour l'analyse des différents éléments de ce cadre lacunaire.

[1970] Définition issue de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre, mesures urgentes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF.

### *3) L'exigence probable de la relation contractuelle dans le Code de la commande publique*

La nouvelle rédaction de l'exclusion des quasi-régies dans le Code la commande publique est beaucoup plus parlante quant aux règles applicables. Cette rédaction a emporté l'abrogation de l'article L. 1411-12 du CGCT, mais ne l'a pas remplacé par une disposition équivalente, au contraire.

Dans ce nouveau Code de la commande publique, une exclusion générale existe bien, qui est située à l'article L. 1100-1, mais elle ne vise nullement les relations de quasi-régie[1971]. Pour trouver l'exclusion liée aux quasi-régies, le lecteur doit se reporter non pas à la partie générale définissant les contrats de la commande publique (livre premier de la première partie du Code, articles L. 1100-1 à L. 1122-1), mais dans les parties particulières régissant les règles des marchés publics et des concessions.

La définition de la situation de quasi-régie est prévue aux articles L. 2511-1 à L. 2511-5 pour les marchés publics, et dans des termes identiques aux articles L. 3211-1 à L. 3211-5 pour les concession. Elle permet de renvoyer à un premier régime d'exception : la lecture des articles préliminaires L. 2100-1 et L. 3100-1[1972], soumettant les contrats de marché public et de concession au Code, « sous réserve » des articles L. 2500-1 et L. 3200-1, qui renvoient à certaines catégories de contrats soumis à des règles particulières — dont font partie les contrats de quasi-régies.

Or, les règles particulières applicables aux quasi-régies, prévues aux articles L. 2521-1 à L. 2521-4 pour les marchés publics et L. 3221-1 pour les concessions, n'incluent pas l'exclusion de l'application des définitions générales des contrats. Il y a déjà, simplement dans l'articulation entre définitions et règles, la marque d'un changement important passant d'un régime d'exclusion à un régime simplement particulier. Les définitions générales des contrats ne sont plus exclues par les dispositions relatives aux quasi-régies.

Element plus probant, alors que la partie relative aux marchés publics de quasi-régie forme un régime très léger, ne permettant pas de savoir si la qualification de contrat doit être nécessairement retenue, la partie relative aux concessions parle, elle, uniquement de « contrats de

---

[1971] Mais elle vise toutefois une situation proche, le transfert de compétence entre personnes publiques : « 1° Des transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ».

[1972] Qui indiquent, pour l'article L. 2100-1 que « sous réserve des dispositions de l'article L. 2500-1, les marchés définis à l'article L. 1111-1 sont régis par les dispositions du présent livre », et pour l'article L. 3100-1 que « sous réserve des dispositions de l'article L. 3200-1, les contrats de concession définis à l'article L. 1121-1 sont régis par les dispositions de la présente partie ».

concessions ». La conclusion d'un contrat apparaît donc désormais comme un prérequis pour les collectivités et leurs SPL, au moins pour les concessions. Il paraît pourtant étrange qu'une même obligation ne soit, dans ce cas, pas applicable aux marchés publics.

De toute manière, l'exclusion des quasi-régies s'étant transformée en régime particulier à l'intérieur du régime général des contrats de commande publique, elle incite fortement à la prudence et à l'application par anticipation des règles les plus strictes qui paraissent pouvoir s'appliquer aux liens de prestations intégrées des SPL, sans aller évidemment jusqu'à la mise en concurrence — fondement originel de l'exception. Cette conclusion théorique se confirme en pratique dans les différents liens juridiques concrètement mis en place entre collectivités territoriales et SPL.

# III) Une prudente pratique contractuelle

En pratique il semble bien que les collectivités locales confient en grande majorité leurs activités publiques à leurs sociétés publiques locales sous forme contractuelle. Les pratiques relevées par les chambres régionales des comptes et les autres organes administratifs publics le démontrent incidemment (A). L'enquête qualitative directement mise en oeuvre pour cette recherche sur les SPL (en annexe), laisse de ce point de vue peu de doute : toutes les relations portées à la connaissance sont contractuelles, même si elles peuvent inclure des contrats *sui generis*, et des contrats sans négociation (B).

## A) La pratique indirectement entendue

La revue des différentes affaires contentieuses touchant à des SPL et des créations de SPL[1973] ne permet pas de déceler de moyens de transfert d'activités à ces sociétés autres que des conventions ou des contrats. L'absence de contentieux précisément contractuel entre une SPL et l'une de ses collectivités actionnaires empêche néanmoins toute conclusion définitive sur la question. Les rapports des chambres régionales des comptes sur les SPL ont une vision plus large. La conclusion en est néanmoins la même.

La trentaine de rapports de chambres régionales des comptes sur des sociétés publiques locales au 1er mai 2019 ne relève pas d'exemple de missions confiées à des SPL en dehors d'un

[1973] *Cf.* Annexe C relative aux contentieux de SPL en France.

cadre conventionnel[1974]. Au contraire, ces rapports relèvent uniquement des situations de contrats de concession d'aménagement, comme par exemple pour la SPL des Deux-Rives[1975], pour la Société d'Etudes, Maîtrise d'ouvrage et d'Aménagement Parisienne[1976], pour la Société d'Equipement de la Région Mulhousienne[1977] — ou des contrats de délégation de service public, comme pour la société publique locale Régie des eaux de Grenoble[1978], pour la SPL Société des Transports de l'Agglomération Nazairienne[1979], et encore pour la SPL de l'Aquabowling des Falaises[1980]. Les Chambres régionales des Comptes insistent d'ailleurs sur l'importance de respecter les contrats ainsi établis, soit dans le partage de responsabilités qu'ils établissent, soit dans les conséquences budgétaires et comptables qu'ils entraînent et qui doivent être régularisées par avenants à ces contrats.

Les exemples les plus parlants soulignent surtout des manquements à la rigueur contractuelle que les juges financiers n'apprécient guère. Ainsi par exemple, la CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur note que les contrats entre la SPL Tecelys et sa collectivité-actionnaire manquent de nombreuses précisions qui rendent le contrat très insuffisant en termes de valeur juridique, budgétaire et comptable[1981]. Autre exemple, dans son rapport d'observations définitives à la SPL d'équipement Montpellierrain, la CRC Occitanie incite celle-ci à renégocier certains de ses contrats à son avantage, car ils lui paraissent trop déséquilibrés en faveur de ses actionnaires collectivités territoriales[1982]. Enfin, à l'inverse, les collectivités territoriales peuvent accepter de prendre à leur charge des déséquilibres qui auraient pu, dans le cas d'un contrat avec le secteur privé, sans doute mener à des actions juridictionnelles. Ainsi pour la SEMAPA[1983], la CRC d'Ile-de-France remarque qu'une erreur contractuelle à propos du calcul du taux de réalisation des

---

1974 *Cf.* Annexe D, relative aux rapports de CRC sur des sociétés publiques locales.

1975 CRC Grand Est, Rapport d'observations définitives, Société publique locale des Deux-Rives, 15 mai 2018, 20 p.

1976 CRC Ile de France, Rapport d'observations définitives, Société d'études, maîtrise d'ouvrage et d'aménagement parisienne (SEMAPA), 15 septembre 2014, 116 p.

1977 CRC Alsace, Rapport d'observations définitives, Société d'équipement de la région Mulhousienne, 25 novembre 2014, 45 p.

1978 CRC Auvergne Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Régie des eaux de Grenoble, 28 juillet 2014, 47 p.

1979 CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives, Société des Transports de l'Agglomération Nazairienne, 20 décembre 2011, 8 p.

1980 CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, 51 p.

1981 CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Rapport d'observations définitives, SPL Tecelys, 3 juillet 2018, p. 21

1982 CRC Occitanie, Rapport d'observations définitives, Société d'équipement de la région montpelliéraine, 13 décembre 2018, p. 42

1983 CRC Ile de France, Rapport d'observations définitives, Société d'études, maîtrise d'ouvrage et d'aménagement parisienne (SEMAPA), 15 septembre 2014, p. 5, et p. 53-54.

opérations, soulevée par un précédent rapport de la Chambre, a été finalement rectifiée par avenant au détriment du passif de la collectivité actionnaire, alors qu'il s'agissait d'une erreur de plusieurs centaines de millions d'euros. Ces quelques illustrations pratiques démontrent à quel point le caractère contractuel semble l'emporter dans une situation où, économiquement et concrètement, la société de droit privé est en situation d'infériorité contractuelle, et pourrait être soumise à des actions unilatérales, comme des sanctions administratives, ou des exigences administratives de contrôle[1984]. Les juridictions administratives et les chambres régionales des comptes ne sont toutefois pas les seules institutions publiques à fournir de telles indications pro-contractuelles.

L'Inspection générale de l'Administration (IGA), missionnée pour répondre à une demande d'informations du ministère de l'économie et des finances dans le cadre des revues de dépenses — innovation législative prévue par la loi de programmation des finances publiques 2014-2019[1985] — aboutit aux mêmes observations[1986]. Dans ce rapport, intitulé « la maîtrise des risques des entreprises publiques locales », les services de l'inspection générale de l'Administration, à partir d'un étalonnage un peu plus important que celui des CRC — mais qui prend aussi en compte les sociétés d'économie mixte locales, ce qui affaiblit sa valeur probatoire pour notre propos — ne repèrent pas non plus autre chose que des « conventions » entre les collectivités locales et leurs entreprises publiques locales[1987]. Et même, la recommandation n° 13 de ce rapport[1988] fait écho aux idéaux contractualistes de la gestion des entreprises publiques tels qu'on les retrouve dans le rapport Nora de 1967[1989], c'est-à-dire que le contrat permet d'assurer à la fois un contrôle efficace pour les collectivités publiques et une responsabilisation importante pour ces entreprises publiques. Ces

---

[1984] *Cf. Infra* pour la discussion du pouvoir de contrôle de l'Administration à l'égard de son cocontractant de droit privé.

[1985] Loi n°2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, art. 22. Cf. BOUVIER, Michel, ESCLASSAN, Marie-Christine, LASSALE, Jean-Pierre, *Finances publiques,* 16e éd., 2017-2018, p. 388. Il convient de remarquer que ce nouvel outil, visant à mener des enquêtes administratives rapides à des fins d'économies budgétaires dans le cadre annuel des lois de finances, ne paraît pas à première vue adapté à une étude générale de l'efficience ou des risques des entreprises publiques locales. En effet, cette enquête-ci, concernant la maitrise des risques des entreprises publiques locales ne vise ni à des fins d'économies, ni à modifier les comportements des acteurs locaux, mais uniquement à une information nationale, d'ailleurs toujours pas mise en place.

[1986] France, Inspection générale de l'administration (IGA), Contrôle général économique et financier (CGEF), *Revue de dépenses - La maîtrise de risques des entreprises publiques locales*, juin 2017, p. 58.

[1987] *Ibidem,* p. 10.

[1988] *Ibidem.*

[1989] Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques,* avril 1967, 76 p. Ce rapport, communément connu sous le nom de « rapport Nora », est le premier rapport officiel français pointant, alors qu'il s'agit de délimiter le cadre du prochain plan quinquennal, que « l'économie de commandement n'est plus adaptée aux objectifs et aux moyens nouveaux » des entreprises publiques (p. 24), et que le rôle premier de l'entreprise publiques est l'efficience (p. 34). Etant donné que celle-ci ne se contrôle qu'à partir des moyens donnés et aux fins abouties, le contrôle ne doit s'exercer que dans ces limites, l'Etat doit aussi rester à sa place : contrôler le respect de l'intérêt public, tout en laissant les entreprises agir sur le marché. Cela favorise l'idée de relations contractualisées, l'Etat confiant la gestion concrète des activités publiques aux entreprises publiques.

échos prudentiels se retrouvent clairement dans la pratique telle qu'analysée selon une enquête directe auprès des sociétés publiques locales françaises.

## *2) La pratique directement entendue : les résultats de l'enquête sur les SPL*

Devant le flou important qu'apportaient les analyses purement légales, il nous a semblé important de pouvoir baser les conclusions aussi sur les pratiques concrètes et réellement mises en oeuvre des collectivités et des SPL. A cette fin, une enquête qualitative a été lancée sur les pratiques des SPL, auprès des services administratifs des SPL, des SPLA, incluant une question spécifique sur les liens juridiques de dévolution d'activités.

Afin de ne pas trop influencer les résultats et de laisser une grande liberté aux acteurs de décrire tous les moyens qu'ils utilisent, une formulation large a été adoptée. Celle-ci reprend néanmoins, pour faciliter la compréhension et de bien viser le lien juridique de délégation d'activités, l'idée de contrat, que les acteurs semblent plus facilement reconnaître. C'est notamment à partir des recommandations de la Fédération des Entreprises Publiques Locales, organisme de représentation et d'échanges des SPL et des SEML[1990], que ce choix a été fait. La Fédération, dont les recommandations sont très suivies par les acteurs de SPL, qui apparaît très définitive dans ses indications, et considère que « *l'absence de mise en concurrence entre les collectivités locales et leurs SPL ne signifie pas absence de liens juridiques simples et sûrs, bien au contraire. Toute mission déléguée donnera naissance à un contrat limité dans le temps qui régira et sécurisera les rapports entre les collectivités locales et leurs SPL* »[1991]. L'idée contractuelle est ainsi évoquée au début de la question de notre étude, et l'idée d'acte unilatéral, à la fin. La question (Question n° 10) se présente ainsi : « *Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ?* ». La formulation reste vague à dessein, souhaitait aboutir à faire remonter à la surface les liens les plus novateurs.

L'enquête a été réalisée au début de l'année 2020, à partir de la liste des SPL présentes sur l'annuaire de la Fédération des Entreprises Publiques Locales. Cet annuaire n'étant plus accessible directement, les SPL ont été contactées chacune distinctement, par mail, ou par messagerie électronique associée à leur site internet. Pour les SPL ne présentant pas de site internet, ou

---

[1990] BRAMERET, Sébastien, « La Fédération des entreprises publiques locales : un *lobby* institutionnalisé ? », *in* KERLEO, Jean-François, LEMAIRE, Elina, RAMBAUD, Romain (dir.), *Transparence et déontologie parlementaires: bilan et perspectives,* Paris : Institut Universitaire Varenne, 2019, 295 p.

[1991] Fédération des Entreprises Publiques Locales, note « Les sociétés publiques locales », 3 août 2017, disponible ici : http://www.lesepl.fr/pdf/note_societes_publiques_locales.pdf [récupérée le 10 novembre 2018].

d'adresse d'échanges électroniques (environ 20% des cas), la collectivité actionnaire principale a été contactée pour obtenir un moyen d'échanges électroniques avec le personnel administratif de la société.

L'objectif du questionnaire était d'obtenir des données qualitatives sur les pratiques administratives concrètes des SPL, exploitables et significatives en termes d'analyses juridiques. Il a donc été choisi de privilégier les réponses du personnel administratif (directeur ou responsable juridique, ou directeur général) au personnel politique (présidents, membres du conseil d'administration, collectivités actionnaires), afin d'obtenir des réponses les plus neutres et juridiquement précises possibles sur le fonctionnement des SPL. Afin d'assurer une plus grande liberté de parole, l'anonymat des résultats a été prévue et assurée aux répondants.

Concernant les résultats, sur 374 SPL (SPLA incluses), 37 ont répondu, dont 2 pour indiquer leur refus de participer à l'enquête. Le taux de réponses exploitables est donc de 9,35%. Cela est en soi une donnée intéressante à exploiter, puisqu'elle démontre un certain manque de transparence et de réactivité de la part de ces structures. Elle implique aussi que les conclusions à tirer des réponses utilisables sont difficilement généralisables à toutes les SPL mais, s'agissant d'une enquête qualitative, les réponses quantitatives sont de toute manière moins importantes que des réponses significatives bien que minoritaires.

Concernant les liens juridiques entre SPL et actionnaires, quelques chiffres peuvent toutefois être relativement intéressants à donner. Ainsi, sur les 35 réponses exploitables, 23 ont indiqué avoir passé avec leurs collectivités actionnaires des « délégations » ou « délégations de service public », soit 66% des répondants. Aucun autre lien juridique mentionné ensuite ne dépasse les 17% de mention, c'est-à-dire les 6 réponses : il s'agit notamment des « mandats » de manière large. Viennent ensuite les « marchés publics » et « marchés publics *in house* » qui sont mentionnés dans 5 réponses (soit 14%). Intéressants par leur rareté et leur exotisme juridique en l'occurrence pour une SPL les réponses indiquent : des « conventions d'objectifs et de moyens » (3 mentions), des « contrats de prestations intégrées » (2 mentions), une « convention de partenariat » (1 mention), et enfin, un « contrat *sui generis* » (1 mention). Par contre, aucune réponse n'indique utiliser la méthode de l'acte unilatéral. Avec un score de 100% de réponses négatives, c'est donc encore cette dernière catégorie qui est la réponse qui ressorte le plus significativement de cette étude. Mais, comme nous l'avons déjà indiqué, une telle enquête qualitative se prête mal à des conclusions quantitative. Par contre, les réponses concernant des contrats *sui generis*, des conventions de partenariat, et des convention d'objectifs et de moyens sont particulièrement significatives de la grande liberté que peut prendre la forme juridique de translation d'activités à la SPL. Par exemple, l'idée qu'une simple « convention de partenariat » serait suffisante pour confier une activité

publique de manière juridiquement sécurisante à une SPL est en soi assez inquiétante, bien qu'un nom anodin puisse cacher des obligations très précises, et vice-versa, une qualification contractuelle pourrait au contraire manquait de précision juridique. C'est surtout l'absence de relation unilatérale qu'il convient de retenir à ce stade de l'étude.

Une des réponses élabore d'ailleurs au sujet de la forme des contrats, dans un sens particulièrement significatif. Dans la réponse A-23, le répondant indique que « *la question de la forme du contrat ne se pose pas en pratique : on invente ce qu'on a envie d'inventer au cas par cas* ». Cette réponse est très parlante puisqu'elle montre bien que les acteurs ont assimilé le fait que la liberté juridique des collectivités locales est démultipliée par l'absence d'obligations précises sur le lien de quasi-régie des SPL. Toutefois, même dans cet espace de liberté, le réflexe contractuel ou conventionnel reste la limite idéologique, et l'idée d'unilatéralité est écartée sans hésitation.

Plusieurs explications peuvent être avancées pour expliquer ce rejet de l'unilatéralité, et aucune ne peut être présentée comme la seule probante. Premièrement, l'assimilation toute simple des contrats de quasi-régie des SPL au régime général de la commande publique peut expliquer ce tropisme. Secondement, dans le même ordre d'idée, la prudence peut jouer un rôle important, dans le sens où les liens de quasi-régie des SPL n'étant pas encore juridiquement stabilisées, la prudence conseille de suivre le modèle de la commande publique. Mais, face à la liberté qui apparaît dans la formation et la définition de ces liens, comme l'exemplifient les appellations de « contrats *sui generis* », ou « conventions de prestations intégrées », le caractère de société de droit privé des SPL ne peut-il pas jouer un rôle dans le rejet d'un unilatéralisme pourtant théoriquement possible ? Les établissements publics n'en font pas les frais, eux.

## Conclusion de la section 2 : des indices théoriques et formels peu probants

Seul le cumul des indices pratiques et législatifs amène à concevoir que des activités publiques déléguées de façon unilatérale, officiellement ou officieusement, relèveraient dans tous les cas de situations exceptionnelles ou anormales[1992]. Cela signifie-t-il que le cadre normal des relations entre actionnaires publics et SPL est bien celui de la prestation contractuelle ? Claude DEVES affirmait en 2006 que « dans le droit français, ce contrôle *in house* ne peut, semble-t-il, se

[1992] BRENET, François, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p. 14345.

concevoir sans l'existence d'un lien contractuel »[1993]. Pourtant, ce cadre juridique n'est fixé ni au niveau national ni au niveau européen. Le lien de quasi-régie, pourtant au coeur même du raisonnement juridique européen, n'aurait-il pas mérité une attention plus poussée du législateur ? N'aurait-il pas mieux valu accompagner la possibilité institutionnelle d'une situation de quasi-régie d'une possibilité matérielle de quasi-régie, par un acte juridique régissant les relations matérielles entre les personnes ? Il nous semble que cela serait une précision bienvenue et aisément applicable. Pour l'instant seule la prudence (et certains cas particuliers) peuvent inciter les collectivités locales à utiliser systématiquement la voie contractuelle lors de la délégation d'activités publiques. Ce constat revient à nuancer l'intuition de Claude DEVES, car le lien contractuel n'est pas forcément assuré dans le cas de la SPL.

Cependant, l'utilité de la contractualisation, qui permet au cocontractant de l'Administration d'avoir si ce n'est la liberté, du moins l'impression de s'engager de lui-même dans une relation juridique forte de conséquences[1994], n'est plus à démontrer, et paraît particulièrement intéressante dans le cadre des sociétés publiques locales. De nombreux commentateurs français penchent pour une contractualisation des relations de prestations intégrées des SPL, sans établir leurs raisons pour ce choix. Cela est sans doute dû au fait que la contractualisation est devenue évidente dans le droit de la commande publique française et paraît à bien des égards nécessaire à l'organisation une bonne gestion publique[1995]. Elle peut aussi prendre ses racines dans la recherche d'une sécurité juridique que n'assure pour l'instant pas l'absence de cadre juridique précis des contrats de quasi-régie des SPL. Pour reprendre le constat de Stéphane BRACONNIER, le droit moderne des marchés publics est un droit entre « responsabilisation et libéralisation »[1996], et l'idée contractuelle est à la charnière de ces notions[1997].

---

[1993] DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP-A* 2006, p. 1219.

[1994] GAUDIN, Jean-Pierre, *Gouverner par contrat, 2e éd.,* Paris : Les Presses de Sciences Po, 2007, p. 56.

[1995] Comme le souligne l'inscription du principe « de la bonne utilisation des deniers publics », la première fois à l'article 1er du Code des marchés publics de 2001, et repris dans le Code la Commande Publique de 2018, à l'article L3. Voy. BOITEUX, David, « Le bon usage des deniers publics », *RDP* 2011, n° 5, p. 1099 ; BONTRON, Marie-Charlotte, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique,* thèse de doctorat: droit public, Montpellier, 2015, p. 60-63, et p. 76 et s. ; KALFLECHE, Grégory, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, thèse de doctorat : droit public, 2004, p. 561 et s., et p. 592 et s.

[1996] BRACONNIER, Stéphane, « Le nouveau code des marchés publics - entre responsabilisation et libéralisation », *JCP-E* 2004, n° 18, p. 647.

[1997] GARBAR, Christian-Albert, « Performance et contractualisation de l'action publique », *in* ALBERT, Nathalie (dir.), *Performance et droit administratif,* Paris : Litec, 2010 p. 133.

# Conclusion du chapitre : une soumission volontaire au cadre contractuel

La possibilité pour les relations de prestations intégrées de passer par la voie unilatérale ne devrait pas, pour les sociétés publiques locales, être écartée sans une réflexion approfondie sur la question. L'intérêt d'une telle procédure permettrait en effet aux collectivités publiques d'assurer très clairement leur maîtrise de l'outil SPL, et par-là leur contrôle analogue de celui-ci.

Les arguments théoriques sur la question qui écartent cette possibilité ne semblent pas assez probants. En réalité, d'un point de vue théorique, le lien de quasi-régie de la SPL renouvelle profondément, en les affaiblissant et en les relativisant, les distinctions entre acte unilatéral et acte contractuel. L'analyse critique de la jurisprudence et des textes aboutit à constater que les textes lacunaires en laissent la possibilité, et que le juge administratif ne s'y opposerait pas, bien qu'à des conditions qui rapprocherait cet acte unilatéral d'un acte contractuel.

Cependant, que de nombreux indices pratiques jouent en défaveur de l'acte unilatéral. Il faut reconnaître tout d'abord que de tels liens unilatéraux nécessiteraient une certaine audace juridique des collectivités qui souhaiteraient les mettre en place, les textes ne les prévoyant pas explicitement. Le régime légal mis en place, bien qu'implicitement, a plutôt tendance à favoriser la contractualisation. Certaines situations exceptionnelles, prévues légalement, nécessitent de questionner et de replacer l'exception de quasi-régie des SPL dans le cadre plus général de la commande publique, et sa place relative face aux autres exceptions de ce droit. Elles entraînent, par prudence, la contractualisation de certains liens devant prendre légalement une forme précise, par défaut contractuelle. De manière générale, l'interprétation restrictive de l'exception des prestations intégrées amène aussi à une grande prudence dans l'inventivité dont pourraient faire preuve les collectivités locales par rapport aux principes du droit de la commande publique : les dernières décisions jurisprudentielles portent particulièrement dans ce sens.

Enfin, l'observation de la pratique des SPL amène à penser que la voie unilatérale n'est plus une technique adéquate pour les impératifs modernes de plus en plus pressants de bonne gestion et de gestion consensuelle. Cela conduit à considérer que c'est la voie contractuelle qui est privilégiée pour l'utilisation de la SPL. Or, non seulement l'analyse formelle, mais aussi l'analyse critique aboutissent à considérer que cette technique n'est pas innocente dans son utilisation. Le régime juridique n'est évidemment pas identique. L'une des conséquences les plus visibles, et particulièrement paradoxales pour des instruments de quasi-régie, est l'égalisation juridique des relations contractuelles qui se mettent en place entre collectivité territoriale et société publique

locale. Cette égalité entraîne de fait la possibilité d'une certaine concurrence entre ces deux personnes allant à l'inverse même des fondements explicatifs de la théorie de la quasi-régie.

# Chapitre 2
# Une relation contractuelle paradoxalement émancipatrice

> « L'abolition des différences entre les personnes est inhérente au contractualisme. Les seules inégalités légitimes dans l'ordre contractuel sont celles de la richesse. Toutes les différences de traitement qui ne relèvent pas de cet étalon monétaire, mais procèdent de la qualité des personnes sont appelées à tomber sous le coup de la prohibition des discriminations. L'extension de l'ordre contractuel va donc nécessairement de pair avec celle du principe d'égalité. »
>
> Alain SUPIOT, « les deux visages de la contractualisation »[1998]

Le lien contractuel mis en place entre les collectivités territoriales et leurs SPL pose de nombreuses questions. L'état de dépendance des SPL par rapport à leurs collectivités territoriales actionnaires, s'il n'empêche pas la contractualisation, n'entraîne-t-il cependant pas d'autres conséquences juridiques sur le régime de ces contrats ? Pour le dire autrement, les règles particulières entourant ces contrats, qui ont pour but d'effacer théoriquement l'un des deux contractants au regard des règles de la commande publique, ont-elles des répercussions juridiques sur le régime de ces contrats ? Comme le relève Elise MOURIESSE, la question se pose de savoir si ces contrats ne sont pas si particuliers qu'ils ne formeraient pas un nouveau type de contrats, avec leur régime juridique propre et différencié des contrats administratifs établis entre personne publique et personne privée, un « contrat spécial »[1999]. L'étude des obligations contractuelles, même lacunaires, relatives aux relations entre société publique locale et collectivité territoriale actionnaire, permet d'établir que le cadre contractuel de la quasi-régie est soumis à de nombreuses obligations communes à tous les contrats publics, ainsi qu'aux principes des contrats de la commande publique[2000]. Une première conséquence qui ressort de cette réglementation est celle, paradoxale par rapport à la finalité même de la quasi-régie, d'une autonomisation gestionnaire, administrative et

---

[1998] SUPIOT, Alain, « Les deux visages de la contractualisation : décontrstruction du Droit et renaissance féodale », *in* CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David, *Approche critique de la contractualisation,* Paris : LGDJ, 2007, p. 23.

[1999] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Bruylant, 2017, p. 277.

[2000] Voyez notamment : CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

juridique des sociétés publiques locales dans leurs relations avec leurs collectivités actionnaires (section 1). Encore plus paradoxal, cette contractualisation aboutit à une réintroduction d'obligations et d'incitations pro-concurrentielles dans les relations entre SPL et collectivités, par le biais des injonctions de bonne gestion publique, et des autres principes contractuels applicables à la situation (section 2).

# Section 1 : Un renforcement conséquent de l'autonomie des SPL

Les conséquences juridiques des contrats entre les SPL et leurs collectivités locales dépendent particulièrement de leur opposabilité juridictionnelle. Or, malgré la distinction frêle entre les actes unilatéraux et les contrats en droit administratif (*cf*. chapitre précédent), l'étude du régime juridique des contrats publics lorsqu'ils sont appliqués aux SPL démontre que la relation et la théorie de quasi-régie ne s'oppose pas à accorder une force et une opposabilité juridiques importantes à de tels contrats (I). Cette importante juridicité entraîne par conséquent une relative égalisation des parties contractuelles, ce qui renforce encore, de façon circulaire, cette dynamique d'autonomisation de la SPL, donnant ainsi une indépendance beaucoup plus importante que prévue par ses créateurs, aux sociétés publiques locales (II).

## I) La forte juridicité des contrats entre collectivités et SPL

Les actes passés par les collectivités actionnaires avec leurs SPL et qualifiés nominalement de conventions ou de contrats ont-ils toutes les caractéristiques matérielles et la portée juridique de ces qualifications ? La question peut en effet se poser tant le juge administratif répugne à reconnaître la possibilité de relations juridiques pleinement contractuelles au sein d'une même personne publique[2001]. Or, par définition, les SPL répondant aux conditions de prestataires intégrées doivent être considérées, pour reprendre les termes de Laurent RICHER et François LICHERE,

---

[2001] FATOME, Etienne, MENEMENIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67 ; les arrêts étudiés *supra :* CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R.* p. 659 ; CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline ; et CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736 : *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher, p. 1153, édito L. Richer ; *RFDA* 2007, p. 821, concl. Séners, note J.-C. Douence ; *JCP A* 2007, n° 2111, note M. Karpenschif et n° 2125, note F. Linditch ; *CMP* 2007, n° 191, note G. Eckert ; *D.* 2007, p. 2617, note G. Clamour ; *RDP* 2007, n° 5, p. 1367, note O. Bui-Xuan ; *Concurrences* 2007, n° 3, p. 169, note B. du Marais et A. Sakon.

« comme si la prestation était fournie en régie »[2002]. Ce rapprochement signifie-t-il que le contrat de prestations intégrées des SPL doit être considéré comme un contrat spécifique, ou qu'il n'est pas un véritable contrat ? La capacité de négociation des SPL étant concrètement restreinte dans ces contrats où les actionnaires choisissent ou non de leur confier une activité, la force juridique des contrats ainsi passés pourrait aussi être mise en doute par le juriste : un véritable contrat peut-il être passé avec une SPL alors que les textes recherchent justement à organiser l'absence d'autonomie de la volonté de celle-ci ? L'analyse concrète de la jurisprudence administrative sur ces points démontre cependant que les actes translatifs d'activités entre collectivités locales et SPL restent bien dans le domaine contractuel (A), et qu'ils entraînent par conséquent une répartition particulière de responsabilités synallagmatiquement convenues, d'une valeur juridique forte (B).

## A) L'inconséquence de la fiction de quasi-régie dans la capacité à contracter

L'idée même justifiant la théorie de la quasi-régie implique le rejet d'une interprétation positiviste[2003], ou formaliste[2004] et l'adoption d'une vision réaliste[2005] des relations SPL-collectivités, dans le but d'admettre que la volonté de l'une ne se distingue pas concrètement de la volonté de l'autre, et justifie une exception au droit de la commande publique. Pour que la qualité de personnalité juridique distincte n'obère pas la reconnaissance d'une même volonté pratique, le juriste doit ici rejeter un instant les habits du positivisme pour endosser ceux du réalisme. Mais comment, une fois cet esprit réaliste adopté, estimer alors qu'un acte synallagmatique pourrait être ensuite convenu, alors qu'il n'y a concrètement qu'une seule volonté ? En réalité, en théorie, même dans ce cas, la fiction de l'absence d'autonomie n'empêche pas la possibilité théorique et juridique de conclure des conventions à l'opposabilité importante (1). Cependant, il convient plutôt de

---

2002 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 389.

2003 C'est-à-dire qui s'arrête aux normes édictées, comme le fait que la SPL ait bien une personnalité juridique propre, puisqu'elle a été créée selon les normes supérieures régissant la création des sociétés anonymes, qui possèdent de par la loi une personnalité juridique distincte de leurs actionnaires. Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, le droit positif est « l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un pays donné à un moment donné ». CORNU, Gérard, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, 12e éd.,* Paris : PUF, 2018, p. 778.

2004 CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologie du droit et des sciences du droit, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 2016, p. 110 et s.

2005 C'est-à-dire qui cherche à aller au-delà du positivisme. De nombreux courants réalistes peuvent être distingués ici, voyez : CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologie du droit et des sciences du droit, 2e éd.,* Paris : Dalloz, 2016, p. 164 et s. Nous pouvons retenir ici celui de François GENY, qui invitait à l'analyse critique de la jurisprudence et des actes concrets (GENY, François, *Science et technique en droit privé : nouvelle contribution à la critique de méthode juridique,* Paris : LGDJ, 1922, p. 144), et celui de Léon DUGUIT, pour qui « la science du droit, si elle existe […] n'a pas pour objet des fictions ou des abstractions, mais des faits concrets » (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel, 2e éd.,* Paris : de Boccard, 1921, vol. 1, p. 329).

reconnaître que la Cour de justice a souhaité adopter et promouvoir une interprétation réaliste dans un cadre très restreint, celui de la reconnaissance de l'exception de quasi-régie, et qu'il faut dans les autres domaines d'interprétation reprendre une interprétation juridique formelle, ce qui aboutit à constater que collectivités territoriales et SPL ont toute latitude pour passer entre elles de véritables contrats, la théorie de la quasi-régie n'entraînant aucunement une telle impossibilité (2).

1) La possibilité théorique de contracter même en l'absence d'autonomie de la SPL

Question certes théorique, mais aux conséquences pratiques importantes, la théorie de la quasi-régie, impliquant l'inexistence de l'autonomie de la volonté de la personne contrôlée, n'empêche-t-elle pas de considérer que la SPL ne peut contracter valablement avec la ou les collectivités qui la contrôlent ?

Illusion et réalité sont parfois difficilement discernables en droit[2006]. Le voile de la technique juridique masque souvent des réalités pratiques bien différentes du langage juridique : c'est l'éternel débat sur le caractère véritablement conceptuel ou purement empirique du droit[2007]. De nombreux auteurs se sont par exemple interrogés, sans s'accorder définitivement sur la solution, sur la nature contractuelle ou institutionnelle du contrat de société[2008]. Pour ce qui concerne la société publique locale notamment, un premier contrat sociétal n'obère-t-il pas la réalité d'un deuxième contrat dévolutif d'activités ? En effet, théoriquement, le premier contrat organise le rattachement institutionnel de la SPL à ses actionnaires, c'est-à-dire « l'organisation interne »[2009] — pour reprendre les termes de l'Avocat général COSMAS dans sa conclusions sous l'affaire *Teckal* — qui

---

2006 Voyez notamment sur l'importance de la fiction en droit : ROUX-DEMARE, François-Xavier, DIZES, Marie-Charlotte (dir.), *Les fictions en droit,* Paris : Institut Universitaire Varenne, 2018, 204 p. ; CAIRE, Anne-Blandine (dir.), *Les fictions du droit, les artifices du droit,* Clermont-Ferrand : éd. Centre Michel de L'Hospital, université d'Auvergne, LGDJ, 2015, 198 p. ; WICKER, Guillaume, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique,* Paris : LGDJ, 1996, 440 p. ; KELSEN, Hans, *Les fictions du droit, Kelsen lecteur de Vaihinger* présentation et traduction par Christophe Bouriau*,* Paris : ENS éd., 2013, 100 p.

2007 Voyez : WALINE, Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques, *in* DABIN, Jean, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin,* Paris : Sirey, 1963, p. 359 et s. ; et ROSS, Alf, *Introduction à l'empirisme juridique,* Paris : LGDJ, 2004, 240 p. Pour un exposé très équilibré sur la question : PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 542-549. Voyez aussi, pour des études sectorielles : FORTSAKIS, Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1987, 542 p. ; LAINE, Julien, *Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel,* thèse de doctorat : droit public : université de Lille 2, 2011, 660 p.

2008 Voyez : RECEVEUR, Bee, *La force obligatoire du contrat de société : Contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés,* Paris : LGDJ / Université de Cergy-Pontoise, 2017, 436 p. ; Voyez aussi sur la distinction entre contrat et institution : CORBISIER, Isabelle, *La société : contrat ou institution ?: Droits étasunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*, Bruxelles : Larcier, 2011, 733 p. ; PEGLOW, Kerstin, *Le contrat de société en droit allemand et droit français comparés,* Paris : LGDJ, 2003, 640 p. ; BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société,* Paris : LGDJ, 2004, 190 p.

2009 Conclusions COSMAS sous CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Rec.* 1999, p. I-8121, § 59.

amène à considérer que la relation ultérieure « ne pourrait être considérée comme un marché »[2010]. Cette conclusion n'emporte néanmoins pas comme conséquence l'impossibilité de contractualiser. L'étude de la théorie de l'autonomie de la volonté, certes à la base idéologique du droit des contrats français, démontre que celle-ci ne s'y oppose pas ni en droit privé (a) ni en droit administratif (c), sachant que même l'agence de personnalité morale distincte a pu être considérée comme un élément de moins en moins pertinent dans la définition d'un contrat (b).

a) Théorie du contrat de droit privé et autonomie de la volonté

La théorie de l'autonomie de la volonté dans l'explication du droit des contrats moderne a longtemps fait partie des dogmes respectés du droit privé français[2011]. Selon Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, « le principe de l'autonomie de la volonté servait à expliquer et justifier la force obligatoire du contrat »[2012]. Or, selon les dernières interprétations de la théorie de la quasi-régie, résumées par l'Avocat général MENGOZZI dans ses conclusions sous l'arrêt *Technische Universität Hamburg-Harburg* du 8 mai 2014 : « le fondement de l'exception 'in house' se trouve dans la circonstance que la conclusion du contrat en cause n'est pas l'expression de volontés autonomes des entités qui y sont parties, mais d'une volonté unique »[2013]. Comment alors imaginer que les SPL puissent passer de véritables contrats, incluant une force obligatoire, avec les collectivités dans lesquelles elles se confondent ? La réponse en est simple : la théorie de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui largement remise en cause, et ne doit pas se confondre avec la liberté contractuelle, non seulement en droit privé, mais aussi et sans doute surtout en droit des contrats administratifs français.

Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET estiment ainsi qu'aujourd'hui, dans une acceptation moderne du droit des contrats, « plus personne ne voit dans les volontés ou dans leur accord le véritable fondement de la force obligatoire du contrat »[2014]. Le principe d'autonomie de la volonté, pour expliquer le droit des contrats, se concilie désormais avec les principes plus modernes (ou plus anciens) du juste et de l'utile, mais aussi avec les éléments du

---

2010 *Ibidem.*

2011 RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept,* Paris : PUF, 1980, 165 p. ; GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Étude critique de l'individualisme juridique,* Paris : A. Rousseau, 1912, 470 p.

2012 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 147.

2013 Conclusions MENGOZZI, arrêt CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH contre Datenlotsen Informationssysteme GmbH* : *ECLI:EU:C:2014:23.*

2014 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 174.

droit positif imposant, prévoyant ou encadrant une telle force obligatoire[2015]. La question n'est donc plus de savoir si la SPL est suffisamment autonome pour se lier contractuellement avec ses actionnaires, mais s'il est juste et utile qu'elle le soit, ou si cela est prévu par des textes normatifs. La réponse à cette question est évidemment bien différente de la première : il s'agit alors de se pencher plus sur la capacité de contractualiser de la société publique locale. Le juge civil semble être très soucieux de lier capacité de contractualiser et personnalité juridique[2016]. Les exceptions à cette règle paraissent restreintes aux dispositions de l'article 1145 du Code civil issu de ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui restreint la capacité des personnes morales aux « actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts »[2017]. Au-delà, la capacité contractuelle ne saurait être contestée aux sociétés publiques locales, même si elles ne paraissent pas autonomes.

b) Théorie du droit administratif et absence de personnalité distincte

La solution est encore plus évidente en droit administratif. En effet, la question de savoir si une personnes morale peut avoir des relations contractuelles avec elle-même fait déjà l'objet d'études approfondies, qui tendent vers une réponse positive — malgré certaines hésitations, comme le démontre encore la définition du contrat de Benoît PLESSIX[2018]. La SPL possédant quant à elle la personnalité morale par définition, ce problème doit être rapidement écarté. L'observation de l'opposition entre les positions strictes des uns et les positions plus ouvertes des autres se présente néanmoins comme un préalable nécessaire à la compréhension de la portée des contrats de la SPL.

La comparaison avec la possibilité de contractualiser à l'intérieur d'une même personne publique incite à pencher en faveur d'une réelle possibilité de contractualiser des sociétés publiques locales. Sur la possibilité des personnes publiques de contractualiser avec soi-même, la position doctrinale a été longtemps confuse car initialement la majorité des auteurs s'accordait à reconnaître que l'unité de la personnalité juridique entrainait la conséquence que « les services n'ont pas la capacité de contracter »[2019], ce que la lecture de la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans un avis du

---

[2015] TERRE, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, CHENEDE, François, *Les obligations, 5e éd.,* Paris : 1994, n° 27.

[2016] GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 787-792. A l'inverse, pour une association non déclarée par exemple : Cass. civ. 1e, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 159

[2017] L'article 1145 du Code civil issu de ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précise exactement que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

[2018] Selon cet auteur, « pas plus qu'un être humain, une personne publique ne saurait contracter avec soi-même : il ne saurait y avoir contrat qu'entre personnes juridiques distinctes et autonomes, seules douées du pouvoir légal d'exprimer une volonté au moyen de leurs organes, lesquels peuvent être revanche être pluriels », PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 1009.

[2019] DELCROS, Bernard, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat,* Paris : LGDJ, 1976, p. 37.

6 mai 1958, semblait confirmer[2020]. Selon la thèse de Frédéric ROLIN, le Conseil d'Etat avait admis vers cette date que « des services de l'Etat puissent tisser entre eux des relations, mais celles-ci ne sont pas contractuelles »[2021]. La question n'est donc pas celle de l'existence d'un contrat, mais celle de la portée de telles obligations. Il a cependant été conclu que cette règle n'était ni absolue ni opposée aux principes du droit administratif[2022]. Ainsi, selon une étude d'Alain-Serge MESCHERIAKOFF en 1997, il serait même « non seulement possible, mais encore souhaitable que le droit français puisse organiser et régir la dynamique actuelle des techniques contractuelles au sein de l'Administration en définissant une catégorie de règles contractuelles d'ordre intérieur »[2023]. Le droit positif depuis ne semble plus y être opposé. Dans sa thèse sur les conventions d'administrations de 2014, l'analyse de la jurisprudence et du droit positif amènent Sébastien HOURSON à la conclusion que, même dans les cas où la personnalité juridique n'est pas complète, la possibilité de contracter peut être encore présente[2024]. La division d'un patrimoine ou de l'autorité dans plusieurs organes suffiraient aussi à conférer certains effets obligatoires à des conventions à l'intérieur d'une même personne morale[2025], même s'ils rendent difficile un contrôle juridictionnel et une juridicité entière de celles-ci. A fortiori, la SPL possédant une personnalité juridique propre, il paraîtrait extrêmement incohérent de dénier à celle-ci la possibilité de contractualiser avec des personnes juridiques distinctes, même si celles-ci la contrôlent d'une manière ou d'une autre.

c) Théorie du droit administratif et autonomie de la volonté

Si l'absence de personnalité juridique propre ne peut empêcher, en théorie, à des services de personnes publiques de contractualiser, la présence d'une personnalité juridique est-elle suffisante ? Il s'agit là de rechercher quelles pourraient être les limites issues du droit administratif pour la société publique locale de contractualiser.

La première hypothèse pourrait être, comme en droit privé, celle de l'absence théorique d'autonomie de la volonté de pour les SPL. Cette hypothèse est néanmoins encore moins opposable en droit administratif qu'en droit privé. En effet, si selon Sébastien SAUNIER l'autonomie de la volonté est « une philosophie dominante du droit des contrats administratifs », elle n'est toutefois

---

[2020] CE, Section des Travaux Publics, 6 mai 1958, avis n° 274-337 : « considérant […] que la poudrerie nationale de Pont-de-Buis n'a pas de personnalité distincte de celle de l'Etat ; qu'elle est juridiquement un service d'Etat dépendant du ministère de la défense nationale ; que dans ces conditions, […], elle ne peut passer un contrat avec l'Etat ».

[2021] ROLIN, Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publique,* thèse de doctorat : droit public : Université de Paris II, 1997, p. 350.

[2022] MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « Ordre administratif intérieur et contrat », *RFDA* 1997, p. 1129 et s.

[2023] *Ibidem.*

[2024] HOURSON, Sébastien, *Les conventions d'administration,* Paris : LGDJ, 2014, p. 204-208.

[2025] *Ibidem,* p. 224-225.

pas « un principe consacré par le juge administratif »[2026]. Cette distinction est importante car, note Benoît PLESSIX, si la tendance est aujourd'hui à la reconnaissance de « l'unité de la technique contractuelle par-delà l'absurde césure académique entre le droit privé et le droit public »[2027], cette unité des droits du contrat n'a pas favorisé le retour du principe de l'autonomie de volonté comme fondement ni de la distinction entre contrat public et acte unilatéral[2028], ni comme fondement des effets juridiques du contrat administratif[2029]. A l'instar du droit privé, dans le droit administratif aussi les idées de juste et d'utile sont mises en valeur, et l'idée de capacité contractuelle semble plus conforme à la réalité jurisprudentielle que celle de l'autonomie de la volonté. L'absence présupposée par la théorie de la quasi-régie d'autonomie de la volonté ne pourrait donc entraîner l'impossibilité de contractualiser pour la SPL.

La capacité contractuelle des SPL est-elle quant à elle limitée par le droit administratif sur la base de la théorie de la quasi-régie ? En droit privé cela ne semblait pas possible. En droit administratif, la question se pose surtout pour les limites des compétences et des formes d'expression de la volonté de contracter des personnes publiques[2030]. Elle ne se pose pas pour des personnes de droit privé comme les sociétés publiques locales, qui ne sont soumises qu'à des limites liées à l'objet social[2031]. Or, ce point peut ici difficilement jouer pour empêcher les sociétés publiques locales de contractualiser avec leurs actionnaires, les sociétés publiques locales ayant comme objet principal de prendre justement en charge des activités confiées par des collectivités locales, comme l'indique clairement l'article L.1531-1 du CGCT[2032].

---

[2026] SAUNIER, Sébastien, « La théorie de la l'autonomie de la volonté dans les actes administratifs », *in* NICOD, Marc (dir.), *De la volonté individuelle,* Paris : LGDJ, 2018, p. 205-220.

[2027] PLESSIX, Benoît, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* vol. 4, 2012, p. 203.

[2028] *Ibidem.*

[2029] NICINSKI, Sophie, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs » *in* GUIBAL, Michel, *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier : Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2005, t. I, p. 45.

[2030] RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 137-142.

[2031] GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 789-790.

[2032] « 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 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. Lorsque l'objet de ces sociétés inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires.
Ces sociétés *exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires* et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Elles peuvent également exercer leurs activités pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle au moins un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. […] » (c'est nous qui soulignons).

Il convient donc de conclure, sur le point de la capacité à contracter des SPL, que même l'absence d'autonomie de la volonté ne pourrait s'y opposer en droit français. Elles peuvent *a priori* contracter. Toutefois, les juges judiciaire et administratif ont déjà admis que, dans certains cas extrêmes, la réalité positive de la personnalité morale pouvait être écartée pour rechercher la réalité économique d'une personne morale qui se confond concrètement avec une autre. La société publique locale pourrait-elle tomber dans un de ces cas de transparence ?

### *2) Inapplicabilité de la théorie de la transparence et reconnaissance positive des effets de la personnalité morale sur la capacité des SPL à contracter*

En droit civil comme en droit administratif, certains cas extrêmes entraînent l'application de la théorie de la transparence des personnes morales[2033], encore appelée théorie de la fictivité[2034], voire théorie de la société-écran[2035]. Selon cette théorie, l'apparence de la personnalité morale — longtemps mise en doute lors de son importation en droit français[2036] — peut être écartée par le juge lorsque soit les conditions légales de l'application de la personnalité juridique ne sont pas réunies, soit lorsque les fins disposées par le législateur à la reconnaissance de la personnalité morale semblent largement dépassées, c'est-à-dire dans les cas d'abus de cette technique juridique. Le premier cas mis à part, la personnalité morale de la société publique locale, bien que proche de la fictivité dans son esprit, ne semble pas pouvoir être écartée *ab initio* par les juges. Dans tous les cas, cette fictivité ne pourrait aboutir à refuser à la société publique locale la capacité contractuelle.

Il est vrai que le droit civil reconnaît la possibilité que l'absence d'autonomie d'une entreprise peut amener, dans des cas très extrêmes de liens anormaux entre deux entités[2037], à la

---

2033 Le terme de personne transparente est surtout utilisé en droit administratif : *cf.* CAZAU, Pierre-Antoine, *La transparence des personnes morales en droit administratif,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux : 2016.

2034 DAIGRE, Jean-Jacques, « Société fictive », *Répertoire des sociétés Dalloz,* mise à jour avril 2018, § 7.

2035 CUTAJAR-RIVIERE, Chantal, *La société écran : Essai sur sa notion et son régime,* Paris : LGDJ, 1998, 517 p.

2036 Voyez SIMONART, Valérie, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles : Bruylant, 1995, 670 p.

2037 DAIGRE, Jean-Jacques, « Société fictive », *Répertoire des sociétés Dalloz,* mise à jour avril 2018, § 20-22 : le juge civil utilise une méthode casuistique pour évaluer si une société est fictive ou non. Il évalue les liens et les desseins des parties créant la société. L'identité d'associés et de dirigeants, de siège social, les liens structurels, financiers et commerciaux anormalement importants peuvent permettre d'écarter la personnalité morale, selon la méthode du faisceau d'indices. Toutefois, la distinction est difficile à établir entre société fictive ou non, le juge ne souhaitant pas caractériser trop précisément la notion d'usage normal de la personnalité morale. Comparez notamment les solutions différentes pour la fictivité d'une filiale, dans des cas très proches : Cass. com. 28 nov. 1989, *Bull. Joly.* 1990.179, *Rev. sociétés* 1990.240, chron. Guyon (fictivité) ; et Cass. com. 11 mai 1993, *Bull. Joly* 1993.1050, note Ph. Pétel ; 20 oct. 1992, *Rev. sociétés* 1993.449, chron. Guyon (réalité).

transparence ou au dépassement de la personnalité morale[2038]. Toutefois, ces cas visent à rétablir l'équité, la justice — souvent les responsabilités d'une personne se cachant derrière une autre pour éviter injustement l'application du droit — mais jamais à annuler la capacité contractuelle des personnes morales[2039]. Au contraire, même dans le cas où le droit reconnaît la facticité d'une personne morale, cela n'entache pas la validité d'un contrat que celle-ci aurait signé. En effet, dans le cas de litige sur un contrat de droit privé avec une société fictive, la partie cocontractante a le choix de demander soit l'application de la théorie de la réalité, soit l'application de la théorie de l'apparence. Il n'y a donc pas de principe d'ordre public qui s'oppose à l'apparence de la personne fictive[2040].

Il semble néanmoins que le juge administratif fasse une application plus large que le juge civil de la théorie de la fictivité. Une interprétation de l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*[2041] a par exemple été que le juge administratif suprême instrumentalisait la nouvelle théorie de la quasi-régie, afin de « normaliser »[2042] l'association transparente, celle-ci pouvant désormais être considérée comme une quasi-régie[2043], et donc un instrument acceptable et légal de l'action publique. Le Conseil d'Etat est aussi beaucoup plus systématique dans sa méthode de reconnaissance d'une personne privée transparente que le juge judiciaire, cette méthode ayant été précisément définie dans un arrêt du 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*[2044]. Selon cette jurisprudence, « lorsqu'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

---

2038 PAERELS, Hélène, *Le dépassement de la personnalité morale : Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français,* thèse de doctorat : droit privé : Université de Lille 2, 2008, 424 p.

2039 *Ibidem,* p. 363 et s.

2040 DAIGRE, Jean-Jacques, « Société fictive », *Répertoire des sociétés Dalloz,* mise à jour avril 2018, § 63-66.

2041 CE Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736, R. p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

2042 MOUZET, Pierre, « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente », *RDP* 2008, p. 1539.

2043 DREYFUS, Jean-David, « La nature des contrats passés par une personne privée transparente », *AJDA* 2007, p. 915.

2044 CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt,* req. n° 281796 : R. p. 130 : *BJCP* 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2007, n° 5, p. 60, note G. Eckert ; *RLCT* 2007, N° 25, p. 49, note O. Carton et p. 52, note A. Noury ; *JCP-A* 2007, Actu. 351, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *CMP* 2007, n° 7, p. 6, note F. Lichère ; *D.* 2007. 1937, note M. Dreifuss.

transparente »[2045]. La formulation, extrêmement générale, laisse effectivement à penser que les sociétés publiques locales pourraient être concernées[2046].

Pourtant, la majorité de la doctrine s'accorde à reconnaître qu'en créant la société publique locale, le législateur visait en partie à éviter l'application de cette théorie de la transparence à ces sociétés. C'est ainsi l'avis de Stéphanie DAMAREY, qui indique clairement « qu'alors que la raison évidente de la création d'une association transparente réside dans la volonté d'échapper aux règles du droit public, la SPL offre un cadre légal répondant à cette attente »[2047]. Maylis DOUENCE est encore plus catégorique, précisant que « *si on peut considérer que la société publique locale est une forme de « transparence institutionnalisée », la volonté du législateur est bien de consacrer l'existence d'une personne privée. Cette qualification l'exclut donc définitivement de la catégorie des délégants quand bien même ce sont des personnes publiques qui agissent derrière le « paravent » de cette société* »[2048]. Le qualificatif de société transparente institutionnalisée devrait toutefois être tempéré par le fait que, si la société publique locale semble bien échapper à la qualification de personne transparente sur les critères du juge administratif, il ne paraît pas impossible qu'elle le soit sur les critères, certes plus restrictifs, du juge judiciaire[2049]. Cette possibilité viendrait ainsi tempérer les remarques de Jean-Claude DOUENCE sur le fait que les SEML sont un bon exemple de l'opposabilité forte de la technique de la personnalité morale de droit privé autorisée par les textes[2050]. Une transparence à géométrie variable pourrait sans doute mieux décrire le fonctionnement de la société publique locale.

Effectivement, l'utilisation que fait le juge administratif de sa théorie de la transparence semble beaucoup plus restrictive que sa formulation de principe ne le laisserait penser, puisqu'aucune affaire concernant les SPL n'a pour l'instant reconnu leur transparence *in casu*. Toutefois, la possibilité d'une transparence n'est pas entièrement écartée.

Un premier arrêt du Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016 indique ainsi que la SPL « ayant été créée conformément aux dispositions de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales, elle ne saurait être regardée comme "transparente" à la commune de

---

[2045] *Ibidem.*

[2046] Si à l'époque la loi du 28 mai 2010 n'était même pas encore en discussion, la société publique locale d'aménagement était, elle, déjà en place (loi du n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement), de même que les sociétés d'économie mixte locales.

[2047] DAMAREY, Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011, p. 15.

[2048] DOUENCE, Maylis, « Contrats des collectivités territoriales », *Répertoire de droit immobilier Dalloz,* mise à jour avril 2012, § 33.

[2049] *Cf.* supra.

[2050] DOUENCE, Jean-Claude, « Services publics locaux : identification », folio n° 6030, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise à jour février 2007, § 149.

Mulhouse ou aux autres collectivités actionnaires, et le contrat litigieux comme passé en réalité par ces collectivités, quel que soit le contrôle qu'elles exercent sur cette société »[2051]. Un arrêt du Tribunal administratif de Montpellier du 13 décembre 2018[2052] porte lui aussi en ce sens, mais son jugement est renversé sur ce point en appel devant la Cour administrative d'Appel de Marseille le 4 novembre 2019[2053]. Le rapporteur public Renaud THIELE dans cette affaire, partiellement suivi, prend visiblement au pied de la lettre la formulation englobante du Conseil d'Etat. Il conclut qu'« il n'existe en effet pas de différence sensible entre une SPL et une association transparente, si ce n'est, et c'est là toute la différence, que l'existence même d'un régime législatif spécifique aux SPL fait obstacle à ce que celle-ci puisse être considérée comme transparente »[2054]. Toutefois, la CAA de Marseille est plus prudente dans ses formulations, et examine point par point la qualification ou non de transparence de la société publique locale en cause, au regard de la détention du capital, ainsi que des actions confiées, notamment leur caractère de service public et leur financement. Ce raisonnement laisse donc un doute subsister sur la possibilité de la SPL de se voir qualifier de transparente. Cependant, même si elle était utilisée, cette théorie ne paraît pas devoir limiter la société publique locale quant à sa capacité à contractualiser.

Même si le juge administratif décidait d'appliquer cette théorie de la transparence à la SPL, il est probable que celle-ci n'entraînerait pas d'effet sur la capacité à contracter de la SPL, en raison de l'application à géométrie variable des conséquences de la transparence et de la qualité de quasi-régie. En effet, bien qu'il aille plus loin que le juge civil sur les conséquences de cette qualification de transparence, la jurisprudence du juge administratif n'a pour l'instant pas abouti à estimer qu'une personne transparente n'était pas dans la capacité de contractualiser. Il est vrai qu'une distinction importante est à faire ici entre capacité à contractualiser et légalité du contrat, puisque l'utilisation de personnes privées transparentes est souvent l'occasion pour les personnes publiques de contourner les règles de la commande publique. Or, dans ce cas, qu'illustre justement l'arrêt du 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, les contrats des personnes transparentes peuvent être annulés sur le fondement de leur absence de conformité au droit de la commande publique. Cela n'empêche pas que la personne privée transparente conserve la possibilité de contractualiser.

---

[2051] TA Strasbourg, 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté,* n° 1601218, considérant 5.

[2052] TA de Montpellier, 13 décembre 2018, *Société SOCRI Gestion,* n° 1604304.

[2053] CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, inédit.

[2054] THIELE, Renaud, conclusions sous CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit, dans lesquelles il résume les conclusions qu'il avait lui-même présentées sous l'affaire CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649.

Une autre affaire plus parlante, bien qu'*a contrario* est relevée par Sébastien SAUNIER[2055] : il s'agit d'un cas où une association, visiblement transparente, a été engagée contractuellement, sans son accord, par la collectivité publique de laquelle elle dépend, avec une tierce personne. Dans cet arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Douai du 14 décembre 2006, *Institut National de Recherches Archéologiques Préventives (INRAP) c/ Communauté d'agglomération Valenciennes Métropole*[2056], malgré les demandes en ce sens de l'Etat et de l'association en question, la Cour n'admet pas la possibilité pour la personne transparente d'être liée par les contrats signés par la personne publique avec une tierce personne. Elle considère qu'il ne peut y avoir de lien contractuel, du simple fait que « l'association pour les fouilles archéologiques nationales, association de droit privé, constituait une personne morale distincte de l'Etat »[2057]. La pseudo-transparence de l'association, dans ce cas, ne peut pas jouer pour créer des liens contractuels : sa capacité contractuelle (et sa capacité à ne pas signer un contrat…) est donc considérée comme entière par le juge.

Ces conclusions rejoignent ainsi l'opinion hétérodoxe de Frédéric ROLIN sur l'interprétation à avoir de la jurisprudence européenne sur le *in house*. Selon lui, par ses décisions le juge communautaire choisirait en effet en premier lieu non pas d'emprunter d'emprunter une « approche fonctionnaliste »[2058] — l'absence réaliste de volonté autonome pour reconnaître le contrat — mais bien une « approche personnaliste »[2059] — la reconnaissance positiviste de la personnalité morale. Ce n'est que dans un deuxième temps, après la reconnaissance de la personnalité morale de l'entité de quasi-régie, que le juge européen utilise la fiction pour amener à exclure *a minima* le droit de la commande publique. Cette constatation nous paraît aussi expliquer plus largement le caractère restreint de la fictivité de la quasi-régie sur ses capacités personnelles.

---

2055 SAUNIER, Sébastien, « La théorie de la l'autonomie de la volonté dans les actes administratifs », *in* NICOD, Marc (dir.), *De la volonté individuelle,* Paris : LGDJ, 2018, p. 205-220.

2056 CAA Douai, 14 décembre 2006, *Institut National de Recherches Archéologiques Préventives (INRAP) c/ Communauté d'agglomération Valenciennes Métropole*, N° 05DA00873, inédit au Recueil.

2057 Dans son entièreté, la Cour relève que « l'association pour les fouilles archéologiques nationales, association de droit privé, constituait une personne morale distincte de l'Etat ; que, par suite, le préfet de la région Nord Pas-de-Calais, préfet du Nord n'avait pas compétence pour inclure dans la convention conclue au nom de l'Etat le 20 juillet 1998, la clause précitée qui ne comportait pas seulement une stipulation au profit de l'association pour les fouilles archéologiques nationales mais créait des obligations réciproques entre cette dernière et la communauté de communes de la vallée de l'Escaut ».

2058 *Ibidem.*

2059 ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

### *3) La portée restreinte de la fiction de quasi-régie dans l'interprétation fonctionnaliste*

Dans le même ordre d'idée de contingentement des conséquences, si l'idée de volonté identique est bien une fiction juridique utilisée par la Cour de justice de l'Union pour écarter le droit de la commande publique, rien n'indique que sur d'autres points de droit la même fiction pourrait s'appliquer. Au contraire, la logique d'interprétation restrictive du droit européen s'attachant à toutes les exceptions jurisprudentielles, risque bien de s'y opposer[2060]. La fiction matérielle de la volonté commune des quasi-régies ne s'appliquerait donc que dans le seul et unique cas où il s'agirait d'échapper aux règles de transparence et de mise en concurrence. Pour le reste des règles relatives aux contrats, il conviendrait par défaut de se référer au droit commun. Encore une fois, les sociétés publiques locales sont alors en mesure, et même incitées, par prudence, à contractualiser avec leurs actionnaires, par le biais de l'application des autres règles du droit de la commande publique[2061].

La capacité de contracter des SPL avec leurs collectivités actionnaires ayant été démontrée, reste la question de la valeur des obligations contractuelles que celles-ci peuvent prendre entre elles. Si elles peuvent contractualiser, mais que ces engagements n'ont aucune valeur, ou ne peuvent être opposés, il ne s'agit pas alors de réels contrats dont il faudrait définir les contours.

## B) La souscription d'obligations juridiques réciproques ou de réels contrats

Une grande partie de la doctrine administrative, à à l'instar de Jacques CAILLOSSE, considère que pour l'Administration la contractualisation ne signifie généralement pas souscrire à d'authentiques obligations contractuelles, mais « à feindre leur existence »[2062], en profitant de l'idée de consensualisme qui se dégage du contrat, et qui relève de « l'imaginaire du contrat »[2063] pour

---

[2060] Voyez : CJCE, 17 novembre 1993, aff. C-71/92, *Commission c/ Espagne*, *Rec*. p. I-5923, § 10, 11 et 22. Puis : CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Armhem et Geemente Rheden c/ BFI Holding BV, Rec*. 1998, p. I-6821, § 43 ; et RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 406.

[2061] Voyez, pour une application des principes du droit européen de la commande publique aux exceptions de quasi-régie : CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

[2062] CAILLOSSE, Jacques, *La constitution imaginaire de l'administration,* Paris : PUF, 2008, p. 146.

[2063] GAUDIN, Jean-Pierre, *Gouverner par contrat, 2e éd.,* Paris : Sciences Po, 2007, p. 35.

Jean-Pierre GAUDIN. La pratique contractuelle administrative cacherait ainsi soit une réalité unilatérale[2064], soit un faux contrat[2065]. Se serait entraîner l'administré dans l'erreur que de lui faire croire que l'acte ainsi obtenu ait réellement les conséquences juridiques attachées classiquement à un contrat : un accord de volontés visant à produire des effets de droit liant les parties[2066], c'est-à-dire dont le respect peut être assuré par une autorité extérieure (généralement, le juge du contrat). L'application de cette définition aux relations de quasi-régie liant société publique locale et collectivité actionnaire souligne les incohérences et les limites de cette idée.

Effectivement, les exemples de contrats de l'Administration requalifiés par le juge administratif en actes unilatéraux déguisés ne manquent pas. Toutefois, comme le remarque Raphaël ROMI, il s'agit surtout pour le juge d'« élargir son contrôle dans l'intérêt des administrés lorsque l'éthique le commande »[2067], et non véritablement d'une « solution arbitraire »[2068]. L'objectif primordial du juge administratif, dans la requalification d'un contrat en acte unilatéral serait ainsi de permettre d'étendre au premier les effets juridictionnels plus protecteurs des tiers du second. Souvent, seules certaines clauses des contrats sont requalifiées en clauses réglementaires, attaquables en soi, sans que le reste du contrat en soit affecté et ne tombe dans le domaine des actes unilatéraux. Les cas de requalification entière de contrat en acte réglementaire sont ainsi peu nombreux et semblent cantonnés à des cas extrêmes où la convention met en place un véritable régime réglementaire, par exemple une règle d'application générale, non-individuelle, opposable aux tiers[2069]. En règle générale, le juge administratif semble donc rechercher la moindre requalification — ce qui paraît logique avec la notion même de requalification. Ainsi, si des clauses contractuelles peuvent être qualifiées de réglementaires, le reste du contrat conserve les effets contractuels qui y sont normalement attachés. D'ailleurs, antérieurement à la jurisprudence du 10 juillet 1996, *Cayzeele*,[2070] les recours directs en excès de pouvoir contre ces clauses réglementaires

---

2064 PEQUIGNOT, George, *Théorie générale du contrat administratif,* Paris : Pédone, 1945, 625 p.

2065 PLESSIX, Benoît, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* vol. 4, 2012, p. 206. Benoît PLESSIX termine son étude par une interrogation explicite : « Ce silence persistant, cette vision constamment objectiviste du droit administratif français relancent alors les interrogations de toujours, que l'on croyait pourtant obsolètes : et si le contrat public n'était pas un vrai contrat ? ».

2066 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 47-49.

2067 ROMI, Raphaël, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux : archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA* 1989, n° 1, p. 9

2068 BRUNET, Pierre, « Le conflit de de qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 434.

2069 C'est l'exemple des accords sur les remboursements de la sécurité sociale entre la CPAM et des organisations représentatives : CE, 10 juin 1994, *Confédération française des biologistes,* n° 141687 : *RFDA* 1995, p. 645, concl. Le Chatelier.

2070 CE Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele,* n° 138536, *R.* p. 274 : *RFDA* 1996, p. 89, note P. Delvolvé ; *CJEG* 1996, p. 382, note Ph. Terneyre ; *LPA* 1996, n° 152, p. 26, note M. Viviano.

mais de forme contractuelle n'étaient pas autorisés, seuls les recours indirects permettant d'y observer, par ricochet des effets réglementaires.

Les contrats de SPL emporteraient-ils de tels effets réglementaires ? La question doit être reformulée pour être plus précise : les contrats de SPL emporteraient-ils de tels effets réglementaires *plus que les autres contrats administratifs de même type ?* Il est certain que de nombreux contrats de SPL concernent le domaine du service public et de son organisation, ce qui est l'un des critères de requalification de clause contractuelle en clause réglementaire[2071]. Néanmoins, elle ne l'est sans doute pas plus qu'une autre personne privée chargée d'une mission de service public. Le législateur n'a pas particulièrement prévu un régime d'exception pour les sociétés publiques locales à cet égard, mais il ne les a certainement pas non plus soumises à un régime plus strict que le régime général applicable aux autres personnes de droit privé.

De plus, nier la possibilité de véritables relations contractuelles entre SPL et collectivité actionnaire serait nier la liberté de choix des collectivités territoriales entre acte unilatéral et contrat, liberté théorique qui semble de plus en plus démontrée par la pratique et la doctrine[2072], même si elle a tendance à être de plus en plus restreinte objectivement dans certains domaines[2073]. Les cas mis à part où le contrat est dans tous les cas prohibé[2074], il n'y a donc pas d'impossibilité à ce que si les collectivités territoriales passent des contrats avec leur SPL, ceux-ci soient considérés par le juge administratif comme de vrais actes contractuels.

L'analyse concrète de certains contrats entre collectivité locale et SPL amène enfin à renforcer ces hypothèses théoriques de deux personnalités juridiques se répartissant les responsabilités d'une action, s'engagent réciproquement, et notamment du côté de la collectivité publique. D'après les bases de données jurisprudentielles publiquement accessibles, aucun contentieux n'a pour l'instant eu lieu entre une SPL et l'un de ses actionnaires concernant un contrat passé entre ces deux entités. La force juridique des obligations réciproques n'est donc pas encore absolument sûre, en l'absence de confirmation explicite jurisprudentielle. Néanmoins, il est possible de relever que plusieurs rapports de chambres régionales des comptes soulignent l'importance pour des collectivités locales de contractualiser plus précisément certaines obligations avec leurs SPL, sous-entendant implicitement que les relations doivent être non seulement contractualisées, mais

---

2071 CE Sect., 23 février 1968, *Picard,* n° 65084 : *R.* p. 131.

2072 MORALES, Martin, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier, 2016, p. 51 et s.

2073 *Ibidem*, p. 688.

2074 *Cf infra.*

encore posséder une force juridique opposable, afin de tenir les SPL responsables face à leurs engagements contractuels.

C'est par exemple le cas du rapport sur l'Aquabowling des Falaises, concernant les obligations de service public[2075]. Le fait que les engagements contractuels de la SPL n'aient pas été respectés paraît particulièrement problématique au contrôle du juge financier. Pourtant, la SPL étant par définition contrôlée par les collectivités-actionnaires, peut-être la modification critiquée reflétait en réalité une véritable demande des actionnaires ? C'est ce qu'argue la SPL, mais cela ne suffit pas à atténuer ou détourner les critiques de la Cour régionale des Comptes Normandie sur ce point.

D'autres rapports de CRC critiquent à l'inverse la nécessité de prendre en compte le caractère juridique et définitif d'un contrat, afin d'éviter que la collectivité modifie trop souvent ce contrat sans négociation et à tout moment[2076]. Pourtant, s'il y a bien un intérêt aux SPL, comme le soulignent les acteurs eux-mêmes dans l'enquête que nous avons réalisé, c'est justement l'avantage qu'elles présentent de pouvoir modifier le contrat à tout moment et sans négociation afin de s'adapter le plus rapidement possible aux volontés des actionnaires[2077]. Par rapport à cette volonté des acteurs locaux, les critiques des CRC mettent en valeur l'importance concrète de l'opposabilité de tels contrats, même si elles ne disent pas exactement la portée juridique de ces instruments. Cependant, l'opposabilité juridictionnelle des engagements pris ne semble pas pouvoir être matériellement mise en doute devant le juge administratif ou même le juge privé.

En d'autres termes, les contrats des SPL, du point de vue de leurs conséquences juridiques, ne doivent pas être considérés comme des contrats entièrement nouveaux, mais bien des contrats relativement classiques. Une telle conclusion tempère ainsi quelque peu l'idée que le contrat interorganique, au moins lorsqu'il s'agit de contrat entre SPL et collectivité actionnaire, « n'appartient à aucune catégorie contractuelle préexistante »[2078], au moins au regard de leurs conséquences. Parmi ces conséquences, l'une d'entre elle est particulièrement paradoxale par rapport aux objectifs de la théorie de la quasi-régie : l'égalisation théorique des parties par la négociation et la volonté de contracter ensemble. D'un point de vue concret, SPL et collectivité actionnaire ne sont évidemment pas égalitaires dans leurs relations contractuelles. Cependant, juridiquement, l'utilisation du contrat peut jouer dans le sens d'une relative égalisation des relations entre SPL et collectivités territoriales, dont le contrat serait l'instrument.

---

[2075] CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, p. 23-24.

[2076] CRC Ile de France, Rapport d'observations définitives, Société d'études, maîtrise d'ouvrage et d'aménagement parisienne (SEMAPA), 15 septembre 2014, p. 5, et p. 53-54.

[2077] *Cf.* Annexe A, réponses 21, 23, et 32 notamment.

[2078] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Bruylant, 2017, p. 327.

# II) L'égalisation des relations par la contractualisation

La théorie et la pratique du droit des contrats publics implique une certaine inégalité des relations entre l'Administration et ses cocontractants[2079]. Le contrat entre collectivité actionnaire et SPL ne pourrait, à première vue, échapper à cette inégalité de départ, et la SPL se retrouverait juridiquement dans une situation moins favorable par rapport à ses actionnaires collectivités. Mais les contrats de droit administratif ne sont pas non plus des passe-droit pour l'Administration, visant à établir une relation complètement inégalitaire. Le pouvoir de contrôle de l'Administration sur son cocontractant est notamment particulièrement encadré. L'application de ces dispositions à la SPL est assez paradoxale par rapport à la finalité de celle-ci, mais semble correspondre à la situation du droit positif : celle de la consécration d'une autonomie des parties privées au contrat public (A). Juridiquement, il est difficile de parler positivement d'égalisation entre contractants de droit public, bien que les obligations des uns et des autres aient tendance à se préciser toujours plus. Mais, sociologiquement, la contractualisation est aussi connue pour assurer une certaine égalisation des relations entre les contractants[2080]. Là encore les conséquences de la théorie de la quasi-régie et du contrôle analogue semblent s'opposer à une telle réalité : c'est pourtant bien celle qui se dessine en filigrane (B).

## A) La limite jurisprudentielle du pouvoir de contrôle de l'Administration

De façon fort intéressante pour les SPL, dont les contrats ne sont pas forcément très précis et sont soumis à une forte propension à la modification[2081], une certaine polémique règne justement sur les pouvoirs des collectivités concédantes dans le cas d'une absence de contractualisation précise des modalités de contrôles autorisés. Y compris dans les contrats administratifs, selon la majorité de la doctrine administrativiste, le juge mettait des limites à ce qu'une autorité concédante peut opérer comme contrôle sur son cocontractant[2082]. Selon une tette interprétation, la SPL pourrait

---

[2079] MARCUS, Laure, *L'unité des contrats publics,* Paris : Dalloz, 2010, p. 293 et s. ; CLAMOUR, Guylain, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », *in* GUIBAL, Michel, *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal,* Montpellier : éd. des facultés de droit de Montpellier, 2006, p. 674.

[2080] L'analyse des relations juridiques en tant que telles est à rechercher dans la section II du présent chapitre, *infra.*

[2081] Voyez, Annexe A, réponses 21, 23, et 32.

[2082] RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 268 : JEZE, Gaston, *Les contrats administratifs, t. 2*, 1932, p. 365

ainsi théoriquement contester certains contrôles qu'elle considérerait comme imprévus et exagérés par ses actionnaires délégataires.

La solution jurisprudentielle traditionnelle, longtemps tirée de quelques rares arrêts du Conseil d'Etat de 1925 et 1952 sur la question[2083], se résumait à interdire à l'Administration d'exercer un pouvoir d'autorisation préalable sur des actes de son cocontractant si cela ne figure pas dans le contrat. Il pourrait en être ainsi, par exemple, des contrats que la SPL pourrait signer avec des sous-traitants ou ses fournisseurs en général. Toutefois, selon ces mêmes décisions[2084], l'Administration disposait d'un droit d'information sur les actes pris par son cocontractant. Francis-Paul BENOIT, à rebours de la plus grande partie de la doctrine (comme George PEQUIGNOT[2085] et Gaston JEZE[2086]), considérait qu'il ne s'agissait toutefois pas là d'un principe général des contrats administratifs. Une décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012, *Commune de Douai c/ ERDF* a consacré ce droit à l'information, en précisant que le fait que le cocontractant doive communiquer « toute information utile », fait partie des « principes mêmes de la délégation de service public »[2087]. Néanmoins, selon Laurent RICHER et François LICHERE, et bien que la solution du Conseil d'Etat revienne sur la position inverse de la Cour Administrative d'Appel[2088], le contrôle ne devient pas un véritable principe général du droit par cette décision. Cette solution doit rester au contraire dans les limites de la « nécessité d'une consécration des droits du concédant par le contrat »[2089], par le biais du contrôle du juge administratif sur la légalité des contrôles et des informations qui peuvent être demandés, car « utiles ». Il est possible d'établir aussi un parallèle avec ce qu'indiquait Agnès ROBLOT-TROIZIER en 2007 pour les délégations de service public, c'est-à-dire « une convention de délégation de service public n'en est plus une si, par le contrôle de

---

2083 Notamment les arrêts CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara, R.* 382 (l'administration ne peut forcer son cocontractant à demander son approbation préalable pour certains actes sans l'avoir prévu au contrat) ; et CE, 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand, R.* 130 (l'administration ne peut forcer son cocontractant à demander son approbation préalable pour certains actes sans l'avoir prévu au contrat, mais elle peut demander des informations sur ces actes).

2084 *Ibidem.*

2085 Selon George PEQUIGNOT : « Dans tous les contrats administratifs, l'administration possède un certain droit de contrôle qui est, pour elle, un droit originaire […]. Le contrat peut éventuellement l'organiser ; il ne peut le supprimer. Le droit de contrôle est d'ordre public et de l'essence même du contrat administratif. » (PEQUIGNOT, George, *Théorie générale du contrat administratif,* Paris : Pédone, 1945, p. 310).

2086 Cité *in* RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 268 : JEZE, Gaston, *Les contrats administratifs, t. 2*, 1932, p. 365 et s.

2087 CE Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai c/ ERDF*, deux instances : *RFDA* 2013, p. 25, concl. Dacosta ; *AJDA* 2013, p. 457, chron. Domino et Bretoneau ; *Dr. adm.* 2013, com. 20, obs. G. Eveillard ; *CMP* 2013, com. 41, obs. G. Eckert ; *JCP-A* 2013, p. 2044, note J.-B. Vila.

2088 CAA Douai, 30 juin 2010, *Société ERDF* : *CMP* 2010, p. 390 obs. G. Eckert.

2089 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 268.

l'administration, le délégataire ne bénéficie pas d'une autonomie dans l'exploitation du service »[2090]. L'autonomie de l'exploitation, conférée à préservée par le contrat, émerge ainsi bien comme un nouveau principe du droit des contrats publics. Pourquoi les conventions signés avec les SPL ne répondraient-elles pas à ce nouvel impératif ?

De telles limites au contrôle des personnes publiques actionnaires pourraient se régler au niveau de la définition du contrat d'actionnaires de la SPL, et non au niveau du contrat de dévolution d'activités. Or, le raisonnement à l'origine de la théorie de la quasi-régie semble faire obstacle à une telle limite contractuelle au contrôle des actionnaires, puisque comme l'estimait l'Avocat général LEGER, « l'absence d'autonomie d'une entité économique par rapport à la collectivité […] rend impossible ou illusoire l'existence d'un contrat entre ces deux personnes, pourtant juridiquement distinctes »[2091]. Toutefois, il est difficile de croire qu'un contrôle institutionnel de la société pourrait entièrement se confondre avec le contrôle matériel d'un contrat précis, et que le juge administratif fasse fi de l'enveloppe de la personnalité juridique de la SPL pour accorder des avantages contractuels aux collectivités actionnaires, sans qu'aucun texte ne l'ait explicitement prévu. Comme l'indique Stéphanie DAMAREY, la SPL a en effet aussi comme intérêt de pouvoir s'opposer à la qualification d'entité transparente, jouant ainsi sur deux fronts — transparence pour la procédure de passation, et dualité quant au partage des responsabilités[2092]. Le partage de responsabilité ne peut s'entendre ici que comme partagé convenu et prévu par le contrat.

Le gain de droits par la contractualisation entraîne-t-il une réelle égalisation juridique des relations dans le cadre contractuel ? Il en constitue en tout cas une première étape. Au-delà des indications purement juridiques, il est fort probable que la contractualisation des missions amène les sociétés publiques locales à une plus grande autonomie pratique que ne l'entend *a priori* la théorie de la quasi-régie.

## B) Les conséquences concrètement égalisatrices de l'ambiance contractuelle

---

[2090] ROBLOT-TROIZIER, Agnès, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

[2091] CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirstschaft : R*. p. I-11037, conclusions de l'Avocat général Philippe LEGER, § 66.

[2092] DAMAREY, Stéphanie, « La société publique locale peut-elle se substituer au modèle associatif ? », *in* MEUNIER, Patrick *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 81

Les conséquences plus sociologiques de la contractualisation de l'action publique sont remarquablement bien étudiées, et l'étude des contrats entre collectivité actionnaire et SPL n'apporte pas d'élément particulièrement révolutionnaire à ces observations. La collectivité, en contractualisant, met son cocontractant à son niveau, le fait participer à l'élaboration de la norme, s'engage sur certains points de responsabilité financière ou juridique. L'intérêt de cette étude pour les SPL se situe à un autre niveau : celui du paradoxe que cette situation crée par rapport à l'objectif initial et prioritaire de la théorie de la quasi-régie. L'analyse de ce paradoxe aboutit à la conclusion que ce maintien dans la durée de la contradiction théorique permet d'éviter d'observer les conséquences concrètes en termes d'administration et de gestion de la société publique locale : la création d'un outil qui, malgré une partie de son régime visant à échapper à une mise en concurrence, permet aussi de fonctionner dans un cadre de négociation, de divergence d'intérêts , et finalement de compétition, entre ces outils et les personnes les ayant créées.

Mais la contractualisation entraîne-t-elle réellement une égalité entre les parties ? Plusieurs interprétations théoriques sérieuses s'opposent à propos du lien entre contrat et égalité. Les théoriciens les plus libéraux, basant le fondement du droit sur l'autonomie de la volonté individuelle, considèrent que contrat et égalité se confondent : l'un ne saurait aller sans l'autre. C'était la théorie classique, issue des interprètes stricts du Code civil[2093]. D'autres théoriciens, plus positivistes, considèrent qu'il convient de distinguer la volonté de s'engager dans un contrat (par exemple, la volonté de passer un contrat de quasi-régie), et les conséquences juridiques de celui-ci, généralement assurées par la loi, ou au moins par une norme supérieure (la force obligatoire de celui-ci entre les parties). C'est la position kelsenienne[2094]. A première vue, c'est la position positiviste qui est la plus adaptée à propos de la société publique locale, dans laquelle il est possible de bien distinguer première et deuxième étape. Dans cette interprétation, point n'est besoin d'égalité entre les parties pour contractualiser.

Mais, si la contractualisation n'entraîne pas égalité, elle peut entraîner égalisation des relations entre des parties inégales. C'est ce que résume Maurice HAURIOU, lorsqu'il indique que le contrat n'a pas l'égalité comme base, mais fait tendre vers l'égalité[2095]. La contractualisation entraîne effectivement des effets désormais classiquement attendus[2096] : un meilleur engagement de

---

2093 Voyez : PLESSIX, Benoît, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* vol. 4, 2012, p. 205 et s.

2094 UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs,* Paris : LexisNexis, 2015, p. 52.

2095 HAURIOU, Maurice, *La gestion administrative,* Paris : Larose, 1899, p. 74. Cité *in* RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 19

2096 UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs,* Paris : LexisNexis, 2015, p. 7-10

la personne publique (et de la personne privée[2097]), le sentiment d'une négociation sur les objectifs à tenir et les moyens accordés, et sur la répartition des responsabilités juridiques et financières de réalisation d'une activité. Or, du point de vue de la sociologie juridique, la valeur idéologique de la croyance en un statut juridique l'emporte sur les purs effets juridiques de l'institution elle-même. Jacques CHEVALLIER note ainsi que « la logique de la négociation et du compromis inhérente à la contractualisation ne saurait manquer d'avoir une incidence plus large sur l'ensemble du droit, même s'il reste formellement unilatéral »[2098]. Que peut néanmoins entraîner la croyance d'une SPL dans l'autonomie conférée par son contrat de prestation intégrée ?

Un exemple de SPL prenant son indépendance très au sérieux nous est fourni par le cas de la société publique locale de l'Aquabowling des Falaises, dénoncé par la Chambre régionale des comptes de Normandie[2099]. Dans le contrat de délégation de service public prévu pour la gestion de l'Aquabowling des Falaises, la Chambre régionale des Comptes relève de nombreux dysfonctionnements. Parmi ceux-ci, par rapport au contrat signé, les horaires prévus apparaissent avoir été « fixés librement par la SPL, en contradiction avec le contrat » (p. 24). Plus problématique encore, la SPL considère que son contrat lui permet de définir elle-même les publics jouissant de la gratuité des entrées, et qui rentrent dans les obligations de service public remboursées et prévues par le contrat, ce qui est incompatible avec le droit européen des aides d'Etat (p. 23). De façon générale, cette SPL a tendance de manière générale à modifier les tarifs d'entrée de l'équipement avant la validation de ces nouveaux tarifs par l'autorité concédante, en contradiction avec le contrat signé, mais aussi avec les règles générales des délégations de service public (p. 23). Ces éléments d'exemple, outre le fait qu'ils sont apparemment illégaux, traduisent le problème de l'autonomie accordée par la collectivité concédante, et au moins ressentie par la société publique locale. Le contrôle institutionnel semblant acquis — la collectivité territoriale en cause dans cet exemple est l'actionnaire principal de la SPL — il semble surtout que le contrôle contractuel des actions confiées ne paraît pas être une priorité. Le contrôle contractuel semble moins important que le contrôle institutionnel, et par ce biais, paradoxalement, la SPL gagne en autonomie.

---

[2097] L'absence de prise en compte des parties faibles peut amener à la démotivation, au découragement, et à l'absence de responsabilisation : CLUZEL, Lucie, « De la responsabilisation à la responsabilité : l'exemple des contrats de service dans les services publics en France », *PMP* 2001, p. 1-23.

[2098] CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne,* Paris : LGDJ, 2017, p. 180.

[2099] CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, Société publique locale Aquabowling des Falaises, 1er décembre 2017, 51 p.

# Conclusion de la section 1 : Importance de l'autonomie concrète des SPL

La SPL devient ainsi, dans l'importance de l'opposabilité des obligations contractuelles, dans l'importance de l'autonomie et de la négociation contractuelle, en partie l'égale de la collectivité-actionnaire avec qui elle s'engage, dans la limite du droit des contrats[2100]. Yvonne FORTIN résumait bien la situation, insistant sur le fait que la contractualisation lorsque l'une des deux parties n'a pas réellement de pouvoir sur l'autre pourrait donner le sentiment d'un « caractère artificiel »[2101]. Néanmoins, et c'est ceci qui est intéressant, y compris dans ces situations, le « langage contractuel »[2102] reste prégnant et aboutit à modifier considérablement les comportements des parties fortes. Ce langage, basé sur l'idée d'une égalité des parties nécessaires à la conclusion d'un véritable contrat, créerait en quelque sorte une ambiance de droit privé, image inversée de « l'ambiance de droit public »[2103] dont parlait Propser WEIL à propos de la qualification administrative de certains contrats. Comme le rappelle Laurent RICHER, non seulement le juge, mais aussi les parties, interprètent les contrats — même administratifs — comme des liens où règnent d'abord le primat de la volonté[2104].

La SPL gagne ainsi une autonomie concrète que les textes légaux et la jurisprudence européennes souhaitaient apparemment lui retirer. Elle renverse ainsi la logique qui a présidé à sa création : une entité sans volonté propre — et fait resurgir la logique antérieure qui a mené à l'invention de la théorie de la quasi-régie : la possibilité pour les personnes publiques de se diviser juridiquement, d'externaliser leurs services sans les confier au secteur privé. Dans ce sens, l'idée d'externalisation-internalisation semble être la plus à même de décrire parfaitement le schéma de la quasi-régie et de la société publique locale, paradoxes en eux-mêmes. Mais le maintien de ce paradoxe, qui ne semble gêner personne, est aussi au coeur de l'explication critique du rôle qui est

---

2100 *Cf.* notamment : BERTHIAU, Denis, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats,* Paris : LGDJ, 1999, 475 p. ; et LATINA, Mathias, OUDOT, Pascal (dir.), *L'égalité en droit des obligations,* Paris : Ovadia, 2015, 240 p.

2101 FORTIN, Yvonne, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat, point de salut? », *in* FORTIN, Yvonne (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980,* Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

2102 *Ibidem.*

2103 WEIL, Prosper, « Le critère du contrat administratif en crise », *in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public,* vol. II, Paris : LGDJ, 1974, p. 847.

2104 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 47 : « c'est à l'intérêt des parties que le juge se réfère le plus souvent pour déterminer le contenu des obligations et il est certain que dans la pratique les parties à un contrat administratif perçoivent bien celui-ci comme un contrat qui les lie au même titre qu'un contrat de droit privé ».

*in fine* assigné à la SPL : celui d'une entité qui, si elle s'affranchit de certaines obligations de concurrence par certains côtés, permet aussi d'intégrer des objectifs pro-concurrentiels et de bonne gestion, à travers la compétition et la divergence des intérêts qui peut s'installer entre la SPL et ses actionnaires. Le même phénomène se ressent à l'oeuvre avec la réapparition d'obligations concurrentielles par la contractualisation des mission des SPL.

# Section 2 : Un antagonisme contractuel juridiquement organisé

La contractualisation avec une SPL pour pouvoir échapper à la mise en concurrence engendre, en prenant la forme de la contractualisation, reproduit un schéma concurrentiel au sens large, puisque celle-ci implique une certaine compétition, mise en ordre par le contrat. L'analyse juridique des aspects nécessaires des contrats des SPL avec leurs actionnaires démontre en effet la nécessaire répartition d'obligations et de responsabilités entre ces acteurs dont le fondement est manifestement la recherche d'une efficacité économique et bonne gestion des collectivités locales (I). Cette formalisation contractuelle de stipulations obligatoires permet un contrôle juridique intégrant des exigences de fond sur l'ordre public et la bonne gestion du contrat, là encore soumettant les collectivités publiques à des exigences économiques d'équilibre et limitant les possibilités juridiques de modification de ces contrats (II). Enfin, le régime de ces contrats prévoit des limites du déséquilibre contractuel possible entre des contractants. Ces limites entraînent une paradoxale mais bien réelle autonomisation des intérêts de la SPL par rapport à ceux des collectivités actionnaires (III).

## I) Des stipulations imposées visant à une meilleure gestion publique

Bien que les contrats de prestations intégrées de collectivité à SPL échappent par définition à la mise en concurrence, ces contrats n'exonèrent pas pour autant leurs signataires de toute exigence. Il est vrai, que la formulation de l'exclusion des contrats de quasi-régie dans le Code de la commande publique est maladroite. Elle paraît soustraire les contrats de prestations intégrées à toutes les obligations du Code. Pourtant, certaines obligations reprises dans ce Code semblent très

clairement illustrer des principes contractuels supérieurs qui concernent autant les contrats communs de la commande publique que les contrats de quasi-régie. Quelle serait en effet la validité d'un contrat de prestations sans objet, sans précision sur les contreparties, ou sans durée limitée ? Ces trois caractéristiques au moins semblent au coeur de ce type de contrat. Pourtant, ce sont les mêmes caractéristiques qui sont régulièrement visées comme rigidifiant trop les contrats avec le secteur privé, et pouvant justifier, par la possibilité de les écarter, la souplesse des contrats de prestations intégrées[2105]. Leur nécessaire application pose donc question : sont-ils adaptés au système des SPL? Il semble au moins que ces trois éléments : un objet précis (A), une contrepartie précise (B), et une durée limitée (C) forment la structure contractuelle minimale applicable aux SPL, et encadrent ainsi la forme dont les activités peuvent leur être apportées, démontrant la supériorité des objectifs de bonne gestion sur la liberté d'organisation des collectivités territoriales à travers leurs SPL.

## A) Un objet précis

En droit civil, un contrat sans objet est nul, comme l'indique clairement le Code civil depuis 1804[2106]. Si le nouveau Code civil a troqué l'exigence de cause et d'objet[2107] pour une exigences plus générale de « contenu licite et certain »[2108], il est certain, comme le souligne Nicolas DISSAUX, qu' « il ne faut pas se payer de mot : la chose reste bien présente »[2109]. Comment en effet juger un contrat dont il serait impossible de savoir si l'objet est légal ou non?

En droit administratif, la question de l'objet nous semble plus sévère encore qu'en droit civil, car elle étend largement certaines interdictions d'objet déjà existantes en droit civil, mais assez limitées. Certains objets du droit administratif conservent en effet « un caractère sacré en tant qu'attribut de la souveraineté »[2110] qui, à l'instar des *res sacra* du droit romain, empêche leur

---

[2105] Voyez, Annexe A, réponse 23 : « les DSP de SPL sont une vue de l'esprit puisque elles ne peuvent pas supporter un vrai risque : les collectivités sont les actionnaires. Mais la question de la forme du contrat ne se pose pas en pratique : on invente ce qu'on a envie d'inventer au cas par cas. Pour chaque problème, il y a une solution différente ». Ainsi que : « Contrairement à ce qu'il paraît, le gros avantage des SPL est la sécurisation des opérations longues, et pas l'absence de mise en concurrence. Cela est très clair dans l'aménagement, domaine dans lequel les changements d'objectifs publics sont incessants, et pour lesquels dans une concession privée, il faudrait remettre en concurrence ». Voyez aussi, réponse 28 : l'idée de « contrats sui generis ».

[2106] Loi du 30 ventôse an XII sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des français (Bulletin des Lois, 3e S., B. 354, n° 3677), art. 1108.

[2107] Anciennement prévue à l'article 1108 du Code civil abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

[2108] Code civil, art. 1128, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

[2109] Nicolas DISSAUX, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil Dalloz,* actualisation avril 2017, § 158.

[2110] POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 218.

commerce. Mais même au-delà de ces objets interdits, il n'est pas non plus difficile au juge administratif d'admettre qu'un document ne précisant pas l'objet d'un travail ne puisse être qualifié de contrat[2111]. Les mêmes raisons que pour le droit civil s'appliquent, aggravées par les caractères du droit administratif[2112].

Le contrat de quasi-régie entre collectivité actionnaire et SPL nécessite-t-il cependant une telle formalisation quant à l'objet de la délégation d'activité ou du travail demandé ? Un objet vague et indéterminé, correspondant à l'objet social de la SPL, ne pourrait-il suffire à établir la validité d'une relation contractuelle entre ces deux entités ? Les relations hiérarchiques entre une autorité administrative et ses employés n'empruntent en effet pas forcément cette voie. Un contrat envisageant par exemple de porter l'intérêt général de la collectivité territoriale selon ses instructions, ne pourrait-il être valablement considéré par un juge ? La question n'est pas anodine car le cas pourrait très bien arriver, notamment avec les SPL dont l'objet est très large. L'exemple de la société Assistance Départementale des Territoires de l'Oise, contrôlée par la CRC Hauts-de-France en 2019[2113], le démontre amplement. Celle-ci, destinée à remplacer l'ingénierie publique de l'Etat dans l'élaboration d'études techniques, réalise ainsi plus de 500 études par an, mais sans être « en mesure de justifier du nombre » exact d'études, ainsi que plus de 230 « prestations pour service rendu » par an. Les domaines couverts vont de la gestion de l'eau et de l'assainissement, les opérations de voirie et de bâtiment, à la « vidéosurveillance, l'assistance au droit des sols et le conseil énergétique »[2114]. Etant donné le fonctionnement de la structure, il est donc possible de se demander si le fonctionnement par abonnement adopté, avec sans doute des contrats à objet très large, ne ressort par d'une certaine globalité souhaitée par les collectivités, mais contraire au principe de déterminer un objet précis au contrat administratif. Une interprétation stricte des réponses du droit administratif à ces questions amène à jeter un doute important sur la légalité de tels contrats.

En pratique, si l'absence d'objet empêchait la qualification de l'acte relationnel en contrat, il serait possible de se demander si le contrat de quasi-régie sans objet ne pourrait pas être alors considéré par le juge comme un acte administratif unilatéral. A cela, il faut répondre qu'un acte administratif unilatéral sans objet paraît lui aussi difficilement valable : les actes administratifs

---

[2111] CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000,* n° 07703 : *RDP* 1981, p. 523.

[2112] POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 147-151.

[2113] CRC Hauts-de-France, Rapport d'observations définitives, société publique locale Assistance Départementale des Territoires de l'Oise, exercices 2011 à 2017, délibéré le 4 juin 2019.

[2114] *Ibidem,* p. 14.

décisoires devant au moins viser une prescription juridique précise[2115]. Ces actes doivent aussi pouvoir démontrer leur légalité : certains objets contractuels étant interdits en droit administratif[2116]. Enfin, ces actes doivent pouvoir présenter un motif d'intérêt général, sous peine d'être considérés comme des illustrations d'un détournement de pouvoir[2117].

Ainsi, la porosité entre contrat et acte administratif unilatéral pour les sociétés publiques locale nous paraît renouveler ici l'étude de l'importance de l'objet dans les contrats des personnes publiques. Ainsi interprété, il faut en conclure que c'est le caractère particulier du droit administratif qui s'oppose à l'absence ou à l'indétermination d'un objet dans une relation contractuelle administrative telle que la prestation intégrée, et non seulement le caractère résiduel de contrat de la commande publique de celui-ci.

La valeur juridique des principes applicables à cette question est si importante qu'une exception particulière comme la quasi-régie, qui ne vise ni la question de l'intérêt général, ni l'impossibilité de contractualiser certaines activités, ne pourrait logiquement y justifier une dérogation. Il en est de même quant à la nécessité d'une contrepartie prévisible au contrat de prestation intégrée.

## B) Une contrepartie prévisible

Dans les contrats, l'objet obligatoirement stipulé du contrat vise non seulement la prestation effectuée par l'une des parties, mais aussi les contreparties sur lesquelles l'autre ou les autres parties s'engagent en échange. Sans cela, pas d'objet entier, et pas de contrat valable[2118].

Concrètement, il peut s'agir d'un prix, d'une contrepartie financière, ou des modalités de financement de l'opération, par exemple en permettant à la SPL de se rétribuer sur des usagers. En droit civil, dans un contrat synallagmatique, cet élément faisant partie de l'objet, il est nécessaire à la validité du contrat[2119]. Il suffit néanmoins que celui-ci corresponde aux mêmes conditions que l'objet: une contrepartie doit être déterminée ou déterminable de manière suffisamment précise pour ne pas vicier le consentement de l'autre partie[2120]. Un prix peut cependant être fixé unilatéralement

---

2115 SELLIER, Bertrand, « Acte administratif : identification », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz,* mise à jour octobre 2015, § 211 et s.

2116 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 159 et s.

2117 CE, 26 novembre 1875, *Pariset*.

2118 POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 152.

2119 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, le consentement, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2013, p. 321 et s.

2120 Nicolas DISSAUX, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil Dalloz,* actualisation avril 2017, § 195.

par l'une des parties dans le cas d'accord-cadres ou de prestation de services, sous réserve d'être dans ce cas motivé et ne pas être abusif[2121].

De surcroît, alors même que le droit civil antérieur à 2016 ne prévoyait qu'un contrôle très restreint du « défaut d'équivalence économique »[2122] du contrat, la nouvelle rédaction du Code civil laisse interrogateur sur l'interprétation que le juge civil pourrait faire des relations entre collectivités publiques actionnaires et SPL. Si de manière classique en droit des contrats — où les affaires doivent permettre le profit et non la parfaite égalité — le juge du contrat n'a pas à se faire juge de l'équité, il n'en reste pas moins que les hypothèses de rescision pour lésion dans le droit positif des contrats se sont multipliées. La nouvelle hypothèse de lésion qualifiée, prévue par le nouveau Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit ainsi à l'article 1143 la rescision du contrat en cas d'abus de dépendance contraignant à un avantage manifestement excessif et qui n'aurait pas été obtenu autrement. Cette hypothèse, qui paraît tout-à-fait applicable aux SPL vu leur situation de contrôle et de dépendance matérielle, pourrait alors se révéler une arme formidable aux mains des SPL qui se retourneraient contre leurs actionnaires : contre leurs anciens actionnaires, et/ou contre leurs actionnaires très minoritaires, par exemple. Une violence prouvée dans la signature d'un contrat manifestement déséquilibré pourrait alors non seulement entraîner l'annulation du contrat, mais aussi l'obtenir de dommages et intérêts le cas échéant[2123]. Le contractant ne peut néanmoins obtenir une sanction plus douce que la nullité, c'est-à-dire la correction du déséquilibre contractuel, cela restant encore hors de la compétence du juge du contrat[2124]. Interprété de cette façon, la contrepartie de la prestation intégrée demandée se voit donc encadrée — dans des règles certes lâches, mais encadrée tout de même — par le droit civil.

Le droit administratif des contrats exige quant à lui une contre-prestation encore plus précise et semble aller beaucoup plus loin dans les exigences sur la notion de contrepartie que le droit civil. D'après Laurent RICHER, et François LICHERE notamment, un contrat « conclu à titre onéreux […] doit indiquer sinon le prix, du moins les éléments nécessaires à sa détermination »[2125]. Le juge administratif semble faire application ici d'un principe général de validité contractuelle des contrats administratifs. Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Marseille dans un arrêt du 21 juin 2007 considère que la détermination d'un prix « constitue une condition de validité de tout engagement

---

[2121] Nouveau code civil, art. 1165.

[2122] MAZEAUD, Denis, mise à jour par LATINA, Mathias, « Lésion », *Répertoire de droit civil Dalloz,* avril 2018, § 2.

[2123] *Ibidem,* § 35.

[2124] Cela est néanmoins prévu par le projet européen Lando.

[2125] RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 155.

contractuel »[2126]. Toutefois, le contexte de l'affaire relevait des règles spécifiques aux marchés publics, ce qui pourrait fausser l'interprétation de cet arrêt.

Il est vrai néanmoins que s'agissant des contrats de la commande publique, les modalités de contrepartie paraissent nécessaires, notamment pour appliquer les seuils de soumission aux régimes normal ou simplifié de passation[2127]. Par exemple, la valeur estimée d'une concession doit être calculée à partir du « chiffre d'affaires total hors taxe du concessionnaire pendant la durée du contrat », et selon une « méthode objective, précisée dans les documents de la consultation »[2128]. Néanmoins, le lien entre exigence de prix et contrats de la commande publique pourrait être distendu dans le cas d'une société publique locale, qui n'a pas à respecter ces obligations de seuils. La question se pose alors de savoir si cette exigence s'impose à elle aussi.

Ici encore, il convient de s'appuyer sur des fondements plus généraux que la simple transposition du droit de la commande publique. Comme pour la détermination de l'objet contractuel, il paraît possible de faire tenir cette obligation de précision sur la contrepartie sur le fondement de la protection de l'intérêt général par le juge. L'intérêt général du contrat, et notamment son équilibre financier, contrairement au droit civil, doit en effet pouvoir être contrôlé par le juge administratif[2129]. Celui-ci peut difficilement se placer sur ce terrain en l'absence de données précises sur la contrepartie. Ainsi, le raisonnement du droit administratif rejoint celui du droit civil sur l'importance d'avoir au moins une donnée précise sur laquelle exercer le contrôle du juge du contrat.

Ainsi, la précision d'une contrepartie précise paraît nécessaire à la validité du contrat entre collectivité territoriale et SPL[2130]. La SPL ne peut donc pas se comporter comme un véritable service interne organique des collectivités, et exercer ses activités sans formalisation non seulement des activités dont elle doit prendre la charge, mais aussi et surtout, sans la précision obligatoire des contreparties qu'elle obtient en échange. Cette obligation met à mal l'idée d'une SPL entièrement soumise à la volonté et aux revirements d'idées de ses actionnaires-collectivités, puisque tous ces changements devront s'inscrire dans le contrat et des avenants à celui-ci en fonction des modifications. Or, chacun de ces actes entraîne nécessairement des décisions publiques des collectivités, et donc multiplient les prises pour un potentiel contentieux de la part d'un concurrent, mais aussi des moyens de pression (par la capacité de refus) dans la négociation pour les parties

---

[2126] CAA de Marseille, 21 juin 2007, *SARL Maçonnerie,* n° 05MA00356.

[2127] Décret n° 2016-86 du 1er février 2016, article 7, I.

[2128] *Ibidem.*

[2129] Voyez : VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative,* Paris : Bruylant, 2005, 1392 p.

[2130] La question du déséquilibre économique du contrat est traitée *infra*, dans le III de la même section de ce chapitre.

prenantes elles-mêmes, et notamment pour les SPL. Le troisième élément central aux contrats de SPL, la durée, prouve à l'analyse être encore plus restreignant que les deux premiers, malgré les controverses en cours.

## C) Une durée limitée

Troisième élément central dans les contrats de la commande publique, la durée peut-elle échapper à un certain degré de précision dans les contrats de quasi-régie ? Les principes du droit civil semblent s'opposer tout d'abord à des contrats engageant un contractant pour une durée perpétuelle. En droit administratif, à cette limitation se rajoute celle d'une difficulté liée au caractère indéterminé d'un contrat public : celui-ci ne peut être valide que si les deux parties ont la possibilité d'y mettre fin — dans la recherche d'une limitation au pouvoir de modification unilatérale reconnu aux personnes publiques (1). Enfin, le droit spécial de la commande publique est encore plus précis et contraignant sur la détermination d'une durée précise (2). Cependant, le droit positif ne permet pas d'astreindre les contrats de quasi-régie à ces dernières règles, même si la recherche d'une bonne gestion publique le souhaiterait.

### *1) Une durée limitée par la possibilité de se retirer*

Ignoré par le code civil napoléonien, le problème de l'encadrement de la durée des contrats est devenu récemment l'une des questions les plus débattues de la doctrine civiliste[2131]. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel en ont rempli les vides, avant que la réforme récente du droit des contrats ne vienne entériner les solutions esquissées. La règle principale tient en ce que le droit civil limite la situation dans laquelle une personne s'engagerait sans possibilité d'échapper au contrat sur une durée perpétuelle. Il s'agit des cas extrêmes de contrats à perpétuité. Respectant un certain ordre public contractuel, de tels engagements sont interdits par la jurisprudence[2132], ce qui est désormais repris par le nouveau Code civil, à l'article 1210. Les contrats perpétuels ne sont toutefois pas des contrats à durée indéterminée[2133]. Si ces

---

[2131] *Cf.* ETIENNEY, Anne, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation,* Paris : LGDJ, 2008, 784 p.

[2132] Civ. 3e, 15 décembre 1999, n° 98-10.430 : *Bull. civ.* III, n° 242 ; *JCP* 2000.II.10236, concl. J.-F. Weber ; *RTD civ.* 2000. 568, obs. J. Mestre et B. Fages.

[2133] Les contrats à durée indéterminée sont les contrats ayant vocation à se poursuivre sans limite temporelle fixe. *Cf* CHANTEPIE, Gaël, « Contrat : Effets », *Répertoire de droit civil Dalloz,* mise à jour janvier 2018, § 142.

derniers sont, eux, expressément autorisés par les jurisprudences civile[2134] et constitutionnelle[2135], ensuite confirmées par la loi[2136], c'est uniquement à la condition que toutes les parties aient la possibilité d'y mettre fin unilatéralement, dans les limites d'un délai raisonnable ou d'un préavis consensuellement prévu[2137]. Le droit civil paraît donc laisser la possibilité pour les contrats de prestation intégrées de ne pas préciser une durée particulièrement limitée, sous condition de la liberté de résilier le contrat.

Le droit administratif des contrats publics paraît plus circonspect par rapport à cette indétermination. En effet, le droit des contrats publics prévoit que les personnes publiques contractantes ont toujours un droit de modification unilatérale du contrat, pouvant aller jusqu'à la résiliation de celui-ci pour des motifs d'intérêt général[2138]. A l'inverse, les cocontractants privés n'ont normalement pas le droit de résilier ou de modifier unilatéralement le contrat[2139]. Or, cette règle s'oppose à la règle civiliste susmentionnée concernant les contrats à durée indéterminée. Etant donné qu'il s'agit là d'une liberté constitutionnellement reconnue des personnes privées, un contrat public à durée indéterminée doit en conséquence forcément impliquer le pouvoir pour la partie privée de se retirer unilatéralement. Une SPL pourrait donc, en cas de contrat à durée indéterminée, se retirer dans tous les cas unilatéralement du contrat de prestation intégrée.

### *2) Une durée nécessairement déterminée*

Quant à savoir si de tels contrats ont forcément une durée déterminée, c'est une autre question à laquelle le droit commun des contrats publics ne répond pas. Le droit spécial des contrats de la commande publique par contre, y oppose une réponse claire, puisque de manière générale, il restreint les reconductions sans remise en concurrence des contrats au-delà de la durée initialement prévue par le contrat[2140]. Cela implique donc une durée initiale déterminée par le contrat, ou au

---

2134 Civ. 1ere, 5 février 1985, nº 83-15.895 : *Bull. civ.* I, nº 54.

2135 Cons. Constit., 9 novembre 1999, décision 99-419 DC, *loi relative au pacte civil de solidarité* : *D.* 2000. 424, obs. S. Garneri ; *RTD Civ.* 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD Civ.* 2000. 870, obs. T. Revet ; *JCP-G* 2000, I, p. 210, étude N. Molfessis.

2136 Nouveau Code civil, article 1211.

2137 Civ. 1ere, 7 mars 2006, n° 04-12.914 : *Bull. civ.* I, n° 132 ; *D.* 2006. 981, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD Civ*. 2006. 762, obs. J. Mestre et B. Fages.

2138 CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux : R.* p. 33 ; pour une application récente : CE, 3 mars 2017, Commune de Clichy-sous-Bois, n° 398901 : *AJDA* 2017, p. 1286, note H. Hoepffner. Voyez aussi : HOEPFFNER, Hélène, *La modification du contrat administratif,* Paris : LGDJ, 2009, 586 p.

2139 RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs, 10e éd.,* Paris : LGDJ, 2016, p. 275.

2140 Code de la commande publique, art. L 2112-5.

moins une date butoir pour l'exécution dudit marché[2141]. Toutefois, ces règles sont systématiquement interprétées par le juge comme découlant du respect dû aux concurrents et à la concurrence en général. Le juge européen, tout d'abord, considère que si « le droit communautaire, dans son état actuel, n'interdit pas la conclusion de marchés publics de services à durée indéterminée »[2142], cela doit être interprété à la lumière de « l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics [qui] est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres »[2143]. Le Conseil d'Etat quant à lui, s'il interprète que la durée du contrat doit être encadrée, au moins en prévoyant une date butoir, c'est afin d'éviter que cela résulte en « une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre »[2144]. Interprétée de cette façon à l'aune de finalités uniquement concurrentielles, une durée déterminée ne semble alors pas nécessaire pour les contrats des SPL avec leurs collectivités, car ceux-ci ne sont pas mis en concurrence.

Néanmoins, le législateur a aussi fixé pour certains domaines une durée contractuelle maximale : s'appliquent-elles aux SPL ? Depuis 1995 les contrats de délégation de service public dans les domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, ne doivent en principe pas dépasser une durée de 20 ans[2145] ; les contrats des services d'information sur la vie locale (chaîne télévisée ou programme radiophonique), doivent quant à eux être compris entre trois et cinq ans[2146] ; les accords-cadres ne doivent pas dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs[2147] ; ou encore des concessions de remontées mécaniques signées entre 1985 et 2005 ne devaient pas dépasser en principe 18 ans et dans tous les cas ne peuvent aller au-delà de 30 ans[2148]. Cependant, les contrats de prestations intégrées étant par définition censés échapper aux règles de la commande publique, il est possible de se poser la question de l'application de ces règles spéciales, notamment si elles n'ont que pour fondement la protection, justement, de la concurrence.

---

2141 CE, 1er juin 2011, *Commune de Saint-Benoît,* n° 345649 : *CMP* 2011, n° 7, p. 16, note W. Zimmer ; *RLCT* 2011, n° 72, p. 30, note E. Glaser ; *JCP A* 2011, n° 43, p. 22.

2142 CJUE, 18 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH,* § 74.

2143 *Ibidem,* § 31.

2144 CE, 1er juin 2011, *Commune de Saint-Benoît,* n° 345649 : *CMP* 2011, n° 7, p. 16, note W. Zimmer ; *RLCT* 2011, n° 72, p. 30, note E. Glaser ; *JCP A* 2011, n° 43, p. 22.

2145 Loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, art. 75.

2146 CGCT, art. L1426-1, créé par l'article 116 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

2147 Et huit ans pour les entités adjudicatrices : Code de la commande publique, art. L2125-1, 1°.

2148 Code du tourisme, art. L342-3, L342-13 et -14, dans leur version antérieure à la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux. Celle-ci a supprimé cette fourchette obligatoire prévue originellement par l'article 42 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

La controverse sur ce point est grande. Didier LINOTTE, regrettant à ce propos les « confusions d'analyse », semble estimer que des concessions d'eau entre collectivités locales et SPL pourraient, « contrairement à la loi *Barnier* et à la jurisprudence *Commune d'Olivet* » être « attribuées pour 99 ans à une SPL »[2149]. A l'inverse, Jean-François BIZET, appuyé par la Fédération des Entreprises Publiques Locales, donne à lire que ces lois spéciales s'appliquent à toutes les entreprises publiques locales, SPL comprises[2150]. La réponse correcte est sans doute à trouver du côté de l'interprétation fonctionnelle à effectuer sur ces dispositions spéciales : si elles n'ont que pour finalité la protection de la concurrence, elles ne s'appliquent pas à la SPL. Si elles ont une autre finalité, comme la protection de la bonne gestion publique, elles pourraient trouver à s'appliquer. Pour l'instant, le Conseil d'Etat dans sa décision d'Assemblée du 8 avril 2009, *Commune d'Olivet*, relative à ces limitations de durée, n'a parlé que d'un « impératif d'ordre public » dont le seul but énoncé serait de « garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation »[2151]. Le Conseil d'Etat n'a donc pas fondé ces règles sur un principe plus général de bonne gestion publique. En l'état de la jurisprudence elles ne s'appliquent pas. Il suffirait néanmoins que le juge administratif estime qu'il y a là non seulement un impératif d'ordre public concurrentiel, mais aussi de bonne gestion, pour que le résultat se modifie.

Cette conclusion est — heureusement pour la bonne gestion publique — quelque peu limitée par les règles basées sur le fondement de la bonne information de l'assemblée délibérante. Celle-ci doit en effet donner autorisation à l'exécutif local pour la signature du contrat. Elle ne pourrait le faire valablement sans une information suffisante sur les caractéristiques du contrat. Une importante décision du Conseil d'Etat du 4 juillet 2012, *Communauté agglomération Chartres Métropole et Sté Véolia Eau*, est venue confirmée que l'information de l'assemblée délibérante devait être suffisante pour ne pas « [affecter] le consentement donné par le conseil »[2152]. Cependant, cette même décision ne construit pas un principe très strict d'information car, entre plusieurs durées variées négociées, si

---

[2149] LINOTTE, Didier, « Les sociétés publiques locales comme outil de non mise en concurrence », *RFDA*, 2013, p. 1133

[2150] BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales : SEML, SPLA, SPL, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 187.

[2151] CE Ass., 8 avr. 2009, *Commune d'Olivet*, n° 271737 et n° 271782, concl. Geffray : BJCP, 2009, p. 287 : *RFDA* 2009, p. 449 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 85, note F. Melleray ; *CMP* 2009, comm. 164, note G. Eckert ; *AJDA* 2009, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, p. 1090 ; *RJEP* 2009, comm. 41, note B. Plessix.

[2152] CE, 4 juill. 2012, *Communauté agglomération Chartres Métropole et Sté Véolia Eau*, n° 352417, n° 352418, n° 352449 et n° 352450 : *BJCP* 2012, n° 85, p. 426, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2012, n° 8-9, p. 33, obs. G. Eckert ; *Contrats Publics* 2012, n° 124, p. 16, note J.-P. Jouguelet ; *Contrats Publics* 2012, n° 127, p. 66, note P. Guellier ; *JCP A* 2012, n° 50, p. 14, note J.-B. Vila ; *RJEP* 2013, n° 704, p. 19, note F. Brenet ; *Dr. adm.* 2013, n° 3, p. 18, note J. Marchand.

l'assemblée autorise la signature pour l'une, l'exécutif peut visiblement signer pour une autre et demander la régularisation de cette signature plus tard[2153].

La voie très récemment dégagée par la Cour de justice de l'Union pourrait fournir une autre clé d'interprétation à ce problème, à travers le raisonnement tenu à l'occasion de l'arrêt *Irgita* du 3 octobre 2019[2154]. Dans son commentaire de cet arrêt, Laurent RICHER note que si cet arrêt « n'impose pas aux Etats l'adoption d'une réglementation qui définisse des conditions supplémentaires [à l'exception de quasi-régie], il revient aux organismes adjudicateurs de vérifier que l'opération interne n'entraîne pas de distorsion de concurrence »[2155], et notamment en soumettant l'opération à des obligations de transparence. La conjonction du principe de transparence et d'évitement de distorsion de concurrence paraît pointer dans le sens d'une limitation de la durée de tels contrats, afin d'assurer une meilleure concurrence, dans la transparence qui ressortirait à l'occasion de la modification nécessaire du contrat à l'issue de sa durée limitée.

Les indices en faveur d'une limitation de la durée semblent ainsi relativement solides et nombreux pour affirmer que la SPL ne saurait visiblement y échapper, et cela avec toujours pour objectif une bonne gestion publique, et une transparence nécessaire à la concurrence du secteur privé avec le secteur public. En empruntant une forme contractuelle, les relations de quasi-régie avec les SPL doivent donc ainsi en emprunter une partie du fond : un régime reposant sur une base d'engagements précis. Cela se confirme encore dans la liberté de modification contractuelle de ces contrats, qui est visiblement limitée dans les mêmes buts.

# II) Une liberté de modification contractuelle limitée

Etant donné l'exclusion applicable aux contrats de prestations intégrées, de nombreux auteurs, à l'instar de Jean-François BIZET, estiment que « l'absence de mise en concurrence des SPL rend possible la passation d'avenants nonobstant le fait que ceux-ci viendraient modifier substantiellement un élément essentiel du contrat »[2156]. Toutefois, c'est là aller un peu vite dans l'analyse. En effet, à l'étude, le caractère de quasi-régie ne semble pas prendre le pas sur les

---

[2153] *Ibidem.* Cette possibilité est inférée du nouveau principe de sécurité juridique des contrats publics, qui s'oppose à l'annulation pure et simple par le juge du contrat sans rechercher si, « compte tenu de la nature de l'irrégularité constatée, la poursuite de l'exécution du contrat était possible ou si des mesures autres que l'annulation devaient être prononcées ».

[2154] CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

[2155] RICHER, Laurent, « Transparence et opération *in house* »,*CMP* 2019, n° 12, p. 23.

[2156] BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales : SEML, SPLA, SPL, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 231.

principes contractuels les mieux ancrés concernant les modifications possibles en cours de vie. Les modifications des contrats de prestations intégrées des SPL sont soumises à un véritable encadrement recherchant la prééminence du consensualisme, ce qui ne peut que jouer dans le sens d'un plus grand pouvoir des SPL dans la négociation de ces contrats. Si ce principe est évident dans le cas des modifications consensuelles de ces contrats (A), il est plus surprenant, mais bien existant, dans le cas de modifications unilatérales (B).

## A) Les limites à la liberté de modification consensuelle des contrats de prestations intégrées

La situation de la SPL, entièrement contrôlée par ses actionnaires publics qui sont aussi ses cocontractants principaux, laisse peu de doutes sur le fait que ses contrats sont, en règle générale, très souple, et peuvent donc être modifiés à tout moment sous l'influence des actionnaires. Mais la réalité des SPL tentaculaires, aux actionnaires pouvant ne présenter qu'un toute petite part de leur capital, vient tempérer cette constatation. De même, dans le droit comme dans la pratique, rien n'oblige les SPL à une communauté entière d'intérêts avec ses actionnaires. La recherche d'une efficacité économique et du fonctionnement financièrement optimal de cet outil pourrait même arguer dans le sens inverse. Le droit des modifications consensuelles des contrats de prestations intégrées offre en tout cas, à l'analyse, toute latitude aux SPL pour gérer de manière indépendante leur portefeuille de contrats, loin d'une soumission entière aux volontés de leurs cocontractants. En effet, si le droit de la commande publique n'a pas à être respecté pour les contrats de prestations intégrées, le principe contractuel du consensualisme (1), mais aussi les règles d'information et de transparence du droit public des contrats (2) s'opposent à de trop importantes modifications intempestives de la part d'un des cocontractants.

### *1) Le principe du consensualisme*

Le principe du consensualisme, très classique et logique, empêche les modifications unilatérales aux contrats. Il peut renvoyer notamment aux questions de l'objet indéterminé, aux contreparties et à la durée illimitée[2157], qui, lorsqu'ils ne sont pas assez clairs, ne permettent pas un accord éclairé et entraînent l'inexistence du contrat. Mais de manière générale, un contrat ne peut être modifié, de même qu'il ne peut être convenu, que de manière consensuelle par les parties

[2157] *Cf. supra.*

visées. Or, ce simple principe permet déjà à la SPL de sortir juridiquement bien plus forte et dans une égalité de principe avec ses actionnaires, puisqu'il lui suffit de ne pas contracter, ou de refuser les modifications d'un contrat pour assurer une certaine indépendance. Et l'inaction étant toujours plus facile que l'action, la conclusion qu'il faut en tirer est que, de base, la SPL est donc juridiquement et contractuellement indépendante. Une telle constatation ne suffit néanmoins pas à aller au fond de la question : elle laisse de côté les règles particulières s'opposant à ce qu'un contrat puisse être modifié, même consensuellement, dans toutes ses dimensions sans avoir à en tirer des conséquences particulièrement importantes pour les contrats de prestations intégrées.

Le juge civil distingue trois types de modifications du contrat : l'avenant, la novation, et le nouveau contrat, dont la qualification jurisprudentielle échappe aux cocontractants[2158]. Une convention dénommée « avenant » n'est donc pas forcément un avenant, mais peut être définie par le juge civil comme un nouveau contrat ou d'une novation[2159]. Dans ces deux derniers cas, le juge considère que les cocontractants ne sont plus tenus au respect des stipulations du précédent contrat, ou contrat originel : ce qui rend caduque les obligations du premier contrat. L'appréciation du juge civil sur la notion de nouveau contrat est particulièrement intéressante. Certes, le respect du consensualisme prime le plus souvent, et l'apparition d'un nouveau contrat est reconnue dans des cas extrêmes de bouleversement de l'économie du contrat[2160]. Cela est concordant avec la logique du droit privé puisque, comme le rappelle Nicolas KILGUS, « la distinction entre avenant et nouveau contrat ne doit pas permettre aux parties de trouver un échappatoire à la force obligatoire des conventions »[2161]. Ainsi, ne provoquent pas de novation ou de nouveau contrat le changement qui modifie l'objet seulement quelque peu (remplacement d'une location d'un bureau par un autre bureau[2162] ; adjonction de quatre logements à un projet de quarante[2163]). Toutefois, lorsque l'objet est entièrement modifié (la construction d'un atelier devient la construction d'un bureau, et un sous-sol un garage[2164], adjonction d'une patinoire à la construction d'un immeuble[2165]), le premier

---

[2158] PELLET, Sophie, *L'avenant au contrat,* Paris : IRJS éd., 2010, 628 p.

[2159] La novation est définie à l'article 1329 du Code civil. Il s'agit d'un contrat « qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée ». Création de la nouvelle obligation et extinction de la première sont indissociables, sinon il s'agit d'un nouveau contrat.

[2160] BOUBLI, Bertrand, « Le bouleversement de l'économie du contrat évince les règles applicables au forfait », *RDI* 2002, p. 392.

[2161] KILGUS, Nicolas, « Contrat autonome ou avenant au contrat : appréciation souveraine des juges du fond », *Dalloz actualité,* 21 mai 2013.

[2162] Civ. 1e, 24 avril 2013, n° 11-26.597 : *Dalloz actualité,* 21 mai 2013, note N. Kilgus.

[2163] Civ. 3e, 2 juillet 2002 : *RDI* 2002, p. 392.

[2164] Civ. 3e, 17 mai 1982 : *RDI* 1982, p. 382.

[2165] Civ. 3e, 26 févr. 1985 : *RDI* 1985, p. 574.

contrat et ses obligations particulières disparaît au profit d'un nouveau contrat. Les contrats de prestations intégrées des SPL, pouvant être modifiés sans mise ni remise en concurrence, sont-ils exclus d'une telle jurisprudence ? En d'autres termes, permettent-ils d'être un support unique et modulable de modifications constantes de l'objet et des obligations qui s'y rapportent ? Il ne semble pas que le droit public le permette.

### *2) La transparence par la procédure devant l'assemblée délibérante des collectivités*

Certaines limites apparaissent tout d'abord concernant la bonne information de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales passant le contrat, et notamment les contrats de concession de service.

Tout d'abord, le droit général des collectivités territoriales prévoit que, par principe, les contrats de celles-ci sont approuvés par l'assemblée délibérante, avant d'être signés et mis en oeuvre par l'exécutif. Cela signifie que, les modifications qui entraineraient une modification entière du contrat, nécessitent bien de se soumettre de nouveau à cette procédure. Toutefois, une interprétation plus large, dans le sens d'une meilleure transparence de ces contrats, pourrait être faite. Il suffirait en effet au juge de modifier à la marge son critère de reconnaissance d'une novation ou d'un nouveau contrat, pour inclure des modifications aux contrats de prestations intégrées qu'il considère comme substantielle, pour permettre à l'assemblée délibérante d'exercer un contrôle beaucoup plus poussé sur ces contrats, et ainsi, accessoirement d'ouvrir ces contrats à une meilleure transparence publique. Une certaine limite au droit de modification des contrats est en tout cas apportée, et elle pourrait être plus grande à l'avenir. Dans certains cas, ce droit de modification est déjà soumis à plus d'obligations.

La loi du 28 mai 2010 portant développement des SPL prévoit en effet explicitement qu'une concession ne peut être confiée à une société publique locale qu'au vu d'un rapport préliminaire sur le choix du mode de gestion, adopté par l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale. Ce contrat pourrait-il ensuite être substantiellement ou entièrement modifié sans avoir besoin de repasser devant la procédure impliquant l'assemblée délibérante ? La question est très courante en droit de la commande publique, et se trouve ici renouvelée par la pratique des contrats de prestations intégrées. Le droit des collectivités territoriales et le droit de la commande publique prévoient en effet que, dans le cas d'une augmentation de plus de 5% du prix, ou si l'augmentation entraîne le dépassement d'un seuil de concurrence prévu, un avenant à un contrat public ne peut être signé qu'après avis de la commission d'appel d'offres puis autorisation de l'assemblée

délibérante[2166]. Le devoir d'information pourrait alors être rempli lors de cette délibération-autorisation, l'avis de la commission d'appel d'offres paraissant inutile étant donné l'inapplication du droit de la commande publique ici. Cette délibération remplacerait-elle cependant également tout devoir d'information prévu par l'article L. 1411-19 du CGCT sur le *choix* du mode de gestion d'une concession de service public ? Au vu des principes applicables au droit privé, il semble que la réalité d'un nouveau contrat ou d'une novation entraînerait logiquement l'obligation d'une nouvelle procédure de choix du mode de gestion.

Selon cette interprétation, les contrats de prestations intégrées correspondant matériellement à des concessions de service public et dont les modifications bouleverseraient l'économie devraient, selon cette logique de droit privé, être de nouveau soumis à l'obligation d'information préalable de l'assemblée délibérante sur le choix du mode de gestion du service public. La question se pose évidemment de l'application de cette règle aux autres contrats de prestations intégrées. Dans une interprétation strictement positiviste, il est tentant d'en conclure que de telles obligations ne sont pas applicables. Et certes, la procédure de l'article L. 1411-19 du CGCT semble trop particulière pour pouvoir être étendue, même de façon prétorienne, aux autres contrats. Cette obligation ne peut donc pas s'appliquer — et il faut sans doute le regretter tant elle paraît une sécurité et un principe de bonne gestion qui ne paraît pas lié uniquement au caractère de concession, mais plutôt au caractère trop secret des contrats de prestations intégrées des SPL. Mais les autres obligations, issues du droit privé et du droit général des avenancements doivent, quant à elles, s'appliquer dans leur entièreté.

Ces limites entraînent ains non seulement une meilleure information de l'assemblée, mais aussi une plus grande transparence de ces contrats, et accessoirement une dose de concurrence par la surveillance des actions économiques des collectivités locales par les concurrents potentiels des SPL. D'autre part, il est très notable que le principe classique du consensualisme assure quant à lui une indépendance de principe des SPL. Mais ce principe n'est-il pas mis à mal par la faculté, toute aussi classique, des personnes publique de modifier unilatéralement leurs contrats ? Là aussi, la réponse doit être nuancée au bénéficie d'une certaine indépendance des SPL.

## B) Les limites au pouvoir de modification unilatérale des contrats de prestations intégrées

Enfin, une autre limite apparaît devoir être mentionnée pour les contrats de prestations intégrées : le cas des modifications unilatérales du contrat par la personne publique. Ce droit de

[2166] CGCT, art. L. 1411-6 et L. 2122-22.

modification unilatérale est tout-à-fait accepté en droit des contrats publics, à l'inverse du droit des contrats privés. Comme l'écrit Hélène HOEPFFNER, « alors qu'en droit civil la modification est une technique juridique subjective permettant aux parties d'améliorer la vie du contrat pour répondre à leurs besoins, en droit administratif elle est une technique objective dont l'utilisation est justifiée par les nécessités du service public »[2167]. Ce pouvoir, d'ailleurs institué comme principe général du droit, est interprété comme l'expression même du déséquilibre contractuel dans les relations entre personnes publiques et personnes privées[2168]. S'il emporte souvent des compensations (cf *infra*), il convient aussi de souligner ses limites.

Il faut remarquer, de prime abord, que ces modifications sont tout d'abord soumises aux mêmes remarques que pour les modifications consensuelles. Une modification unilatérale ne saurait bouleverser l'équilibre économique du contrat sans entraîner création d'un nouveau contrat. Au-delà de cette idée, il paraît logique que les pouvoirs de modifications unilatérales ne puissent interférer sur l'objet même du contrat public, au risque de dénaturer la raison même de la contractualisation initiale. Dominique POUYAUD souligne ainsi dans sa thèse que « si l'administration est en droit, lorsque l'intérêt général l'exige, de modifier l'étendue des prestations que son cocontractant doit effectuer, ce pouvoir de modification ne peut porter sur l'objet du contrat »[2169]. Proche de l'impossibilité de bouleverser l'économie du contrat, cette interdiction s'en distinguerait ainsi par son caractère plus général et plus intransigeant. Par exemple, dans une décision du 3 mai 1968, le Conseil d'Etat a considéré qu'une stipulation permettant à l'administration de diminuer les travaux prévus « ne l'autorisait pas à restreindre l'objet même du marché tel qu'il a été défini »[2170]. Cet interdit a néanmoins peut-être tendance à se confondre avec celui du bouleversement économique du contrat, le Conseil d'Etat utilisant les termes de « modification profonde de l'objet », dans une décision plus récente[2171]. Il n'en reste pas moins que le juge administratif pourrait certainement utiliser cette jurisprudence, jamais contredite, pour limiter les pouvoirs de l'administration dans les contrats de prestations intégrées, l'exclusion des règles de la commande publique n'y pouvant rien. Ainsi, la collectivité actionnaire ne pourrait modifier unilatéralement le contrat des SPL au-delà d'un certain seuil, ce qui est très paradoxal par rapport à la possibilité démontrée *supra* de passer,

---

2167 HOEPFFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs,* Paris : Dalloz, 2016, p. 386.

2168 CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux : R.* p. 33 ; pour une application récente : CE, 3 mars 2017, Commune de Clichy-sous-Bois, n° 398901 : *AJDA* 2017, p. 1286, note H. Hoepffner. Voyez aussi : HOEPFFNER, Hélène, *La modification du contrat administratif,* Paris : LGDJ, 2009, 586 p.

2169 POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 151.

2170 CE Sect., 3 mai 1968, *Société des grands travaux de l'Est,* n° 69664 *: R.* 282 ; confirmé par : CE Sect., 20 janvier 1978, *Centre Hospitalier de Lisieux,* n° 99183 : *Tables.*

2171 CE Sect., 14 mars 1980, *SA compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques C.I.T.R.E.M.*, n° 03417 : *Tables ; RDP* 1981, p. 525.

pour les collectivités dans leurs relations avec les SPL, par la voie de l'acte unilatéral. La différence entre contrat et acte unilatéral est ici flagrante.

Toutes ces considérations, sur les stipulations obligatoires des contrats des SPL, et sur leur liberté limitée de modifications, entraînent le fait que les SPL, dans leur relation contractuelle avec leurs actionnaires, aient un socle minimum de sécurité, représenté par le caractère précis, déterminé et non-modifiable de l'objet des contrats qui leur sont confiés, mais aussi des contreparties et durées fixées *ab initio*. De plus, même la passation d'avenants sans mise en concurrence entre les parties aux contrats de prestations intégrées ne peut exclure l'application de certaines règles limitant la liberté contractuelle de ces entités. Toutes ces règles aboutissent à l'encadrement des relations de quasi-régie de la SPL dans des liens contractuels classiques, permettant une certaine égalisation des parties face au contrat. Au-delà de limiter les uns et les autres dans leur liberté contractuelle, la contractualisation crée une égalisation des parties à l'intérieur même du contrat.

## III) Les limitations du déséquilibre contractuel et l'égalisation des parties au contrat de prestations intégrées

Un véritable équilibre contractuel n'est certes jamais garanti par le droit privé des contrats. Le nouveau Code civil l'exprime dans des termes non équivoques à l'article 1168 : « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat ». C'est la loi des affaires, de l'intelligence marchande qui prévaut. Ajoutées au statut de quasi-filiales des SPL, d'entités entièrement contrôlées par le public et théoriquement sans volonté, ces idées pourraient laisser imaginer une situation où les SPL seraient entièrement soumises à des contrats extrêmement déséquilibrés, économiquement, financièrement, matériellement, voire même presque injustes. Cela n'est toutefois pas le cas, car le droit des contrats s'ouvre de plus en plus à l'équité et interdit de plus en plus les situations d'inégalité les plus extrêmes. Par ces biais, les SPL se voient ainsi assurées d'une certaine limite à sa situation de départ pourtant très déséquilibrée. Elles ne peuvent être soumises à toutes les velléités de prééminence des collectivités actionnaires dans l'établissement d'un contrat. Ces limitations sont néanmoins relativement exceptionnelles. La tromperie, comme le déséquilibre, n'est sanctionnée qu'à la marge, lorsqu'elle dépasse un certain seuil d'acceptabilité sociale (A). Pour le droit des contrats administratifs cependant, l'intérêt général semble s'opposer à un déséquilibre contractuel qui proviendrait d'une modification postérieure à la

signature. Ce droit à l'équilibre financier du contrat est loin d'assurer un équilibre entier entre les parties, mais il participe à l'émergence de cette idée (B).

## A) les situations protégées de déséquilibres extrêmes issues du droit privé

Au-delà de l'article 1168 du Code civil, le droit privé prévoit bien un certain nombre de dispositions visant à empêcher un déséquilibre significatif du contrat. Néanmoins, seuls des déséquilibres significatifs ne portant « ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »[2172] peuvent être contrôlés et compensés à travers le juge. Les cas de déséquilibre contrôlés sont donc des cas extrêmes[2173] qui ne semblent concrètement pas adaptés à la société publique locale. Ils lui offrent néanmoins un cadre extrême dans lequel doivent s'inscrire les relations contractuelles de quasi-régie, et donc un minimum de leviers de négociation à son profit.

L'article 1169 limite une interprétation trop stricte de l'interdiction de vérification du prix, puisqu'il indique qu'un contrat onéreux est nul lorsque « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Prix illusoire et vil sont donc des causes de nullité dans tous les cas. Leur caractérisation est évidemment très difficile : il faut que le prix ne corresponde à quasiment rien par rapport à la prestation fournie[2174]. Cela reste néanmoins une limite importante du contrat de droit privé, pour laquelle rien ne paraît s'opposer à son applicable au droit public, même si les exemples concrets manquent en pratique[2175].

Un déséquilibre contractuel peut aussi découler d'une absence de réel consentement de l'une des parties sur l'objet ou les clauses du contrat. C'est le cas par exemple des contrats que l'une des parties n'aurait pas signé si elle en avait véritablement connu les dispositions : le dol et la violence, situations extrêmes de déséquilibre, doivent être ici évoqués. Le dol consiste en la manoeuvre ou le mensonge de l'une des parties visant à obtenir la conclusion du contrat par l'autre partie[2176]. Lorsqu'un dol aboutit à une erreur, celle-ci est toujours excusable et permet de demander l'annulation du contrat[2177]. Si le cas est difficile à trouver entre une personne publique et une

---

[2172] Code civil, art. 1171.

[2173] DISSAUX, Nicolas, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil Dalloz,* actualisation avril 2017, § 142 et s.

[2174] *Ibidem,* § 177.

[2175] POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 135.

[2176] C. Civ., article 1137.

[2177] C. Civ., article 1138.

personne privée[2178], il est encore plus difficile à imaginer entre une collectivité territoriale et sa propre société publique locale. Toutefois, s'il devait arriver et pouvait être prouvé, nul doute que les juges feraient application de cette règle.

Quant à la violence, le nouveau Code civil est particulièrement intéressant à cet égard car il crée une nouvelle catégorie de violence[2179] : l'abus de dépendance économique[2180]. Alors que la définition classique de la violence peut difficilement s'appliquer aux relations de quasi-régie, la dépendance économique, elle, en paraît au contraire très proche. La violence économique est caractérisée par le Code civil lorsqu'une des parties, en abusant de l'état de dépendance de l'autre, obtient un engagement qu'elle n'aurait pas souscrite sans cela, et que cet engagement donne un avantage manifestement excessif à la partie contraignante. Cet article vise clairement à rétablir une certaine justice sociale — ou équilibre économico-social — dans la formation des contrats, qui va plus loin que la violence par intimidation classique[2181]. L'élément moral de l'intimidation, important pour la violence classique[2182], ne trouvant sans doute pas à s'appliquer à la société publique locale, il est possible d'imaginer que celle-ci puisse être réduite, même sans forcément de volonté particulièrement dolosive d'une collectivité territoriale, à signer un contrat qu'elle n'aurait pas souscrit sans cet élément de dépendance. La dépendance étant même un pré-requis de la situation de quasi-régie, la question de l'application de ce nouvel interdit du Code civil interroge. L'interdiction, ici partielle, d'un avantage manifestement excessif pourrait donc s'appliquer aux relations contractuelles collectivités-SPL. Néanmoins, il est possible aussi que le juge civil ou administratif considère que la situation de dépendance étant par définition normale dans les cas de quasi-régie, et le contrat ne pouvant donc pas définition être défavorable à la partie forte (la collectivité territoriale), il serait approprié de prouver ici aussi un élément d'intentionnalité dolosive pour caractériser une situation de violence économique entre collectivité territoriale et société publique locale. Cette méthode éliminerait les cas les moins « violents » en termes d'intentionnalité. Dans tous les cas, cet élément s'oppose, encore une fois, à un total écrasement de la volonté de la société publique locale dans ses relations contractualisées de quasi-régie.

Enfin, se pose aussi la question de la lésion. Ce concept, en droit positif, ne s'applique qu'à certains contrats — de vente d'immeubles notamment — et permet d'obtenir rescision du contrat ou

---

[2178] POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 135.

[2179] La définition de la violence classique est à l'article 1140 du Code civil : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

[2180] C. Civ., article 1143.

[2181] DISSAUX, Nicolas, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil Dalloz,* actualisation avril 2017, § 142 et s.

[2182] *Ibidem,* § 143.

réparation, dans le cas où l'un des cocontractants a été floué au-delà d'une mesure raisonnablement acceptable par la société, sans élément moral à prendre en compte[2183]. La jurisprudence reste très prudente sur son utilisation, tant le juge se fait ici Salomon, ou gardien de l'équité, plus que gardien du contrat, « loi des parties »[2184]. Pourtant, le juge administratif est justement connu pour mettre la légalité et l'intérêt général au-dessus de tout. N'utilise-t-il pas la lésion dans ce sens ? C'est ce que souhaitait Gaston JEZE, par exemple[2185]. Au contraire, le juge administratif actuel semble éviter au possible la qualification de lésion — peut-être dans le but d'éviter les critiques, ou tout simplement dans l'idée que l'administration qui se lie par contrat doit se voir appliquer la loi du contrat avant tout. Il n'empêche que, pour les contrats de prestations intégrées, un tel outil permettrait de pouvoir contrôler, par le biais du juge, des situations entièrement internes à l'administration et qui paraissent contraires à la bonne gestion publique.

En conclusion, si ces quelques limites extrêmes relative à l'équité contractuelle paraissent particulièrement contre-intuitive d'application aux SPL, il faut remarque qu'au contraire, elles doivent s'y appliquer d'autant plus sûrement, puisque les contrats de prestations intégrées des SPL, en l'absence de transparence et de règles de négociation et de procédure précises, sont particulièrement prônes à ce genre de pressions. Ces règles fournissent ainsi un cadre, certes extrême, mais valable, au sein duquel les relations entre collectivités territoriales actionnaires et SPL doivent se cantonner. Elles permettent accessoirement, mais de façon révélatrice pour notre démonstration, que les SPL ne sont ainsi pas entièrement dénuées de pouvoirs et de marge de manoeuvre dans la négociation de ces relations contractuelles. D'ailleurs, s'ouvre de plus en plus à elles la perspective d'être assurée d'un réel équilibre contractuel dans ces relations.

## B) Les modifications en cours de contrat et l'assurance d'un équilibre contractuel

Si la jurisprudence administrative a depuis longtemps réglé le cas des évènements imprévus bouleversant l'équilibre du contrat, le droit privé, longtemps réticent, a récemment encadré ces situations à l'article 1195 du nouveau Code civil. Cependant, le droit administratif ouvre beaucoup plus de possibilité au discernement d'un droit à l'équilibre financier des contrats publics. Certes, ceci ne peut se confondre avec l'égalité des prestations de ceux-là. Comme le rappelle Charles-

---

[2183] MAZEAUD, Denis, mise à jour par LATINA, Mathias, « Lésion », *Répertoire de droit civil Dalloz,* avril 2018, § 2.

[2184] C. Civ., art. 1103.

[2185] Cité *in* : POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, 1991, p. 137.

André DUBREUIL, « l'Administration n'a en effet pas vocation à garantir son cocontractant contre tous les aléas auxquels il peut être confronté »[2186], tandis que le cocontractant « est tenu de respecter l'ensemble des obligations contractuelles auxquelles il a consenti »[2187]. Le cumul des dispositions relatives aux modifications en cours de contrat, appliquées à la société publique locale, implique néanmoins que celle-ci est pourvue d'une certaine protection juridique contre les aléas, qui semble, encore une fois, peu cohérente avec sa fonction de quasi-régie.

L'article 1195 du nouveau Code civil prévoit un régime très léger en cas de « changement de circonstances imprévisible ». Plusieurs conditions doivent d'ailleurs être réunies : le changement doit être imprévisible, il doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse » pour l'une des parties, et celle-ci ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque initialement. Suite à ces conditions drastiques, le nouveau Code prévoit une obligation de renégociation préalable à toute saisine du juge du contrat, « à défaut d'accord dans un délai raisonnable ». Les principes de bonne foi et de loyauté sont donc d'une certaine façon recherchés ici, le législateur forçant la main des parties à la renégociation, là où le juge civil n'avait, depuis 1876, jamais accepté de substituer son jugement à celui des parties[2188]. N'incluant apparemment aucun principe contraire aux droits et obligations de l'Administration, cette clause pourrait tout-à-fait s'appliquer aux contrats de prestations intégrées des SPL. Cette obligation de renégociation est en quelque sorte un nouveau droit pour les SPL face à leurs actionnaires-cocontractants. Pour les contrats administratifs cependant, le droit administratif prévoit déjà de nombreux cas dans lesquels le cocontractant de l'Administration peut se voir indemnisé suite à un aléa imprévu.

Contrairement au droit privé, le droit administratif prévoit depuis longtemps la possibilité pour le juge d'intervenir en réparation d'un déséquilibre contractuel intervenant postérieurement à la signature du contrat. Il peut s'agir d'une imprévision extérieure, d'une modification à l'initiative de la personne publique usant de son pouvoir de modification unilatérale, voire d'une modification à l'initiative de la personne privée. Les conditions d'indemnisation sont différentes selon les cas.

Dans le cas d'une imprévision que les parties n'arrivent pas à régler entre elles, comme dans le cas civiliste désormais, le juge administratif du contrat peut rectifier la situation, afin de ne pas laisser un bouleversement économique du contrat entraîner des obligations manifestement pas

---

[2186] DUBREUIL, Charles-André, *Droit des contrats administratifs,* Paris : PUF, 2018, p. 350.

[2187] *Ibidem*, p. 365

[2188] Cass. Civ., 6 mars 1876, Commune de Pélissanne c/ Marquis de Galliffet, arrêt dit « Canal de Craponne ». Il avait néanmoins accepté qu'une imprévision puisse aboutir à une obligation de renégociation, qui pouvait être monnayable : Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, arrêt Huard.

convenues entre les contractants[2189]. Cela aboutit au rétablissement d'un certain équilibre contractuel, qui ne peut être totalement favorable à l'une ou l'autre partie[2190]. Mais pour la SPL, par principe entièrement contrôlée, l'assurance d'un équilibre était fondamentalement loin d'être évidente. Toutes les avancées dans le sens d'un équilibre doivent alors être notées comme des points importants pour elles.

Dans le cas d'une modification intervenant à cause du pouvoir de modification unilatérale de l'Administration[2191], celle-ci doit être compensée intégralement par la personne publique, ou bien la personne privée peut demander la résiliation auprès du juge du contrat[2192]. De plus, cette modification ne peut porter sur des objets tenant au consentement même de la partie cocontractante, comme l'objet[2193] ou le prix[2194]. Cela fait dire à Francis-Paul BENOIT, parmi d'autres[2195], qu'il faut constater « la totale inexactitude de la thèse selon laquelle l'Administration contractante disposerait d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat »[2196]. Etant donné les limites inhérentes à ce « prétendu pouvoir »[2197], il ne s'agit pour lui pas réellement d'un pouvoir de modification unilatérale, mais d'une situation de responsabilité extra-contractuelle de l'administration[2198]. Malgré ces vues convaincantes, la doctrine a tendance à constater que c'est l'équilibre du contrat public qui est ici reconnu par le juge, et que « le contrat n'est plus obligatoire parce qu'il a été voulu, mais parce qu'il est juste », comme le note avec regret Benoît PLESSIX[2199]. Pour les SPL, cela signifie une assurance minimale contre les modifications unilatérales du contrat.

---

2189 CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens,* n° 223445 *: BJCP* 2003, p. 462, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2003, p. 1727, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2003, comm. n° 236, A. Ménéménis.

2190 Voyez : VIDAL, Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative,* Paris : Bruylant, 2005, 1392 p.

2191 Nous mettons de côté le cas où l'Administration cocontractante modifie une règle générale qui ne vise pas directement le contrat, et agit donc dans ses prérogatives générales de puissance publique, et non comme cocontractant. Ce cas de « fait du prince » se règle sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle de la rupture d'égalité devant les charges publiques, et ne nous paraît pas utile pour la démonstration. Dans ce cas, l'indemnisation de la personne privée se fait à condition de démontrer un préjudice anormal et spécial : CE, 23 janvier 1952, *Compagnie des tramways électriques de Limoges* : *R.* p. 52)

2192 HOEPFFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs,* Paris : Dalloz, 2016, p. 386 et s.

2193 CE, 27 février 1925, *Dolfini : R.* p. 219 ; et CE, 14 avril 1948, *Ministre des Armées : R.* p. 159.

2194 CE, 10 juillet 1954, *Heulin : R.P.D.A.* 1954, p. 220.

2195 L'HUILLIER, Jean, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *D.* 1953, chron. p. 87 ; et DUFAU, Jean, « Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concession de service public », *AJDA* 1955.I.65.

2196 BENOIT, Francis-Paul, *Le droit administratif français,* Paris : Dalloz, 1968, p. 644

2197 *Ibidem.*

2198 *Ibidem,* p. 657.

2199 PLESSIX, Benoît, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* vol. 4, 2012, p. 205.

La relation entre personne publique et personne privée reste donc certes assez déséquilibrée en terme de puissance modificatrice au profit de la première. La personne publique peut imposer un certain nombre de modifications dans l'intérêt général que la personne privée ne peut refuser si elle est indemnisée pour le faire. Mais au-delà du déséquilibre évident de puissance unilatérale, la relation est désormais, et de plus en plus, caractérisée par le droit à l'équilibre financier du contrat. Ces nouvelles interprétations de l'équilibre contractuel sont toutes favorables à la position des SPL, qui, d'entités contrôlées et inférieures, de situation de quasi-filiales, accèdent par ce biais à une meilleure assurance de leur indépendance et de leurs intérêts.

## Conclusion de la Section 2 : Un antagonisme contractuel organisé

Ainsi, très paradoxalement par rapport au but initialement fixé à cet outil et aux modalités exceptionnelles de fonctionnement qui lui sont octroyées, l'utilisation de la société publique locale permet à celle-ci de s'assurer un équilibre contractuel juridiquement protégé par les principes du droit des contrats publics. Les sociétés publiques locales, grâce à la contractualisation de leurs missions, sont donc dans une position de relative égalité face à leurs contractants actionnaires. Cette conclusion en droit positif est confirmée par la pratique des sociétés publiques locales qui, si elle est parfois déséquilibrée, ne l'est pas toujours au profit du cocontractant public. L'Inspection Générale de l'Administration résume la situation dans son rapport au parlement sur la maîtrise des risques des entreprises publiques locales en notant que « l'observation de l'application de ces conventions permet parfois de détecter des relations déséquilibrées entre l'EPL et ses actionnaires, parfois au détriment de l'EPL, parfois au détriment des actionnaires »[2200]. L'absence de contentieux, pour le moment, appliquant les règles de l'équilibre financier des parties entre société publique locale et collectivité actionnaire, ne signifie pas que celui-ci est impossible, mais uniquement qu'il n'est pas encore advenu, ou encore que les questions litigieuses savent se régler hors des prétoires pour l'instant. Il importe en tout cas, dans un objectif de bonne gestion publique au plus, et de transparence au moins, de soutenir l'application de ces principes aux contrats de prestations intégrées.

---

[2200] France, Inspection générale de l'administration (IGA), Contrôle général économique et financier (CGEF), *Revue de dépenses - La maîtrise des risques des entreprises publiques locales*, juin 2017, p. 58.

## Conclusion du chapitre : Un lien entre contrat et compétition d'intérêts

Les développements qui précédent démontrent que la voie contractuelle est bien applicable aux contrats de prestations intégrées des sociétés publiques locales. Celle-ci est relativement homogène et se confond très fortement avec le régime des contrats de délégation d'activités et de commande de l'Administration. L'interprétation restrictive des droits européen et français quant aux exceptions autorisées permet de conclure que dans le cas du contrat de prestations intégrées, seule la mise en concurrence et la transparence sont écartées, mais pas les autres principes qui régissent les contrats de l'Administration. Notamment, l'objectif de bonne gestion publique, et le respect du contrat apparaissent comme obligeant les collectivités territoriales actionnaires à accorder à la société publique locale une autonomie que la théorie de la quasi-régie lui dénie.

En effet, la voie contractuelle n'est pas innocente dans son utilisation. La preuve de la forte juridicité des contrats de prestations intégrées pouvant être aisément démontrée, le régime des contrats entraîne avec lui un nombre important de conséquences juridiques pratiques qui, en retour, altèrent et interagissent avec la théorie de la quasi-régie et des prestations intégrées. La conséquence la plus visible est l'égalisation juridique des relations contractuelles qui se mettent en place entre collectivité territoriale et société publique locale. Contraire à l'esprit de la théorie même de la quasi-régie, elle permet d'en discerner les contours objectifs plus précisément : instrument de gestion interne du secteur public, la société publique locale n'en est pas moins aussi un mode de gestion externalisé, qui permet d'opposer des intérêts et de répartir des responsabilités dans un cadre contractuel.

Le cadre juridique des contrats de prestations intégrées reste cependant loin d'être idéal ou même clair sur certains points. Des précisions législatives seraient les très bienvenues dans ce domaine. Ainsi, la formulation de l'exception des contrats exclus du Code de la commande publique interroge-t-elle par son caractère très large. Ces contrats de prestations intégrées ne doivent-ils pas, tout en restant exclus des obligations de mise en concurrence, obéir au moins aux autres règles du Code qui créent un cadre protecteur à la fois des intérêts des parties et de la bonne gestion publique ? Ce serait une amélioration certaine, l'incertitude en ce domaine ne pouvant amener que des incidents négatifs.

De même, l'impératif de bonne gestion publique exigerait que les règles restreignant les avenants sur les objets, les contreparties ou la durée des prestations soient encadrées plus que par la simple transposition de règles jurisprudentielles ou civilistes. Ce n'est sans doute pas trop que de demander une plus grande sécurité juridique et transparence publique sur des contrats *a priori*

malléables à l'envie. Un encadrement procédural particulier pour les modifications importantes par avenant des contrats de prestations intégrées doit être envisagée, à l'image de ce qui est déjà prévu pour les contrats mis en concurrence.

# Conclusion du titre 2 : Une dévolution d'activités encadrée par des objectifs et des instruments de compétitivité

Pourquoi s'intéresser au débat sur le choix et des conséquences juridiques entre l'utilisation du de la forme contractuelle ou de la forme unilatérale et l'appliquer aux relations de prestations intégrées des collectivités locales avec leurs SPL ? De nos jours, l'utilité de l'action unilatérale est remise en question dans des domaines pour lesquels elle ne paraît plus nécessaire, au détriment d'une contractualisation généralisée de l'action publique[2201]. De fait, concrètement, comme le démontre l'enquête mise en oeuvre, les relations de prestations intégrées avec les SPL semblent bien répondre à ce phénomène. Toutefois, il est possible de se demander s'il s'agit bien là d'un choix sans conséquences, alors que la SPL représente non seulement l'occasion de publiciser l'action publique par rapport aux entreprises privées, mais aussi se base, dans la théorie des prestations intégrées, sur une proximité conceptuelle avec la situation des régies.

En doctrine, la forme de la relation de dévolution d'activités à une quasi-régie est peu étudiée, et aboutit lorsqu'elle l'est dans des qualifications très différents, entre contrat de mandat[2202], contrat de commande publique[2203], ou nouveau type de contrat[2204]. Pourtant, une analyse juridique radicale de la théorie des SPL souligne bien que la voie unilatérale ne doit pas être écartée sans égard, notamment du fait des lacunes textuelles et de l'imprécision généralisée entourant la délégation d'activités publiques à des SPL. Dans l'optique de la recherche du respect des conditions restrictives de l'exception de quasi-régie, il est alors possible de se demander si la voie de l'acte unilatéral ne serait pas la plus indiquée, de par ses qualités inhérentes mélangeant contrôle et prérogatives. L'observation fine des pratiques, relève le fait que certains usages et certaines finalités se rapprochent plus de l'unilatéralité — bien qu'elle permette surtout de souligner l'utilisation exclusive du vocabulaire contractuel par les acteurs locaux. La qualification réglementaire n'obère toutefois pas d'une éventuelle requalification jurisprudentielle, et la voie unilatérale est ainsi encore ouverte. Des précisions jurisprudentielles ou légales paraissent à cet égard, si ce n'est nécessaires, au moins salutaires.

---

[2201] CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne,* Paris : LGDJ, 2017, p. 180.

[2202] MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « Les contrats entre les collectivités territoriales et leurs sociétés publiques locales », *in* MEUNIER, Patrick *et al.* (dir.), *Les sociétés publiques locales : entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 207 et s.

[2203] HOEPFFNER, Hélène, LLORENS, François, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP* 2018, n° 4, p. 1-2.

[2204] MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, p. 275.

Ce choix en pratique de la contractualisation emporte des conséquences relativement paradoxales, au regard de la philosophie et des fondements de l'exception quasi-régie. de l'utilisation apparemment exclusive en pratique de la contractualisation dans les relations de dévolution d'activités entre les collectivités territoriales et leurs SPL ? Tout d'abord, ce paradoxe permet de souligner la méthode interprétative pro-concurrentielle du juge européen quant à l'exception de quasi-régie : qui écarte la personnalité morale uniquement dans un but très restreint, mais non dans d'autres sens. Cette reconnaissance de l'existence juridique positive de la SPL rejaillit dans le domaine de ses droits contractuels. Elle renforce en conséquence l'autonomie de fait des SPL par rapport à leurs actionnaires. De plus, du point de vue théorique, l'acte contractuel entraîne une certaine égalisation des parties dans leurs droits contractuels de négociation et de signature. Le contenu obligatoire d'un acte contractuel de dévolution d'une activité publique à une SPL peut aussi s'étudier, même en l'absence de cadre complet. L'armature même incomplète de ces contrats permet de noter l'égalisation des parties et la protection juridique spécifique accordée à la partie faible que représente la SPL dans ces relations, notamment à travers les précisions obligatoires sur la durée, l'objet et les contreprestations contractuelles, mais aussi en encadrant fortement les procédures et la portée des modifications contractuelles possibles.Ainsi, le choix de la voie contractuelle présente des conséquences sur le contentieux et sur le partage des responsabilités entre SPL et collectivités très importantes. De ce point de vue, comme le souligne Alain SUPIOT, le contractualisme est loin d'être une technique juridique innocente en termes de rapports entre les parties[2205]. Il est même possible de conclure que cette voie aboutit à créer une relative concurrence des intérêts divergents des SPL et de leurs actionnaires, ce qui va dans le sens de l'hypothèse que l'usage de la quasi-régie est bien d'abord un instrument d'une politique pro-concurrentielle, ici entendue dans un sens large. Cette même influence se ressent aussi dans l'étude des mécanismes procéduraux qui entourent le choix — en principe libre — de la SPL comme mode de gestion d'une activité publique.

[2205] SUPIOT, Alain, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », *in* CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David, *Approche critique de la contractualisation,* Paris : LGDJ, 2007, p. 23.

# Titre 3
# La SPL en action : la privatisation de l'action publique locale

La SPL de droit français est, pour respecter la jurisprudence européenne, une quasi-régie. Sa création en droit français permet de bénéficier des effets d'une gestion directe dans le droit de la commande publique tout en individualisant et en autonomisant la gestion d'une activité publique sous la forme d'une société commerciale. Pour le législateur, son régime juridique est censé copier la situation des activités que prend en charge la SEML, sa prédécesseur juridique[2206]. C'est donc malgré elle que la création de cet outil particulier entraîne certaines conséquences sur le régime des activités publiques locales. Les conséquences sur le régime juridique, à l'analyse, peuvent paraître à première vue cosmétiques dans le contexte actuel. C'est qu'elles sont d'abord et avant tout les concrétisations de dynamiques juridiques profondes qui redessinent par à-coups, assez lentement, le droit des activités publiques locales. Il convient, pour comprendre leur sens et leur nouveauté, de les replacer dans le temps long de la construction du droit administratif français.

Ces dynamiques, libérales et pro-concurrentielles, reposent sur une mise à distance des comportements politiques des collectivités publiques, lorsqu'elles agissent dans l'économie. Cela concorde avec les effets directs et indirects du droit de la concurrence de l'Union européenne sur les activités publiques locales, dont le caractère ordo-libéral fait peu de doutes[2207]. Pourtant, ce même droit de l'Union ignore en principe les distinctions entre secteur public et privé[2208], créant ainsi un principe de neutralité qui ne doit pas être confondu avec un principe de protection des activités

---

[2206] Voyez : NGAMPIO-OBELE-BELE, Urbain, « Des sociétés d'économie mixte locales aux sociétés publiques locales », *Courrier juridique des Finances et de l'Industrie* 2012, n° 68, p. 6.

[2207] DREXL, Josef, « La constitution économique européen : l'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011, n° 4, p. 419.

[2208] TFUE, art. 345 : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres. ». Voyez sur cet article : ROUX, Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2015, 842 p.

publiques[2209]. Cette neutralité juridique proclamée, par sa diffusion progressive, a des effets paradoxaux en droit administratif français. D'un côté elle incite à demander aux activités publiques de se soumettre de plus en plus aux mêmes règles que le secteur privé. D'un autre côté, elle implique la suppression de plus en plus les barrières classiques que le droit administratif avait érigé autour des activités publiques locales pour les limiter et protéger le secteur privé. La société publique locale représente alors le parangon de ces dynamiques contradictoires et pourtant d'une même vague. Elle utilise à plein ces nouvelles possibilités, et ne fait bouger que marginalement les lignes sur ces deux tableaux. Il n'en reste pas moins qu'elle constitue sans doute une vigie des changements à venir pour les collectivités locales, qu'il convient d'observer attentivement à cet effet.

Concrètement, la société publique locale a tendance à profiter à plein de la neutralité concurrentielle proclamée par le droit de l'Union et la conception ordo-libérale de l'action publique. Elle rapproche ainsi de plus en plus le traitement juridique des actions des collectivités locales de celui des actions des entreprises du secteur privé (chapitre 1). Cette imitation du secteur privé, poussée loin par la SPL, entraîne une altération importante de la limitation la plus fondamentale de l'action publique locale, celle de la compétence des collectivités locales à agir (chapitre 2).

---

[2209] Voyez sur la maturation progressive de l'idée de protection spécifique de l'action publique en droit de l'Union : RODRIGUES, Stéphane, « Les services d'intérêt (économique) général de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ? », *Rev. UE* 2018, p. 283.

# Chapitre 1 :
# La neutralisation du régime d'action des collectivités locales par le biais de la SPL

> « Est ainsi institué un organisme sinon ambigu, du moins ambivalent, par lequel les collectivités peuvent espérer combiner la souplesse du droit privé qu'apporte la forme sociétaire et la protection qu'implique l'absence de soumission aux règles de publicité et mise en concurrence. Personne privée au capital intégralement public, la société publique locale constitue assurément un instrument original, du moins au regard de l'histoire française de l'économie publique locale. »
>
> Sébastien BERNARD
>
> *« Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale sur le droit des entreprises publiques »*
>
> *RDP 2011, n° 3, p. 587.*

Comme le rappelle Sébastien BERNARD ici, la société publique est un instrument original lorsqu'il est analysé à l'aune des différentes théories s'étant succédées pour expliquer le régime juridique particulier des activités publiques et des entreprises publiques. Le débat sur la nature et les caractéristiques exactes de ces régimes n'est toujours pas éteint, et la création de la SPL le ranime même quelque peu.

La question de la nature juridique de droit public ou de droit privé des démembrements administratifs a longtemps été l'objet de longs débats doctrinaux jusqu'à la seconde guerre mondiale[2210]. Toutefois, dans une analyse juridique moderne, plus souple, le régime d'action des SPL est considéré un régime de « droit mixte »[2211] à mi-chemin entre droit privé et droit public,

---

[2210] Voyez, sur la controverse générale de la distinction entre droit public et droit privé, qui portait notamment sur la distinction de l'Etat agissant comme force publique, soumis au droit public, et de l'Etat agissant comme un particulier, soumis au droit privé : BIGOT, Grégoire, « La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine français du premier XIXe siècle », ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, BLOQUET, Sylvain, VERGNE, Arnaud (dir.), *La summa division droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles),* Paris : Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 15.

[2211] Voyez : NGUYEN QUOC, Vinh, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales,* Paris : LGDJ, 1979, p. 15 et s.

typique des entreprises publiques[2212]. De façon encore plus moderne, il est considéré que les entreprises publiques sont soumises en règle générale à un régime juridique de commercialité[2213], qui peut évoluer selon une échelle d'administrativité qui va du droit public intégral à la quasi-disparition de l'application des règles de droit public[2214]. L'intérêt de la SPL est qu'elle semble aller plus loin dans cette direction que les entreprises publiques locales jusqu'ici étudiées. Il est vrai que la SPL modifie en partie les définitions classiques de l'entreprise publique[2215], notamment locales[2216]. Mais elle accentue surtout les dynamiques socio-administratives profondes de privatisation de l'action publique locale[2217], ce qui donne un sens renouvelé à cette mixité banalisatrice du régime d'action des sociétés publiques locales (section 1).

Au-delà de cet aspect assez classique, il est clair que le régime d'action de la SPL représente aussi, surtout du point de vue du droit européen, un pas nouveau dans une certaine neutralisation du régime de l'action publique sous l'influence du droit de la concurrence[2218]. Les entreprises publiques locales paraissent ainsi, du point de vue de la concurrence, sur un pied d'égalité avec les entreprises privées. Elles sont pourtant encore, à l'observation, soumise à un régime relativement

---

2212 Voyez notamment : BREDIN, Jean-Denis, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé,* Paris : LGDJ, 1957, 306 p.

2213 *Cf.* ECKERT, Gabriel, *Droit administratif et commercialité,* thèse de doctorat : droit public : université de Strasbourg 3, 1994, spéc. p. 173

2214 *Cf.* VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques,* thèse de doctorat : droit public : université de Lille II, 1990, spéc. p. 734 et s.

2215 BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale sur le droit des entreprises publiques », *RDP* 2011, n° 3, p. 587.

2216 Michel PRIEUR, remarquait ainsi, dès 1969, qu'il était « regrettable que cette forme d'intervention [les sociétés publiques locales] ne soit pas systématiquement détachée de l'étude des sociétés d'économie mixte » (PRIEUR, Michel, *Les entreprises publiques locales,* Paris : Berger-Levrault, 1969, p. 59). Cette observation était appelée à un grand avenir puisque jusqu'à aujourd'hui la notion de société publique locale, qui jusqu'en 2010 ne correspondait qu'à un éparpillement de statuts spécifiques, n'a pas fait l'objet d'étude spécifique particulièrement remarquable. On remarquera d'ailleurs que la catégorie « entreprises publiques locales » est désormais généralement étudiée en comprenant l'étude à la fois des SEML, et celle des SPL (voy. not. : BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, 378 p. ; ainsi que : DREYFUS, Jean-David, PELTIER, Marc, « Sociétés d'économie mixte et sociétés publiques locales », *Répertoire de droit des sociétés,* actualisation avril 2020 ; DURAND, Guy, « Les sociétés locales », folio n° 6232, *Encyclopédie des collectivités locales,* mise-à-jour avril 2017 ; ou encore : PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés,* Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 427 p. — pour une exception notable : DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », fasc. 486, *JurisClasseur Collectivités Territoriales*, mise-à-jour 24 juillet 2019).

2217 Voy. notamment pour une vision non seulement française mais aussi européenne de ces dynamiques, encore valides actuellement : MARCOU, Gérard, « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP* 2012, n° 141, p. 183-205 ; pour une étude précise sur les dernières mutations du droit de l'action publique locale : DURANTHON, Arnaud, « L'influence du néo-libéralisme sur les modalités d'exercice des compétences locales », *in* DOUENCE, Maylis (dir.), *L'exercice des compétences locales entre rationalisation et créativité,* Paris : L'Harmattan, 2018, p. 13-35 ; et pour une très intéressante présentation à mi-chemin entre sociologie et droit des évolutions actuelles du droit de l'action publique en général (et non seulement local), voyez aussi : DURAN, Patrice, « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », *in* Association Française de Droit Administratif, *La puissance publique,* Paris : LexisNexis, 2012, p. 1-29.

2218 KARPENSCHIF, Michaël, « Les entreprises publiques locales et l'égale concurrence », *JCP-A* 2013, p. 27-33. Voyez aussi : ECKERT, Gabriel, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *in* WALINE, Jean, *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum en l'honneur de,* Paris : Dalloz, 2012, p. 208.

inégal, le droit de la concurrence neutralisant les entreprises publiques plus qu'il ne les égalise (section 2).

# Section 1 : Un régime neutralisé d'entreprise publique

Le droit des entreprises publiques a longtemps faire l'objet d'un intérêt soutenu des juristes, notamment dû à la réputation de difficulté d'une notion « rebelle à toute systématisation juridique »[2219], comme le résume Xavier VANDENDRIESSCHE. De plus, cette définition est désormais scindée entre une définition française de l'entreprise publique, nécessaire pour l'application du droit français se référant aux entreprises publiques[2220], et une définition européenne, entièrement fonctionnelle, cherchant à appliquer le droit de la concurrence partout où une activité économique semble en cause[2221]. La confrontation de ces deux définitions à la SPL démontre déjà toute l'influence que le droit européen exerce dans le régime d'activité de ces sociétés. Parmi les points les plus acceptés de la définition de l'entreprise publique figurent le fait que celle-ci est soumise à un important contrôle public de la direction, et que les activités prises en charge sont de nature commerciales. Le régime juridique des activités n'est néanmoins pas précisé, et il est constant qu'il évolue d'un type d'entreprise à une autre, en fonction de l'influence des collectivités publiques dans la gestion (critère organique indirect) comme des activités prises en charge (critère matériel). Or, pour les SPL, il est facile d'imaginer que le critère organique de la participation et du contrôle des personnes publiques pourrait jouer dans le sens d'un accroissement du droit public dans le régime applicable. Les signes jurisprudentiels en ce sens ne manquent pas. Toutefois, selon les solutions pour l'instant adoptées, il semble qu'une telle interprétation soit loin de la réalité. Les sociétés publiques locales sont d'abord et avant tout des sociétés de droit privé (I). D'ailleurs, certaines règles exorbitantes du droit commun maintenues pour la SPL paraissent même inadaptées au fonctionnement et aux fonctions de celles-ci (II).

---

[2219] VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques,* thèse de doctorat : droit public : université de Lille II, 1990, p. 10.

[2220] BREEN, Emmanuel, BOLLA, Clémence, « Entreprises publiques », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 158-10, mise à jour février 2017.

[2221] ECKERT, Gabriel, KOVAR, Jean-Philippe, « Entreprises publiques », *Répertoire communautaire Dalloz,* mise à jour avril 2017.

# I - Un régime principal de droit privé

Les fortes discussions théoriques sur la nature du droit de l'action publique dans l'économie ont longtemps occulté les répercussions directes et indirectes de ces discussions sur le droit des collectivités locales. Si les partisans d'une convergence entre qualification de collectivité locale et régime de droit public paraissent avoir finalement été détrompés de long temps, la SPL apporte à ce cercueil un clou définitif. Le régime de ces entreprises locales entièrement publiques réfute la perméabilité jurisprudentielle pourtant pourtant relativement acceptée du caractère public de leurs actionnaires sur le régime applicable. Cela se traduit par le rejet des théories jurisprudentielles classiques de perméabilité du critère organique (A), ainsi que par une déconnexion contre-intuitive entre les critères jurisprudentiels de qualification d'activité de service public et l'objet des SPL (B). La SPL relève en conséquence d'une présomption de droit privé dans son régime de fonctionnement. Elle contribue de manière éclatante à la redéfinition des oppositions trop manichéennes entre gestion directe et gestion indirecte, et entre gestion publique et gestion privée (C).

## A) L'impact neutralisé du critère organique dans la publicisation du régime des SPL

Si les élus locaux font le choix d'une SPL pour son caractère de droit privé, cela n'empêche pas la jurisprudence française de contrer ce choix par l'application parfois inattendue d'un régime de droit public à certaines activités de ces personnes privées[2222]. Cette application peut se faire par le biais de deux sortes d'influences : soit l'influence de la nature de personne publique des collectivités locales contrôlant la société, soit par l'influence des critères fonctionnels du droit public, dont les indices sont concrètement plus faciles à trouver dans les SPL du fait de leur vocation d'entreprise publique locale. La première dynamique paraît néanmoins ces dernières années connaître une diminution de ses applications[2223], tandis que la deuxième reste relativement constante. Mais malgré un régime attractif de droit public de l'action publique locale, le statut organique de droit privé des SPL n'est pas requalifiable en statut de droit public aujourd'hui (1). Le juge français semble aujourd'hui ne plus tirer que des conséquences indirectes à la pseudo-fictivité

---

[2222] Voyez sur ce point l'étude classique : NEGRIN, Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privée dans l'action administrative,* Paris : LGDJ, 1971, 363 p.

[2223] Voyez notamment : MURGUE-VAROCLIER, Paul-Maxence, *Le critère organique en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 2018, p. 211 et s.

des personnes privées manipulées par des personnes publiques. De cela découle que les SPL peuvent être difficilement assimilées à une personne privée transparente, malgré de nombreuses interrogations en ce sens (2). Puisque les conséquences juridiques en sont moindres, la possibilité de voir l'action des SPL requalifiée en mandat implicite est plus probable, bien qu'elle n'ait pour l'instant pas trouvé à s'appliquer dans la jurisprudence (3).

### *1) Une personnalité morale de droit privé légalement assurée*

De longue date le juge administratif a pris le parti de se permettre de qualifier certaines personnes dont la qualité n'était pas clairement établie par le législateur, en personnes morales de droit public. Ce sont les fameux cas des associations syndicales de propriétaires[2224], ou des caisses des écoles[2225], décisions qui avaient au début du XIXe siècle révolté Maurice HAURIOU. La question est néanmoins restée étrangement d'actualité[2226], avec par exemple la question de la nature des groupements d'intérêt public[2227] (GIP), puis de la Banque de France[2228]. Il pourrait être aisé de dire que la SPL échappe à cette problématique de la requalification juridique, puisque son statut de société anonyme est légalement prévu, contrairement aux GIP. Mais la Banque de France était aussi à l'origine une société anonyme, et l'application d'un régime exorbitant du droit privé a néanmoins amené le juge des conflits à lui reconnaître une nature de personne publique[2229]. Les SPL, bien plus clairement spéciales dans leur organisation, sont-elles alors en danger d'une requalification jurisprudentielle ? Cela n'est pas le cas.

---

[2224] Trib. confl., 9 décembre 1899, *Assoc. syndicale du Canal de Gignac : R.* p. 731.

[2225] CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles du 6e arrondissement de Paris : R* p. 390 ; aussi pour les caisses de crédit municipal : CE, 20 juin 1919, *Brincat, R.* p. 535.

[2226] Voyez par ex. : RICHER, Laurent, « Les personnes publiques innomées », *in* AFDA (dir.), *La personnalité publique,* Paris : LexisNexis, 2007, p. 133.

[2227] Trib. confl., 14 février 2000, *GIP 'Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris' c/ Verdier : R.* p. 748 ; *AJDA* 2000, p. 465. Voyez sur les questions qui se posaient en doctrine avant cette clarification jurisprudentielle : BENOIT-RHOMER, Florence, « Les GIP, une nouvelle catégorie de personnes publiques », *AJDA* 1986, p. 663.

[2228] Trib. confl., 16 juin 1997, *Soc. La Fontaine de Mars c/ Banque de France, R.* p. 532 ; *CJEG* 1997, p. 363, concl. J. Arrighi de Casanova.

[2229] Le Tribunal des conflits précise que la banque « n'a pas le caractère d'un établissement public, mais revêt une nature particulière » qui fait d'elle une personne publique. La Cour de cassation avait aussi reconnu en 1951 le caractère de droit public d'une entreprise publique créée sans autre précision que le qualificatif de « société » : Cass. comm., 9 juillet 1951, *SNEP* (2 arrêts), *D.* 1952.141.

La jurisprudence a positivement tranché cette question. Elle l'a fait non seulement anciennement pour les SEML[2230], mais aussi récemment pour les SPL. Cela ressort directement dans un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, la qualité de personne morale de droit privé est explicitement reconnue à la SPL[2231]. Dans un contentieux où la question était relativement incidente, le Conseil d'Etat le reconnaît aussi dans une décision du 21 novembre 2018[2232]. Il recourt d'ailleurs clairement à l'intention du législateur pour aboutir à cette conclusion. Il reconnaît exactement qu'il « ressort des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, qui a introduit l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, que l'institution de cette nouvelle catégorie de sociétés vise, en particulier, à permettre aux collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités de confier certaines opérations ou certaines activités à des sociétés commerciales »[2233]. Marion UBAUD-BERGERON résume alors clairement la situation lorsqu'elle écrit que « nonobstant leur capital exclusivement public, les sociétés publiques sont effectivement des personnes privées »[2234]. Ce recours à l'intention du législateur démontre clairement que la qualification législative de société est tout-à-fait acceptée par le juge administratif, et qu'une éventuelle requalification, comme pour la Banque de France, n'est absolument pas envisageable. D'autres moyens de faire transparaitre la personnalité publique qui se meut derrière la SPL sont plus probables, telle l'utilisation de la technique de la transparence.

### *2) La pertinence faible d'une qualification des SPL en personnes privées transparentes*

Une menace plus importante, bien que plus indirecte et limitée, pèse sur le régime de droit privé de la SPL à travers la possibilité pour le juge de transférer certains effets de la nature de droit public des personnes publiques contrôlant une personne privée à cette dernière, sans requalifier

---

2230 Voyez par ex. : Cour d'Appel de Versailles, 2 juin 1989, *Ricard c/ société d'économie mixte d'aménagement de la ville d'Anthony (SEMAVA) : D.* 1987, p. 86, comm. J. Prévault (les voies d'exécution de droit privé, qui ne sont pas applicables aux personnes publiques, sont utilisables contre les SEML).

2231 Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, n° 1601218 : *CMP* 2016, n° 5, comm. 131, note M. Ubaud-Bergeron. Ce jugement marque la reconnaissance du caractère de droit privé des SPL dans la qualification d'un contrat.

2232 CE, 21 novembre 2018, *Société Lyonnaise des Eaux*, n° 405702, inédit : *JCP-A* 2019, n° 4, p. 30-33, note S. Brameret ; *CMP* 2019, n° 2, p. 45-46, note G. Eckert.

2233 *Ibidem.*

2234 UBAUD-BERGERON, Marion, « Quel ordre de juridiction est compétent à l'égard des marchés passés par une société publique locale ? », *CMP* 2016, n° 5, comm. 131.

entièrement celle-ci mais uniquement certains actes, pour les attribuer *in fine* à la personne publique[2235]. Il s'agit là de la technique de la transparence[2236]. Cette théorie connait néanmoins un affaiblissement récent qui diminue en conséquence l'impact du critère organique sur le régime des personnes privées manipulées par les personnes publiques[2237].

Par la théorie de la transparence, le juge administratif estime que « lorsqu'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 doit être regardée comme transparente »[2238]. Si cette formulation est tranchante et paraît agrandir les critères de cette ancienne théorie[2239], elle n'en reste pas moins d'une application exceptionnelle, uniquement réservée pour l'instant aux associations de droit privé qui semblent avoir pour unique fonction de permettre aux personnes publiques de contourner un régime de droit public plus protecteur des libertés individuelles ou plus restrictif de l'action publique[2240]. Il est de plus difficilement concevable que le juge administratif applique cette théorie aux sociétés publiques locales, alors que l'intention du législateur présidant à la création de celles-ci peut parfaitement s'interpréter comme une solution implicite à ce problème des associations transparentes[2241]. Face à une légalité précisément offerte, la question d'une éventuelle transparence organique de la SPL ne paraît donc pas crédible[2242].

Les premières décisions jurisprudentielles en la matière confirment pour l'instant cette interprétation. Un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté,* a clairement rejeté la possibilité d'inférer de la propriété entièrement publique du capital de la SPL la moindre conséquence dans le domaine le plus sujet à cette influence : la qualification de contrat public[2243]. Le Tribunal administratif de Strasbourg revient clairement sur le considérant de principe de la jurisprudence *Commune de Boulogne-*

---

[2235] LE ROY, Marc, « Transparence et fictivité à l'épreuve de la notion d'établissement public », *JCP-A* 2008, n° 4, p. 2014.

[2236] AUBY, Jean-Marie, « La théorie des institutions 'transparentes' en droit administratif », *RDP* 1988, p. 265.

[2237] RICHER, Laurent, « La transparence tempérée par la loi », *AJDA* 2007, p. 1153.

[2238] CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt : BCJP* 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2007, étude n° 7, comm. F. Lichère.

[2239] 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, p. 1539-1561.

[2240] LICHERE, François, « La transparence des associations administratives », *LPA* 2001, n° 21 déc., p. 9.

[2241] DAMAREY, Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011, p. 15.

[2242] BRAMERET, Sébastien, « La société publique locale, entre service public et transparence », *RFDA* 2012, p. 1127.

[2243] TA Strasbourg, 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, n° 1601218 : *CMP* 2016, n° 5, comm. 131, note M. Ubaud-Bergeron.

*Billancourt* qui définit les cas de personnes privées transparentes[2244], et l'oppose à la loi autorisant les SPL. Il considère ainsi qu'un des buts du législateur de la SPL était bien de circonscrire la théorie jurisprudentielle des associations transparentes. Le Tribunal indique exactement que : « cette société ayant été créée conformément aux dispositions de l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales, elle ne saurait être regardée comme "transparente" à la commune de Mulhouse ou aux autres collectivités actionnaires, et le contrat litigieux comme passé en réalité par ces collectivités, quel que soit le contrôle qu'elles exercent sur cette société »[2245]. Le juge administratif écarte sans discussion la question de la transparence, comme si la loi y opposait une impossibilité évidente. Un jugement du Tribunal administratif de Montpellier du 13 décembre 2018, *Société SOCRI Gestion*[2246], va quant à lui encore plus loin, en considérant comme inopérante la question même de la transparence des SPL, et économisant donc la réponse à cette question[2247]. Cependant, cette opinion n'est pas partagée dans l'appel de ce jugement, ce qui permet de nourrir considérablement le débat sur ce point.

La CAA de Marseille, dans un arrêt du 4 novembre 2019[2248], renverse le jugement du TA de Montpellier exactement sur le fait que celui-ci a écarté sans discussion la question de la transparence de la SPL. En d'autres termes, un moyen tiré de la prétendue transparence d'une SPL doit être obligatoirement examiné. Pourtant, le rapporteur public Renaud THIELE dans cette dernière affaire allait dans le sens, d'une manière plus brutalement éclairante, d'un rejet de l'application de la théorie de la transparence. Renaud THIELE estimait précisément qu'« il n'existe […] pas de différence sensible entre une SPL et une association transparente, si ce n'est, et c'est là toute la différence, que l'existence même d'un régime législatif spécifique aux SPL fait obstacle à ce que celle-ci puisse être considérée comme transparente »[2249]. La distinction entre SPL et association transparente tiendrait donc en un mot à ce régime législatif qui exonèrerait implicitement du danger de la théorie jurisprudentielle de la transparence. Mais la théorie n'étant pas légale mais jurisprudentielle, et se basant sur une exception et l'idée d'un abus de droit, il est probable qu'elle

---

2244 CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt : BCJP* 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2007, étude n° 7, comm. F. Lichère.

2245 TA Strasbourg, 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté,* n° 1601218, considérant 5.

2246 TA de Montpellier, 13 décembre 2018, *Société SOCRI Gestion,* n° 1604304.

2247 Voyez notamment : SAGNIER, Pierre-Yves, *Le juge administratif et l'économie des moyens,* thèse de doctorat : droit public : Lille, 2019, 532 p.

2248 CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, inédit.

2249 THIELE, Renaud, conclusions sous CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit, dans lesquelles il résume les conclusions qu'il avait lui-même présentées sous l'affaire CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649.

s'applique aussi à la SPL dans les cas les plus extrêmes. Le raisonnement de la CAA de Marseille dans cette affaire *Société SOCRI Gestion* le démontre bien.

La CAA, en l'occurrence, examine d'ailleurs de façon particulièrement attentive les indices qui pourraient aboutir à qualifier la SPL de personne privée transparente. Elle conclut néanmoins au rejet de tous les indices en l'espèce, et opte même pour une présomption de légalité de la SPL sur certains aspects qui auraient, dans le cas d'une association, joué dans le sens d'une qualification de transparence. Selon la Cour, tout d'abord, la présence d'un actionnaire majoritaire confiant à une SPL une mission en l'absence de mise en concurrence « ne saurait elle seule lui conférer un caractère fictif ou transparent ». Au-delà, la formulation de la Cour est très prudente puisqu'elle indique que des éléments portant sur le « fonctionnement effectif » d'une SPL pourraient être « susceptible[s] de remettre en cause la réalité même de cette entité en tant que personne morale dotée d'autonomie ». La Cour relève aussi que la répartition diffuse du capital social « limite considérablement la possibilité, pour l'actionnaire majoritaire, de priver la société d'une activité interne conforme à ses statuts ». Elle relève enfin que la société en cause ne serait pas « chargée d'un service public ni qu'elle serait financée » par la collectivité. Une telle formulation indique que la Cour administrative d'Appel de Marseille ne serait pas réfractaire à une qualification de société transparente pour une SPL, si des indices matériels forts penchaient en cette faveur.

La théorie de la transparence reprend donc une actualité importante pour les SPL. Mais la qualité de société publique locale semble, pour l'instant, s'opposer par principe à une telle qualification, puisque devant une association soumise aux mêmes conditions, le juge aurait visiblement eu moins de scrupules[2250]. Une dernière conséquence qu'une proximité trop grande avec une personne publique peut amener pour une personne privée, moins importante que la requalification en personne publique, ou que la transparence, se décline à travers la possible qualification de mandataire public implicite.

### *3) Le maintien perturbateur d'une possible qualification de mandataire public tacite*

Dernier avatar d'un résurgence du critère organique dans la qualification des actions des SPL, il convient d'analyser la possibilité de discerner un mandat implicite des actionnaires publics à leur SPL. La proximité de la SPL avec ses actionnaires cocontractants incite à imaginer qu'une telle reconnaissance se fasse aisément. Cependant, la technique jurisprudentielle du mandat implicite, d'ailleurs de plus en plus contestée (a), ne paraît pas pouvoir s'appliquer de manière automatique

---

[2250] Voyez, encore une fois : CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt : BCJP* 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2007, étude n° 7, comm. F. Lichère.

aux SPL (b). Cela banalise donc cet outil par rapport aux autres partenaires privés des collectivités locales, et disqualifie grandement l'hypothèse d'une résurgence du caractère organique de droit public des personnes publiques à travers la SPL.

a) La reconnaissance jurisprudentielle du mandat implicite

La technique jurisprudentielle du mandat tacite est un élément relativement perturbateur en droit administratif[2251], puisqu'au-delà de la technique du mandat civil, qui permet d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne[2252] — ce qui emporte l'application d'un régime de droit public lorsque le mandant est une personne publique[2253] — le droit administratif admet l'existence de mandats tacites permettant de faire ressurgir un critère organique là où une stricte lecture des statuts des personnes juridiques ne le laissait pas croire[2254]. Cette jurisprudence est particulièrement utilisée dans les contrats entre personnes privées qui peuvent être requalifiés de contrats publics en raison d'un mandat tacite laissant apparaître la présence initialement cachée d'une personne publique à ce contrat[2255].

De plus, le mandat tacite tel qu'interprété par le juge administratif laisse à penser que ses critères de reconnaissance sont moins stricts que ceux du mandat civil : cette technique s'appliquerait donc largement, et les SPL pourraient être particulièrement concernées par cette requalification. C'est notamment l'avis de Claude DEVES, qui soupçonne que le fait que « le capital de la SPL soit entièrement public, que cette dernière ne puisse agir que pour les collectivités actionnaires et qu'elle soit soumise au 'contrôle analogue', pourrait conduire le juge à accepter une nouvelle application de la théorie du mandat »[2256].

En effet, contrairement au mandat civil, qui nécessite par un acte explicite la volonté d'une personne (le mandant) de donner à une autre personne (le mandataire) le pouvoir de faire quelque chose en son nom, par la technique du mandat administratif tacite le juge admet qu'une personne

---

2251 Denis PIVETEAU, dans ses conclusions sous l'arrêt d'assemblée CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris : R.* p. 89, qualifie cette théorie de « nébuleuse ».

2252 C'est-à-dire que, comme le résume bien l'adage latin *qui mandat dicitur ipse vere facere,* « qui donne mandat est réputé agir en réalité lui-même ». En conséquence, la personnalité juridique du mandataire s'efface devant l'autre dans les actions menées au nom et pour le compte de la personne mandante. Précisément, le Code civil indique à son article 1984 qu'un mandat est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

2253 Voyez par ex. : CE, 17 février 1993, *Société d'équipement de l'Auvergne,* n° 80515, inédit au Recueil.

2254 Voyez notamment : CANEDO, Marguerite, *Le mandat administratif,* Paris : LGDJ, 2001, 876 p. ; RICHER, Laurent, « Le contrat de mandat au risque du droit administratif », *CJEG* 1999, p. 127.

2255 Voyez par ex. : CE, 3 juin 2009, *Société Aéroport de Paris (ADP),* n° 323594 : *RJEP* 2009, n° 670, p. 19, concl. B. Dacosta ; *CMP* 2009, n° 8-9, p. 25, note W. Zimmer.

2256 DEVES, Claude, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitude ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p. 1082.

privée puisse se voir confier un mandat lorsqu'un faisceau d'indices semble l'indiquer. Or, ce faisceau d'indices est très large, et très vague. Il inclut notamment plusieurs indices organiques, et d'autres de nature plus fonctionnelle et matérielle. Du côté des indices plutôt organiques, on trouve : le contrôle de la personne publique mandante, les conditions de la création de la société mandataire, la composition du capital de cette société, le droit applicable à personnel, et les intérêts communs à cette société et à la personne publique[2257]. Du côté des indices finalistes, il faut relever : les missions confiées à la société[2258], d'éventuels droits exclusifs conférés[2259], l'objet du contrat, la destination des ouvrages construits, mais aussi des points matériels comme le financement du contrat, le régime de responsabilité des ouvrages. Néanmoins, outre le fait que la valeur de cette jurisprudence ne soit pas complètement claire[2260], il faut remarquer que le juge français a paru tenter ces dernières années une restriction de l'usage de cette technique, notamment en revenant sur sa jurisprudence et en excluant les cas où la personne publique a fait le choix d'une véritable concession à une personne privée[2261]. Dans ce cas, la volonté de la personne publique semble finalement l'emporter sur une éventuelle « présence immanente d'une personne publique »[2262] révélée par la réalité des faits. Pour résumer, et pour reprendre Marion UBAUD-BERGERON, la qualification en mandat tacite par le juge « n'est pas systématique, et la jurisprudence la plus récente tend à apprécier plus strictement son existence »[2263]. Comment s'articule-t-elle alors avec la logique de la société publique locale ?

b) L'application du mandat implicite aux SPL

La proximité matérielle entre les deux acteurs que sont la SPL et la collectivité actionnaire facilite évidemment la possibilité concrète d'une telle relation. Les indices des condition de création de la société, du contrôle public, du capital détenu, ainsi que de la communauté d'intérêts plaident

---

2257 Trib. confl., 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolartion,* n° 02850 : dans le cadre de la construction d'une centrale nucléaire.

2258 CE, 3 juin 2009, *Société Aéroport de Paris (ADP),* n° 323594 : *RJEP* 2009, n° 670, p. 19, concl. B. Dacosta ; *CMP* 2009, n° 8-9, p. 25, note W. Zimmer. En l'occurrence, une mission de sécurité et de police confiée par la loi.

2259 Trib. confl., 23 septembre 2002, *Sociétés Sotrame,* n° 3300 : *AJDA* 2002, p. 1437 chron. F. Donnat et D. Casas : mission de saisie de données pour l'assurance maladie.

2260 Le juge résume sa position par la formule bien lâche selon laquelle cette reconnaissance reste exceptionnelle sauf « conditions particulières ». *Cf.* Trib. confl., 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton,* n° 4103 : *AJDA* 2018, p. 267, chron. S. Roussel et C. Nicolas.

2261 CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte,* n° 297509 ; et surtout : Trib. confl., 16 juin 2014, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel,* n° 3944 : *BJCP* 2014, p. 426, concl. N. Escaut ; *CMP* 2014, comm. 220, note P. Devillers.

2262 HOEPFFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs, 2e éd.* Paris : Dalloz, 2019, p. 119.

2263 UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs, 3e éd.,* Paris : LexisNexis, 2019, p. 101.

en cette faveur. Toutefois, ces indices n'ont rien d'automatique, puisqu'il s'agit d'un faisceau d'indices.

La première jurisprudence en la matière pour les SPL, celle du Tribunal administratif de Strasbourg du 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*[2264], déjà citée pour la transparence, a encore plus clairement rejeté la présence d'un mandat implicite, en examinant puis rejetant un par un les indices relevés allant dans ce sens. Le TA relève néanmoins comme pertinents pour atteindre cette conclusion : l'objet, les circonstances particulières, l'exercice exclusif des activités pour le compte des actionnaires (prévu par la loi), et le contrôle public par l'actionnaire principal, qui était aussi le destinataire principal des ouvrages. Il convient cependant de souligner l'absence de justification très appuyée sur ce point de la part du tribunal, qui ne répond pas trop longuement, ni de façon très précise aux arguments et indices concrets sans doute développés et amenés par les parties.

Dans tous les cas, ce jugement démontre la possibilité que les SPL ne soient pas dans les faits reconnues automatiquement comme des mandataires tacites. Une confirmation du Conseil d'Etat ou du Tribunal des conflits serait évidemment plus rassurante sur ce point, mais la dynamique actuelle de resserrement de cette technique penche plutôt dans le sens d'une confirmation du jugement du TA de Strasbourg. L'influence du critère organique pour soumettre les activités des SPL au droit public semble donc bien faible, que ce soit pour la reconnaissance d'un mandat tacite, d'une éventuelle transparence, et enfin de la nature de la personnalité morale. A ce critère organique déclinant s'oppose cependant la constance et l'importance de plus en plus marquées des critères fonctionnels et matériels pour ramener les activités des sociétés publiques locales sous un manteau de droit public. Toutefois, même dans ces situations, la SPL ne saurait aboutir à une automaticité de la reconnaissance d'un caractère public des activités prises en charge.

## B) Un régime *a priori* privé des activités des SPL

La faible perméabilité de la nature organique de droit public des collectivités locales actionnaires n'empêche pas une application possiblement large du droit public aux sociétés publiques locales par d'autres biais. Le droit administratif français prévoit en effet depuis longtemps l'application d'un régime de droit public à certaines activités des personnes privées, même hors du cas où celles-ci sont contrôlées ou laissent apparaître la présence cachée d'une personne publique. Or, allant à l'inverse de sa tendance traditionnelle, et malgré une prédisposition évidente prévue par

[2264] TA Strasbourg, 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, n° 1601218 : *CMP* 2016, n° 5, comm. 131, note M. Ubaud-Bergeron.

le statut légal de la SPL, le juge administratif ne reconnaît pas plus facilement aux activités des SPL la qualité de services publics que pour les autres personnes privées. Le rejet de ce qui pourrait autrement être une présomption facile (a) paraît à cet égard relativement contre-intuitif (b). Il démontre la force de l'emprise du droit privé sur les SPL.

a) Les indices d'une éventuelle activité de service public des SPL

La proximité de la qualification jurisprudentielle de service public et de la situation des SPL, à travers leur objet légal et leurs caractéristiques de création et de fonctionnement au service des collectivités locales est pourtant très claire. Le statut légal de la SPL, prévu à l'article L. 1531-1 du CGCT, dispose exactement, tout d'abord, que ces sociétés ne peuvent agir que dans le cadre des compétences, sur le territoire, et pour le compte exclusif de leurs actionnaires. Ces indications présupposent en conséquence l'existence d'un but d'intérêt général, préalable nécessaire à presque toute l'action des collectivités publiques[2265]. Mais encore, ce même article précise que ces entités 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 ». Dans le cadre d'une interprétation stricte de la loi[2266], cela signifie que toute autre activité leur est légalement interdite, ce que confirme la jurisprudence classique sur les SEML[2267]. Or, si le terme de service public est présenté uniquement comme l'une des activités possibles des SPL dans cette liste de l'article L. 1531-1 du CGCT — indiquant que toutes les activités des SPL pourraient ne pas être des services publics[2268] —, la notion d'activité d'intérêt général est quant à elle posée par la loi comme une

---

[2265] Un acte administratif pris au mépris de l'intérêt général constituant un détournement de pouvoir (CE, 26 novembre 1875, *Pariset : R.* p. 46). *Cf.* notamment, parmi une littérature abondante : TRUCHET, Didier, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre », *in* Conseil d'État, *Rapport public 1999 : L'intérêt général*, Paris : La Documentation française, 1999, p. 363. Voyez par ex. : CE, 24 mai 1993, *Commune de Vésinet* : *R.* p. 163 ; *JCP-G* 1993, p. 1836 : les personnes publiques ne peuvent de manière générale agir dans un but non conforme à l'intérêt général (dans cet exemple : acheter un terrain dans le but de retarder la construction d'une autoroute).

[2266] Une telle interprétation s'applique classiquement aux compétences des collectivités locales. Le juge interprétant *in fine* celles-ci à la lumière de l'intérêt public local. Toutefois, la notion d'intérêt public local est relativement malléable : *cf.* notamment : AUBY, Jean-Bernard, AUBY, Jean-François, NOGUELLOU, Rozen, *Droit des collectivités locales, 6e éd.,* Paris : PUF, 2015, p. 230 et s.

[2267] Voyez particulièrement : CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle, préfet de la région Lorraine c/ Commune d'Amnéville : T.* p. 814 ; *CJEG* 1995, p. 202, note D. Truchet ; *AJDA* 20 mai 1995, p. 237, note Cl. Devès et J.-F. Bizet — et CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron et al. : R.* p. 582 *; JCP-G* 1995.II.392, note M. Cliquennois.

[2268] Si les opérations d'aménagement sont de longue date considérées comme faisant participer directement à une mission de service public : *cf.* CE, 23 novembre 1935, *Chouard* — Trib. confl., 8 novembre 1982, *SCI Lucas : AJDA* 1983, p. 200 — et CE, 26 mars 1997, *commune de Sceaux,* n° 129943 — l'article L. 1531-1 du CGCT prévoit aussi des « opérations de construction », qui elles, ne sont pas forcément porteuses de service public. Toutefois, la nécessaire exclusivité matérielle de la SPL, et la nécessité d'un contrat semble pencher dans le sens de la présence nécessaire d'un intérêt public local, contrairement aux opérations de construction des SEML notamment (*cf.* BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 166).

limite indépassable à ces activités. Cela est significatif puisque pour la jurisprudence administrative la présence d'un intérêt général est un indice-clé pour amener à la reconnaissance d'un service public et à l'application de ce régime. Ajouté aux autres caractéristiques des SPL, cet indice paraît devoir jouer dans le sens de ce qui pourrait être une présomption du caractère de service public des activités des SPL. Une telle présomption, qui pourrait être établie jurisprudentiellement, permettrait de clarifier et de sécuriser l'application du régime juridique des activités des SPL.

Une présomption pourrait s'établir car les critères du service public paraissent à s'y méprendre à ceux de la SPL. Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 février 2007, *A.P.R.E.I.*[2269], le juge administratif français utilise pour reconnaître aux activités d'une personne privée la qualification de service public une alternative dont l'une des branches constitue en un faisceau d'indices. Soit, le cumul d'une mission d'intérêt général, d'un contrôle d'une personne publique, et de prérogatives de puissance publique, soit en l'absence de prérogatives de puissance publique, le cumul d'une mission d'intérêt général, d'un contrôle public, et de divers indices qui incluent : les conditions de création, de fonctionnement, d'organisation, et des obligations définies par les personnes publiques[2270].

S'il s'agit là, comme le notent Julien BOUCHER et Frédéric LENICA d' « un véritable mode d'emploi »[2271] de la qualification de service public de la mission des organismes privés poursuivant des fins d'intérêt général, les points de convergence avec les sociétés publiques locales sont alors très précieux. Le faisceau d'indices portant sur le contrôle public, la création, et les obligations paraît parfaitement correspondre au statut légal de la SPL tel qu'il est précisé dans l'article L. 1531-1 du CGCT. Dans ce cas, toutes les activités des SPL — tout au moins celles qui incluent une activité d'intérêt général[2272] — devraient être considérées comme des services publics gérés par des personnes privées. Certes, le régime des activités de service public gérés par des personnes privées ne correspond pas à de trop nombreuses règles de droit public, mais il en entraîne néanmoins de

---

[2269] CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.) : JCP-A* 2007, p. 2066, concl. C. Vérot ; *JCP-A* 2007, p. 2145, note G.-J. Guglielmi et G. Koubi ; *AJDA* 2007, p. 793, chron. J. Boucher et F. Lenica ; *JCP-G* 2007.I.166, chron. B. Plessix *; AJDA* 2007, p. 825, comm. D. Costa ; *RFDA* 2007, p. 803, note C. Boiteau.

[2270] Exactement : « Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission », *ibidem.*

[2271] BOUCHER, Julien, LENICA, Frédéric, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2007, p. 793.

[2272] Les opérations de constructions prévues par l'article L. 1531-1 du CGCT notamment, ne sont pas forcément porteuses de service public.

fondamentales, comme la qualité d'actes administratifs des décisions portant sur l'organisation du service[2273], ou encore l'application des principes de mutabilité, continuité, égalité[2274]. Il suffit de rappeler, à l'instar de Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Martine LONG, que « les activités qualifiées de 'service public', qu'elles soient exercées ou gérées par des personnes publiques ou des personnes privées, et quel que soit leur caractère, administratif, industriel ou commercial, sont soumises à un même ensemble de règles de fonctionnement »[2275].

Toutefois, cette qualification par la technique du faisceau d'indices pose aussi des « difficultés sérieuses » remarque Laetitia JANICOT[2276]. En effet, alors que dans l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007[2277], le Conseil d'Etat semble pencher dans le sens d'une reconnaissance relativement aisée de la qualité de service public à une activité initiée par une association privée, il ne semble pas en être de même pour ce qui concerne les entreprises publiques locales sous forme de société. Ces difficultés sont particulièrement illustrées par un arrêt du Conseil d'État, toujours de la même année, du 5 octobre, *UGC Ciné-Cité*[2278]. Dans cet arrêt, tout se passe comme si la jurisprudence de principe *A.P.R.E.I.*, qui vient d'être énoncée quelques mois plus tôt doit être interprétée à lumière de certaines exceptions préliminaires implicites, et de façon quelque peu contradictoire avec la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*. Dans l'affaire *UGC Ciné-Cité*, une SEML, bien qu'exerçant une activité d'intérêt général sous le contrôle étroit d'une collectivité publique, n'est pas reconnue comme exerçant forcément un service public[2279].

La question demeure de savoir exactement pourquoi dans ce cas le juge administratif n'a pas admis une telle reconnaissance. Alain MENEMENIS estime par exemple que le conseil d'État n'a pas

---

2273 *Cf.* Trib. confl., 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier, R.* p. 789, concl. J. Kahn ; *AJDA* 1968, p. 225, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *D.* 1969, p. 202, note J.-M. Auby ; *RDP* 1968, p. 893, note M. Waline.

2274 Voyez notamment : LACHAUME, Jean-François, PAULIAT, Hélène, DEFFIGIER, Clotilde, VIROT-LANDAIS, Aurélie, *Droit des services publics, 3e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 615-652.

2275 GUGLIELMI, Gilles, J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public,* 4e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 211.

2276 JANICOT, Laetitia, « l'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA* 2008, p. 67.

2277 CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736, *R.* p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

2278 CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité,* n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel.

2279 ECKERT, Gabriel, « Une mission d'intérêt général n'est pas nécessairement un service public », *CMP* 2007, n° 11, comm. 308.

reconnu dans cette affaire une véritable « politique de la ville »[2280], autrement dit une volonté intentionnelle de la collectivité locale en cause d'ériger cette activité en service public. L'utilisation d'un tel critère finaliste, en remplacement du faisceau d'indices matériels de la jurisprudence *A.P.R.E.I.,* et alors que le statut légal des SEML implique forcément la prise en charge d'activité d'intérêt général[2281], engendre plus de questions que de réponses. Le statut accueillant des SEML aux initiatives propres pourrait aussi laisser penser que la logique de cette exclusion de la qualification de service public ne s'appliquerait pas forcément à la SPL, dont l'activité et le contrôle sont purement publics et à destination des personnes publiques, et qui n'a pas la possibilité de se diversifier. Sébastien BRAMERET note que ce traitement pourrait être dû à une « confusion »[2282] sur la nature de cette entreprise publique locale, du fait que le capital soit partagé avec des personnes privées. Une telle confusion ne pouvant pas exister avec les sociétés publiques locales, le juge administratif a-t-il moins d'hésitation à qualifier les activités de SPL en service public? Les premières décisions jurisprudentielles sur cette question tendent toutefois dans ce même sens d'une déconnexion entre activité de société publique locale et qualification de service public.

b) Le rejet d'une présomption de service public pour les SPL

Deux arrêts de la CAA de Marseille, un du 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,*[2283], déjà cité à propos de la qualification de société transparente, et un autre du 15 juin 2020, *Société Eveha*[2284] notent en passant qu'une concession d'aménagement à une SPL n'emporte pas forcément mission de service public. Le rapporteur public Renaud THIELE, sous cette dernière affaire, concluait quant à lui clairement dans le sens qu'un contrat entre deux personnes privées, même portant sur l'exécution d'un service public, « n'est en principe jamais administratif »[2285]. Si ces conclusions n'ont pas été suivies, ce dernier arrêt est toutefois particulièrement intéressant, la formation de jugement préférant, dans le doute, renvoyer la tâche de déterminer le régime applicable au contrat en cause au Tribunal des conflits. La Cour administrative d'Appel souligne que pour elle, il s'agit surtout de déterminer le régime applicable aux fouilles archéologiques,

---

[2280] *Dr. adm.* 2007 n° 12, comm. 164.

[2281] Au même titre que les SPL, puisque l'article L. 1531-1 du CGCT est modelé sur l'article L. 1521-1 du CGCT applicable aux SEML.

[2282] BRAMERET, Sébastien, « La société publique locale, entre service public et transparence », *RFDA* 2012, p. 1127. Cette idée est d'ailleurs aussi partagée avec CLAMOUR, Guylain, « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP-A* 2007, n° 42, p. 2286.

[2283] CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, inédit.

[2284] CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit.

[2285] THIELE, Renaud, conclusions sous CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit. Le rapport public cite notamment à l'appui de ses propos la jurisprudence CE, Sect., 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin, R.* p. 623.

prestation réservée à certains opérateurs par la loi. Mais elle n'en laisse pas moins planer un doute sur la compétence de l'ordre administratif en raison de la présence dans ce contrat de prérogatives exorbitantes imposées par une SPL à un établissement public. La question ne le liant toutefois pas, le Tribunal des conflits pourrait tout-à-fait quant à lui prendre une position différente sur la question, et traiter notamment de la nature des des activités d'une SPL.

Cependant, en tout état de cause et pour l'instant, la qualification de service public ne profite pas du statut particulier de la SPL pour prospérer. Une présomption jurisprudentielle de qualité de service public appliquée aux activités des SPL ne peut être tirée ni de la jurisprudence ni des textes. Il nous semble qu'il faut y voir là une propension du juge administratif à interpréter la loi du 28 mai 2010 — et même la loi du 7 juillet 1983 relative aux SEML[2286] — comme offrant une sorte de bouclier légal de droit privé aux activités des collectivités locales, ce qui est contre-intuitif.

En tout cas, cette distance entre SPL et droit public, que ce soit dans l'application du critère organique ou celle des critères matériels et fonctionnels, ne peut que donner plus de poids encore à la tendance à l'application aux entreprises publiques d'un régime majoritairement, voire quasiment exclusif de droit privé. Il faut alors reconnaître à la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, et à son interprétation, l'opportunité d'offrir aux collectivités locales un plus grand choix dans les régimes juridiques à leur disposition pour la gestion de leurs activités.

## C) La consécration d'une plus grande flexibilité du droit de la gestion publique locale

Les thuriféraires législatifs de la SPL portaient déjà haut l'utilité de celle-ci pour permettre de privatiser un régime de la gestion publique locale à leurs yeux inadapté[2287]. Les retours à ce sujet des acteurs de cet outil semblent moins sensibles à cet objectif, mais l'idée est cependant bien

---

[2286] Comme le montre l'arrêt CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité,* n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel.

[2287] Voyez par exemple : Sénat, 2009, proposition de loi n° 253, de M. Didier Raoul *et al.,* portant développement des sociétés publiques locales, déposée le 5 mars 2009 : « il est évident que la gestion d'un service public sous la forme d'une société anonyme détenue par les collectivités territoriales offrira à celles-ci des avantages indéniables en termes d'efficacité et de sécurité ».

présente aussi dans leurs évaluations[2288]. Par son mouvement de présomption de droit privé, il est effectivement possible de reconnaître à la SPL un caractère relativement libérateur, notamment en comparaison des réformes historiques encadrant la gestion des activités publiques locales, et les soumettant en bonne partie au droit public pour ce faire (1). Toutefois, il est plus exact de dire que la SPL est surtout l'indicateur que le fait d'opposer trop fortement droit public et droit privé n'est plus aussi pertinent aujourd'hui. La SPL appelle alors à dépasser une vision trop manichéenne de la gestion publique actuelle (2).

## *1) Le développement de la liberté de gestion publique locale par la reconnaissance d'une présomption de régime de droit privé des SPL*

La construction historique du droit administratif va de pair avec un encadrement de plus en plus strict des interventions des collectivités locales dans l'économie. Ce phénomène a fini par amener une grande partie de la doctrine à considérer que l'action normale des collectivités locales dans l'économie relevait d'un régime de droit public par défaut, et d'un régime de droit privé par exception, y compris à travers les entreprises publiques locales. La libéralisation de l'utilisation des entreprises publiques locales, dont le régime des SPL paraît l'aboutissement presque parfait, semble alors retourner cette présomption, replaçant les collectivités locales dans une situation presque antérieure à l'administrativisation de leur régime d'action.

Malgré une longue histoire d'interventionnisme sous l'Ancien Régime[2289], les collectivités locales ont été à partir de la Révolution française de plus en plus encadrées à la fois par une centralisation normative et par l'administrativisation de leurs actions, visant ou entraînant un strict encadrement leurs interventions au XIXe siècle[2290]. En plus d'un encadrement national centralisateur[2291], les collectivités locales ont vu leur régime général d'action soumis

---

[2288] Voyez par exemple, à l'annexe A, les réponses incluant les idées de souplesse ou d'avantages liés au droit privé : n° 1 ; 6 : « droit privé en RH et compta privé : le top. La souplesse commerciale que les collectivités n'ont pas » [sic] ; 12 ; 16 : « un outil qui trouve sa place entre la régie et la SEM avec l'avantage de plus de souplesse qu'une régie et une capacité à une véritable gestion en entreprise tout en ayant aucun compte à rendre à des actionnaires privés (comme en SEM) qui peuvent avoir des velléité financières » [sic] ; 18 : « Un outil de gestion qui permet une logique commerciale indispensable pour l'équation économique de certains services publics » ; 19 ; 20 ; 21 : « avantage du droit privé pour travailler » ; 23 : la SPL « apporte sans doute des changements de mentalité au niveau des collectivités locales. Elle apporte un certain esprit d'entreprise, une logique de rentabilité » ; 25 ; 28 : « Tous les avantages du "In house" avec une société régie par le droit privé et commercial avec des missions de service public et d'intérêt général » ; 30 ; 36 ; 37 ; 38 ; 39.

[2289] MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris : PUF, 1985, p. 55-87.

[2290] BIGOT, Grégoire, *L'administration française : politique, droit et société, 1870-1944*, Paris : LexisNexis 2014, p. 154.

[2291] BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française, du 18e au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, p. 34.

jurisprudentiellement au droit administratif à la fin du XIXe siècle[2292], alors même qu'elles étaient jusque-là classiquement présentées comme des institutions privées[2293]. Néanmoins, de façon quelque peu paradoxale, cette reconnaissance de la personnalité morale de droit public aux collectivités locales ne s'accompagne pas de la mise en place d'une prééminence du critère organique dans la détermination du droit applicable. Des critères fonctionnels et matériels jouent aussi un rôle dans cette détermination, mais aucun ne s'affirme comme unique et prédominant. La doctrine des années 1950 y décèle d'ailleurs l'existence de crises du droit administratif, que ce soit pour le critère organique ou fonctionnel, puisque le droit privé et la commercialité arrivent à s'insinuer dans le régime des établissements publics[2294], mais aussi dans le régime des services publics[2295]. La situation en découlant paraît encore aujourd'hui particulièrement confuse.

Comme pour le régime des établissements publics à caractère industriel et commercial qui apparaît juste après la consécration de la notion d'établissement public[2296], peu de temps après que la présomption d'administrativité pour les actes des collectivités locales s'installe, un régime des entreprises publiques locales favorable au droit privé se met en place, autorisant expressément aux collectivités locales le recours aux sociétés commerciales de droit privé. Le droit des entreprises publiques locales locales peut alors s'interpréter, dès 1926 mais particulièrement à partir des années

---

[2292] Il s'agit des trois fameux arrêts : CE, 6 février 1903, *Terrier : R.* p. 94, concl. J. Romieu ; *D.* 1904.III.65, concl. ; *S.* 1903.III.25, note M. Hauriou — Trib. conlf., 29 février 1908, *Feutry : R.* p. 208, concl. G. Teissier ; *D.* 1908.III.49, concl. ; *RDP* 1908, p. 266, note G. Jèez ; *S.* 1908.III.97, note M. Hauriou — CE, 4 mars 1910, *Thérond : R.* p. 193, concl. G. Pichat ; *D.* 1912.III.57, concl. ; *RDP* 1910, p. 249, note G. Jèze ; *S.* 1911.III.17, concl., note M. Hauriou.

[2293] MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris : PUF, 1985, p. 105.

[2294] DRAGO, Roland, *Les crises de la notion d'établissement public,* Paris : Pédone, 1950, 286 p.

[2295] DE CORAIL, Jean-Louis, *La crise de la notion de service public en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1954, 372 p.

[2296] Voyez notamment : LEVALLOIS, Pierre, *L'établissement public marchand : Recherche sur l'avenir de l'entreprise en forme d'établissement public,* thèse de doctorat : droit public : Lyon, 2019 ; FOUACHE, Valentine, *Etablissement public et société commerciale : Le devenir de l'établissement public industriel et commercial,* thèse de doctorat : droit public : Paris II, 2005, p. 186 et s.

1950[2297], comme une libéralisation progressive de l'action des collectivités locales dans le cadre du droit privé.

De plus, la puissance des critères alternatifs au critère organique pour la détermination du droit applicable accentue cette situation fragmentée. Le droit commercial paraît en effet s'appliquer de plus en plus largement aux personnes publiques, sans égard pour la forme ou la qualification juridique de la personnalité morale en cause, par l'application d'un critère fonctionnel. Jean-Denis BREDIN estime ainsi, dès 1957, que le droit privé se rattache à la notion d'entreprise, « indépendamment du visage juridique qu'elle revêt »[2298]. La doctrine ultérieure ne fait que reconnaitre plus largement la justesse de cette conclusion[2299]. En conséquence, les études sur les entreprises publiques (nationales, et plus rarement, locales[2300]), pointent désormais unanimement la volonté publique de soumettre par le biais de l'outil entreprise publique les actions des personnes publiques à un régime juridique très privatisé qui, s'il peut paraître artificiel ou peu logique, n'en est pas moins clairement applicable. Selon Jean DUFAU, cette notion d'entreprise publique renverserait même la présomption de droit public des organismes de droit public qualifiés d'entreprise publique au profit d'une présomption de régime commercial des actions[2301].

---

[2297] Spécifiquement le décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (JORF p. 5073) revient sur les obligations du décret du 5 novembre 1926, de décentralisation et de déconcentration (*JORF* 7 novembre 1926, p. 11890) et du décret du 28 décembre 1926, relatif aux régies municipales (*JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742 : *RDP* 1927, comm. R. BONNARD, p. 248-288), qui autorise la création de régie autonome financièrement mais aussi la prise de participation des collectivités locales dans des sociétés commerciales, à condition de ne pas dépasser un maximum de 40 % des parts sociales, c'est-à-dire à une participation minoritaire. Les motifs du décret témoignent de la volonté politique du gouvernement d'alors de bien soumettre les collectivités locales à un régime commun de droit public, et par exception de droit privée. Cette limitation est en effet prévue « afin d'éviter que par la souscription de la majorité du capital social [les communes] ne réussissent à se rendre en réalité maîtresses d'une entreprise privée fondée sur l'exploitation d'un service public en dehors du système de la régie et des règles fixées par les lois et règlements » (*JORF* 31 décembre 1926, p. 13744). On voit donc que le législateur souhaite contraindre les collectivités locales, à l'époque, à suivre prioritairement et à titre quasiment principal les règles du droit public. Cette idée change néanmoins par la suite puisque le décret de 1955, même s'il limite la participation des collectivités locales à une maximum de 65% et donc oblige à une mixité du capital, libère en partie les collectivités de cette obligation de suivre à titre principal les règles du droit public (un décret en Conseil d'Etat est néanmoins encore nécessaire pour dépasser le seuil de 50% et créer une entreprise majoritairement contrôlée par la puissance publique).

[2298] BREDIN, Jean-Denis, *L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé*, Paris : LGDJ, 1957, p. 134.

[2299] Voyez spéc. : NGUYEN QUOC, Vinh, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales,* Paris : LGDJ, 1979, 320 p. ; ECKERT, Gabriel, *Droit administratif et commercialité,* thèse de doctorat : droit public : université de Strasbourg 3, 1994, spéc. p. 173 et s. ; DE FONTANELLE, Louis, *Les personnes publiques, prestataires de service marchand,* thèse de doctorat : droit public : Pau, 2015.

[2300] Comme le remarquait déjà il y a longtemps Michel PRIEUR, le contraste ne peut être que saisissant entre l'intérêt théorique pour la catégorie notionnelle d'entreprise publique locale (en tant que telle, et non une de ses formes particulières, comme la SEML, ou la SPL), et celle d'entreprise publique nationale, qui a de tout temps fortement intéressé les théoriciens (PRIEUR, Michel, *Les entreprises publiques locales,* Paris : Berger-Levrault, 1969, p. 9-11). Jean-François BIZET, dans le seul ouvrage consacré pour l'instant à cette notion, ne peut d'ailleurs que remarquer que « si le régime juridique des EPL a évolué, de nombreux textes, notamment fiscaux, sont restés en l'état et viennent souvent fonder, sans véritable besoin ou nécessité, des régimes juridiques différents donc incohérents selon que l'on est en SEM, en SPLA ou SPL », et qu'en conséquence, « un véritable statut de l'EPL reste donc à élaborer » (BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 18).

[2301] DUFAU, Jean, *Les entreprises publiques,* 2e éd.*,* Paris : Ed du Moniteur, 1991, p. 264.

Reste alors une question de degré de présomption : la SPL est-elle plus facilement, ou relève-t-elle de plus de règles de droit public que la SEML ? La réalité des faits et du droit, bien plus nuancée, nécessite une description théorique tout aussi nuancée.

## *2) L'apport des SPL à la redéfinition des classifications théoriques des entreprises publiques locales*

Dans une vision classique de l'étude juridique, l'apport potentiel de la SPL aux théories des classifications des entreprises publiques locales peut se résumer à la question de savoir si elle entraîne un surcroît d'application de droit public, notamment par rapport aux SEML. La création de la SPL permet de faire remonter à la surface certains questionnements non résolus de la théorie du droit administratif, certaines apories des critères organiques et finalistes. Ces considérations amènent à la nécessité d'apporter un tempérament à une approche trop manichéenne du droit de l'action publique, qui oppose gestion publique et gestion privée, gestion directe et gestion indirecte (a). Cette visée trop cloisonnante doit désormais faire place, comme le démontre bien le régime mixte de la SPL, à une approche plus ouverte et graduelle (b).

a) La remise en cause d'une approche dualiste

Le nombre de règles de droit public applicable aux SPL, peut-être plus important par rapport aux SEML, se traduit-il réellement en une plus grande application concrète de celui-ci ? Pour Guy DURAND, par exemple, « la SEML est en liberté surveillée pour sa vie intérieure et elle se publicise par la plupart de ses activités extérieures »[2302]. En comparaison, les SPL, qui ne peuvent recevoir d'activités que par leurs collectivités locales actionnaires, sont-elles moins privatisées ? Commentant le statut de la SPL, Sébastien BERNARD note que celui-ci « brouille les classifications » des entreprises publiques, car ce statut « contraste singulièrement […] avec le phénomène de privatisation du régime juridique des entreprises publiques »[2303]. Comme lui, de nombreux auteurs craignent que le régime législatif de la SPL n'entraîne la SPL à supporter des

---

[2302] DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier I, 1994, p. 57.

[2303] BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP* 2011, n° 3, p. 587.

règles de droit public auxquelles les collectivités locales pensaient justement échapper par son utilisation[2304].

Cette affirmation paraît néanmoins quelque peu déconsidérée par la dynamique jurisprudentielle actuelle, dont l'arrêt *UGC Ciné-Cité* du 5 octobre 2007[2305] est symptomatique, et qu'exemplifient les récents arrêts déjà discutés de la CAA de Marseille, *Société SOCRI Gestion,* du 4 novembre 2019[2306], qui rejettent de façon très contre-intuitive la qualification de service public. De plus, méthodologiquement, il est difficile de répondre clairement et précisément à cette question, un régime juridique pouvant difficilement se 'calculer' par rapport à un autre[2307]. La question relève peut-être par trop de considérations classiques déconnectées de la réalité actuelle du droit des modes de gestion. Il semble aujourd'hui plus pertinent de dépasser l'image d'un activité publique strictement clivée ou calculable entre droit public et droit privé, que de continuer dans cette tentative simplificatrice. La SPL en est le parangon parfait.

Il est toutefois possible d'imaginer que la SPL doive être classée selon une catégorisation non pas binaire mais tertiaire de la gestion publique. Stéphane BRACONNIER propose ainsi de le classer comme des « structures de gestion *ad hoc* du service public »[2308]. De telles structures se situeraient « à la frontière de la gestion directe et de la gestion déléguée »[2309]. Cette catégorisation permet ainsi de distinguer régie directe, structures indirectes (dont les quasi-régies, mais en incluant les SEML : EP, GIP, et SEM), et délégation contractuelle. Cependant, ce classement « ad hoc » a le défaut d'assimiler personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé, alors que ce critère organique, comme le démontre bien Gabriel ECKERT, prime largement sur les facteurs matériels, comme le contrôle exercé, pour déterminer le régime juridique concrètement applicable à

---

[2304] Voyez notamment : NICINSKI, Sophie, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p. 1759 ; DEVES, Claude, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitude ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p. 1082 ; BRAMERET, Sébastien, « La société publique locale, entre service public et transparence », *RFDA* 2012, p. 1127 ; ROSITANO, Carmelo, « Le contrôle analogue exercé sur les sociétés publiques locales (SPL): une analyse critique de l'alinéa 3 de l'article L. 15311 du CGCT », *JCP-A* 2014, n° 24, p. 2187.

[2305] CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité,* n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel.

[2306] CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, et CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013.

[2307] Voyez notamment, pour les problématiques que peut poser une vision mathématique appliquée au droit : SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres,* Paris : Fayard, 2015, 512 p. — ou même une vision trop cartésienne : LATOUR, Bruno, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat,* Paris, La Découverte, p. 282 et s.

[2308] BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics, 2e éd.,* Paris : PUF, 2007, p. 437.

[2309] *Ibidem,* p. 439.

ces structures[2310]. La réalité serait alors mieux décrite par l'adoption d'une classification nuancée, plutôt que dualiste.

b) La SPL, révélatrice d'une réalité plus graduelle

Dans une vision moins dualiste, il pourrait être tentant de reprendre les expressions de « métissage »[2311] ou de « mixité »[2312] applicables au statut des SEML, pour en qualifier tout leur droit, et considérer que les SPL bénéficient elles aussi d'un régime de droit mixte, ce qui aurait eu l'avantage d'allier la clarté à l'opportunité de la dénomination. Toutefois, l'expression de « droit mixte »[2313] a déjà d'autres sens, notamment dans la théorie du « droit économique »[2314] de Georges FARJAT. Les théoriciens de la SEML, comme Jacques MOREAU, ont préféré discerner un simple « droit de l'économie mixte locale »[2315], qui serait « une branche à part entière du droit privé et du droit public […] grande complexité, [nécessitant d'] essayer, non pas de juxtaposer, mais de fusionner les règles juridiques qui sont parfois contradictoires »[2316]. Cette idée de fusion est néanmoins perturbante : l'existence de deux ordres juridiques bien distincts en droit français ne permet pas de faire valoir réellement une telle conception. La jurisprudence la plus récente sur les SPL en est encore une fois la démonstration[2317]. Pourrait-on y voir quand même une question de degrés ?

Gabriel ECKERT, notait en 1994 sur ce point que « des degrés existent […]. [La soumission au droit commercial] reste relativement réduite dans les sociétés à capitaux publics. Au contraire, elle s'affirme dans les SEML…, dans les filiales […] [elle] est poussée à son plus haut point »[2318]. L'expression d'échelle d'administrativité, expression extrapolée à partir de celle d'échelle de

---

2310 ECKERT, Gabriel, *Droit administratif et commercialité,* thèse de doctorat : droit public : université de Strasbourg 3, 1994, p. 254.

2311 DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale,* thèse de doctorat : droit public : Montpellier I, 1994, p.14.

2312 *Ibidem.*

2313 FARJAT, Georges, « La mémoire du droit économique », *RIDE*, n° 1-2002, pp. 5-9.

2314 *Ibidem,* p. 5 : la nouvelle donne européenne entraînant selon lui l'émergence d'un « droit "mixte" impliquant à la fois des éléments de droit privé et de droit public et des méthodes nouvelles de raisonnement et aussi une autre interdisciplinarité, celle mêlant le droit et l'économie ».

2315 MOREAU, Jacques, « Un droit de l'économie mixte locale » *Economie mixte* 1994*,* n°11, novembre-décembre 1994, p. 32

2316 *Ibidem.*

2317 CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013.

2318 ECKERT, Gabriel, *Droit administratif et commercialité,* thèse de doctorat : droit public : université de Strasbourg 3, 1994, spéc. p. 271.

domanialité due à Léon DUGUIT[2319], permet de ne pas opposer de manière manichéenne un régime de droit public à un régime de droit privé, en classant des situations selon leur degré plus ou moins haut dans l'administrativité. L'utilisation d'une telle idée, couplée à l'examen de la notion de SPL, permet de porter un jugement sévère sur les définitions trop manichéennes qui peuvent encore avoir cours pour décrire les situations dans lesquelles l'action publique se place aujourd'hui, et notamment l'idée d'un binôme opposant gestion publique et gestion privée[2320]. Malgré les avantages indéniables de cette solution par degrés, il nous semble pourtant que celle-ci présente encore quelques inconvénients difficiles à écarter. En effet, si une telle échelle fonctionne pour donner une image globale du régime de la SPL, cet outil n'aide pas concrètement à définir facilement ce qu'il en est pour des actes ou des faits précis. Dans les faits, il reste toujours deux ordres juridiques distincts entre lesquels il faut bien classer les actes discutés ou disputés. Une théorie partant des actes semble alors plus pertinente que des théories partant des organismes ou des fonctions. Encore une fois, il suffit de rappeler que la qualité de SPL n'apporte sur ce point pas de clarification immédiate[2321].

La position du Tribunal administratif de Rennes, dans un jugement du 24 janvier 2019, *Compagnie des ports du Morbihan,* paraît de ce point de vue symptomatique[2322]. Portant sur la responsabilité d'une SPL gestionnaire du domaine public avec une mission de service public potentiellement industrielle et commerciale (gestion d'un port de plaisance mais aussi location d'emplacements), ce jugement évite très clairement de se prononcer sur sa compétence, alors que toutes les parties soulevaient expressément la question. Si l'arrêt de la CAA de Nantes du 10 juillet 2020[2323] annule ce jugement et reconnait la compétence judiciaire sur la base de la finalité industrielle et commerciale de la mission confiée à une société anonyme (la SPL), la nécessité

---

[2319] « C'est une grave erreur de croire que toutes ces choses sont dans la même situation et soumises aux mêmes règles ; et c'est ici qu'apparaît l'échelle de la domanialité dont je parlais plus haut. Suivant la nature et la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, les règles qui s'appliquent sont diverses ; mais la notion de service public est toujours là qui établit le principe directeur » (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel,* t. III, 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1927-1930, p. 434 et s.).

[2320] Voyez notamment, sur l'origine historique de cette binarité peu représentative de la réalité : QUIOT, Gérard, *Aux origines du couple 'gestion publique-gestion privée', recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics,* thèse de doctorat : droit public : Nice Sophia-Antipolis, 1992, 842 p.

[2321] *Cf.,* encore une fois : CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013.

[2322] TA de Rennes, 24 janvier 2019, *Compagnie des ports du Morbihan,* n° 1604944.

[2323] CAA Nantes, 10 juillet 2020, *Compagnie des ports du Morbihan*, n° 19NT01157, inédit.

même d'un tel rappel souligne les difficultés concrètes à caractériser globalement ou de manière générale les actions des SPL[2324].

Il est donc possible de conclure que la SPL participe bien de ce « [brouillage] des classifications »[2325] des régimes juridiques de la gestion publique locale. Elle ne les rend pas inutiles, mais simplement un peu plus obsolètes et en décalage avec la réalité du terrain. Elle souligne surtout l'importance d'utiliser plus précautionneusement lesdites catégories de gestion publique/gestion privée et gestion directe/gestion indirecte.

Cette constatation finale n'empêche pas de reconnaître qu'entre droit public et droit privé, c'est vers ce dernier que la SPL penche le plus. La loi et le juge s'accordent — pour l'instant ? — sur le caractère en principe privé de cette société, et de ses actions. Les voies alternatives d'application classiques du droit public paraissent même difficilement empruntées par le juge, lorsqu'il est confronté à la SPL. Pourtant, toutes les caractéristiques de fonctionnement des SPL ne sont pas entièrement adaptées à cette poussée vers le droit privé. Certains aspects de son fonctionnement restent soumis à un régime exorbitant du droit privé, qui semble pourtant, à bien y regarder, ni logique, ni opportun quant aux finalités et au fonctionnement des SPL en tant qu'entreprises publiques.

---

2324 La CAA de Nantes reprend en cela le récent apport du Trib. conflits, 17 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées-Orientales*, n° C3965 (*JCP-G* 2014, n° 50, p. 2264, note L. Erstein) :
« 2. Les litiges relatifs à la passation et à l'exécution de contrats comportant occupation du domaine public relèvent, en vertu de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques, de la compétence du juge administratif. Il en va de même des litiges nés des contrats conclus entre un délégataire de service public et un tiers et comportant occupation du domaine public. Cependant les litiges entre le gestionnaire d'un service public industriel et commercial et ses usagers, quand bien même l'activité de ce service a lieu sur le domaine public, relèvent de la compétence des juridictions judiciaires, ces litiges étant par nature détachables de l'occupation domaniale. »
Il suffit de relever qu'un tel raisonnement, faisant appel à la « nature » du droit, rapproche plus du raisonnement essentialiste que d'une explication positive. La CAA semble ensuite bien vérifier la qualité de personne morale de droit privé de la SPL, mais en s'arrêtant à la qualification législative et sans soulever le problème d'une éventuelle transparence :
« 3. Il résulte de l'instruction que la Compagnie des ports du Morbihan, société publique locale revêtant la forme d'une société anonyme en vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, est en charge de l'exploitation du service public industriel et commercial que constitue le port de plaisance de Foleux/Péaule-Béganne-Nivillac, ainsi qu'il résulte de ses statuts constitutifs. Au cas d'espèce, les indemnisations sollicitées par M. D... et la société Zurich Insurance PLC consécutivement à la destruction du voilier de M. D... sont en lien avec les conditions d'exploitation de ce port, qu'elles considèrent défaillantes, par la Compagnie des ports du Morbihan. Cette mise en cause se rattache à l'exécution par cette dernière de sa mission de service public industriel et commercial au bénéfice de ses usagers. En application des principes rappelés au point précédent, elle relève en conséquence de la compétence du juge judiciaire. Par voie de conséquence, ainsi que le soutient la Compagnie des ports du Morbihan, c'est à tort que le tribunal administratif de Rennes n'a pas décliné la compétence de la juridiction administrative pour connaître de ce litige. Dès lors, il y a lieu d'annuler le jugement attaqué, d'évoquer la demande de M. D... et de la société Zurich Insurance PLC, et de la rejeter comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître. » (c'est nous qui soulignons).

2325 BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP* 2011, n° 3, p. 587.

# II - Un reliquat de règles exorbitantes du droit privé inadaptées au fonctionnement des SPL

Les règles de droit public applicables aux SPL quelles que soient leurs activités entreprises n'apparaissent pas nombreuses. Cela s'explique par le fait que le droit français a cherché à distinguer clairement la situation d'exception de quasi-régie et les activités qui peuvent s'ensuivre, du statut légal en tant que tel des SPL[2326]. Il est possible de recenser et de classer les règles de droit public applicables aux SPL entre trois types de sources : le droit des entreprises publiques, le droit des SEML, et le droit spécifique des SPL. De manière assez intéressante, il est remarquable que les règles spécifiques aux SPL, visant à assurer la possibilité d'une situation de quasi-régie, n'ont pas besoin d'être exorbitantes du droit privé des sociétés. Cela souligne la comptabilité de la SPL avec le droit des sociétés (A). Mais d'autres règles, communes aux SEML celles-là, peuvent par contre sembler inadaptées à la fonction et au fonctionnement concret des SPL. La déconnexion entre la recherche de la situation de quasi-régie et le statut légal des organismes qui peuvent en bénéficier, comme la SPL, et l'intérêt plus marqué du législateur la situation de quasi-régie, explique que le statut légal des SPL n'ait pas bénéficié d'une attention aussi poussée. Ainsi, plusieurs points exorbitants du droit privé commun paraissent très discutables lorsqu'appliqués à la SPL, notamment les règles concernant la responsabilité des élus mandataires (B), et les relations financières (C). Mises en regard des facilités avec lesquelles la SPL s'adapte au droit privé, ces points paraissent d'autant plus incongrus.

## A) La compatibilité avec le droit des sociétés des règles spécifiques aux SPL

Les ajouts de la SPL aux statuts légaux des entreprises publiques et des SEML ne concernent finalement que le capital social (exclusivement composé de collectivités locales et de

[2326] C'est ce qu'exprime la distinction entre les articles L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1, L. 327-2 et L. 327-3 du Code de l'Urbanisme, qui mettent en place le statut légal de la SPL comme outil technique des collectivités locales, et les différents articles du Code de la commande publique qui réglementent l'exception de quasi-régie (L.2511-1 à L.2511-5 pour les marchés publics et L.3211-1 à L.3211-5 pour les concessions).

leurs groupements[2327]), l'objet social (les compétences des collectivités locales[2328]) et l'exclusivité matérielle et géographique au profit de leurs actionnaires. Ce sont là effectivement de nouvelles règles exorbitantes du droit commun des sociétés anonymes, mais il est difficile de dire qu'elles sont forts nombreuses. Et surtout, sont-elles même si exorbitantes du droit commun des sociétés que cela ? Il est possible d'estimer que non.

Le droit commun des sociétés peut en effet prévoir que certaines sociétés ne puissent être créées qu'entre certains types et nombres d'actionnaires[2329]. Le fait que la SPL soit limité à des actionnaires personnes morales de droit public n'est pas en soi extraordinaire, et ne peut pas réellement être considéré comme une règle de droit public plus qu'une règle de droit privé. Les deux ordres de juridiction sont nécessairement compétents pour interpréter cette disposition légale, puisque selon que le problème relève d'une question du droit des collectivités territoriales, ou de droit des sociétés, les deux peuvent en connaître. Le droit des sociétés peut aussi prévoir que certaines sociétés ne puissent être formées que pour certains types d'activités[2330]. Là aussi la compatibilité des SPL avec le droit des sociétés est facilement établie.

D'autres règles légales paraissent beaucoup plus exorbitantes du régime du droit des sociétés, et ne pas trouver quant à elles de logique propre dans la finalité des SPL, et leur maintien paraît plus discutable. Il s'agit notamment de l'exonération de responsabilité gestionnaire des élus locaux administrateurs, dont la SPL pourrait aisément se passer étant donnée sa proximité avec les collectivité locales, et des obligations financières particulières visant à éloigner les dangers de mauvaise gestion des entreprises publiques locales, qui paraissent aujourd'hui peu compatibles avec l'affirmation d'une liberté d'action renouvelée des collectivités locales que les SPL incarnent.

---

[2327] A l'exception du cas des SPLA d'intérêt national : *cf.* L. 327-3 du Code de l'Urbanisme.

[2328] Sur ce point, si une grande partie de l'article L. 1531-1 du CGCT reprend mot pour mot l'article L. 1521-1 concernant les SEML, certaines activités sont autorisées pour les SEML, qui ne le sont pas pour le SPL, explicitement : « des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire ». De même, tandis que les SEML peuvent réaliser des « opérations d'aménagement » de manière générale, les SPL sont restreintes aux « opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'Urbanisme », ce qui signifie qu'elles ne peuvent prendre part qu'à des opérations prévues au livre III dudit Code. D'autres types d'opérations d'aménagement prévues par le Code dans ses autres livres, comme le lotissement par exemple, ne sont ainsi pas autorisées (certains auteurs considèrent néanmoins cette distinction comme une « maladresse » plus qu'une « véritable intention » du législateur, *cf.* BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 166).

[2329] Comme la SARL à associé unique (personne physique uniquement) de l'article L.223-1 du Code de commerce, ou la société civile professionnelle (personnes physiques uniquement) de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

[2330] Les mêmes exemples s'appliquent puisque la SARL ne peut être utilisée pour exercer des opérations d'assurance, de capitalisation ou d'épargne, tandis que la société civile professionnelle n'a pour objet légal que l'exercice en commun de la profession de ses membres, profession elle-même limitée selon les dispositions légales de l'article 1 de la loi du 29 novembre 1966 précitée.

## B) La protection de responsabilité civile superfétatoire des administrateurs-élus locaux

Le régime législatif d'exception qui vise à protéger les élus locaux jouant le rôle d'administrateur de ces sociétés en rejetant sur la collectivité locale à laquelle ils appartiennent la responsabilité civile de leurs actes d'administrateurs, prévu à l'article L. 1524-5 du CGCT, paraît inadapté à la SPL. La question a souvent été discutée à propos des SEML, mais son application aux SPL peut paraître d'autant plus anachronique avec un actionnariat uniquement public. Si l'idée d'étendre une sorte de protection fonctionnelle aux élus locaux pour leurs actes en cette capacité est en soit acceptable (1), c'est ici l'automaticité d'un tel régime qui dérange, alors que l'application des règles communes du droit privé reste elle-même très protectrice, et cela sans compter que les élus bénéficient, au titre de leur protection fonctionnelle, d'un large régime de protection. Le cumul des régimes privé et public de protection des administrateurs rend alors superfétatoire une telle protection (2).

### *1) Le principe de protection de l'article L. 1524-5 du CGCT*

Selon l'article L. 1524-5 du CGCT, « par dérogation à l'article L. 225-20 du Code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires »[2331]. L'article L. 225-20 du Code de commerce prévoit en effet que si une personne morale peut être nommée « administrateur »[2332], celle-ci est tenue de nommer un représentant permanent « soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ». Une telle translation de responsabilité est prévue depuis 1959. Cela en

[2331] Cet article prévoit d'ailleurs aussi une solidarité de responsabilité, en cas de représentant désigné par l'assemblée spéciale des petits actionnaires, de toutes les collectivités territoriales et groupements membres de cette assemblée. Cela peut interroger d'autant plus sur ce régime d'exception, notamment dans le cas où une petite collectivité actionnaire n'aurait pas voté pour ledit mandataire, par exemple car elle ne lui faisait pas confiance sur ses capacités de gestion, et se retrouverait malgré tout solidairement responsable des actes de celui-ci.

[2332] Il serait plus correct d'écrire « administratrice », le mot existant parfaitement dans la langue française depuis le XIIe siècle selon la 9e éd. du dictionnaire de l'Académie française, mais nous citons là l'article *verbatim.*

ferait selon Sébastien BRAMERET une « caractéristique fondamentale »[2333] du régime des SEML. Son existence, comme son extension aux SPL, peuvent néanmoins se discuter[2334].

Tout d'abord, il convient de noter que le régime de droit commun des sociétés organise déjà une forte protection légale contre les actions visant les dirigeants de société de manière générale. Le juge judiciaire a établi dans les années quatre-vingt-dix une théorie jurisprudentielle fort intéressante quant à la responsabilité à l'égard des tiers : la faute de l'administrateur de société ne peut être retenue contre lui que si elle est détachable de ses fonctions de gestion[2335]. Cette limite, même si elle s'inspire faussement de la technique jurisprudentielle de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service du droit administratif dans les fondements[2336], s'en rapproche néanmoins dans ses effets. Concrètement, elle signifie que la plupart des fautes de gestion sont couvertes par la responsabilité de la société et non par celle de l'administrateur. Cela signifie que l'exception de l'article L. 1524-5 du CGCT, sous l'objectif de mieux protéger les élus administrateurs que le droit privé, entraîne au final une totale impunité des élus locaux dans leur gestion, même dans le cas où le droit privé arriverait à la conclusion que la faute est personnellement détachable, c'est-à-dire imputable au comportement personnel de l'élu et non à sa fonction de représentant.

Le régime de cet article L. 1524-5 du CGCT n'est d'ailleurs pas clair sur le point de savoir si, dans le cas d'une faute personnelle de l'élu détachable de ses fonctions de mandataire, une action récursoire de la collectivité pourrait être enclenchée. La plupart des auteurs estiment que cela devrait être théoriquement possible, étant donné que le texte précise que la responsabilité n'est transférée que dans les limites de « l'exercice du mandat ». Mais ils ne peuvent en fournir d'exemples concrets faute de cas répertoriés dans ce sens[2337]. Il nous semble au contraire qu'un tel régime, non seulement paraît concrètement exonérer les élus d'une telle action récursoire, mais ne permet pas une action récursoire puisqu'il s'oppose à la fois au droit privé commun et au droit public commun sur ce point.

---

2333 BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 49.

2334 Voyez par exemple, dans ce sens pour les SEML : NGAMPIO-OBELE-BELE, Urbain, *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés,* Aix-en-Provence : PUAM, 1998, 498 p. ; et PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés,* PUAM : 2007, p. 112-119.

2335 *Cf.* GUYON, Yves, BUCHBERGER, Matthieu, « Responsabilité civile des dirigeants », *JurisClasseur Sociétés Traité LexisNexis,* mise à jour 7 juin 2017, § 32. Voyez : Cass. com. 22 janv. 1991, n° 89-11.650 : *RJDA* 2/1992, n° 152.

2336 DUCOULOUX-FAVRE, Claude, « La règle de la faute séparable des fonctions de gestion des sociétés de capitaux est dans la loi », *Droit des sociétés* 2007, n° 10, étude 11.

2337 Marie-Yvonne BENJAMIN notamment note ainsi de façon parlante qu'il s'agit d'une interprétation « vraisemblable » (*SEML : Guide juridique et pratique*, Paris : EFE, 2002, p. 28). Jean-François BIZET paraît quant à lui plus affirmatif, mais l'usage du futur laisse encore planer le doute (*Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 61-62).

Si le principe d'une protection des élus n'est pas remis en cause, la nécessité d'une triple protection laisse songeur, notamment dans le cas des SPL, dont tous les actionnaires sont publics, et théoriquement soumise à une contrôle approfondi de leur part.

### *2) Une sur-protection organisée par rapport au droit privé et au droit public*

Les administrateurs élus de SPL, par l'application du droit commun des administrateurs mandataires, et l'application de la protection fonctionnelle des élus des collectivités territoriales, ne nécessitent visiblement pas un surcroît de protection par le biais de l'article L. 1524-5 du CGCT.

Une analyse approfondie de l'article L. 225-50 du Code de commerce amène en effet à conclure que le droit privé commun implique qu'une personne morale administratrice est responsable solidairement de son représentant permanent pour les fautes de celui-ci[2338]. Or, si le droit privé a admis qu'en cas de faute personnelle d'un représentant permanent dans ses fonctions, la victime ne pouvait se retourner contre la personne morale mandante[2339], cela ne peut aussi facilement arriver en droit des collectivités territoriales. Les élus publics, y compris ceux exerçants des mandats dans des sociétés ou des associations privées au titre de leur mandat, ont droit à une protection de principe par l'Administration qui les a mandatés[2340]. Ce double régime de solidarité entre le représentant et son mandant aboutit donc à un protection de droit commun importante de l'élu présent comme administrateur dans une SPL[2341].

Certes, une action récursoire d'une collectivité locale contre son mandataire est évidemment possible à raison d'une faute personnelle de celui-ci détachable de ses fonctions[2342]. Néanmoins, celle-ci nécessite concrètement un très haut degré d'anormalité du comportement personnel en

---

2338 GUYON, Yves, BUCHBERGER, Matthieu, « Responsabilité civile des dirigeants », *JurisClasseur Sociétés Traité LexisNexis,* mise à jour 7 juin 2017, § 119. Voyez : Cass. com., 2 déc. 1986, n° 85-11.307 : *Bull. civ.* 1986, IV, n° 232 ; *Bull. Joly* 1986, p. 1131, note P. Le Cannu ; pourvoi de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 24 janv. 1985 : *Bull. Joly* 1985, p. 665, note P. Le Cannu.

2339 Dans le cas d'une faute personnelle détachable, le juge judiciaire a admis que la responsabilité de la personne morale ne pouvait être recherchée par le tiers : Cour d'Appel de Poitiers, 20 nov. 2015, n° 14/02445 : *JurisData* n° 2015-025157. L'action en responsabilité à l'égard d'un tiers pour la faute alléguée d'une personne morale administratrice de société peut certes se faire indistinctement contre le représentant permanent ou contre la personne morale directement, mais dans ce cas le juge judiciaire condamne *in solidum.*

2340 *Cf.* POCHARD, Marcel, « Responsabilité disciplinaire, civile et pénale des élus », *JurisClasseur Administratif LexisNexis,* fascicule n° 812, mise à jour 30 janvier 2019, § 55-57.

2341 Même si une faute est personnelle et détachable du service, tant que celle-ci n'est pas « dépourvue de tout lien avec le service », la victime peut se retourner contre l'Administration pour l'ensemble de son préjudice (CE Ass., 18 novembre 1949, *Mimeur* : *R.* p. 492), et ceci alors même qu'il n'y aurait aucune faute de celle-ci (CE, 2 mars 2007, *Banque française commerciale océan indien* : *T*, p. 1072 ; *JCP-A* 2007, 287, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-A* 2007, 2231, note H. Muscat).

2342 Ce qui se rapproche d'ailleurs du droit privé, puisqu'une condamnation *in solidum* par le juge privé ouvre elle-même droit à un tel recours : MIGNOT, Marc, « Régime général des obligations - Modalités de l'obligation - Pluralité de sujets - Obligation '*in solidum*', *JurisClasseur LexisNexis Civil,* fasc. 30, mise à jour 5 février 2020, § 8-13.

question[2343]. Pourquoi alors garder cet article L. 1524-5 du CGCT si ce n'est pour diminuer la probabilité d'une telle action récursoire de la collectivité contre son élu mandataire en cas de faute personnelle anormale ?

De plus, si cet article n'interdit pas explicitement de rechercher la responsabilité civile d'un élu administrateur, il sous-entend trop qu'un véritable régime d'exonération de responsabilité serait en place. Or, en cette matière, ne vaudrait-il pas mieux suivre le conseil de Jules César, et considérer qu'il ne suffit pas d'être honnête, mais aussi qu'il serait plus grand de ne pas laisser de place au soupçon ? Le cumul des régimes de droit commun public et privé paraît sur ce point suffisamment protecteur sans qu'il soit besoin de rajouter une exception visant spécifiquement les sociétés publiques locales.

La comparaison avec les administrateurs représentants de collectivités territoriales dans les conseils d'administration d'établissements publics est sur ce point significative : pour ces enceintes, point d'exception d'irresponsabilité prévue par la loi[2344]. A raisonner à partir de cet exemple, le fonctionnement et le contrôle des SPL, plus proches des établissements publics, plaide pour une suppression de cette exception aux SPL. Si l'argument de la dangerosité de la gestion d'une société commerciale fonctionne, il n'est applicable que pour les SEML, qui baignent dans un environnement concurrentiel et commercial plus réceptif à une gestion véritablement preneuse de risques. Les SPL, débarrassées des capitaux sociaux privés, ne sont plus dans une situation aussi dangereusement risquée en termes de fautes de gestion, ou de tentations commerciales.

La suppression de cette exception au droit commun que constitue l'irresponsabilité civile pour les élus administrateurs de SPL nous paraît donc plus nécessaire pour les SPL que pour les SEML, même si, à vrai dire, l'exception ne semble pas se justifier non plus réellement pour ces dernières. La même conclusion vaut à propos de l'encadrement exorbitant du droit commun du financement des SPL par leurs actionnaires : de telles limites ne paraissent pas utiles pour les SPL, voire sont de plus en plus inadaptées face au développement de l'autonomie de gestion des collectivités locales que représente les SPL.

## C) L'imposition de garde-fous superflus portant sur le financement des SPL par leurs actionnaires

[2343] Le juge administratif reconnaît difficilement l'existence d'une telle faute personnelle, notamment lorsqu'il n'y a pas d'intention malveillante ou pour satisfaire un intérêt personnel étranger au service, et que les actes matériels en question ne sont pas d'une extrême gravité. Voyez : MOREAU, Jacques, MUSCAT, Hélène, « Responsabilité des agents et responsabilité de l'Administration », *JurisClasseur Administratif LexisNexis,* fascicule n° 806, mise à jour 1er février 2016, § 41-84 et § 85-97.

[2344] MOREAU, Jacques, « Dommages causés ou subis par les élus locaux », *JurisClasseur Collectivités territoriales LexisNexis,* fascicule n° 941, mise à jour 1er juillet 2020, § 13-49.

Les relations financières des SEML avec leurs actionnaires publics sont soumises à un régime extrêmement encadré qui aboutit, par le croisement des interdictions générales relatives aux aides[2345] et à celles relatives à la prise de capital dans des sociétés[2346], à une situation non seulement excessivement complexe, mais aussi inégalitaire entre les actionnaires privés, relativement libres, et les actionnaires publics, très restreints dans leurs actions[2347]. Or, le régime des SPL applique ces restrictions financières sans rechercher si les fondements qui ont conduit à restreindre le régime des SEML sont autant valables pour des sociétés au capital entièrement public.

Il faut dire que le droit français des collectivités locales interdit encore par principe et n'admet qu'en tant qu'exceptions dûment prévues les aides directes aux entreprises privées[2348]. Cette interdiction recoupe celle tout aussi générale du droit européen des aides d'Etat[2349]. Celle-ci,

---

[2345] Les aides des collectivités territoriales sont interdites sauf dispositions législatives spécifiques, notamment les dispositions générales de l'article L. 1511-1 du CGCT, mais aussi les nombreuses autres dispositions légales spécifiquement prévues, comme par exemple les aides aux cinémas (L. 2251-4, L. 2251-4, et L. 4211-1-6 du CGCT), ou les aides au maintien de services en milieu rural (compétence de la commune, pouvant être supplée par le département : (L. 2251-3 du CGCT). Sur le régime des aides des collectivités territoriales, voyez : FROMONT, Michel, CARTIER-BRESSON, Anémone, « Aides économiques, aides des collectivités territoriales », *JurisClasseur Administratif,* fascicule n° 258, mise à jour 3 novembre 2016.

[2346] La participation à des sociétés commerciales est en principe interdite pour les communes (L. 2253-1 du CGCT), pour les départements (L. 3231-6 du CGCT), et pour les régions (L. 4211-1 du CGCT). Voyez : PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés,* Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 427 p. — La loi NOTRe du 7 août 2015 est néanmoins venu apporter un assouplissement à ce régime, uniquement pour les régions, et selon certaines conditions, mais les SEML et les SPL restent encore des exceptions à cet égard. Voyez : CHARITE, Benoît, « La participation des régions au capital des sociétés : une faculté nouvelle ? », *JCP-A* 2016, n° 1, étude 2004.

[2347] Voyez notamment : BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 65-90.

[2348] C'est ce qui ressort particulièrement de l'arrêt Conseil d'Etat du 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes de Haute-Provence c/ Commune d'Allos : R.* p. 18 ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 765, note B. Alibert et G. Durand ; *JCP-G* 1994.II.22311, note J. Moreau ; *AJDA* 1994, p. 470, comm. C. Devès ; *RFDA* 1994, p. 900, note J.-C. Douence. Une lecture stricte de l'arrêt ne semble pas bouleverser la théorie du droit, puisqu'il indique dans son considérant de principe, tout simplement que si les collectivités territoriales « peuvent, dans le but et selon les modalités fixés par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales et décider de modifier leur participation au capital de ces sociétés en souscrivant à d'éventuelles augmentations de capital dans la limite des planchers et des plafonds de capitaux publics fixés par la loi » autorisant ces participations, elles « ne peuvent en revanche accorder légalement d'aides directes ou indirectes à ces sociétés d'économie mixte locales, qui sont régies par les dispositions de la loi sur les sociétés commerciales, qu'en respectant les conditions fixées par la loi » sur les aides dispensables par les collectivités territoriales. Pour résumer, il suffirait donc aux collectivités de suivre la loi, ce qui paraît bien logique. En réalité, et le paragraphe suivant le démontre bien en rajoutant en sus de ces lois une limite d'erreur manifeste d'appréciation à ne pas franchir, le haut juge administratif indique par là qu'il adopte une vision restrictive de la situation des collectivités territoriales actionnaires. C'est-à-dire que le droit spécifique applicable aux actionnaires publics prime sur le droit privé applicable aux actionnaires *lamba,* ce qui paraît normal, mais aussi que les collectivités ne peuvent bénéficier des avancées techniques de la vie des affaires, souvent en avance sur la loi, et certainement sur la loi applicable aux collectivités, comme le démontre amplement la jurisprudence ultérieure.

[2349] Voyez, de manière générale : KARPENSCHIF, Michaël, *Droit européen des aides d'Etat, 2e éd.,* Bruxelles : Bruylant, 2017, 526 p. Appliqué aux SPL, voyez, dans l'avis de l'Autorité de la Concurrence portant sur la compatibilité des SPL aux règles de la concurrence, la partie relative à la soumission des relations financières des collectivités territoriales vers les SPL au régime européen des aides d'Etat : Autorité de la Concurrence, avis n° 11-A-18, 24 novembre 2011, relatif à la création des sociétés publiques locales : *CMP* 2012, n° 1, alerte 1, focus F. Linditch ; *Contrats Concurrence Consommation* 2012, n° 1, comm. 26, comm. C. Prebissy-Schnall ; *AJCT* 2012, p. 535, note S. Dyens ; *RFDA* 2012, p. 1135, note S. Nicinski. Ainsi que : KARPENSCHIF, Michaël, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *CP-ACCP* 2013, n° 131, p. 56.

appliquée aux relations financières entre des collectivités publiques et leurs entreprises, n'autorise de manière générale que les comportements comparables à ceux des investisseurs privés[2350], sauf si ces aides financières rentrent dans les exemptions spécifiquement et textuellement prévues[2351].

Néanmoins, alors que le droit européen prononce un brevet de légalité en cas de comportement public analogue à celui du privé, l'interprétation de la législation française par le juge administratif est allée systématiquement dans un sens très restrictif des possibilités ouvertes aux collectivités locales pour financer leurs SEML[2352]. Cet encadrement jurisprudentiel a été tellement ressenti comme une limite difficile à tenir, que le législateur est intervenu en 2002 pour tenter de rétablir le caractère spécial de proximité financière qui est reconnu par le droit privé aux actionnaires d'une société[2353]. Le caractère particulièrement public des SPL fait cependant ressortir que les nombreuses protections financières qui entourent le recours par les collectivités locales à des entreprises publiques locales sont désormais datées, voire inadaptées. Parmi les relations financières possibles, les régimes des avances en compte courant d'associé (1), des garanties d'emprunts (2), et des modifications du capital des SPL (3) sont particulièrement topiques de cet excès de protection publique qui s'exerce au détriment de la responsabilité et de l'autonomie des collectivités actionnaires, dans le respect du droit de l'Union.

### *1) L'encadrement relativement adapté des avances en comptes courants d'associé*

Une avance en compte courant d'associés est une technique pratique de droit des sociétés permettant, par exception au monopole des établissements financiers sur les fonds remboursables du public[2354], aux associés d'une société de consentir à celle-ci « des avances, soit en lui versant des fonds, soit en laissant à la disposition de celle-ci des sommes qui leur sont dues mais qu'ils

---

2350 CJCE, 14 févr. 1990, aff. C-301/87, *France c/ Commission* : *Rec*. I. 307.

2351 La Commission européenne a abandonné récemment une position trop rigide sur l'interdiction des aides d'Etat et a adopté à cet effet une démarche de simplification à travers des règlements d'exemptions catégorielles (souvent dénommé régime général d'exemption par catégories — RGEC). *Cf.* Règlement (UE) n ° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, modifié par les règlements n° 2017/1084 du 14 juin 2017 et 2020/972 du 2 juillet 2020. Voyez aussi : PICOD, Fabrice, « Aides d'Etat : régime procédural », *JurisClasseur Europe Traité LexisNexis,* fascicule n° 1532, mise à jour 15 septembre 2014, § 19.

2352 Voyez encore récemment : CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du Nord du bassin de Thau,* n° 313590 : *RJEP* 2011, comm. 17, concl. E. Cortot-Boucher ; *AJDA* 2011, p. 19, note S. Nicinski ; *RLCT* 2011, n° 27, p. 1798, note S. Brameret ; *JCP-A* 2011, n° 1, note 2038, note M. Karpenschif.

2353 Avec la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales : *JORF* du 3 janvier 2002, p. 121 : *JCP-E* 2002, comm. 850, note E. Delacour ; *AJDA* 2002, p. 139, note C. Devès ; *RFDA* 2002, p. 923, note J.-F. Sestier.

2354 Exception prévue à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier.

renoncent temporairement à percevoir »[2355]. Cette technique permet, en cas de besoin de financement qui ne peut être couvert par les fonds propres de la société, d'éviter soit le recours aux établissements bancaires, soit le recours à l'augmentation de capital, opérations par définition complexes. A l'inverse, l'avance en compte courant d'associé, qui a le caractère juridique d'un prêt[2356], se caractérise par sa simplicité, puisqu'il peut prendre la forme d'une simple écriture comptable[2357].

A rebours de cette souplesse largement appréciée par la pratique, le juge administratif avait refusé de considérer qu'un tel mécanisme ne constituait pas une aide publique des collectivités territoriales. Selon le Conseil d'Etat, sous le régime de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux SEML, les aides publiques locales ne devant répondre qu'aux catégories et aux conditions prévues par la législation, de telles avances ne pouvaient être accordées avec la même souplesse que le droit privé le permet[2358]. Face à une telle interprétation, le législateur a répondu à l'occasion de la loi de modernisation des SEML du 2 janvier 2002[2359] par la création d'un régime exprès autorisant de telles avances sous certaines conditions de prudence, traduites par des formalités de transparence et des ratios de financement à respecter[2360].

Ainsi, les avances à des SPL doivent obligatoirement être conventionnées, et prévoir à peine de nullité : la nature, l'objet et la durée de l'avance, ainsi que son montant et ses conditions de remboursement, les modalités de rémunération, et les conditions de transformation éventuelle de cette avance en augmentation de capital. La collectivité apportant cette avance doit forcément délibérer sur celle-ci, à partir d'une délibération du conseil d'administration ou de surveillance de la SPL demandant une telle avance, et en en justifiant les motifs, et les conditions indiquées plus haut. En d'autres termes, la souplesse du droit privé est écartée de ce côté, pour mettre en place une meilleure transparence de la gestion publique. Mais cette exigence exorbitante du droit commun ne s'arrête pas à ces obligations de forme. Elle va plus loin sur le fond.

---

2355 VINCKEL, François, GODON, Laurent, « Comptes courants d'associés », *JurisClasseur Sociétés Traité,* fascicule n° 36-20, mise à jour 21 mai 2019, § 1.

2356 Ce qui est reconnu de très longue date, et différencie ainsi clairement cette opération de l'apport de capital : Cass. req., 21 juill. 1879 : *S.* 1882,1, p. 349.

2357 Voyez : VINCKEL, François, GODON, Laurent, « Comptes courants d'associés », *JurisClasseur Sociétés Traité,* fascicule n° 36-20, mise à jour 21 mai 2019, § 44 et s.

2358 CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave d'Oron,* n° 145.955 : *T.* p. 677 ; *AJDA* 1996, p. 224, note C. Devès.

2359 Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales : *JORF* du 3 janvier 2002, p. 121 : *JCP-E* 2002, comm. 850, note E. Delacour ; *AJDA* 2002, p. 139, note C. Devès ; *RFDA* 2002, p. 923, note J.-F. Sestier.

2360 Ces obligations sont transcrites à l'article L. 1522-5 du CGCT. Voyez pour une présentation critique de ces obligations : DEVES, Claude, « La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales », *AJDA* 2002, p. 139.

Ces avances doivent aussi respecter certains caractères prudentiels dans le but évident d'écarter le danger qu'une collectivité territoriale ne fasse fi de toute prudence dans son rôle d'associé de société. Le danger serait qu'une collectivité : soit, soutienne une société publique dans une situation trop fragile, soit, soutienne une société publique au-delà de ses propres faiblesses financières. Ainsi, l'avance-prêt ne peut être supérieure à deux ans, renouvelable une seule fois, ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance, doit être soit remboursée soit transformée en augmentation de capital, et ne peut être accordée si le montant des capitaux propres de la société est inférieur au montant de la moitié du capital social. Cette dernière condition est particulièrement handicapante, puisqu'en pratique les avances en comptes courants d'associés visent souvent à remédier à une telle situation de faiblesse des capitaux propres[2361]. Quant à la condition que l'avance soit, ou remboursée, ou transformée en augmentation de capital, elle vise à éviter la pratique courante dans la vie des affaires de l'abandon temporaire ou définitif d'avance[2362].

Du point de vue de l'application de cette législation aux SPL, l'exclusivité publique du capital social entraîne au moins l'absence de déséquilibre de situation entre actionnaires publics et privés[2363], les premiers étant dans les SEML de véritables « otages des apporteurs privés de capitaux »[2364]. Reste alors un régime législatif prudent, restreignant les libertés des collectivités locales avec ce que Claude DEVES considère être des « conditions de fond et de formes dont l'intérêt est loin d'être démontré »[2365] et qui, de plus, pour reprendre l'expression de Jean-François BIZET, « compliquent le 'sauvetage' d'une EPL en difficulté passagère »[2366].

Ce régime exorbitant reste néanmoins mal adapté aux nouvelles considérations d'autonomie de gestion des collectivités locales. Sa disparition n'entraînerait sans doute pas, pour les SPL, de bouleversement particulier, si tant est que les contrôles internes et externes fonctionnent effectivement. Si ce n'est pas le cas et qu'une mauvaise gestion apparaît, et la théorie démocratique voudrait qu'elle soit prise en compte par les électeurs locaux dans leurs futurs choix électoraux. Un encadrement tel qu'il existe reste au contraire infantilisant pour les collectivités locales. Pourtant,

---

2361 Voyez par exemple la situation décrite dans la question écrite QE Sénat n° 6411 du 26 mai 1994, *Dispositions fiscales concernant les abandons de créances entre sociétés mères et filiales,* de M. Hubert Haenel : *JO S.* 26 mai 1994 ; réponse du ministère du Budget : *JO S.* du 29 décembre 1994.

2362 VINCKEL, François, GODON, Laurent, « Comptes courants d'associés », *JurisClasseur Sociétés Traité,* fascicule n° 36-20, mise à jour 21 mai 2019, § 99.

2363 Voyez par exemple : CLAISSE, Yves, MOREAU, Paul, « Les sociétés d'économie mixte locales et la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 : clarification, correction, ou régression ? », *JCP-CTI* juin 2002, chron. 8.

2364 DEVES, Claude, « Règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM », *AJDA* 1996, p. 223, cité *in* BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 81.

2365 DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* fascicule n° 486, mise à jour 24 juillet 2019, § 218.

2366 BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 216.

s'il est critiquable, en comparaison des limitations portées sur les garanties d'emprunts, ce régime représente une façon relativement équilibrée de concilier le droit des collectivités territoriales et le droit des sociétés, en prévoyant ces conditions prudentielles largement dans la loi, ce qui n'est pas le cas du régime des garanties d'emprunt, plus strict légalement et plus strictement interprété.

### *2) Le régime prudentiel excessivement strict des garanties d'emprunt*

Dans le domaine des garanties d'emprunt[2367], comme pour bon nombre d'aides que les collectivités-actionnaires peuvent accorder à leurs sociétés, les règles applicables sont d'abord celles concernant les aides à des sociétés tierces[2368]. Les garanties d'emprunt forment néanmoins une catégorie à part de ces aides dans le sens où le législateur et le juge ont développé, au-delà des règles déjà restrictives applicables aux aides en général, un certain nombre de critères prudentiels particulièrement lourds pour les garanties. Or, si dans le cas des SEML, dont l'assimilation à des entreprises tierces est énoncée par le Conseil constitutionnel depuis 1993[2369], l'application de ces garde-fous peut sembler légitime, elle peut poser question dans le cas de sociétés entièrement détenues par les collectivités.

Tout d'abord, de façon tout-à-fait contradictoire avec le caractère plus public des SPL, les SEML bénéficient en matière de garanties d'une exception légale des ratios prudentiels applicables aux garanties d'emprunts lorsque celles-ci sont accordées « pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements »[2370], ainsi que d'une dispense pour « les opérations d'aménagement comportant la construction de logements menées en application des articles L. 300-1 à L. 300-4 du code de l'urbanisme »[2371]. Ces dispositions sont évidemment sujettes à interprétation. Les SPL ne bénéficient-elles pas par ricochet de ces exceptions ? Cela semble être

---

2367 La garantie d'emprunt est un contrat par lequel une personne (ici une collectivité locale) s'engage auprès d'un prêteur (un établissement financier généralement) à garantir un prêt consenti par ce prêteur à une tierce personne (ici, la SEML ou la SPL). Sur la notion de garantie d'emprunt accordés par les collectivités locales, voyez : LIGNIERES, Paul, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Paris : Litec, 1994, 533 p.

2368 Voyez : FROMONT, Michel, CARTIER-BRESSON, Anémone, « Aides économiques, aides des collectivités territoriales », *JurisClasseur Administratif,* fascicule n° 258, mise à jour 3 novembre 2016, § 216-225.

2369 Conseil constitutionnel, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et de la transparence de la vie économique et des procédures publiques : RFDA* 1993, p. 902, comm. D. Pouyaud.

2370 Articles L. 2252-2 (pour les communes), L. 3231-4 (pour les départements) et L. 4253-2 (pour les régions) du CGCT.

2371 Article D. 1511-35 du CGCT : par exception à la règle de prudence qui limite à 50% de l'emprunt la garantie apportée par des collectivités territoriales, dans ce cas les collectivités territoriales peuvent garantir jusqu'à 80% de l'emprunt.

l'interprétation de Claude DEVES[2372] et Jean-François BIZET[2373] — soutenus en cela par la Fédération des Entreprises Publiques Locales[2374] — par exemple. Pourtant, concernant d'autres exceptions proches concernant les SPL, notamment des exonérations fiscales pour les mêmes opérations, le gouvernement a pu répondre que, n'incluant pas explicitement les SPL, celles-ci se retrouvaient donc exclues de ces mécanismes plus favorables que le droit commun[2375]. L'interprétation du juge administratif extrêmement restrictive en la matière des garanties d'emprunts fonde de toute manière une présomption très négative sur ce point[2376].

En effet, les garanties d'emprunts que les collectivités locales peuvent accorder à toutes les entreprises sont soumises à une importante batterie de conditions, de limites d'objet, de procédures de transparence, et surtout de ratios prudentiels, très strictement interprétée par le juge, et qui apparait relativement incohérente avec le statut entièrement public des SPL. Ces ratios prudentiels sont de trois ordres. Tout d'abord une collectivité ne peut s'engager à garantir au-delà d'un certain montant correspondant à 50% de ses recettes de la section de fonctionnement[2377], afin de limiter son exposition financière globale. Ensuite, une collectivité ne peut s'engager trop fortement auprès d'un seul emprunteur : elle doit limiter à 10% du montant de toutes ses garanties la garantie accordée à un même emprunteur[2378], afin de limiter les risques liées au défaut d'un emprunteur trop favorisé par une collectivité. Enfin, toutes les garanties publiques accordées sur un même emprunt ne peuvent sauf exception dépasser 50% du montant de l'emprunt, afin de limiter là encore les risques pour les collectivités.

Or, le Conseil d'Etat a considéré, avec constance, comme illégales toutes les garanties d'emprunt qui ne pouvaient répondre à tous les ratios prudentiels, dans leur lettre la plus exacte, en estimant que ceux-ci ne pouvaient être applicables aux emprunts en cause si la lettre de la loi ne précisait pas exactement leur possibilité[2379]. Si le Conseil d'Etat devait étendre cette interprétation très stricte de la légalité des garanties d'emprunts aux SPL, toute une partie des emprunts existants

---

[2372] DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* fascicule n° 486, mise à jour 24 juillet 2019, § 225.

[2373] BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 222.

[2374] La Fédération a en effet participé à l'ouvrage de Jean-François BIZET à travers de très nombreux « commentaires » (apartés) distillés à intervalles réguliers dans l'ouvrage.

[2375] Voyez spéc. : QE Sénat n° 14536, *Sociétés publiques locales et logement social* de Jean-François VOGUET*, JO S* du 22 juillet 2010, p. 1903, et réponse du Ministère de l'écologie, du développement durable des transports et du logement, *JO S* du 11 août 2011, p. 2114.

[2376] Voyez notamment en ce sens : DREYFUS, Jean-David, PELTIER, Marc, « Sociétés d'économie mixte et sociétés publiques locales », *Répertoire de droit des sociétés,* actualisation avril 2020, § 78.

[2377] Article D. 1511-32 du CGCT.

[2378] Article D. 1511-34 du CGCT.

[2379] CE, 16 janvier 1995, *Ville Saint-Denis* : *R.* p. 34 ; *AJDA* 1995, p. 657, note D. Chouvel.

— et sans doute une bonne partie de ceux qui viendraient à se développer — ne pourrait donc être garantie par les collectivités territoriales pour leurs SPL, comme cela est déjà impossible pour toutes les entreprises privées. Cette interprétation stricte de la loi peut en elle-même se voir reprocher d'être « très réductrice de [la] liberté »[2380] des collectivités locales. Elle peut néanmoins s'appuyer sur le législateur qui, dans tous les cas, est peu revenu sur ces interprétations et sur ces ratios[2381].

Un problème plus technique se pose par le fait que le contentieux de l'appel en garantie relevant à titre principal du juge judiciaire[2382], l'éventuel renvoi préjudiciel concernant la légalité de la délibération accordant ladite garantie permet au juge administratif de se prononcer y compris sur des décisions individuelles créatrices de droit devenues définitives[2383]. Or, son appréciation stricte des conditions de validité des engagements des collectivités aboutit à reconnaître comme illégaux de nombreux contrats d'emprunts — au bénéfice, concrètement, des collectivités qui, après s'être engagées peut-être imprudemment, n'ont plus à apporter leur garantie lorsque celle-ci devient nécessaire. Certes, comme le rappelle Sébastien BRAMERET, « le juge administratif a cherché à encadrer le développement de techniques potentiellement dangereuses pour les finances publiques des collectivités territoriales actionnaires »[2384]. De même, il peut être considéré, à l'instar de Laurent TOUVET, que la vérification de la légalité de l'engagement public est « une vérification banale que devrait accomplir tout prêteur qui s'assure de la caution d'un tiers »[2385]. Néanmoins, si le Conseil d'Etat devait étendre son interprétation très stricte de la légalité des garanties d'emprunts au SPL, ne remettrait-il pas en cause l'idée même d'un contrôle analogue des collectivités territoriales sur ces sociétés ? Et comment imaginer qu'une collectivité actionnaire de SPL et lui apportant sa garantie sur un emprunt lié à une opération ne ferait pas preuve d'une certaine mauvaise foi dans ses relations contractuelles en arguant par la suite d'une illégalité bien opportune au final ? D'ailleurs, selon Michel KLOPFER, la procédure des SPL est « à l'évidence génératrice de risque de

---

2380 RAPP, Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107.

2381 Il est à noter que le législateur est bien intervenu une fois pour modifier l'interprétation du juge administratif, par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, pour revenir sur l'interprétation du Conseil d'État quant au montant total des annuités à prendre en compte pour le calcul du ratio prudentiel limitant les garanties possibles à une société (CE, 20 oct. 1995, *Commune de Montbrison : T.* p. 687 ; *Dr. adm.* 1995, comm. 45 ; *RFDA* 1996, p. 1141, note J.-C. Douence). La loi a précisé que ce montant inclut les emprunts contractés par les personnes publiques *et* privées (art. L. 2252-1 du CGCT).

2382 Voyez : Trib. conflits, 16 mai 1983, *Société Crédit immobilier de Lozère c/ Commune de Montrodat* : *T.* p. 650 ; Gaz. Pal. 1985, 1, jurispr. p. 218, note Liet-Veaux ; *CMP* 1983, n° 201, p. 39, note Bazex et Raynaud-Contamine — ou encore : CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles* : *R.* p. 653 ; *AJDA* 2002, p. 1494, note S. Brondel.

2383 Voyez notamment : CE, 10 oct. 1994, *Commune de Batz-sur-mer,* n° 115074, inédit – et CE, 24 mai 2006, *Commune de Larnage* : n° 283070, inédit.

2384 BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales : Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé,* Paris : LGDJ, 2012, p. 78.

2385 TOUVET, Laurent, « Distinction entre prêt et ouverture de crédit », *RJEP* 2007, n° 647, comm. 12.

responsabilité directe de la personne publique à l'égard des tiers »[2386], et spécifiquement des banques prêteuses. Dans ce cas, quelle est véritablement l'utilité d'un tel système de prudence, si ce n'est exonérer les collectivités territoriales de certaines de leurs responsabilités ? Annuler des garanties accordées à des SPL sur un vice de forme, ne serait-il pas un véritable appel au vice justement ?

La solution la plus évidente à cet épineux problème consisterait à diminuer les exigences prudentielles relatives aux garanties accordées, facilitant ainsi leur validité et la responsabilité des collectivités *in fine*. Ainsi, des trois ratios prudentiels vus plus haut, le deuxième — le partage des risques entre divers emprunteurs — paraît particulièrement problématique pour les collectivités actionnaires de SPL. Face à une opération de grande envergure, elles ne pourraient soutenir celle-ci qu'à la condition de soutenir tout autant d'autres entreprises privées ! Cette règle paraît inadaptée à la relation interne particulière existant entre des collectivités actionnaires et leur SPL, sachant que la répression d'un favoritisme indu peut toujours être recherchée sur le fondement de la rupture d'égalité mais aussi, et sans doute surtout, sur le fondement du droit européen des aides d'Etat — dont l'articulation avec le droit français des aides publiques locales est malheureusement peu poussée[2387].

La SPL, par son lien fort évident avec ses collectivités actionnaires, rend l'application sans exception d'un tel régime prudentiel particulièrement excessif. Ce régime prudentiel légal très strict paraît pourtant encore raisonnable face à un régime des modifications du capital social extrêmement contraint jurisprudentiellement.

### *3) Un régime jurisprudentiellement contraint des apports et modifications du capital social*

De façon paradoxale, c'est sans doute au niveau du régime des apports et des modifications du capital social des SPL que les contraintes sont les plus importantes. Il s'agit d'une situation relativement paradoxale car les participations en capital social des collectivités locales bénéficient formellement d'un régime légal relativement souple. Même si le principe d'interdiction de participation au capital social de sociétés des collectivités territoriales reste un point de départ, non

---

[2386] KLOPFER, Michel, « Analyse financière des gestions externes », *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* mise à jour : 10 décembre 2018, § 49.

[2387] FROMONT, Michel, CARTIER-BRESSON, Anémone, « Aides économiques, aides des collectivités territoriales », *JurisClasseur Administratif,* fascicule n° 258, mise à jour 3 novembre 2016, § 228.

seulement celui-ci n'est plus aujourd'hui aussi strict qu'autrefois[2388], mais encore l'investissement dans une SPL paraît aisé, puisqu'il n'est pas soumis à de nombreuses conditions légales prudentielles. Ce sont les conditions jurisprudentielles prudentielles ajoutées à ce régime par le juge administratif qui posent question, notamment en considération des mécanismes du droit commun des sociétés mais aussi des nouvelles exigences issues du droit européen. Le cadre de la SPL, par sa proximité avec les actionnaires collectivités, fait ressortir d'autant plus l'inadaptation, et du cadre législatif (a), et de l'interprétation jurisprudentielle restrictive à laquelle il donne lieu (b).

a) Les conditions légales prudentielles

Le droit des sociétés anonyme prévoit en effet que le capital social d'une telle entreprise ne puisse être, à aucun moment de sa vie sociale[2389], inférieur à 37.000 €[2390]. Il s'agit là d'une première mesure de prudence, qui est assortie d'effets importants puisqu'en cas de pertes annuelles d'un montant supérieur à la moitié du montant du capital social d'une société, celle-ci doit engager une procédure spécifique visant à informer ses associés et leur poser explicitement la question de la dissolution anticipée de la société[2391]. En cas de réponse négative à cette question, la société doit, en sus de publier largement cette information, soit rétablir ses actifs au-dessus de la valeur de la moitié du capital social, soit diminuer celui-ci d'un montant au moins égal à celui des pertes constatées, dans les deux ans suivants la constatation de la perte. Si ces règles ne sont pas suivies, tout intéressé pourra demander en justice la dissolution de la solution, et la responsabilité pénale des dirigeants est mise en cause[2392]. Certes, ces règles ne sont pas toujours suivies dans les faits par les sociétés anonymes[2393], et le juge judiciaire fait attention à ne pas les interpréter dans un sens trop radical[2394]. Toutefois, elles fixent un cadre qui, s'il pourrait être plus strict pour les entreprises publiques

---

2388 La loi NOTRe du 7 août 2015 a en effet apporter un assouplissement à ce régime pour les régions, dans des conditions néanmoins elles aussi prudentes. Voyez : CHARITE, Benoît, « La participation des régions au capital des sociétés : une faculté nouvelle ? », *JCP-A* 2016, n° 1, étude 2004.

2389 C'est-à-dire en prenant en compte les éventuelles modifications ultérieures, notamment les réductions du capital social qui peuvent résulter de réductions de la valeur nominale des actions, ou de diminution du nombre total d'actions, par exemple par le rachat d'actions par les sociétés en vue d'annuler celles-ci.

2390 Article L. 224-2 du Code de commerce.

2391 Article L. 225-248 du Code de commerce.

2392 Avec des sanctions pouvant aller jusqu'à six mois d'emprisonnement et une amendant d'un montant maximal de 4.500 €.

2393 L'obligation de publicité par exemple, était tellement peu suivie que le législateur en est carrément venu à en supprimer la sanction associée : *cf.* Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 21, abrogeant l'article L. 242-29, 1°. Voyez : AZARIAN, Hélène, « Sociétés anonymes : dissolution - Liquidation et partage », *JurisClasseur Notarial,* fascicule n° K-460, mise à jour 1er avril 2020, § 29.

2394 Notamment, la Cour d'Appel de Paris a considéré que les concurrents d'une société ne sont pas des individus intéressés : , CA Paris, ch. 5-9, 27 mars 2014, n° 13/14014 : *Dr. sociétés* 2014, comm. 122, note R. Mortier.

locales, n'en reste pas moins relativement exigeant. En effet, une des situations concrètes les plus problématiques pour les sociétés est celle de la sous-capitalisation de la société par rapport à ses activités réelles. Une sous-capitalisation signale une insuffisance de fonds propres susceptibles d'être déboursés en cas de besoin de financement, de nécessité de payer ses dettes, ou de compenser des mises en cause de la responsabilité de la société[2395]. Or, c'est évidemment en l'absence de capacités de payer que peuvent survenir les procédures de sauvegarde et de redressement, liquidations et autres faillites, qui pénalisent *in fine* les créanciers, les opérations, les employés et les actionnaires. Et c'est afin de prévenir de telles situations que le droit commun des sociétés prévoit ce ratio prudentiel des pertes annuelles dépassant le montant de la moitié du capital social entraîne une procédure bien spécifique de rétablissement de la situation financière, assortie de sanctions.

Il faut justement noter que le législateur a déjà prévu sur ce point pour les SEML et les SPL un surcroît de prudence par rapport au droit commun, en imposant à celles de ces sociétés qui ont pour objet une activité d'aménagement un capital social minimal de 150.000 €, et à celles qui ont pour objet une activité de construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location un capital social minimum de 225.000 €[2396]. De plus, en cas de cumul d'activités, c'est l'obligation la plus prudente qui l'emporte. Pourtant, malgré les indications de ce régime légal, le juge administratif continue d'exiger que les apports et modifications de capital social des SEML et des SPL des conditions prudentielles supplémentaires dont il garde l'entière maîtrise.

b) L'interprétation jurisprudentielle stricte

Depuis son important arrêt du 17 janvier 1994, *Commune d'Allos*[2397], le Conseil d'Etat a établi un contrôle des prises de participations et des modifications du capital social des SEML par les collectivités locales qui rajoute à celui de la validité des formes légales prévues et du respect des règles européennes des aides d'Etat, un contrôle basé sur une éventuelle « erreur manifeste d'appréciation » tenant à « la gravité de la situation financière [des sociétés en cause] et aux capacités financières »[2398] des collectivités. A observer précisément cette décision *Commune d'Allos,* il est d'ailleurs aisé de remarquer que ces conditions nouvelles sont rajoutées sans

---

[2395] Voyez par ex. : BOURTOURAULT, Pierre-Yves, FAREY DA RIN, Pascale, « Les règles de sous-capitalisation à l'épreuve de la crise », *Dr. fiscal* 2010, n° 8-9, étude 195.

[2396] Article L. 1522-3 du CGCT.

[2397] CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes de Haute-Provence c/ Commune d'Allos : R.* p. 18 ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 765, note B. Alibert et G. Durand ; *JCP-G* 1994.II.22311, note J. Moreau ; *AJDA* 1994, p. 470, comm. C. Devès ; *RFDA* 1994, p. 900, note J.-C. Douence.

[2398] *Ibidem.*

justification ni motivation précises si ce n'est l'évidence de « l'erreur manifeste d'appréciation ». Encore une fois[2399], l'usage de l'erreur manifeste d'appréciation aboutit à un flou juridique, au détriment de la liberté des collectivités locales, et ici de surcroît peu propice à la sécurité nécessaire à la vie des affaires à laquelle les collectivités semblent pourtant vouloir adhérer par leur usage de ces sociétés et de ces techniques du droit privé. Certains commentateurs vont ainsi jusqu'à souligner qu'à travers cette exigence le juge *in fine* « contrôle l'opportunité »[2400] des participations publiques locales.

La réalité du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a été encore rappelée par une décision du Conseil d'Etat 10 novembre 2010, *Communauté de communes du Nord du bassin de Thau*[2401]. Toutefois en l'espèce le Haut Juge casse la décision de la Cour administrative d'Appel qui ne prend en compte que la situation financière de la société, et non celle-ci *et* les capacités financières de la collectivité apportant cette participation. Si cette cassation permet de relativiser l'étendue du contrôle de l'erreur manifeste que peut exercer le juge administratif, elle n'en cristallise pas moins celle-ci comme une condition indépassable des participations des collectivités à des SEML et des SPL. Cette condition rajoutée à la loi ne peut que s'interpréter que comme une vision jurisprudentielle très restrictive des participations possibles des collectivités locales à des sociétés.

Assurément, comme le souligne Rozen NOGUELLOU à juste titre, en commentant un rapport de la Cour des Comptes et une revue de dépenses de l'Inspection Générale de l'Administration sur les risques portés par les entreprises publiques locales[2402], « le véritable risque de gestion se trouve […] dans les engagements financiers souscrits par les EPL »[2403]. Toutefois, est-il pour autant normal qu'en cette matière le juge se fasse le gardien intransigeant de la bonne gestion financière des collectivités locales, alors qu'il ne se permet pas un tel contrôle sur les participations de l'Etat, celles-ci étant uniquement contrôlées à l'aune des obligations formelles légales et du critère européen de l'investisseur privé en économie de marché[2404] ? A considérer que le droit commun des sociétés anonymes ne suffit pas, et que la prudence doit nécessairement guider les dépenses

---

[2399] *Cf.* supra, chapitre précédent.

[2400] BENJAMIN, Marie-Yvonne, *SEML : Guide juridique et pratique*, Paris : EFE, 2002, p. 307.

[2401] CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du Nord du bassin de Thau,* n° 313590 : *RJEP* 2011, comm. 17, concl. E. Cortot-Boucher ; *AJDA* 2011, p. 19, note S. Nicinski ; *RLCT* 2011, n° 27, p. 1798, note S. Brameret ; *JCP-A* 2011, n° 1, note 2038, note M. Karpenschif.

[2402] Cour des comptes, 15 juin 2017, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales, rapport au Premier ministre,* 14 p. — Inspection Générale de l'Administration, *Revue de dépenses : La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales,* juin 2017, 125 p.

[2403] NOGUELLOU, Rozen, « Les entreprises publiques locales : vers plus de transparence », AJDA 2017.2273

[2404] Sur ces questions, voyez : NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2014, p. 367 et s.

publiques locales, ne serait-il dans ce cas pas de meilleure politique de laisser au législateur l'opportunité de fixer les conditions qu'il convient de respecter lorsque des collectivités locales souhaitent se comporter et agir au même titre que des actionnaires privés *lambda* ? La SPL notamment incarne le *summum* même de cette volonté de ce comporter en actionnaire privé, puisque de toutes les options offertes aux collectivités, c'est celle d'une société entièrement publique mais anonyme qui est choisie. Or ce régime vient — ou doit venir — avec des avantages et des inconvénients, notamment les risques de déboires financiers. Encadrer jurisprudentiellement les comportements capitalistiques des collectivités locales ne nous parait plus adapté au stade actuel de décentralisation et de démocratisation locale. C'est à la fois ne pas faire confiance aux collectivités locales dans leurs choix de gestion (voire les infantiliser), et à la fois retirer aux élus la possibilité de se tromper, et de devoir en subir les conséquences de droit commun et politiques dans ce cas.

Le régime de participation des collectivités locales au capital des collectivités locales est donc trop limité, non seulement par les textes légaux, mais aussi et sans doute surtout, par l'interprétation restrictive qu'en fait le Conseil d'Etat. Ces restrictions se basent sur un idéal de bonne gestion publique locale contrôlée et minorée, au renversement duquel participe la société publique locale. Elles rappellent les remarques d'un autre siècle de Maurice HAURIOU sur les collectivités locales « dépensières [qui] ont une tendance à créer des emplois inutiles, à organiser des services coûteux, à donner des fêtes où l'argent des contribuables se volatilise en feux d'artifices »[2405]. Une telle conception, dépassée, doit aboutir à donner aux collectivités locales les moyens de l'action qui leur est légalement reconnue. La participation au capital social d'une société publique locale en fait partie.

L'exonération de responsabilité civile des administrateurs élus, et les relations financières contraintes des SPL avec leurs collectivités actionnaires : ces quelques exemples de règles de droit public inadaptées au statut de sociétés de droit privé des SPL soulignent bien à quel point le régime de la SPL se rapproche, sensiblement plus encore que celui des SEML, d'un régime juridique aligné sur les règles du droit privé. La parfaite adéquation des conditions statutaires qui facilitent la reconnaissance à la SPL du statut de quasi-régie avec le droit des sociétés en fournit encore une preuve.

---

[2405] HAURIOU, Maurice, « La recevabilité du recours d'un contribuable contre une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune : Note sous Conseil d'Etat, 29 mars 1901, *Casanova* », *S.* 1901, p. 373, rééditée *in Revue générale du droit* on line, 2014, n° 13296 : [www.revuegeneraledudroit.eu].

## Conclusion de la section 1 : Un régime d'action de droit privé pour une entreprise publique

Même pour une entreprise publique locale, le régime juridique de moins en moins public des sociétés publiques locales présente un aspect certain de nouveauté. La présomption de droit privé qui se rattache désormais fortement à son action démontre aussi le déclin actuel du critère organique et de son influence sur la définition du régime applique, notamment dans son utilisation par la jurisprudence, autrefois plus prompte à reconnaître une personne publique déguisée sous des habits qui n'appartenaient pas à sa nature. Malgré la persistance des débats théoriques et des exceptions juridiques pratiques, la société publique locale est reconnue par tous, et spécialement par la jurisprudence, comme une société de droit privé appliquant à titre principal du droit privé dans ses actions. Il est d'ailleurs particulièrement notable que les quelques règles exorbitantes du droit commun qui continuent à encadrer sa gestion peuvent être considérées comme redondantes (pour l'exclusion de responsabilité civile des administrateurs élus), ou même trop limitatives (pour les relations financières avec leurs actionnaires). La privatisation du régime des SPL apparaît alors dans son entièreté. Doit-elle être condamnée ? Par principe, ce serait là répondre à une question plus politique que juridique. Il est toutefois possible de regretter que les cadres du droit public apparaissent désormais tellement inadaptés à une gestion publique locale « souple »[2406] et efficace, que la solution la plus innovante soit celle d'une privatisation intégrale de l'action publique.

L'alignement des SPL avec le droit privé se prolonge par la facilité avec laquelle les limites du droit de la concurrence sont reflétées dans leur statut légal. Le régime légal lui-même des SPL facilite en effet l'application d'un régime juridique restreint de l'action publique locale, que le droit de la concurrence véhicule.

# Section 2 : Un statut adapté aux effets restrictifs du droit de la concurrence

[2406] Les réponses des acteurs des SPL incluant les idées de souplesse ou d'avantages liés au droit privé ne manquent pas dans notre enquête. *Cf.* annexe A : : réponses n° 1 ; 6 : « droit privé en RH et compta privé : le top. La souplesse commerciale que les collectivités n'ont pas » [sic] ; 12 ; 16 : « un outil qui trouve sa place entre la régie et la SEM avec l'avantage de plus de souplesse qu'une régie et une capacité à une véritable gestion en entreprise tout en ayant aucun compte à rendre à des actionnaires privés (comme en SEM) qui peuvent avoir des velléité financières » [sic] ; 18 ; 19 ; 20 ; 21 ; 23 ; 25 ; 28 ; 30 ; 36 ; 37 ; 38 ; 39.

Bien que l'usage de la SPL soit d'abord présenté comme une solution d'évitement du droit de la concurrence — comme l'illustre par exemple Sophie SAVALL, qui indiquait en 2011 que la SPL « permet désormais aux collectivités locales de s'affranchir des obligations communautaires de concurrence »[2407] — il s'agit là d'une trop importante simplification. Jean-François BIZET remarque, plus prudent, que « des précautions concurrentielles devraient […] être prises »[2408] afin d'éviter que le contrat liant société publique locale et collectivité actionnaire ne tombe dans des situations répréhensibles. La SPL présente en effet de nombreux aspects de soumission au droit de la concurrence. C'est désormais une évidence : les actions des collectivités publiques locales répondant à la définition d'activités économiques[2409] ou d'activités de production, de distribution et de service[2410] sont soumises aux droits européens et français de la concurrence[2411]. Il est souvent noté que cette soumission vise à mettre en place, vis-à-vis de ces actions publiques effectuées sur un marché économique, une certaine neutralité de leurs effets par rapport à leurs concurrents du secteur privé[2412]. De ce point de vue, le statut de SPL, malgré une situation *a priori* suspecte au vu leur but avoué de détourner certaines règles de concurrence (les règles des marchés publics), apparaît comme un facilitateur de l'application de ce droit neutralisant pour l'action publique (I). Mais une analyse approfondie des rapports entre le statut de SPL et le droit de la concurrence arrive même à la conclusion que les SPL ne sont pas juridiquement traitées à égalité avec les entreprises du secteur privé. Très paradoxalement au regard de leur utilité annoncée d'outil de plus grande efficience de la gestion publique, les SPL sont bien plutôt dans une situation concurrentielle défavorable par rapport aux entreprises privées (II).

# I - La SPL comme outil facilitateur de l'application du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence soumet les SPL à un régime d'action visant à éviter des distorsions politiques trop importantes sur le marché économique. Elles doivent notamment

---

2407 SAVALL, Sophie, « La SLP, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP* 2011, n° 3, p. 753.

2408 BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales : SEML, SPLA, SPL, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 271.

2409 Ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union : *cf.* BERNARD, Elsa, « L' 'activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009, n° 3, p. 353-385. L'arrêt de principe sur cette question étant : CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser : R.*, I, p.1979.

2410 Comme le précise l'article L. 410-1 du Code de commerce.

2411 Sur cette question : DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 52-58.

2412 BAZEX, Michel, « Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence », *LPA* 19 août 1988, n° 100, p. 8.

appliquer strictement le droit de la concurrence général dans leurs actions, c'est-à-dire notamment éviter les abus de position dominante, les ententes illégales entre entreprises, et les aides publiques indues. Cette soumission n'est pas liée à un critère organique, c'est-à-dire une qualité statutaire d'opérateur, mais à la matérialité de l'activité prise en charge. Cette distinction permet en théorie à la SPL d'échapper aux obligations du droit de la concurrence lorsque leurs activités ne répondent pas à la définition matérielles d'activités économiques. De nombreux auteurs estiment que les SPL sont ainsi, par définition, exclues des obligations du droit de la concurrence, ce qui facilite l'analyse et l'intérêt de tels outils (A). Il s'agit néanmoins là d'une tentation dangereuse pour les SPL, étant donné que la largesse du critère matériel d'application du droit européen de la concurrence incite au contraire à la plus grande prudence. A l'analyse précise, dans ce qui sera concrètement la plupart des cas, la SPL restera soumise aux règles de la concurrence (B). Cependant, loin d'être un frein à l'action des SPL, le droit de la concurrence ne paraît pas inadapté à l'action de celles-ci. En effet, par rapport aux autres opérateurs de droit public et de droit privé des collectivités locales, le statut particulier de la SPL apparaît, dans une situation de neutralité concurrentielle exigée de l'action publique avec l'action privée, comme un atout facilitant l'application de ce droit (C).

## A) La séduisante proposition visant à échapper à l'application du droit de la concurrence

Une certaine confusion existe sur la soumission des SPL à l'entièreté du droit de la concurrence français et européen. Le rapport de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale en première lecture sur la loi pour le développement des SPL en est un parfait exemple. Celui-ci indique clairement que « le droit communautaire exempte les collectivités locales d'obligations concurrentielles pour leurs 'prestations intégrées' »[2413]. Pour certains auteurs, comme Sophie NICINSKI, les SPL, de par leurs caractéristiques d'exclusivité matérielle, ne sont ainsi « pas des opérateurs agissant sur un marché concurrentiel »[2414] au sens du droit européen. Il est vrai que de telles interprétations peuvent être particulièrement séduisantes dans un pays qui a beaucoup lutté contre l'application des règles de concurrence au domaine administratif. La SPL, par sa vocation à l'action administrative, semble échapper naturellement à une telle application (1). Il faut dire que le système de l'exception de la quasi-régie, en excluant les SPL dans cette situation d'obligations de

---

[2413] Assemblée nationale (treizième législature), Rapport n° 2277 de M. Jean-Pierre SCHOSTECK, sur la loi pour le développement des sociétés publiques locales, fait au nom de la Commission des Lois, déposé le 3 février 2010, p. 7.

[2414] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

mise en concurrence, a pu provoquer une confusion quant à son exceptionnalité ou non face aux autres règles du droit de la concurrence (2).

### *1) Vocation des SPL et droit de la concurrence*

Le droit administratif français, après avoir longtemps hésité à considérer les règles du droit de la concurrence comme s'imposant aux actes administratifs[2415], a fini par prendre en compte ces considérations concurrentielles, tout en les adaptant dans un sens qui pourrait paraître exonératoire pour les sociétés publiques locales.

Pour la Cour de justice de l'Union, le droit européen de la concurrence ne s'applique en effet qu'à l'activité économique, c'est-à-dire « l'activité de production ou de commercialisation de biens ou de services réalisés à titre onéreux »[2416] sur un marché. Reprenant dans le vocabulaire, mais pas forcément dans les idées, les notions jurisprudentielles européennes qui délimitent l'application de ce droit aux activités économiques, en les opposant aux activités non-économiques[2417], le Conseil d'Etat a opéré une distinction entre des activités hors marché et des activités s'exerçant sur un marché. Cette distinction apparaît particulièrement dans son arrêt d'Assemblée *Ordre des Avocats au Barreau de Paris* du 31 mai 2006[2418], dans lequel il précise que lorsqu'une activité « n'emporte intervention sur un marché », elle ne saurait avoir pour effet de porter atteinte au droit de la concurrence. Le Conseil d'Etat a encore renforcé cette légère

---

2415 Il semble qu'une certaine « tradition du droit public français » (ECKERT, Gabriel, « Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et libertés économiques », *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14) limite une interprétation trop extensive de la notion d'activité économique, ceci afin de continuer à protéger plus largement que le droit européen l'action des collectivités publiques. Martine CLIQUENNOIS remarque par exemple qu'en droit public français il est courant d'avoir « le sentiment que lorsque la personne publique se comporte comme une personne publique […], elle serait préservée de cette influence de la concurrence » (« Personnes publiques et concurrence », *in* Association Française des Avocats Conseils auprès des Collectivités Territoriales, *Droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique,* Paris : AFACCT, 2006, p. 77). Voyez sur cette question : DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 2018, 552 p. ; CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, 1043 p. ; CHARBIT, Nicolas, *Le droit de la concurrence et le secteur public,* Paris : L'Harmattan, 2002, 530 p. ; et encore : BAZEX, Michel, « Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence », *LPA* 19 août 1988, n° 100, p. 5 ; et aussi : CHEROT, Jean-Yves, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA* 2000, n° 9, p. 687.

2416 DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 157.

2417 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser : R.*, I, p.1979 : *AJDA* 1992, p. 253, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard ; RDSS 199, p. 515, obs. X. Prétot ; RTD com. 1991, p. 512, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1993, p. 81, chron. E. Traversa ; *RTD Eur*. 1995, p. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

2418 CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

divergence d'interprétation en précisant dans son arrêt du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*[2419] qu'il fallait exercer pour l'application du droit de la commande publique une distinction entre les « opérateur[s] sur un marché concurrentiel » et les autres. Appliquée à tout le droit de la concurrence, une telle distinction permettrait de ne pas appliquer le droit de la concurrence à des opérateurs que le droit européen aurait pourtant qualifié d'opérateurs économiques, dans les cas où il n'existe pas de marché libre, par exemple si celui-ci est légalement réservé à une ou plusieurs personnes, ou dans le cas d'une activité prise en charge par la personne publique pour répondre à ses propres besoins[2420]. Le lien entre cette jurisprudence et la SPL est rapidement fait à l'occasion de l'adoption de la loi du 28 mai 2010.

L'Autorité de la Concurrence française, dans un avis rendu le 24 novembre 2010[2421], a répondu en partie à cette question de l'application du droit de la concurrence aux SPL. Invitée par une fédération d'entreprises privées à se prononcer sur la compatibilité de la loi du 28 mai 2010 au regard des règles européennes et françaises de la concurrence, l'avis ne rentre toutefois pas en détails sur les possibles application du droit de la concurrence en dehors des questions de la commande publique et des aides d'Etat[2422]. Et sur ces dernières aussi, l'Autorité reste prudente puisqu'elle note simplement que les SPL exerçant une activité économiques sont « susceptibles »[2423] de se voir opposer le droit européen de la concurrence sur ces points, mais n'élabore pas au-delà d'un rappel très classique de la jurisprudence européenne applicable. Elle n'a ainsi pas éclairé la situation des SPL de façon incontestable, puisqu'elle résume prudemment qu'il « ressort [du] raisonnement [de la Commission et de la Cour de justice] que *certaines* SPL pourraient être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence »[2424]. Ce manque de précision quant aux situations concernées par cette application est problématique pour la sécurité juridique de la SPL.

---

[2419] CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736, *R.* p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

[2420] LENICA, Frédéric, BOUCHER, Julien, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA* 2007, p. 1020.

[2421] Autorité de la Concurrence, Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales : *RJEP* 2012, n° 698, juin 2012, comm. 30, obs. D.-A CAMOUS et V. CUNY ; *CMP* 2012, n° 1, alerte 1, obs. F. LINDITCH ; *JCP-A* 2012, n° 6, 2045, note P. NEVEU ; *Contrats Concurrence Consommation* 2012, n° 1, comm. 26, note C. PREBISSY-SCHNALL.

[2422] Points 59-95.

[2423] *Ibidem,* § 99.

[2424] *Ibidem,* § 66, c'est nous qui soulignons.

La justice européenne n'a pas non plus permis d'éclairer directement la question. Invitée à ouvrir une enquête sur le dispositif français des SPL par le MEDEF, la Commission européenne, qui a un rôle d'autorité de concurrence européenne, a en effet classé cette plainte sans suite, et donc sans enquête approfondie ni motivation publique en juillet 2012[2425]. La décision de classement sans suite ayant été obtenue après une démarche d'accès aux documents publics auprès de la Commission, le contenu précis de cette lettre est désormais accessible[2426]. L'enquête de la Commission est basée uniquement sur le contenu de la loi du 28 mai 2010 dans l'absolu. Les arguments du MEDEF sur l'inconventionnalité de ce mécanisme au regard du droit européen de la concurrence paraissent donc bien théoriques. La Commission souligne ainsi n'avoir « pas identifié d'éléments concrets, dans les documents transmis, permettant de conclure à l'existence d'une aide d'Etat ». Concernant les accusations d'abus de position dominante et d'entente, la Commission précise que celles-ci ne peuvent constituer une « plainte formelle » au sens de la réglementation européenne en vigueur étant donné l'absence d'éléments concrets. Elles ne sont donc pas examinées. Et la Commission de conclure que « la loi n° 2010-559 n'apparaît pas *en elle-même* contraire au droit européen »[2427]. Une telle décision étant insusceptible de recours[2428], les juridictions de l'Union n'ont pu se prononcer sur la conformité au droit européen de cette interprétation de la Commission. D'autres contentieux, se basant sur des éléments plus factuels, auraient pu passer par d'autres voies pour atteindre le juge européen. De tels contentieux ne sont pas encore apparus concernant la SPL. Aucune décision juridictionnelle européenne définitive n'a donc encore sanctionné négativement ou positivement la SPL en soi par rapport aux obligations européennes de concurrence.

Les commentateurs et acteurs peuvent alors, devant cette absence de positionnement clair, estimer que le statut de SPL s'oppose à l'application du droit de la concurrence. Sophie NICINSKI, notamment, considère que l'application de la jurisprudence française relative aux opérations de quasi-régie aboutit à considérer que les SPL, en tant qu' « opérateurs dédiés ne sont précisément pas

---

[2425] Le MEDEF, récipiendaire de la lettre de classement sans suite selon la procédure européenne (Communication de la Commission européenne, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats,* du 19 janvier 2017, 2017/C 18/02) n'a pas fait lui-même état de ce rejet, mais la Fédération des Entreprises Publiques Locales en a été informée et a publié un communiqué de presse sur ce rejet : Fédération des Entreprises Publiques Locales, « Plainte contre la loi sur les Sociétés publiques locales (Spl) : la Spl confortée, le Medef débouté », Communiqué de presse du 5 juillet 2012, consulté le 15 juin 2019 [https://www.lesepl.fr/2012/07/plainte-contre-la-loi-sur-les-societes-publiques-locales-spl-la-spl-confortee-le-medef-deboute/].

[2426] *Cf.* Annexe B : Commission européenne, lettre au MEDEF du 28 juin 2012 annonçant le classement sans suite d'une plainte.

[2427] C'est nous qui soulignons.

[2428] Les refus de la Commission d'engager une procédure d'infraction suite à une plainte individuelle sont en effet considérés par la Cour de justice de l'Union comme étant des choix discrétionnaires insusceptibles de recours. Voyez notamment : TPICE, 14 septembre 1995, aff. T-571/93, *Lefebvre e.a./Commission : R.* p. II-2379.

des opérateurs agissant sur un marché concurrentiel »[2429]. Reprenant le raisonnement du juge administratif français, elle constate qu' « il n'y a pas de marché concurrentiel puisque leur action se limite à satisfaire leurs actionnaires ». Le droit de la concurrence ne peut donc s'appliquer, en l'absence d'un élément de la qualification, celui du marché.

A l'inverse, Patrick MEUNIER quant à lui note que la « discrétion » de l'Autorité de la Concurrence sur le point de l'application du droit de la concurrence « peut surprendre »[2430], tant il lui paraît évident que les règles européennes de concurrence s'appliquent aux SPL dans de très nombreux cas, du fait de l'interprétation finaliste de la Cour de justice, qui écarte les arguments trop organiques. Selon lui, l'Autorité de la Concurrence aurait dû les analyser afin de prévoir un maximum les situations problématiques. L'analyse de la problématique des aides d'Etat dont les SPL pourraient bénéficier, si elle est particulièrement traitée dans la décision de l'Autorité, reste relativement superficielle. Les autres pratiques, ententes et abus de position dominante, ne sont quant à elles pas traitées. Pourtant, pour Michaël KARPENSCHIF, de nombreuses activités des SPL peuvent tomber dans ce cadre des « pratiques prohibées »[2431] par le droit de la concurrence, que sont les ententes et les abus de position dominante, qui sont caractérisés par la Cour de justice selon des critères matériels, et non organiques ou formels.

Du point de vue des ententes, il est ainsi imaginable dans l'absolu, qu'un tel mécanisme se mette en place entre différentes entreprises publiques locales, dont des SPL, pour réguler un prix ou la compétition privée sur un marché. Le secteur public n'est pas immunisé par principe devant cette infraction[2432]. Du point de vue de l'abus de position dominante, la réponse est encore plus claire, car de nombreuses administrations publiques se sont vues reprocher par le droit européen de telles pratiques par le passé[2433]. Par exemple, une SPL, bénéficiant d'un monopole local sur une activité dans une ville, pourrait profiter de ce monopole pour améliorer ses performances de manière artificielle sur la même activité qui ne serait pas exercée en monopole sur un autre territoire, voire même sur un autre activité. De tels cas ont été expressément reconnus comme un abus de position dominante par la Cour de justice de l'Union[2434]. Les SPL ne peuvent espérer échapper à une telle

---

[2429] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

[2430] MEUNIER, Patrick, « Les sociétés publiques locales et le droit de l'Union européenne », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 270.

[2431] KARPENSCHIF, Michaël, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *Contrats Publics* 2013, n° 131, p. 56.

[2432] DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 176.

[2433] Voyez : MONGAOUCHON, Claire, *Abus de position dominante et secteur public,* Bruxelles : Bruylant, 2012, 804 p.

[2434] CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau,* R. p. I-02533 : *AJDA* 1993, p. 865, note F. Hamon.

qualification jurisprudentielle qui s'appuie sur des indices matériels (la définition du marché économique en cause, et la réalité des pratiques) et des indices fonctionnels (la perturbation de la concurrence), et non des indices organiques (le statut d'entreprise publique de la SPL) ou formels (le cadre juridique des SPL, qui les empêche en principe d'agir sur des marchés concurrentiels).

Il convient d'adopter une position plus subtile pour décrire la situation des SPL. Catherine BERGEAL résume bien une telle position lorsqu'elle note que si la SPL « n'a pas vocation à exercer des activités concurrentielles de marché »[2435], elle doit néanmoins, lorsque les critères européens sont effectivement remplis, se conformer à ce droit. Le principal problème reste alors de savoir reconnaître lorsque les critères européens sont remplis — cela implique pour les acteurs de SPL une bonne connaissance du droit européen de la concurrence. Or, le droit administratif français semble maintenir une certaine confusion sur les limites de ce droit, qui bénéficie à la SPL dans le sens où elle semble exclue de ces obligations concurrentielles.

### *2) Une confusion entretenue par le Conseil d'Etat*

Une analyse approfondie de l'application du droit de la concurrence aux SPL en droit français parait, dès le départ, biaisée par l'interprétation légèrement divergente du Conseil d'Etat par rapport au droit européen sur ce qui relève du marché économique. Le juge français donne à voir moins d'entrain que le juge européen pour considérer que tout peut être économique. Il admet plus d'exclusions, et plus facilement, ce qui profite à la société publique locale. La confrontation avec le droit européen, d'interprétation plus stricte, et partant toujours des situations concrètes, risque de se retourner contre cette position française trop théorique et large. Les deux interprétations reposant cependant sur des considérations subjectives *in fine*, la limite du droit de la concurrence peut difficilement être figée. Il n'en reste pas moins que la situation ne profite à la stabilité juridique de la SPL.

Le Conseil d'Etat a tout d'abord indiqué dans son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*[2436], que pour déterminer si une activité relevait d'un marché concurrentiel ou non, il fallait prendre en compte « la nature de l'activité en cause » et « les conditions particulières dans lesquelles celle-ci

---

[2435] BERGEAL, Catherine, « Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales? », *AJCT* 2011, p. 19.

[2436] CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736, *R.* p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

est exercée ». Or, il n'y a malheureusement rien de plus subjectif que la nature d'une activité. Ainsi, comme le démontrait Lionel ZEVOUNOU à propos de l'utilisation de la distinction entre opérateurs sur un marché concurrentiel ou non dans l'arrêt *Ordre des Avocats au Barreau de Paris*, si « un tel glissement semble aller dans le sens de la jurisprudence de l'Union, […] l'analogie reste superficielle dans la mesure où il n'est pas sûr, dans l'arrêt, que l'activité de la mission d'appui puisse être conforme à la jurisprudence de la Cour »[2437] de Justice, qui l'aurait sans doute qualifié d'une autre nature. La grande divergence d'opinions sur la nature de l'activité de l'association du festival de musique lyrique d'Aix-en-Provence entre Jean-Marie PONTIER et Michaël KARPENSCHIF, est particulièrement exemplaire à ce titre. Si le premier note avec plaisir que la culture est enfin reconnue à bon droit comme un bien hors marché[2438], le second note au contraire qu'il n'y a rien de plus concurrentiel que l'activité d'organisation de spectacles[2439] ! Un tel critère essentialise donc des opinions souvent subjectives sur ce qui doit ou ne doit pas être soumis à la concurrence. La méthode européenne, quant à elle, minimise quelque peu cet aspect subjectif, grâce une interprétation très large de ce qui peut être économique, quitte ensuite à reconnaître que ces activités économiques sont exemptées ou peuvent bénéficier d'un régime spécial de faveur de la part de l'Etat[2440]. Les SPL, dont les activités sont forcément d'intérêt général, paraissent plus protégées par ce biais français, par rapport aux obligations du droit de la concurrence.

L'application du second critère de l'arrêt *Aix-en-Provence*, « les conditions particulières dans lesquelles [l'activité] est exercée », n'est pas beaucoup plus stabilisante. Ce critère pourrait se référer aux droits spéciaux ou exclusifs (comme des monopoles locaux), que les autorités publiques confient aux opérateurs. Toutefois, c'est là sauter tout de suite à un point ultérieur du raisonnement européen — et passer sur la possibilité d'appliquer le droit de la concurrence au maximum en ne laissant que des entorses nécessaires et les plus porportionnelles possibles.

De plus, selon Florian LINDITCH, ce critère aboutirait concrètement à prendre en compte, non seulement l'encadrement légal, réglementaire et contractuel de l'activité (notamment son caractère lucratif ou non), mais aussi de façon surprenante et implicite, la nature organique des personnes concernées[2441]. En effet, dans l'exercice concret de ses jugements, le Conseil d'Etat aurait tendance, à travers ce critère des conditions particulières d'exercice, à avantager la gestion

---

[2437] ZEVOUNOU, Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* Paris : LGDJ, 2012, p. 234-235.

[2438] PONTIER, Jean-Marie, « Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels », *JCP-A* 2007, n° 21, comm. 2128.

[2439] KARPENSCHIF, Michaël, « De l'utilité d'une association transparente », *JCP-G* 2007, n° 29, comm. 10132.

[2440] *Cf. infra.*

[2441] LINDITCH, Florian, « L'évolution du droit des subventions ne menace-t-elle pas à terme les délégations de service public ? », *JCP-A* 2007, n° 21, comm. 2125.

publique directe et les régies publiques. Cela rejoint le constat de Catherine BERGEAL et Frédérique BERROD sur le fait que le juge administratif recherche dans ce critère « le degré d'incorporation à l'administration des activités exercées par une entreprise, critère organique »[2442]. Mais la nature organique d'une activité n'est pas prise en compte pas le droit européen de la concurrence, bien au contraire. La neutralité européenne s'oppose à sa prise en compte. Cette interprétation française a en tout cas de quoi protéger plus que le droit européen la SPL, dont le « degré d'incorporation à l'administration » est particulièrement fort.

Au-delà même des critères explicites, Jean-Claude DOUENCE considère que cette jurisprudence doit s'analyser une volonté implicite du Conseil d'Etat d'exclure le droit de la concurrence sur des considérations de tradition administrative. Il estime en effet que ce n'est pas parce que les activités sont hors marché que le juge administratif les exempte de l'application du droit de la concurrence, mais que c'est bien plutôt parce que le droit administratif français considère la gestion directe comme une « option par défaut »[2443], que celle-ci échappe à celui-là. Les activités des collectivités publiques visant à répondre à leurs besoins propres et prises en charge par leurs propres moyens ont été considérées de longue date par le juge administratif comme une exception pouvant échapper à l'application non seulement des règles de concurrence, mais aussi des règles plus générales gouvernant l'intervention publique dans l'économie[2444]. De ce point de vue, l'utilisation de la fiction de quasi-régie expliquerait le sentiment d'inapplicabilité du droit de la concurrence aux SPL. Cette situation implicite ne permet cependant pas d'entraîner la conviction en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence aux SPL. Cette tradition française particulière — le recours par défaut et les avantages de fait et de droit accordés à la régie directe — ne se transpose pas forcément pour des entités qui n'en sont qu'une bien distante copie (de droit privé), et qualifiée de quasi-régie par exception (après démonstration).

De manière générale, cette interprétation moins favorable à l'application du droit européen de la concurrence par le Conseil d'Etat, n'est pas non plus assurée de résister au dialogue des juges qui viendra sans doute lisser ces divergences au fil du temps. La méthode d'interprétation stricte du juge européen joue ici en faveur d'une application de plus en plus poussée de ce droit[2445], car il faut un effort plus important du juge européen pour revenir sur sa méthode d'interprétation stricte, que

---

[2442] BERGEAL, Catherine, BERROD, Frédérique, « L'application par le Conseil d'État du droit de la concurrence à travers l'exemple de la réception de la notion de services d'intérêt économique général (SIEG) », *Gazette du Palais* 2009, n° 40, 2e partie, p. 41-47.

[2443] DOUENCE, Jean-Claude, « Les modes de gestion des services publics : Note sous Conseil d'Etat, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence* », *RFDA* 2007, p. 821.

[2444] *Ibidem.*

[2445] DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 157.

pour le juge administratif de restreindre ses conditions. La SPL, apparente bénéficiaire de ce régime français relativement plus laxiste, pourrait alors se voir plus clairement soumise au droit de la concurrence. D'ailleurs, l'étude spécifique de la SPL démontre l'application aisée du droit de la concurrence à cette structure.

## B) Une application aisée du droit de la concurrence aux SPL

A l'analyse, il apparaît que les raisonnements exonératoires de la concurrence pour les SPL vont à rebours des solutions européennes, et qu'au contraire, la SPL présente des aspects aisément appréhensibles par le droit de la concurrence. Cela se note dans le fait que la théorie de la quasi-régie dont bénéficient les SPL reste une exception strictement interprétée (1), et dans le fait que la SPL correspond aisément à la notion d'opérateur concurrentiel (2).

### *1) La quasi-régie : une exception uniquement valable pour le droit de la commande publique*

Il est vrai qu'une certaine confusion règne sur la portée de l'exception de quasi-régie : porte-t-elle uniquement sur le droit de la commande publique ou vaut-elle pour tout le droit de la concurrence ? Il s'agit là d'un problème d'assimilation métonymique du droit de la commande publique au droit de la concurrence. Cette assimilation peut expliquer le cas par exemple du titre du rapport de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale qui indiquait que « le droit communautaire exempte les collectivités locales d'obligations concurrentielles pour leurs 'prestations intégrées' »[2446]. Or, une telle assimilation, si elle n'est pas explicitement rejetée par les juges français, l'est clairement par le juge européen.

Le juge administratif français considère que les services satisfaisant les besoins propres des collectivités publiques n'ont pas à être confrontés à la liberté du commerce et de l'industrie soulignait clairement la jurisprudence *Unipain* du 29 avril 1970[2447]. Cette interprétation est toujours en vigueur puisque le Conseil d'Etat considère, dans une décision du principe du 26 octobre 2011,

---

[2446] Assemblée nationale (treizième législature), Rapport n° 2277 de M. Jean-Pierre SCHOSTECK, sur la loi pour le développement des sociétés publiques locales, fait au nom de la Commission des Lois, déposé le 3 février 2010, p. 7.

[2447] CE, 29 avril 1970, *Société Unipain : R.* p. 280 ; *AJDA* 1970, p. 340, concl. G. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note M. Waline.

*Association pour la Promotion de l'Image*[2448] que « *ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce que [les personnes publiques] décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature* ».

Une telle exclusion sur la base d'un critère organique[2449] n'est pas prévue en droit européen de la concurrence. Au contraire, non seulement tous les arrêts concernant l'exception de quasi-régie précisent toujours le champ limité de l'exception — le domaine de la commande publique[2450] — mais encore, le juge européen ne fait montre d'aucun scrupule à admettre l'application du droit européen de la concurrence à des activités exercées en régie directe[2451]. Son application devrait donc être évidente aux activités de la SPL. Quant au droit national de la concurrence, la SPL ne correspondant justement pas au cas-limite que représente la régie directe, elle ne devrait pas pouvoir profiter de l'avantage reconnu aux activités des personnes publiques exerçants des activités pour leur propre compte. D'ailleurs, le caractère réellement contractuel de la relation entre les actionnaires et les SPL[2452] démontre par là même l'inefficacité d'une telle assimilation. Cette contractualisation permet d'ailleurs d'expliciter les droits spéciaux ou exclusifs dont peuvent bénéficier les SPL et qui justifieraient l'éventuelle impossibilité de reconnaître l'existence d'un marché concurrentiel — ce qui ne peut correspondre à l'ensemble des cas.

L'exception de quasi-régie étant appliquée strictement, il n'est pas logique ni juridiquement valable que l'idée d'exception s'étende à tout le régime du droit de la concurrence. Malgré les formulations du Conseil d'Etat pouvant porter à confusion, les SPL sont donc bien soumises par

---

2448 CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image : AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, comm. 1977, note G. Clamour.

2449 Ce biais organique avait d'ailleurs déjà été observé par Catherine BERGEAL et Frédérique BERROD (BERGEAL, Catherine, BERROD, Frédérique, « L'application par le Conseil d'État du droit de la concurrence à travers l'exemple de la réception de la notion de services d'intérêt économique général (SIEG) », *Gazette du Palais* 2009, n° 40, 2e partie, p. 41-47).

2450 La Cour de justice de l'Union présente toujours explicitement l'exception *in-house* comme relevant uniquement du droit de la commande publique. Ainsi, les questions du champ d'application de cette exception portent uniquement sur la portée de cette exception à l'intérieur du champ de la commande publique. Voyez par exemple : CJUE, 21 mars 2019, aff. jointes C-266/17 et C-267/17, *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH et BVR Busverkehr Rheinland GmbH : ECLI:EU:C:2019:241,* distinguant le régime général des marchés publics et des concessions issues des directives de 2014, auquel l'exception *in house* s'applique, et le régime spécial issu du règlement no 1370/2007 portant sur les services publics de transports de voyageurs par autobus, auquel une telle exception ne s'applique pas.

2451 *Cf.* : CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ République italienne, R.* p. 2599 (administration publique du tabac dénuée de personnalité juridique par rapport à l'Etat). Ainsi que : CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser : R.*, I, p.1979 : *AJDA* 1992, p. 253, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard ; RDSS 199, p. 515, obs. X. Prétot ; RTD com. 1991, p. 512, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1993, p. 81, chron. E. Traversa ; *RTD Eur.* 1995, p. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot (personne publique rendant des services gratuits).

2452 *Cf. Supra.*

principe à ce droit. La vérification de la compatibilité de leur qualité d'opérateur économique sur un marché concurrentiel fait apparaître un même résultat positif.

## *2) Les SPL comme opérateurs sur des marchés concurrentiels*

L'application aux SPL de l'exemption d'acteur sur un marché non concurrentiel, si elle pourrait être facilitée par une interprétation large de la jurisprudence administrative française, ne paraît pas conforme aux exigences jurisprudentielles européennes relatives à cette notion. Du point de vue européen, la SPL ne présente aucune caractéristiques pouvant justifier *a priori* une telle reconnaissance. Les notions d'activité économique et de marché ne lui sont pas naturellement étrangères (a), et la définition d'un marché pertinent pour les activités des SPL est relativement aisée (b). L'existence de droits spéciaux ou exclusifs ne peut être automatiquement inférer du statut de SPL, et doit être démontrée pour pouvoir aménager ce droit (c).

a) La large interprétation européenne de l'activité économique sur un marché

Pour le juge du plateau de Kirchberg, l'activité économique visée par le droit européen de la concurrence se caractérise comme « l'activité de production ou de commercialisation de biens ou de services réalisés à titre onéreux »[2453]. Or, cette définition peut englober pour la Cour des activités qualifiées d'intérêt général[2454], sans but lucratif[2455] et même réalisées de façon gratuite[2456].

Les limites d'extension de l'application du droit de la concurrence sont de deux ordres. Tout d'abord, une exception liée aux activités de puissance publique, et de la réglementation en particulier[2457] — et encore faut-il alors que celle-ci soit publique et se réalise dans une finalité d'ordre public et non économique — comme ne le démontre pas par exemple une activité de réglementation internationale en matière de dopage[2458], ou qu'elle ne vise pas à auto-réguler une profession elle-même économique dans des conditions pouvant échapper à un véritable contrôle

---

[2453] DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 157.

[2454] CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau,* R. p. I-02533 : *AJDA* 1993, p. 865, note F. Hamon.

[2455] CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, *Albany : Rec*., p. I-5751 ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *RDSS* 2000. 212, étude F. Muller ; *RTD eur.* 2000. 335, chron. J.-B. Blaise.

[2456] CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-41/70, *Belgique et Humble : R*. p. I-5365.

[2457] CJUE, 29 avril 2010, aff. C-160/08, *Commission c/ Allemagne : AJDA* 2010, p. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat. Cette activité de puissance publique se caractérise par la présence affirmée de privilèges, comme des droits exclusifs, et d'un pouvoir de coercition.

[2458] CJCE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina, R.* p. I-6991.

étatique[2459]. D'autre part, les activités à caractère exclusivement social, fondées sur le principe de solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif peuvent aussi être reconnues comme des activités non économiques[2460]. Toutefois, de par la largeur de leur objet social possible, il est clair que toutes les SPL ne tombent pas dans ces rares exceptions, et celles demandant à en bénéficier devront faire la démonstration de cette réalité, car de telles exceptions ne se présument pas et doivent être examinées activité matérielle par activité matérielle[2461]. L'exception du Conseil d'Etat pouvant viser les SPL se base néanmoins plutôt sur l'idée de marché non concurrentiel : est-elle plus pertinente?

La question plus précise de l'existence d'un marché concurrentiel ou non sur lequel l'entreprise exerce son activité a bien fait l'objet d'une certaine controverse européenne. Toutefois la notion de marché concurrentiel continue à s'interpréter de manière très large, ce qui semble peu en adéquation avec la jurisprudence française. Si la Cour de Justice indiquait dans les années 1980 qu'était visée par le droit de la concurrence toute activité économique « sur le marché »[2462], elle a par la suite élargi son interprétation. Elle a tout d'abord noté que le fait qu'une activité économique soit purement intellectuelle et pouvait « être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels, immatériels et humains n'[était] pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE »[2463]. Puis, plus précisément sur le caractère compétitif d'un marché, dans une affaire *Ambulanz Glökner* du 25 octobre 2001, elle a précisé que « des obligations de service public peuvent rendre les services fournis […] moins compétitifs que des services comparables effectués par d'autres opérateurs non liés par de telles obligations, mais cette circonstance ne saurait empêcher que les activités en cause soient considérées comme des activités économiques »[2464]. Selon Benoît DELAUNAY, la Cour de Justice établit ici qu'une activité est économique — et un marché concurrentiel — même en l'absence d'une concurrence réelle avec les entreprises privées, du moment que cette activité est « susceptible d'être exercée par une entreprise privée en vue de réaliser un but lucratif »[2465].

---

[2459] En l'occurrence, un ordre professionnel : CJCE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters, R.* p. I-1577.

[2460] CJCE, 17 février 1993, aff. 159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre : R.* p. I-637 : *D.* 1993, p. 277, comm. X. Prélot.

[2461] Voyez notamment : Conclusions de l'Avocat Général M. POIARES MADURO, sous CJCE, gde ch., 11 juillet 2006, aff. C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c/ Commission : R.* p. I-6295, § 43.

[2462] CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ République italienne, R.* p. 2599, § 7.

[2463] CJCE, 18 juin 1988, aff. C-35/96, *Commission c/ République italienne, R.* p. I-03851*,* § 38.

[2464] CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glökner : R.* p. I-8089 ; *Dr. adm.* 2002, comm. 4, note M. Bazex et S. Blazy.

[2465] DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence, 2e éd.*, Paris : LGDJ, 2018, p. 158.

Autrement dit, très peu de secteurs peuvent échapper à une telle possibilité théorique au niveau européen de reconnaître l'existence d'un marché économique. Pourtant, les auteurs français l'envisagent à propos de la SPL car celles-ci n'exerceraient leurs activités qu'au profit de leurs seuls actionnaires[2466]. Deux possibilités théoriques s'offrent alors pour considérer que les activités de SPL se déroulent dans un marché non concurrentiel : soit qu'un marché pertinent ne puisse être défini, soit que les SPL bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs qui s'opposent à l'existence d'un marché.

a) La possibilité de définir un marché pertinent des activités confiées aux SPL

L'activité d'une SPL pourrait ne pas donner lieu à la possibilité de reconnaître un marché pertinent au sens du droit de la concurrence, empêchant ainsi la qualification de tout éventuelle pratique anti-concurrentielle. Si la possibilité ne peut être exclue, elle n'a toutefois pas de caractère automatique, et les SPL ne peuvent en profiter qu'après démonstration.

L'établissement du marché pertinent est certes l'un des points les plus complexes du droit de la concurrence, mais il est fort probable que même à s'en tenir à une définition restrictive — un espace où se rencontrent des biens substituables entre eux, et à l'exclusion de biens non substituables avec eux — le lien se créant entre les besoins des actionnaires et l'offre de la SPL puisse difficilement se caractériser comme un marché en soi exclusif. Il est difficilement imaginable en effet que des collectivités territoriales ne puissent trouver de produits ou de services équivalents (substituables) à ceux qu'ils obtiennent auprès de leurs SPL. Une SPL gérant pour le compte d'une collectivité une opération d'aménagement par exemple, est en concurrence avec d'autres acteurs privés sur le marché des gestionnaires d'opérations d'aménagement. Et encore, cette situation ne représente que l'aval économique, puisqu'en amont, il est tout aussi possible que les SPL fournissent, pour le compte de leurs collectivités actionnaires, des biens et des services tout aussi substituables à d'autres consommateurs (par exemple pour une SPL gérant une piscine ou une patinoire). Or, cette idée de substituabilité est bien au centre de la définition d'un marché au sens du droit de la concurrence[2467].

Contrairement à ce que certains pourraient espérer, la SPL ne paraît donc pas pouvoir échapper à une qualification — au moins à une vérification *in concreto* — d'entreprise économique opérant sur un marché concurrentiel. Il semble donc au *minimum* que la jurisprudence française

---

[2466] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

[2467] Voyez : Commission européenne, Communication n° 97/C372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, n° C 372, 9 déc. 1997 — mais aussi : France, Conseil de la Concurrence, *Rapport annuel 2001,* Paris : La Documentation française, 2001, 2e partie, étude thématique sur le marché pertinent, p. 89 et s.

mettant l'accent sur la notion d'opérateur économique sur un marché non concurrentiel se fourvoie sur ce point. Il faut ici de citer Michaël KARPENSCHIF, qui estime quant à lui que les SPL, même reconnues titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, pourraient aisément réaliser de nombreuses pratiques anticoncurrentielles telles que : « abus de position dominante, barrière à l'entrée, mise en place de subventions croisées, prix prédateurs pour conquérir des parts de marché, mais aussi, pourquoi pas, ententes entre SPL »[2468].

La SPL est donc considérée par principe en droit européen comme pouvant agir sur un marché pertinent, et être un opérateur économique. Il n'y a pas d'automaticité du cas contraire. La même position est relevée quant à l'existence de droits spéciaux ou exclusifs qui pourraient justifier une exception à l'application du droit de la concurrence.

c) L'exception des droits spéciaux ou exclusifs accordés aux SPL

Il est évident que la situation de quasi-régie ne se confond pas avec la dévolution de droits exclusifs ou spéciaux à des SPL, qui est une exception autorisée au droit de la concurrence. Cet argument devrait suffire à conclure à la nécessité de soumettre la SPL à toute la force du droit de la concurrence, les exceptions à celui-ci devant être strictement et casuistiquement démontrées devant le juge. Néanmoins, cette exception ne pourrait-elle au moins s'appliquer de façon large ou automatique à la SPL ?

Sophie NICINSKI, qui estime que le lien de quasi-régie suffit à mettre hors concurrence les activités confiées aux SPL, estime aussi que le lien confiant une activité de quasi-régie doit être théoriquement distingué de l'opération confiant un droit exclusif ou spécial, cette dernière opération permettant d'échapper au droit de la concurrence d'une façon plus encadrée[2469]. En effet, l'exception des droits exclusifs au droit de la concurrence ne s'applique que de manière proportionnée à son but et à son utilité, et doit chercher à respecter au maximum le droit de la concurrence[2470]. Dans le cas de la prise en charge d'une mission d'intérêt général ou de droits spéciaux ou exclusifs confiés, la jurisprudence européenne procède après une première étape de qualification à une deuxième étape de vérification de la conformité des mesures prises par rapport droit de la concurrence, au cours de laquelle elle vérifie que les mesures étatiques perturbatrices de la concurrence sur le marché en question se justifient réellement[2471], et sont bien nécessaires et

---

[2468] KARPENSCHIF, Michaël, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *Contrats Publics* 2013, n° 131, p. 56.

[2469] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

[2470] *Ibidem.*

[2471] Notamment si les buts fixés ne correspondent pas à une mission que n'importe quelle personne privée aurait prise en charge même sans cette mesure étatique : CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco : R.* p. I-4109.

proportionnées aux buts fixées[2472]. Or, le statut légal des SPL ne prévoit rien qui puisse justifier d'une automaticité ou d'une facilité particulière de l'application de ces critères.

La qualification de droits exclusifs ou spéciaux n'est donc pas automatique pour les SPL. Avec une définition souvent possible et probable d'un marché pertinent de leurs activités, les SPL se voient alors reconnaître un large statut de principe d'opérateur sur un marché économique au sens du droit européen. Cela démontre l'aisance avec laquelle le droit de la concurrence s'applique aux SPL. Mais il convient même d'aller plus loin et de noter que la vérification de la comptabilité de ces actions au droit de la concurrence est tout à plein facilitée par le statut des SPL.

## C) Un statut de SPL facilitant la vérification de la compatibilité concurrentielle de l'action publique

Toutes les activités publiques qualifiées d'économiques passent désormais sous les fourches caudines du droit de la concurrence, qui prend de plus en plus la forme d'un « ordre public économique composite »[2473] auquel tous les agents économiques doivent se soumettre. Toutes les entités du secteur public y sont donc potentiellement soumises[2474]. La SPL, dans ces circonstances, présente des avantages de clarification de compatibilité concurrentielle par rapport aux personnes morales de droit public puisque son financement et son fonctionnement sont ceux d'une entreprise privée relativement banale, mais aussi par rapport aux entreprises du secteur privé puisqu'elle est limitée dans certaines de ses activités d'une telle façon que la vérification de sa compatibilité avec le droit de la concurrence en est facilitée. Ainsi, pour Patrick MEUNIER, la SPL est même « en raison de son caractère hybride de droit public […] et de droit privé […] 'surexposée' à l'application des règles concurrentielles européennes »[2475]. Cette surexposition se vérifie à travers plusieurs règles concernant les SPL, particulièrement dans le domaine des aides d'Etat (1) et des abus de position dominante (2).

---

[2472] CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo : R.* p. I-147.

[2473] MEZAGUER, Mehdi, « La réglementation des aides d'Etat dans l'Union européenne comme mise en oeuvre combinée d'un ordre public économique composite », *RIDE* 2019, n° 1, p. 79. Cet ordre public est composite car il intègre une définition de l'économie commune aux pouvoirs publics et privés. Voyez aussi : CHEROT, Jean-Yves, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour », *in L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur de A. Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, p. 431.

[2474] Voyez : CHARBIT, Nicolas, *Droit de la concurrence et secteur public,* Paris : L'Harmattan, 2002, 530 p.

[2475] MEUNIER, Patrick, « Les sociétés publiques locales et le droit de l'Union européenne », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 270.

### *1) Réglementation des aides d'Etat et comptabilité au statut de SPL*

La réglementation européenne des aides d'Etat prévoit des obligations de forme (transparence et traçabilité), mais aussi de fond (proportionnalité et bonne gestion) auxquelles les SPL sont soumises[2476], comme le note très clairement l'Autorité de la Concurrence à leur propos[2477]. A cette réglementation stricte[2478] répondent de nombreuses dispositions particulières des SPL qui permettent d'y répondre efficacement. Il s'agit notamment de leurs obligations de contractualiser précisément pour les activités qui leur sont confiées, mais aussi les limitations et précisions légales concernant leur capital social, leurs comptes courants d'associés et leurs garanties d'emprunt, déjà évoquées *supra*.

Encore faut-il vérifier que la SPL ne présente pas des difficultés particulières dans ce domaine qui contre-balanceraient ces dispositions favorables. Or, il faut bien noter que « la compatibilité du financement des SPL avec les aides d'Etat [représente] le point le plus complexe de l'avis »[2479] de l'Autorité de la Concurrence. L'Autorité préconise que, pour reprendre les termes de Catherine PREBISSY-SCHNALL, « chaque compensation financière fasse l'objet d'un mandat qui [décrive] précisément les missions de service public confiées à la SPL, les paramètres de calcul, de contrôle régulier et de révision éventuelle de la compensation financière, ainsi que les modalités de remboursement à la collectivité publique des possibles surcompensations financières (pt 99) »[2480]. Ces recommandations que l'Autorité évoque ne sont en réalité que des rappels des positions classiques du juge et du droit européens[2481] et ne paraissent en rien modifiées par la forme de la SPL. Elles soulignent uniquement le danger concret, bien connu et encore rappelé par la Cour des

---

2476 Voyez notamment : DYENS, Samuel, « La SPL face au paquet Almunia : une relation complexe », *AJCT* 2012, p. 535.

2477 Autorité de la Concurrence, avis n° 11-A-18, 24 novembre 2011, relatif à la création des sociétés publiques locales : *CMP* 2012, n° 1, alerte 1, focus F. Linditch ; *Contrats Concurrence Consommation* 2012, n° 1, comm. 26, comm. C. Prebissy-Schnall ; *AJCT* 2012, p. 535, note S. Dyens ; *RFDA* 2012, p. 1135, note S. Nicinski.

2478 Voyez, notamment, parmi une littérature abondante : CARTIER-BRESSON, Anémone, « La notion d'aide d'Etat », *in* CLEMENT-WILZ, Laure (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2018, p. 256. L'aide anticoncurrentielle peut se qualifier par l'engagement public envers l'entité, engagement qui peut être de nature implicite voire même « très hypothétique ».

2479 LINDITCH, Florian, « Les sociétés publiques locales menacent-elles la concurrence ? », *CMP* 2012, n° 1, alerte 1.

2480 PREBISSY-SCHNALL, Catherine, « Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales », *Contrats concurrence consommation* 2012, n° 1, comm. 26.

2481 Voyez notamment : CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans Gmbh : *AJDA* 2003, p. 1739 , note S. Rodrigues ; *AJDA* 2003, p. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *D*. 2003, p. 2814 , note J.-L. Clergerie ; *RTD eur.* 2004. 33, étude S. Bracq — et BERROD, Frédérique, « Aides (notion) », *Répertoire de droit européen*, mise à jour avril 2017.

Comptes en mai 2019[2482], des financements croisés fort probables auxquels une entité de coopération entre collectivités locales peut amener.

Une solution à ces dangers serait de renforcer les obligations comptables des SPL en veillant à ce que chacune de leurs opérations soit retracée individuellement à travers une compatibilité analytique mettant en relation les coûts entiers et les financements précis de chaque opération. En effet, comme le notait Catherine BERGEAL dans ses conclusions rendues sous l'avis du Conseil d'Etat *Jean-Louis Bernard Consultant* du 8 novembre 2000[2483], pour éviter ce genre de subventions croisées, « il n'est guère d'autre solution que de recourir à une comptabilité séparée »[2484]. Une telle amélioration permettrait d'assurer que le contrôle des financements croisés soit bien mieux assuré. Néanmoins, cette critique pratique ne saurait aboutir à conclure que les SPL ne présentent pas d'avantages par rapport à d'autres modes de gestion en ce domaines.

Par rapport aux établissements publics en particulier, qui peuvent présenter pour le juge européen des garanties financières implicites[2485], les SPL sont soumises au régime général des garanties des collectivités locales, ce qui limite grandement leurs possibilités d'être aidées[2486]. Comme le note Benoît DELAUNAY, d'autres moyens spécifiques aux personnes publiques — que le juge n'a pas encore qualifié de système légal d'aides d'Etat — ne sont pas accessibles aux SPL, qui doivent suivre la voie commerciale des sociétés anonymes pour récupérer leurs créances[2487], payer

---

[2482] Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales, un outil des collectivités à sécuriser,* communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, mai 2019, p. 19.

[2483] CE, avis, 8 novembre 2011, *Société Jean-Louis Bernard Consultants,* n° 222208 : *RLCT* 2001, n° 42, p. 11, note N. Charbit ; *CMP* 2001, n° 1, p. 16, note P. Soler-couteaux.

[2484] BERGEAL, Catherine, « La candidature d'une personne publique à un contrat public : Conclusions sur Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants », RFDA* 2001, p. 112.

[2485] CJUE, 3 avr. 2014, aff. C-559/12, *France c/ Commission, affaire de La Poste,* § 98 à 99, considérant que le statut d'établissement public de la Poste française peut s'interpréter comme une garantie implicite illimitée de l'Etat, permettant à la Poste d'obtenir des avantages sur ses concurrents dans le demande du financement privé et de la notation bancaire. Voyez aussi : ECKERT, Gabriel, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP-A* 2014, comm. 2160.

[2486] *Cf. supra.*

[2487] Selon la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968, relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, les dettes des personnes publiques bénéficient de la prescription quadriennale, alors que les personnes privées sont soumises à des délais différents, par exemple de cinq ans pour les commerçants (art. L. 110-4 du Code de commerce), ou de trente ans pour les créances personnelles (art. 2262 du Code civil).

leurs dettes[2488], ou s'assurer[2489]. Elles sont ainsi protégées au moins sur ces points d'hypothétiques requalifications d'aides d'Etat.

Contrairement encore aux agents du secteur privé, qui peuvent recevoir des subventions selon des règles relativement légères[2490], les SPL sont obligatoirement dans des situations qui ne peuvent être qualifiées de subventions au sens strict du droit actuel, qui prévoit que ces aides financières sont fournies pour des activités dont l'initiative appartient à ces personnes privées[2491]. Les SPL, puisqu'elles ne peuvent exercer d'activité pour leur compte propre, ne peuvent donc bénéficier d'aides pouvant être qualifiées *largo sensu* de subventions[2492] que dans le cadre de contrats de la commande publique. Ces contrats étant soumis à des exigences importantes de formalité et de fond, les exigences européennes concernant la qualification d'aides d'Etat peuvent être beaucoup mieux contrôlées[2493].

En cela, le caractère exclusif des relations des SPL démontre un intérêt certain du point de vue du droit des aides d'Etat. Le statut de SPL est en conséquence un point facilitateur de la compatibilité au régime des aides d'Etat. Il est aussi un élément facilitateur de la vérification de cette compatibilité, en ce qui concerne les financements croisés pouvant caractériser des abus de position dominante.

---

2488 Les personnes publiques peuvent, contrairement aux procédures de droit civil, opérer la compensation des créances qui leur sont dues avec des dettes qu'elles ont contracté auprès des mêmes personnes : CE, 29 janvier 1988, *Cregut*, n° 41928, *R*. p. 706, dans la limite de la compatibilité juridique de ces opérations (une dette non fiscale ne pouvant être compensée par une créance fiscale : CE, 22 juin 1987, *Ville de Rambouillet*, n° 69759, *R*. p. 660). Voyez de manière générale : AMSELEK, Paul, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *RDP* 1988, p. 1485.

2489 Les personnes publiques ont la possibilité d'être leur propre assureur : BAHOUGNE, Louis, « La règle selon laquelle l'Etat est son propre assureur », *RFDA* 2014, p. 1167.

2490 Bien que de plus en plus nombreuses, *cf* : la Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques — le Décret n°2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques — l'arrêté du 11 octobre 2006 relatif au compte rendu financier prévu par l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations — et enfin la circulaire du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations. Voyez plus largement : CLAVAGNIER, Brigitte, « Les subventions aux associations : définitions et conséquences suite à la loi sur l'économie sociale et solidaire », *AJCT* 2015, p. 234.

2491 *Cf.* Circulaire du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations.

2492 Certaines subventions pouvant être accordées dans le cadre de la commande publique, même le terme de subvention est alors peu propice : CATTIER, Rachel, « Subventionner un service public délégué : encadrements interne et européen », *AJDA* 2014, p. 1305.

2493 *Cf. supra,* chapitres précédents.

## *2) Statut de SPL, abus de position dominante et financements croisés*

Les caractéristiques d'exclusivité et de contractualisation, particulières aux SPL, démontrent leurs effets utiles dans les autres branches du droit de la concurrence dont le droit des abus de position dominante. Les obligations de contractualisation évoquées *supra* facilitent évidemment, par le surcroît de transparence qu'elles impliquent, le contrôle de la légalité et de la proportionnalité des droits exclusifs que les collectivités peuvent accorder à leurs SPL. Les limites légales et spécifiques des SPL quant à l'exclusivité matérielle de leurs activités au bénéfice de leurs actionnaires, et les limites territoriales de leur action, conjuguées à la complémentarité légalement requise depuis 2019 de leurs activités, amènent à estimer que le statut de SPL rend d'autant plus aisée la neutralité des activités publiques au regard du droit de la concurrence.

Selon le droit de la concurrence, une aide publique confiée pour une activité de service public ne doit pas pouvoir être utilisée au financement anticoncurrentiel (anormal) d'une autre activité, qui n'aurait pas vocation à recevoir un tel financement[2494]. Ces financements croisés peuvent en effet donner lieu à la qualification d'aide d'Etat, lorsqu'ils ne sont pas autorisés par le droit européen, mais aussi aboutir à des abus de position dominante, indépendamment de la qualification ou non d'aide d'Etat. Or, ce problème concurrentiel de financements croisés est justement relevé par la Cour des Comptes en 2019 comme l'un des points noirs de la gestion des SEML. Une revue de dépenses de l'Inspection Générale de l'Administration de 2017 sur les entreprises publiques locales relève quant à elle que ce risque de financements croisés « pourrait à terme entraîner un effet d'éviction des PME opérant dans des secteurs qui sont les domaines d'élection des SPL, tels la distribution d'eau, l'assainissement, les transports locaux »[2495]. L'idée de limiter les activités des entreprises publiques locales apparaît comme l'une des solutions les plus adéquates[2496]. Cette limitation peut prendre plusieurs formes, auxquelles le statut légal de SPL répond à chaque fois préventivement.

Tout d'abord, l'exclusivité matérielle des SPL au profit de leurs actionnaires, inscrite à l'article L. 1531-1 du CGCT, est un premier avantage. Elle limite en effet la possibilité même de

---

[2494] Conseil de la Concurrence, avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les diversifications d'activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence.

[2495] Inspection Générale de l'Administration, *Revue de dépenses : La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales,* juin 2017, p. 54.

[2496] L'obligation de spécialité des activités entraîne nécessairement la limitation des effets anticoncurrentiels d'un financement public d'une activité sur une autre activité. Toutefois, elle n'empêche pas que le financement public d'une même activité par une collectivité se répercute sur le financement d'une même activité au profit d'une autre collectivité. C'est le problème de la limitation territoriale des marchés d'une même activité. Or, les collectivités locales ne confiant généralement des activités que pour leur territoire, et les SPL ne pouvant agir que

subventions croisées à partir de bénéfices réalisés sur des marchés privés. Elle limite aussi la possibilité inverse, c'est-à-dire la possibilité d'utiliser des bénéfices de marchés publics pour investir des marchés privés. La limitation géographique de l'action des SPL a un même effet, quoi que plus large, puisqu'il empêche aussi géographiquement la SPL d'investir des marchés, même relevant des compétences de ses actionnaires, au-delà des frontières de ses actionnaires.

La nouvelle obligation de complémentarité des activités des SPL[2497], issue de la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales[2498], présente aussi des effets positifs sur la compatibilité des SPL au droit des abus de position dominante et des aides d'Etat. Cette obligation légale, qui s'appliquait jusque 2019 uniquement aux SEML, mais non aux SPL, permet de limiter matériellement les possibilités pour les SPL de créer des situations de financements croisés entre deux ou plusieurs activités publiques confiées par leurs actionnaires[2499]. Le rapport de la Cour des Comptes de 2019 indique à cet effet que le principe de complémentarité est un « principe prudentiel » qui permet « de s'assurer […] que les sommes versées par les contribuables, au titre d'un service public, ne viennent pas compenser le déficit d'autres activités, sans lien avec celui-ci »[2500]. Il ne s'agit toutefois pas d'une limite absolue, en ce qu'elle les empêcherait préventivement tous les financements croisés entre des marchés confiés par des actionnaires : elle ne permet de limiter que les financements entre des activités de nature différentes. Le risque de financements croisés abusifs entre deux ou plusieurs activités de même nature sont donc encore possibles. Il reste, dans l'absolu, relativement faibles. La limitation de diversification d'activités des SPL facilite aussi concrètement la vérification du respect des obligations.

La limite apportée par l'obligation de complémentarité des activités des SPL — renforcée par la loi du 17 mai 2019 sur l'actionnariat des entreprises publiques locales — diminue donc les risques de financements croisés et d'abus de position dominante. Le principe spécifique d'exclusivité des activités des SPL au profit de leurs actionnaires, et la limite territoriale de leurs activités — elle aussi spécifique aux SPL —, éloignent d'autant plus les SPL de ces situations

---

2497 L'instruction du Gouvernement du 14 octobre 2019 relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (NOR : COTB1915137J, texte non paru au J.O.), p. 5, renvoie en cela à la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les activités complémentaires des SEML et des services publics locaux. Celles-ci, qui devaient au départ être des compléments nécessaires, n'ont plus que le devoir d'être des compléments normaux à l'activité principale (CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564).

2498 Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* n° 0115 du 18 mai 2019, texte n° 1.

2499 MONGAOUCHON, Claire, *Abus de position dominante et secteur public : L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics,* Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 71 et s.

2500 Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales, un outil des collectivités à sécuriser,* communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, mai 2019, p. 19.

dangereuses d'abus. Enfin, la contractualisation obligée des relations financières des SPL avec leurs collectivités actionnaires limite aussi fortement les possibilités de trouver les SPL coupables de bénéficier d'aides illégales. Toutes ces limites permettent d'affirmer que la SPL n'ont, certes, pas de vocation à se voir reprocher des infractions au droit de la concurrence. Mais elles n'excluent pas en elles-mêmes les SPL de l'application du droit de la concurrence : elles facilitent simplement la vérification de la compatibilité des SPL au regard de ses obligations concurrentielles.

Le statut des SPL, au regard du droit de la concurrence, apparaît ainsi comme un statut amplificateur de la neutralité exigée de l'action publique face à l'action privée. Mais il va même plus loin : il présente certains désavantages pour l'action publique en comparaison avec les autres modes de gestion.

## II - Un régime concurrentiellement désavantagé

Les discours sont désormais communs sur l'égalité concurrentielle nécessitée par le droit de la concurrence entre les opérateurs publics et privés[2501]. Guylain CLAMOUR indique ainsi, en 2006, que « l'égale concurrence entre ces opérateurs constitue aujourd'hui une exigence clairement établie »[2502] par le droit français. Cette égalité se répercuterait aussi dans le domaine des entreprises publiques locales, dont l'action concurrentielle seraient de plus en plus sur un même degré d'égalité[2503]. Cependant, si une certaine libéralisation de l'action publique doit être notée[2504], il faut souligner que celle-ci est plus une conséquence paradoxale et indirecte de la soumission des opérateurs publics au droit de la concurrence, qu'une conséquence nécessaire et absolue. La SPL démontre bien, par certaines de ses aspects concurrentiellement limitatifs, qu'elle est moins l'instrument d'une réelle égalité entre opérateurs publics et privés, que celui d'une égalisation encore imparfaite, au détriment de l'action publique. Et au sein même du secteur public, la SPL apparaît en situation inégalitaire défavorable sur certains points, ce qui est assez paradoxal pour un outil présenté comme un parangon d'efficacité publique. Deux points sont particulièrement évocateurs de cette inégalité défavorable au détriment des SPL : le traitement fiscal des SPL, par

---

2501 Voyez aussi : ECKERT, Gabriel, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *in* WALINE, Jean, *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum en l'honneur de,* Paris : Dalloz, 2012, p. 208.

2502 CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : Dalloz, 2006, p. 515-516.

2503 KARPENSCHIF, Michaël, « Les entreprises publiques locales et l'égale concurrence », *JCP-A* 2013, p. 27-33.

2504 *Cf.* LOMBARD, Martine, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et privés », *D.* 1994, p. 163 ; et CLAMOUR, Guylain, *préc., ibid*.

rapport au secteur privé (A), et les démonstrations de neutralité concurrentielle à la charge de la SPL en cas de candidature à la commande publique, par rapport au secteur privé (B).

## A) Le traitement fiscal inégalitaire de la SPL

S'il est bien un domaine particulièrement inégal pour les SPL, et pourtant fort important dans le choix d'un mode de gestion par une collectivité publique[2505], c'est celui de leur traitement fiscal. En effet, sur un critère purement organique, en tant que société anonyme elles ne peuvent bénéficier des exonérations légalement prévues pour les collectivités et les établissements publics (1). Et sur un critère purement capitalistique, en tant que société entièrement publique, elles ne peuvent bénéficier des exonérations prévues pour les sociétés d'économie mixte locales (2). Une double peine en quelque sorte.

### *1) Inégalité au profit des personnes publiques*

Sur trois impositions différentes, la SPL présente des caractéristiques spécifiques qui la désavantagent par rapport aux personnes publiques, sans autre logique que l'importance d'un critère organique peu cohérent par rapport aux buts de ces taxes. Il s'agit de l'impôt sur les sociétés, de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), et de la contribution économique territoriale (CET).

Jean-François BIZET ne trouve pas d'autre terme que celui de « discrimination »[2506] pour décrire l'état du droit en ce qui concerne les exceptions à l'impôt sur les sociétés (IS) accordées aux collectivités et aux établissements publics, et refusé aux SPL, malgré leur capital entièrement public et leur exclusivité matérielle. L'article 207 du Code général des Impôts (CGI) vise au point 1-6° à exclure expressément de l'assiette l'impôt sur les sociétés les services publics gérés en régie. L'exclusion des SPL de cette exonération fiscale est d'autant plus surprenante que cette disposition légale a été interprétée de façon restrictive sur le plan de son extension matérielle par le Conseil d'Etat, ce qui réduit son intérêt à ne garder cette exception que pour les personnes publiques. Ainsi, selon une jurisprudence récente du Conseil d'Etat du 7 mars 2012, *Commune de Saint-Cyprien*[2507], seuls les services publics indispensables à la satisfaction des besoins collectifs intéressant

---

[2505] COLLET, Martin, « Choix du mode de gestion des services publics : de l'influence des règles fiscales et de leurs conséquences financières et comptables », *RFDA* 2019, n° 6, p. 1144.

[2506] BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 126.

[2507] CE, 7 mars 2012, *Commune de Saint-Cyprien,* n° 331970: *RJF* 2012, p. 572 ; *BDCF* 2012, p. 70, concl. Daumas ; et CE 20 juin 2012, *Commune de La Ciotat,* n° 341410: *RJF* 2012, p. 902 ; *BDCF* 2012, p. 110, concl. Daumas.

l'ensemble des habitants sont exonérés de l'impôt sur les sociétés. Une telle interprétation matériellement restrictive incite Bertrand BOISSEAU à plaider pour que les SPL, au vu de ce virage méthodologique finaliste du Conseil d'Etat, puissent profiter de cette exception, dans les mêmes limites que pour les collectivités publiques et leurs établissements publics[2508]. Selon cet auteur, une telle intégration serait « plus neutre »[2509] que la situation actuelle, qui défavorise des organismes uniquement sur leur nature juridique, et non par rapport à la finalité des activités prises en charge. En effet, ne pas faire profiter les SPL d'une telle exception, n'est pas forcément cohérent avec la fonction de cette exception. Toutefois, il faudrait savoir préciser si le législateur a entendu, par le biais de l'article 207, point 1-6°, avantager la gestion publique, en régie des services publics, ou s'il souhaitait avantager plus largement une gestion directe par les personnes publiques — auquel cas la SPL pourrait être plus directement concernée. Dans l'absence de volonté claire du législateur, il est possible de ne pas être convaincu par l'argument en faveur d'une égalisation de la situation des SPL sur ce point. Il n'empêche qu'il s'agit bien là, dans tous les cas, d'un désavantage de la SPL sur les modes publiques de gestion.

Cette situation d'inégalité se reproduit au niveau de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) de façon plus incohérente. Les articles 256 et 256 A du Code général des impôts disposent que sont soumises à la TVA les recettes perçues en contrepartie de prestations onéreuses des sociétés commerciales prenant en charge une activité économique. Mais sont exonérées, par l'article 256 B, « les personnes morales de droit public […] pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence »[2510]. Encore une fois le critère organique joue ici contre les SPL. Et ici encore Bertrand BOISSEAU voit une possibilité d'harmonisation par le haut pour les SPL. Cette harmonisation semble peu probable au regard de l'interprétation stricte qui est faite en France de cet article 256 B[2511], mais pas impossible au regard des évolutions européennes relatives à l'interprétation des organismes qui peuvent être ou non exonérés de TVA. En l'occurrence, au niveau européen, la Cour de Justice de l'Union, le 29 octobre 2015, a indiqué que la notion d'organisme de droit public pouvant être légalement exonéré de TVA au sein de la directive

---

[2508] BOISSEAU, Bertrand, « SPL, plaidoyer pour une fiscalité 'maison' », *Contrats Publics* 2013, n° 131, p. 60

[2509] *Ibidem.*

[2510] CGI, article 256 B — à l'exclusion d'une longue liste d'activités considérées comme concurrentielles, y compris dans les domaines administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs.

[2511] Voyez : BOKDAM-TOGNETTI, Emilie, « Les collectivités territoriales et leurs régies de service public face à l'impôt : illustrations et limites du principe de réalisme fiscal », *RJF* 2012, p. 795.

2006/112[2512], pouvait inclure une société publique sous forme de société anonyme[2513]. La SPL est donc incluse dans cette autorisation, et pourrait bénéficier d'une exemption de TVA pour des activités spécifiques, sur la base de son statut légal de société publique. En attendant que le législateur français utilise cette possibilité, les SPL restent cependant désavantagées par rapport aux personnes publiques sur ce point.

Enfin, le régime de la contribution économique territoriale (CET) est lui aussi défavorable pour les SPL par rapport aux personnes publiques. Le 1° de l'article 1449 du CGI prévoit que les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes de l'Etat bénéficient au titre de cet article d'une exonération de la CET pour leurs activités « essentiellement » culturelles, éducatives, sanitaires, sociales, sportives et touristiques et ce, « quelle que soit leur situation à l'égard de la taxe sur la valeur ajoutée ». Là encore, la finalité de l'exonération semble viser des comportements altruistes ou d'intérêt général, mais un second critère, organique celui-là, est maintenu[2514].

Les SPL sont donc désavantagées fiscalement dans leur gestion par ce critère organique qui, s'il n'est plus l'alpha et l'oméga du droit public actuel, en reste tout de même l'un des fondements, ainsi que l'un des plus simples d'utilisation, ce qui explique sans doute la longévité de ce critère en cette matière. La reconnaissance d'un statut particulier des SPL pourrait néanmoins, comme le souligne la jurisprudence européenne, aboutir à faire profiter celle-ci des exceptions fiscales dont la finalité est de favoriser la prise en charge d'activités d'intérêt général. Cependant, très paradoxalement, y compris au sein des opérateurs publics de droit privé, c'est-à-dire en sortant de l'explication basée sur la distinction organique personne publique/personne privée, la situation fiscale des SPL apparaît désavantageuse.

### *2) Inégalités fiscales par rapport aux SEML*

Les inégalités fiscales entre SEML et SPL, au profit des SEML, paraissent bien étranges. Certaines de ces inégalités sont tellement criantes que le Conseil constitutionnel les a reconnues et le législateur est intervenu pour… supprimer l'exemption dont bénéficiait les SEML. Un avantage

---

2512 Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée : *JOUE* n° L 347/1 du 11 décembre 2006.

2513 CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-174/14, *Saudaçor — Sociedade Gestora de Recursos e Equipamentos da Saúde dos Açores SA* : *RJF* 2016, p. 104 ; *RTD Eur.* 2016, p. 77, chron. D. Berlin ; *Ibid.,* p. 191, chron. A. Zians ; *CMP* 2016, n° 5, p. 37, chron. C. Chamard-Heim.

2514 Les personnes privées à but social, comme un organisme mutualiste, essaient bien de mettre en doute ce raisonnement, mais sans effet jusqu'à présent, *cf.* : CE, 5 avril 2006, *Société de secours minière du Pas-de-Calais*, n° 256507 : *RJF* 2008, p. 832.

des SEML, l'exonération pour les SEML d'aménagement concessionnaires, a, quant à lui, récemment disparu à l'occasion de l'adoption de la loi de finances pour 2020[2515]. Mais tous les avantages des SEML n'ont pas encore disparu.

Le régime de la contribution économique territoriale (CET) était effectivement bien étrange, qui exonérait à son article 1449, 2°, dans des conditions « curieusement discriminatoires au bénéfice des seules SEML »[2516] *dixit* Jean-François BIZET, les collectivités territoriales, les établissements publics et les SEML gérant des ports, à l'exception des ports de plaisance. Cette exception extrêmement restreinte a été l'objet d'un contentieux constitutionnel, résolu le 21 septembre 2018[2517], qui a très curieusement choisi d'écarter les arguments du requérant au principal — un opérateur privé — au profit de l'inégalité de traitement de la SPL par rapport à la SEML. Le raisonnement du Conseil peut laisser perplexe. Les Sages estiment en effet qu'exclure du bénéfice d'une telle exonération, dont le but est de favoriser l'investissement, des sociétés « dont le capital est privé », par opposition aux personnes publiques et aux sociétés dont le capital est entièrement public, est un « critère objectif et rationnel » que le législateur peut employer pour traiter différemment des situations[2518]. Pourtant, le Conseil constitutionnel censure la loi sur le motif qu'en excluant « d'autres sociétés susceptibles de gérer un port, n'ayant pas le statut de sociétés d'économie mixte, mais dont le capital peut être significativement, voire totalement, détenu par des personnes publiques, [comme c']est le cas en particulier des sociétés publiques locales, [...] le législateur a [...] méconnu les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques ». En d'autres termes, en l'absence de l'inclusion de la SPL, avantager uniquement la SEML n'est pas constitutionnel. Voilà une bien étrange nécessité, alors que ce même Conseil considère que les SEML ne présentent pas distinction des opérateurs privés, ni par leurs « caractéristiques spécifiques » statutaires, « ni par la nature de leurs activités »[2519]. Cela signifie-t-il, comme l'espère Guy DURAND, qu'il s'agit là du « printemps de la quasi-régie »[2520] et le début d'une ère d'égalité de traitement avec les SEML ? Cela n'est pas certain. Tout d'abord, alors que le Conseil constitutionnel, anticipant une inclusion des SPL dans le dispositif légal qu'il ne pouvait lui-même

---

[2515] La loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, art. 29-III-7°-b a abrogé le point 1-6° bis qui prévoyait une telle exception.

[2516] BIZET, Jean-François, *Entreprises publiques locales, 2e éd.,* Paris : Lamy, 2012, p. 135.

[2517] Conseil constitutionnel, 21 septembre 2018, décision n° 2018-733-QPC, *SEMCAR* : *AJCT* 2019, p. 41, note G. Durand.

[2518] Ce qui est conforme à sa jurisprudence : Conseil constitutionnel, 29 avril 2011, décision n° 2011-121-QPC, *Société Unilever France* : *Constitutions* 2011, p. 380, obs. A. Barilari

[2519] Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, décision n° 93-316 DC, *loi relative à la prévention de la corruption,* § 47 : *RFDA* 1993, p. 902, étude D. Pouyaud.

[2520] DURAND, Guy, « Refus d'exonération de certains ports de la CFE: le cas des sociétés publiques locales », *AJCT* 2019, p. 41.

mener à bien — ayant le pouvoir de censurer, voire de conseiller[2521] mais point d'ajouter — laissait au législateur quelques mois pour rectifier la formule comme proposé, celui-ci n'a rien fait de tout cela. Au contraire, d'exclusive, et profitant aux SPL, aux SEML et aux personnes publiques dans l'esprit du Conseil constitutionnel, l'exception est devenue large, et concerne désormais tous les gestionnaires de ports[2522]. Le requérant privé a ainsi finalement eu gain de cause, mais l'affirmation d'une égalité fiscale affirmée des SPL avec les SEML disparait quelque peu avec ce choix législatif harmonisant vers le bas.

Les SEML bénéficient encore d'une remarquable exonération au titre de l'impôt sur les sociétés. L'article 207 du CGI vise, au point 1-4°, les opérations d'intérêt général des SEM de construction et de gestion de logements sociaux, qui peuvent être exonérées pour la quote-part de leurs activités d'intérêt public[2523]. Après les personnes publiques, cette fois-ci, c'est donc en comparant avec les SEML que les SPL sont perdantes. Preuve d'ailleurs qu'il y a d'un avantage certain, l'article L. 481-1 du Code de la construction et de l'habitat précise qu'il s'agit là d'une aide d'Etat reconnue compatible avec le droit de l'Union par la Commission européenne au titre des aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général. Le logement social en général paraît un terrain difficile pour les SPL, auxquelles le gouvernement ne prête visiblement pas les mêmes qualités que les SEML spécialisées dans l'habitat social. Cela ressort particulièrement d'une réponse du ministre de l'écologie et du logement à une question écrite de M. Jean-François VOGUET en 2011, refusant toute assimilation des SEML aux SPL dans leur rôle pour la construction et de gestion du logement social[2524]. Cette distinction paraît néanmoins artificielle, la qualité juridique de SEML ne justifiant pas en quoi ces sociétés seraient plus aptes ou auraient plus vocation à soutenir le logement social.

Les SPL se voient ainsi clairement défavorisées dans leur action par rapport aux personnes publiques et même aux SEML. Pour ce qui est des SEML, la différence de traitement avec les SPL reste beaucoup moins compréhensible que pour les personnes publiques, puisqu'elle ne résulte pas d'une différence de nature organique, mais bien uniquement capitalistique et cela, paradoxalement, au profit de sociétés faisant obligatoirement appel au secteur privé. De plus, le fait que ce traitement soit presque systématique défavorable aux SPL pose question, devant l'incohérence des arguments

---

[2521] Voyez : QUINART, Emilien, « Quand le Conseil constitutionnel propose la loi ? », *AJDA* 2014, n° 3, p. 142.

[2522] Loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, art. 170.

[2523] La liste des opérations déductibles est disponible à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitat.

[2524] Sénat, Question écrite n° 14536 de M. Jean-François VOGUET, publié au JO S du 22 juillet 2010, p. 1903, et réponse du Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement : JO S du 11 août 2011, p. 2114.

opposés à l'égalisation de ces situations. Mais les SPL sont aussi désavantagées dans leurs actions par rapport aux opérateurs privés classiques, ce que l'exemple de leur éventuelle candidature à un appel d'offre de la commande publique démontre bien.

## B) La charge de la preuve de neutralité concurrentielle en cas de candidature à la commande publique

Une candidature à un contrat de la commande publique n'est pas interdite pour les sociétés publiques locales, mais le cadre légal des SPL rend une telle candidature très spécifique. Toutefois, lorsqu'une telle voie est envisagée, les SPL doivent alors prouver leur neutralité concurrentielle, ce que n'ont pas à faire les opérateurs privés.

Tout d'abord, les SPL ne peuvent répondre à un appel d'offre que sur un contrat proposé par l'un de leurs actionnaires, et dans les limites de son objet social. Autrement, cette candidature tomberait bien évidemment dans le domaine des activités hors actionnaires qui, si elles sont autorisées par le droit européen dans la limite de 20% du chiffre d'affaire[2525], sont encore strictement interdites en France[2526]. Un exemple de cette possibilité est fourni par la SPL de l'Aquabowling des Falaises, dont le contrat de délégation de service public a été mis en concurrence par son actionnaire principal dans les formes prescrites par le droit français[2527]. Dans ce cas de soumission volontaire à une procédure de la commande publique, la collectivité a donc dû respecter la procédure et considérer la SPL comme un opérateur *lambda*. Cela signifie que même l'interruption d'une procédure pour confier par le biais de l'exception de quasi-régie un contrat à une SPL doit respecter un certain formalisme (1), et que lorsque la procédure est menée à son terme, l'offre d'une SPL doit démontrer positivement, et donc pas une action supplémentaire par rapport aux opérateurs privés, qu'elle ne fausse pas la concurrence (2).

---

[2525] Précisément 20% du chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années issu d'activités concurrentielles : Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28. Cette limitation vient de la formule du juge européen, qui considère que les entités de quasi-régie doivent exercer leurs activités de façon « substantielle » et « principale » pour le compte de leurs actionnaires, et uniquement de manière « marginale » pour le compte de tiers : CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, préc.,* § 62-63.

[2526] CGCT, art. L. 1531-1 : les SPL exercent leurs activités « exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres ».

[2527] CRC Normandie, Rapport d'observations définitives, *Société publique locale Aquabowling des Falaises*, 1er décembre 2017, p. 10-11.

### *1) Le nécessaire respect procédural d'une mise en concurrence*

Certes, une personne publique peut toujours abandonner une procédure de mise en concurrence pour des raisons d'intérêt général[2528]. Toutefois, la question peut concrètement se poser de la légalité, alors qu'une SPL serait en concurrence avec d'autres opérateurs privés, de choisir *in fine* une SPL sur des motifs étrangers aux critères annoncés dans l'appel d'offre initial — autrement dit, sur le fait qu'elle bénéficie de l'exception de quasi-régie.

D'après les conclusions de Catherine BERGEAL, une telle interprétation n'est sans doute pas possible, puisque selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, il y a « obligation de respecter le code des marchés publics, lorsqu'on a choisi de s'y soumettre »[2529]. C'est l'idée classique que la mise en place d'une procédure publique doit bien avoir des conséquences, y compris pour les personnes publiques les ayant mises en place ou, comme le résumait poétiquement René CHAPUS : si « la liberté est une chose, la fantaisie en est une autre »[2530]. Plusieurs décisions du Conseil d'Etat en ce sens peuvent être invoquées, qui impliquent qu'une procédure annoncée emporte des conséquences sur le traitement contentieux adapté[2531].

Les collectivités se sont vues néanmoins reconnaître le pouvoir d'abandonner une procédure d'appel d'offre, pour confier l'activité à une régie[2532]. Il faut comprendre qu'un certain respect procédural impose de passer par deux étapes : le choix d'une SPL sur une base autre que les critères annoncés ne pouvant visiblement se faire qu'après une déclaration d'abandon de procédure de commande publique.

A propos d'une SPL, la Cour administrative d'Appel de Lyon dans un arrêt du 8 juin 2017 note ainsi qu'une « collectivité [a] la possibilité de mettre un terme à la procédure de mise en concurrence pour devenir actionnaire de la [SPL en question] et lui confier le service qu'elle

---

[2528] Y compris en dehors de l'infructuosité, par exemple pour des motifs budgétaires : CE, 5 juin 1961, *Sieurs Walter et a.* : *RDP* 1961, p. 399 ; et CE, 23 novembre 1993, *Commune de Mont-de-Marsan c/ Fries : T.*, p. 778 ; *CMP* 1994, n° 203, p. 50, concl. M. Laroque. Le gouvernement considère cette possibilité comme un pouvoir discrétionnaire de l'Administration : Réponse mininstérielle n° 33734 du 9 août 1999 : *JO AN Q* du 18 oct. 1999, p. 6041 : *BJDCP* n° 8/99, p. 77 ; *Rev. Trésor,* janv. 2000, p. 53.

[2529] BERGEAL, Catherine, « La candidature d'une personne publique à un contrat public : Conclusions sur Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants », RFDA* 2001, p. 112.

[2530] CHAPUS, René, *Droit administratif général, tome 1, 15e éd.,* Paris : Montchrestien, 2001, § 1223.

[2531] CE Ass., 22 juin 1963, *Albert : R.* p. 385 (une consultation facultative implique la régularité de la consultation). Et pour des procédures volontaires (ou involontaires mais superfétatoires) de marché public : CE, 15 octobre 1982, *SA Affichages Giraudy : Dr. Adm.* 1982, n° 375 ; et CE, 21 sept. 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze : T.* p. 1105.

[2532] Voyez : CAA Marseille, 15 novembre 2001, *Société Méditerranée Plaisance*, n° 98MA00814 : *CMP* 2000, n° 2, comm. 40, note P. Soler-Couteaux.

entendait déléguer »[2533], ce qui souligne bien la nécessaire et préalable étape de clôture de la procédure de mise en concurrence. Une SPL soumise à une procédure de mise en concurrence aurait ainsi obligation de respecter ladite procédure. Elle a aussi l'obligation d'apporter les preuves que son offre ne bénéficie pas d'avantages dus à son caractère d'opérateur public, par rapport aux opérateurs privés.

### *2) La démonstration positive d'un caractère neutre : une charge en soi*

Mises en concurrence avec des opérateurs privés par le biais d'une soumission volontaire au droit de la commande publique d'un de ses actionnaires, les SPL posent plusieurs problèmes en termes d'égalité. Nous avons déjà traité *supra* de celui de l'impartialité que leur proximité avec le commanditaire peut engendrer. Outre celui-ci, il faut encore remarquer que l'exigence d'égalité de traitement des SPL peut de se révéler à double-tranchant pour celle-ci. Le contrôle juridictionnel de l'égalité de traitement des candidats à la commande publique étant relativement strict[2534], les SPL doivent y être particulièrement attentives. La charge de la preuve de leur neutralité apparaît de ce point de vue comme un élément de désavantage des SPL par rapport à leurs concurrents privés.

Tout d'abord, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'égalité de traitement des candidats à la commande publique[2535] que des caractéristiques légales ou réglementaires avantageant certains candidats ne peuvent être des motifs du choix de ces candidats[2536]. En d'autres termes, les SPL mises en concurrence ne sauraient être choisies pour leurs caractéristiques de sociétés publiques locales, ou les conséquences de celles-ci (comme l'exclusivité publique des actionnaires, l'exclusivité matérielle des activités, ou l'exclusivité territoriale). En cas de mise en concurrence, l'actionnaire public des SPL doit en conséquence faire attention à ce qu'aucun de ses critères de choix ne prenne appui sur l'une des facilités ou l'un des avantages que la loi offre aux SPL. Un critère de choix portant de façon trop importante sur la question du contrôle des activités confiées à l'opérateur par exemple, pourrait facilement apparaître comme une rupture d'égalité de traitement étant donné la consubstantialité de ce critère aux caractéristiques des SPL.

---

2533 CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEMERAP et ville de Saint-Eloi-les-Mines*, n° 17LY00318, inédit au Recueil, considérant n° 12.

2534 Il n'est ainsi pas possible d'avantager candidats en introduisant des critères discriminants qui n'ont pas de rapport avec l'objet de la réglementation de la commande publique : CE, 13 mai 1987, *Société Warner Isofi Isolation : R.* p. 171.

2535 Voyez notamment : ERSTEIN, Lucienne, « Principes généraux applicables au contrat administratif », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics,* mise ) jour février 2019, § 50 et s.

2536 CE, 10 mars 2006, n° 264098, *Commune de Houlgatte : R.* p. 138 ; *CMP* 2006, comm. 150, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2006, comm. 94, note A. Ménéménis ; Contrats concurrence consommation 2006, comm. 136 , obs. P. Brunet.

Secondement, étant donné le caractère de quasi-régie des SPL, il faut se demander si certains des raisonnements du juge administratif relatifs à la candidature à la commande publique des personnes publique, ne pourraient leur être applicables. Les règles particulières aux personnes publiques, telles les obligations de prouver leur compétence et leur spécialité dans leur réponse à la commande publique, seraient redondantes pour les SPL étant donné l'impossibilité dans laquelle elles se trouvent d'agir en dehors de leur objet social, et pour d'autres personnes que leurs actionnaires[2537]. Ces règles sont en elles-mêmes désavantageuses pour les SPL, par rapport à leurs concurrents privés. Mais d'autres règles applicables aux personnes publiques sont plus remarquables. Ainsi, dans le cas des personnes publiques candidates à la commande publique, selon la formule de la décision d'Assemblée *Armor SNC* du 30 décembre 2014 du Conseil d'Etat[2538], « *le prix proposé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ». Cette formulation entraîne concrètement un désavantage pour les personnes publiques, puisqu'elle implique un surcroît de preuves à apporter, et de vérifications antérieures à effectuer par leur compatibilité, sur leurs moyens et leurs ressources. Ces avantages peuvent d'ailleurs être constitués par le simple statut légal de ces personnes, ce qui implique une réflexion parfois très théorique sur les avantages économiques du droit public. Les SPL ont-elles à effectuer ce même travail de démonstration et d'évaluation de leurs propres avantages légaux et statutaires ?

L'applicabilité de ces dispositions aux SPL n'est pas tranchée. D'un côté, le Conseil d'Etat, dans un contentieux récent[2539], n'a pas relevé une telle obligation à l'encontre d'une SEML « candidate ordinaire de la commande publique »[2540]. Mais il ne serait pas opportun de comparer SEML et SPL sur le point de la commande publique, les premières étant considérées de longue date comme des candidates ordinaires[2541]. De plus, le but de ces règles vise à une meilleure égalité de

---

[2537] Cela pourrait redevenir une question épineuse dans le cas où le législateur relaxerait les règles concernant l'exclusivité des relations des SPL. *Cf. infra.*

[2538] CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 : *AJDA* 2015, p. 449, chron. Lessi et Dutheillet de Lamotte ; *CMP* 2015, p. 36, note de Fournoux ; *JCP-A* 2015, n° 2030, note Pauliat ; *RFDA* 2015, p. 57, concl. Dacosta.

[2539] CE, 18 décembre 2019, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie et Société d'économie mixte de la baie de la Moselle*, n° 432590, mentionné aux Tables.

[2540] BRAMERET, Sébastien, « La SEML, candidate ordinaire de la commande publique ? », *AJDA* 2020, p. 640.

[2541] Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118, considérants n° 47-48 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const*. 1993 p. 375, note L. Favoreu.

traitement des candidats à la commande publique — but applicable aussi aux SPL. La jurisprudence vise à s'assurer que « les ressources du secteur public — telles les subventions directes ou mises à disposition de personnels, de matériel ou de locaux — ne soient pas utilisées pour compenser une sous-estimation du prix »[2542]. Or, la SPL présente un important risque au regard de ces subventions[2543]. En adoptant une attitude prudente, il convient donc que les sociétés publiques locales prévoient, en cas de participation à une procédure de commande publique, les preuves de leur égalité concurrentielle. La charge de la preuve de cette égalité, reposant sur la SPL, démontre quant à elle une inégalité concrète de situation par rapport aux opérateurs privés, sur lesquels une telle charge ne pèse pas.

Ainsi, alors que le statut juridique de droit privé est souvent considéré par le législateur comme un avantage comparatif pour les entreprises publiques dans le cadre d'un système concurrentiel[2544], dans le cas des SPL, il est plus correct de remarquer que celles-ci présentent aussi des désavantages qui inhibent quelque peu leur potentiel égalisateur de l'action publique face aux opérateurs privés. Ces désavantages, qu'ils soient fiscaux, en comparaison avec les personnes publiques et les SEML, ou procéduraux, sur l'obligation de justifier leur neutralité dans le cas d'un procédure de mise en concurrence, par rapport aux opérateurs privés, restent néanmoins d'une portée relativement faible. Ces différents cas ne peuvent suffire à établir que le statut de SPL est particulièrement désavantageux. Ils participent néanmoins de la reconnaissance que ce statut est bien adapté aux effets restrictifs du droit de la concurrence.

## Conclusion de la section 2 : Un régime d'action aiguillé par le respect de la concurrence

Envisagés au regard de l'effet facilitateur de la compatibilité du droit de la concurrence, les désavantages des SPL restent très relatifs. Ils se fondent logiquement dans l'application maximisante du droit de la concurrence que le statut de SPL apporte. Confronté à la difficulté de

---

2542 BERGEAL, Catherine, « La candidature d'une personne publique à un contrat public : Conclusions sur Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants », RFDA* 2001, p. 112.

2543 *Cf. supra.*

2544 Voyez les études éclairantes sur ces idées *in* PELLETIER, Maire-Louise, *L'entreprise publique de service public, déclin et mutation,* Paris : L'Harmattan, 2009, 454 p. ; THIRION, Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques,* Bruxelles et Paris : Bruylant, LGDJ, 2002, 790 p. ; et sur la dynamique actuelle de transformation des établissements publics en sociétés : NICINSKI, Sophie, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, p. 35.

faire disparaître une influence politique indue dans le système économique[2545], le droit de la concurrence ne peut qu'aborder la société publique locale de façon ambivalente.

D'un côté, la vocation non commerciale de la SPL présume une exemption des obligations de concurrence. Son mode de fonctionnement, son exclusivité matérielle au bénéfice de ses actionnaires, n'implique-t-elle pas une exclusion de la concurrence ? Une telle vision se base malheureusement sur des divergences d'interprétation du Conseil d'Etat et de la Cour de justice de l'Union, qui permettent d'exclure trop facilement des activités d'intérêt public ou confiées par des personnes publiques à des activités non concurrentielles ou soustraites au marché. Une interprétation stricte ne peut exclure aussi facilement la SPL de telles obligations. De plus, il est tout-à-fait possible d'imaginer que les collectivités publiques actionnaires utilisent le cadre comptable et financier plus souple, et la vocation apparemment commerciale et rentable de la société publique locale pour cacher d'autant plus efficacement des choix politiques illégaux de soutien à certaines activités. Les SPL, permettant la réunion de plusieurs opérations de coopération public-public dans une même structure, avec des financements multiples et croisés de collectivités locales, pourraient ainsi d'autant plus facilement servir de caisse noire d'échanges financiers ou de manoeuvres financières non-économiquement rationnelles organisées par les collectivités. Le droit de la concurrence doit alors tâcher de s'appliquer de façon la plus totale et entière aux activités de la SPL, pour neutraliser de tels comportements. Il est toutefois aidé dans cette tâche par les statuts légaux de la SPL, qui se prêtent naturellement à une telle neutralisation.

L'action publique menée par les SPL est en effet une action publique restreinte par l'objectif de respecter le droit de la concurrence. Cette conclusion est encore soutenue par l'analyse des désavantages que le statut de SPL apporte à cette action publique. Ces désavantages, peu nombreux mais significatifs, dans le domaine fiscal ou devant la commande publique, démontrent combien l'objectif de respect du droit de la concurrence restreint concrètement l'action publique locale mise en oeuvre sous la forme de société publique locale. Au final, c'est tout un régime d'action qui paraît aiguillé par la recherche de ce respect.

# Conclusion du chapitre 1 : Un régime d'action neutralisé et encadré par les objectifs concurrentiels

[2545] Ce qui est le but ultime du droit européen des aides d'Etat et de l'encadrement des interventions publiques par le droit de la concurrence : MEZAGUER, Mehdi, « La réglementation des aides d'Etat dans l'Union européenne comme mise en oeuvre combinée d'un ordre public économique composite », *RIDE* 2019, n° 1, p. 76.

Le statut de droit privé de la SPL, qui se répercute fortement sur le régime de ses activités, a été choisi par le législateur pour ses qualités présumées de souplesse et d'efficience. De même, sans chercher à respecter précisément le droit de la concurrence, le statut légal de la SPL se caractérise par la facilité de celle-ci à faciliter le respect de ce droit. Ces qualités pro-concurrentielles sont donc au fondement d'un régime de droit privé des activités des SPL qui est peu réceptif à la publicisation, c'est-à-dire au retour vers le droit public, voire qui s'en éloigne toujours plus, dans un mouvement tendant à l'égalisation des conditions de l'activité publique par rapport au régime d'action des opérateurs privés.

Tout d'abord, le régime d'action des SPL relève principalement du droit privé. Cela paraît une constatation classique au regard du régime des entreprises publiques. Dans le cas des SPL, de nombreux indices permettent toutefois d'élever des doutes sur la privatisation de ce régime : les théories de la transparence ou du mandat implicite par exemple. Ils doivent être écartés dans l'absolu. Ils ne peuvent s'appliquer automatiquement aux activités de SPL. Le juge administratif semble, par sa jurisprudence, peser dans le sens de la reconnaissance presqu'impossible à renverser de l'application du droit privé à l'action publique mise en oeuvre par le biais de la SPL. Cela rajoute à la redéfinition des classifications classiques de la gestion publique. La SPL ne peut se ranger facilement entre gestion publique et privée, et gestion directe et indirecte. Une place particulière doit lui être faite, dans cette dynamique de privatisation, plutôt du côté d'une gestion privée que publique, mais une gestion plutôt directe qu'indirecte. Cette nouvelle modalité de gestion apparaît alors clairement comme une nouvelle liberté de gestion offerte aux collectivités locales.

Cette privatisation se prolonge par la constatation que le statut des SPL fait apparaître certaines incohérences statutaires, opposées à une liberté affirmée de gestion des collectivités locales, qui relèvent plus de rémanences du droit public que du droit privé. Les éléments encore exorbitants du droit commun que possèdent le statut des sociétés publiques locales semblent plus retenir les collectivités locales dans une minorité de gestion que leur assurer une protection contre la concurrence privée, par exemple. Le droit privé commun se montre alors à voir ici comme la voie de la liberté pour les collectivités locales, et le droit public comme trop restrictif. La même logique explique que le droit de la concurrence, longtemps craint en droit français, soit désormais exploité par les collectivités locales, à travers les SPL, pour affirmer leur égalité d'action et de régime avec le secteur privé.

Certes, il convient tout d'abord de ne pas analyser la SPL comme excluant par principe le droit de la concurrence. C'est tout l'inverse : elle l'accueille, le conforte, dans l'idée de l'utiliser au maximum dans sa quête de liberté.

La SPL simplifie le travail de contrôle du respect du droit de la concurrence, et son application correcte. Toutes les limites mises en place en partie pour veiller à ce que la SPL ne tombe pas dans une situation de pratiques anticoncurrentielles — c'est-à-dire la contractualisation, la limitation des financements, l'exclusivité et la complémentarité — ne sont cependant pas aussi efficaces les unes autant que les autres. Ces règles se classent notamment entre règles de transparence et règles limitant le fond même de l'action publique locale. Or, si les premières permettent véritablement un meilleur contrôle, ces dernières limitent aussi la liberté d'action des collectivités locales, à tel point que l'on peut se poser la question de leur suppression. Celle-ci entraînerait-elle réellement des conséquences trop délétères, que ce soit au niveau de la bonne application du droit de la concurrence, comme de la bonne gestion des deniers publics locaux ? Les garde-fous visant à limiter les financements croisés paraissent relever d'un âge où la confiance dans la responsabilité des décideurs locaux était bien moindre.

Par exemple, la règle de l'exclusivité, plus lourde que la règle européenne permettant jusqu'à 20% d'activités réalisées en dehors des contrats confiés par les actionnaires[2546], pourrait être supprimée sans entraîner de conséquences concurrentielles majeures, puisque les contrôles de financement et de transparence idoines, permettant la vérification des pratiques concurrentielles, existent déjà sur les SPL actuelles. La suppression de cette règle, en gardant les conditions de transparence et de concurrence actuelles, permettrait en premier lieu, si un retour financier positif devait en ressortir, non pas la pratique interdite consistant à financer par des services publics aidés des secteurs concurrentiels non aidés, mais bien l'inverse, c'est-à-dire le financement par le secteur concurrentiel non aidé du service public ainsi moins aidé. Il en ressortirait donc un gain pour les finances publiques locales, qui n'auraient pas à aider autant par des ressources publiques les services publics pris en charge par les SPL.

L'application importante du droit de la concurrence, conjuguée à un régime d'entreprise publique de moins en moins exorbitant du droit privé, exploitant de plus en plus les possibilités offertes par le droit de la concurrence et le droit privé, aboutit à la conclusion que les SPL sont bien des outils d'égalisation de l'action publique locale face aux grandes libertés d'action dont dispose le secteur privé. Dans ce sens, malgré l'effet de soumission au droit de la concurrence, les SPL augmentent bien la liberté d'action des collectivités locales. Il est même possible de reconnaître que ces outils, à travers et en maximisant les caractéristiques concurrentielles de l'action publique,

---

[2546] *Cf.* Directive 2014/23 UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession : JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 1 — et Directive 2014/24 UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics : JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 65.

entraînent des effets libertaires sur l'un des socles les plus surveillés du droit public français classique : les compétences des collectivités publiques, et en l'occurrence, des collectivités locales.

# Chapitre 2 :
# La SPL comme outil de privatisation des compétences publiques locales

> En fait, c'est à l'ensemble du droit administratif que les SPL donnent un caractère subsidiaire. Ce sentiment est provoqué non pas par l'utilisation d'une structure de droit privé — d'autres existaient déjà antérieurement (SEM, EPCI...) —, mais par la généralité de son champ d'intervention. Quelles que soient leurs activités, il semble désormais que les collectivité locales disposent d'une totale liberté de choix entre une gestion de droit public ou de droit privé par le biais des SPL. Peu de limites juridiques semblent en effet restreindre l'exercice des compétences locales sous un régime de droit privé.
>
> Valérie COLLOMP
> « Les SPL ou l'ouverture du droit privé à l'exercice des compétences locales »[2547]

Comme le met parfaitement en valeur Valérie COLLOMP, il est évident que la société publique locale représente une nouvelle voie de gestion privée des compétences publiques locales. Cette nouvelle voie que peuvent emprunter les collectivités locales n'implique pas forcément que la gestion des compétences publiques soit profondément modifiée, la SPL se calquant en partie sur les délégations d'activité au secteur privé[2548]. Toutefois la notion de quasi-régie et ses caractéristiques impliquent des changements incrémentaux, des évolutions légères mais qui, cumulées, deviennent significatives de la définition d'un nouveau cadre dans lequel se déploient les compétences des collectivités locales.

---

[2547] COLLOMP, Valérie, « Les SPL ou l'ouverture du droit privé à l'exercice des compétences locales », *LPA* 2013, n° 187, p. 6

[2548] *Cf. supra,* partie 2, titre 2, chapitre 2.

L'idée de compétence des personnes publiques est « au coeur de tout le droit public »[2549]. Elle est, pour reprendre, la définition d'Olivier BEAUD, « le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action »[2550]. Pour les collectivités locales, cette notion permet de limiter par l'extérieur l'action publique locale, par la spécialisation dans certaines activités et surtout par l'exclusion de domaines dans lesquels les collectivités locales ne peuvent agir. Comme le démontre Mathieu DOAT dans son travail de doctorat, la notion même de compétence des collectivités locales est indissolublement liée à la rationalisation des actions locales, car créée dans ce but même[2551]. Or, si les compétences des collectivités locales se sont élargies lors des différentes vagues de décentralisation, elles semblent aujourd'hui plutôt en voie de régression, avec la mise en oeuvre imposée par le niveau national d'objectifs de rationalisation, de spécialisation, et de rétrécissement des compétences locales[2552]. Dans ce contexte de diminution des compétences publiques locales pour agir dans l'économie par spécialisation des collectivités territoriales, la création des SPL en droit français peut apparaître comme une véritable contre-offensive, en donnant plus de marge de manoeuvre, et donc plus de liberté aux collectivités dans la

---

[2549] HERTZOG, Robert, « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », *in* WALINE, Jean, *Gouverner, administrer, juger, liber amicorum,* Paris : Dalloz, 2002, p. 237.

[2550] BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, p. 169 : « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir ». La définition est ici plus intéressante que la définition générale d'une « aptitude à agir dans un certain domaine » (CORNU, Gérard (dir.,), *Vocabulaire juridique,* Paris : PUF, 2020). La question peut se poser de savoir si les collectivités locales ont des compétences, ou autre forme de capacité, moins large que l'idée de compétences, étant donné le régime juridique restrictif que le juge attache à ces compétences locales. Robert HERTZOG propose par exemple de considérer quels collectivités n'ont pas réellement de compétences mais des attributions légales (HERTZOG, Robert, « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », *in* WALINE, Jean, *Gouverner, administrer, juger, liber amicorum,* Paris : Dalloz, 2002, p. 237). Toutefois, c'est la Constitution elle-même qui prévoit, à l'article 34, que les collectivités territoriales se voient déterminer des « compétences » par la loi, de même qu'aux articles 72, 73 et 74. Notamment, l'article 72 prévoit que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Le terme est ensuite utilisé dans les divers textes légaux de répartition des missions et des spécialités entre l'Etat et les collectivités territoriales. Le terme constitutionnel et légal de compétence porte néanmoins à confusion, puisque la compétence en droit public, selon une vision plus précise, « désigne, parmi les organes auxquels un pouvoir identique a été attribué, celui qui est habilité à l'exercer de manière effective (PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 606). Dans la suite de cette étude sur les SPL, elle désigne cependant un titre de pouvoir que les personnes publiques ne peuvent organiser à leur guise et qu'elles ne maîtrisent pas sans texte supérieur, ce qui relativement conforme à la jurisprudence, qui interdit aux collectivités locales de prendre ou de se départir d'une compétence sans texte, ou de l'organiser dans des conditions que la jurisprudence ne considèrent pas conformes à des « principes qui sont davantage implicites et ne figurent explicitement dans aucun texte, mais sont consubstantiels à l'esprit du droit public français » (*Ibidem,* p. 1004).

[2551] DOAT, Mathieu, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 2003, p. 205 et s.

[2552] Voyez pour un résumé de la situation : PLESSIX, Benoît, « Clause minimum de compétence », *Dr. adm.* 2016, n° 12, repère 11 ; PONTIER, Jean-Marie, « La redéfinition des compétences : à la recherche de la cohérence », *RDP* 2015, n° 5, p. 1241. et pour des étude plus approfondies : DURANTHON, Arnaud, *Subsidiarité et collectivités territoriales : Etude sur la subsidiarisation des rapports entre Etat et collectivités territoriales en droit public français,* Paris : Dalloz, 2017, 1040 p. ; BAUBONNE, Mickaël, *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux, 2015, 595 p.

gestion publique locale[2553]. Mais ce surcroît de liberté ne porte-t-il que sur les moyens, ce qui est le but affiché, ou bien déborde-t-il aussi sur les capacités d'agir des collectivités locales ? La SPL sur ce point représente certainement une déstabilisation des conceptions classiques de la compétence des personnes publiques.

La souplesse qu'offre le droit privé et le cadre de l'organisation concurrentielle des actions publiques locales laisse en effet apparaître tout le potentiel libérateur des SPL dans l'utilisation concrète des compétences des collectivités locales, spécialement lorsque la SPL organise des coopérations publiques institutionnalisées qui ne seraient pas possibles sous une forme de droit public (section 1). Cette application du droit privé pour gérer, en gestion directe, des compétences publiques, amène alors à remettre en question certaines interdictions que la théorie, sur l'invitation d'une jurisprudence ancienne, avaient considéré comme des caractéristiques inaltérables des compétences publiques (section 2). Cependant, il faut bien conclure que, malgré ces soubresauts en direction d'une compétence gérée différemment, la SPL n'est pas — ou pas encore ? — la clé d'une compétence locale réellement élargie pour les collectivités locales (section 3).

# Section 1 : La SPL comme moyen d'une répartition privée des compétences

De façon significative, la création de la SPL est concomitante d'un raidissement national français relatif à la répartition et à la gestion coopérative des compétences publiques locales[2554]. Dans ce cadre de rationalisation, la société publique locale propose un cadre plus maîtrisé par les collectivités locales dans la définition de son périmètre que les coopérations institutionnalisées de droit public, soumises à des impératifs de rationalisation (I). De plus, si la théorie traditionnelle du droit administratif, telle que le juge administratif l'a interprétée jusqu'en 2018[2555], s'opposait à une mise en commun sans limite des compétences des collectivités locales par la seule action du droit des sociétés dans les SPL, le législateur a souhaité justement faire profiter les SPL d'un régime plus

---

[2553] Cette impression est d'ailleurs singulièrement renforcée par l'adoption de la loi loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, répondant à l'interprétation restrictive du Conseil d'Etat sur la gestion en commun des compétences publiques locales à travers ces outils : *cf.* BRAMERET, Sébastien, « Actionnariat partagé d'une société à capital public locale : quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle ?) », *AJDA* 2019, n° 29, p. 1690-1695.

[2554] Voyez notamment : BAUBONNE, Mickaël, *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux, 2015, 595 p.

[2555] Voyez, pour une synthèse de la jurisprudence jusque début 2019 : DEVES, Claude, « Les sociétés publiques locales (SPL) au pied du mur des compétences », *JCP-A* 2020, n° 4, étude n° 2020.

souple, qui permet de transformer les SPL en véritables prestataires de compétences — ce que l'étude des réalités locales démontre pleinement (II).

# I - Une coopération de droit privé plus souple que ses alternatives de droit public

La rationalisation des compétences publiques locales apparaît depuis une vingtaine d'années au centre d'un discours politique national prônant l'efficience publique et l'amélioration de la gouvernance démocratique[2556]. Ce discours s'insère lui-même de façon assez logique dans une vision pro-concurrentielle, et favorable au secteur privé, qui sont les marques d'une vision si ce n'est uniquement libérale, au moins néo-libérale de la gestion publique[2557]. Or, ce même discours jouant à la fois sur les objectifs et sur les formes d'action, il permet — fort paradoxalement — de contraindre tout en même temps les collectivités locales dans leurs compétences, et de leur offrir un instrument plus souple pour leur gestion : la société publique locale. En comparaison des règles entourant les coopérations institutionnelles et contractuelles de droit public, la SPL présente un visage plus flexible et souple dans la prise en charge matérielle ou l'exécution des compétences publiques. La SPL présente des avantages de fond et de forme à la fois par rapport aux coopérations non-institutionnalisées, ou conventionnelles (A), et sur les coopérations institutionnalisées de droit public (B).

## A) Une alternative avantageuse aux coopérations non institutionnelles

Pour la mise en oeuvre concrète des compétences dans le cadre de l'architecture institutionnelle de droit public, les possibilités de recourir aux ententes, aux conventions de prestation de service et aux mutualisations de services entre collectivités locales ont été encore renforcées et simplifiées dans les lois des vingt dernières années[2558]. Cependant, les SPL présentent par rapport à ces coopérations contractuelles des avantages en termes de conditions de mise en oeuvre (1). Même la contractualisation des compétences des collectivités entre elles, désormais

---

2556 DURANTHON, Arnaud, *Subsidiarité et collectivités territoriales : Etude sur la subsidiarisation des rapports entre Etat et collectivités territoriales en droit public français,* Paris : Dalloz, 2017, p. 15 et s.

2557 DURANTHON, Arnaud, « L'influence du néo-libéralisme sur les modalités d'exercice des compétences locales », *in* DOUENCE, Maylis (dir.), *L'exercice des compétences locales entre rationalisation et créativité,* Paris : L'Harmattan, 2018, p. 13-35

2558 MARTIN, Julien, « Les conventions relatives à l'exercice des compétences », *RFDA* 2020, p. 232.

légalement autorisée aux fins d'une meilleure coopération publique, ne permet pas d'atteindre la souplesse des sociétés publiques locales (2).

### *1) Les coopérations publiques non institutionnelles*

Les coopérations publiques conventionnelles non institutionnalisées, après avoir été longtemps ignorées ou sous-estimées dans la pratique[2559], ont souffert à la charnière des années 2000 d'une vision large du droit de la commande publique, notamment sous l'influence de l'Union européenne[2560]. Après avoir connu les affres d'une interprétation restrictive en France assimilant une partie de ces conventions à des contrats soumis aux obligations de mise en concurrence sous couvert de l'influence du droit de l'Union[2561], ces conventions ont connu jusqu'à aujourd'hui une nouvelle jouvence[2562], toujours sous l'impulsion du droit de l'Union, qui a su se montrer plus clément à leur égard[2563], notamment à l'occasion de l'important arrêt de la CJUE du 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*[2564].

Ces évolutions ont abouti à distinguer plus clairement entre les conventions de transferts définitifs de compétences[2565], les conventions de coopération entre personnes publiques coopérant dans un même but et échappant à des considérations commerciales[2566], les contrats de quasi-

---

2559 BENOIT, Jean, « Intercommunalité : conventions de coopération », folio n° 1110, *Encyclopédie des collectivités locales,* mise à jour mars 2013.

2560 DEGOFFE, Michel, DREYFUS, Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA* 2001, p. 807.

2561 CE, 20 mai 1998, *Communauté de Communes du Piémont de Barr*, n° 188239 : *R*. 201 ; *RFDA* 1998, p. 609, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998, p. 553, note R. Fabien et P. Fombeur ; *Revue des concessions et des DSP,* 1998, n°2, p. 99-131, note G. Guiavarc'h.

2562 SORBARA, Jean-Gabriel, « Contrats de coopération entre personnes publiques et commande publique », *CMP* 2020, n° 3, étude 1.

2563 NOGUELLOU, Rozen, « Net assouplissement sur le front de la coopération locale : Cour de justice des Communautés européennes, 9 juin 2009, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C480/06 », *RDI* 2009, p. 469.

2564 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec.* p. I-4747, conclusions Jan MAZAK : *JCP-A* 2009, n° 27, p. 39-42, note Ph. Proot ; *CMP* 2009, n° 7, p. 25-28, note H. Hoepffner ; *LPA* 2009, n° 151, p. 10-21, note J.-M. Glatt ; *Europe* 2009, n° 8, p. 23-24, note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 9, p. 469-470, note R. Noguellou ; *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *RLCT* 2009, n° 50, p. 55-58, note Ch. Mondou ; *RDUE* 2009, n° 3, p. 570-574, note B. Pirker ; *JCP-A* 2009, n° 44, p. 2248, note F. Lichère et F. Linditch ; *RJEP* 2009, n° 670, p. 23-25, note A. Santamaria Dacal ; *JCP-G* 2010, n° 13, p. 662-664, note A. Chaminade.

2565 DEGOFFE, Michel, DREYFUS, Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA* 2001, p. 807.

2566 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec.* p. I-4747, *préc*.

régie[2567], et les contrats relevant de la commande publique[2568]. Afin d'échapper à la qualification de contrat relevant de la commande publique, dont la CJUE fait une interprétation très large, les trois exceptions susvisées doivent répondre à certaines conditions. Or, en droit public français, les sociétés publiques locales sont pour l'instant les seules alternatives de droit privé pouvant croiser une coopération publique et la reconnaissance d'une situation de quasi-régie.

Les SPL présentent de plus des conditions pour bénéficier de l'exclusion de la qualification de commande publique qui paraissent plus simplement prouvées que celles des coopérations publiques conventionnelles. En effet, l'arrêt de grande chambre de la CJUE du 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Loale di Lecce*[2569], précisant l'arrêt du 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*[2570], prévoit quatre conditions nécessaires à l'exclusion de coopération publique : 1° qu'il s'agisse d'entités publiques, 2° que le contrat soit exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, et 3° que le contrat assure la mise en couvre d'une mission de service public commune aux deux entités. Or, il ne ressort pas de la jurisprudence[2571] ni de la dernière réglementation sur la commande publique[2572] que de telles conditions soient exigées au niveau européen des quasi-régies, qui n'ont elles, qu'à remplir les conditions de contrôle analogue et de quasi-exclusivité des relations. Comme en droit français, cette différence s'explique

---

2567 CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

2568 CJUE gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Loale di Lecce et Universita del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.,* conclusions V. TRSTENJAK : *ECLI:EU:C:2012:817* : *JCP A* 2013, n° 3, p. 24-30, note F. Tesson ; *Europe* 2013, n° 2, p. 32-33, note D. Simon ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *Rec. Dalloz Sirey* 2013, n° 5, p. 309, note D. Capitant ; *CMP* 2013, n° 3, p. 19-20, note W. Zimmer ; *AJDA* 2013, n° 11, p. 630-634, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2013, n° 2, p. 183-185, note A. Sée ; *RDI* 2013, n° 4, p. 213-214, note R. Noguellou ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 346-349, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA61-NA64, note D. McGowan ; *Public Procurement Law Review* 2013 p.225-235, note E. Olsson ;

2569 CJUE gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Loale di Lecce et Universita del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.,* conclusions V. TRSTENJAK : *ECLI:EU:C:2012:817* : *JCP A* 2013, n° 3, p. 24-30, note F. Tesson ; *Europe* 2013, n° 2, p. 32-33, note D. Simon ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *Rec. Dalloz Sirey* 2013, n° 5, p. 309, note D. Capitant ; *CMP* 2013, n° 3, p. 19-20, note W. Zimmer ; *AJDA* 2013, n° 11, p. 630-634, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2013, n° 2, p. 183-185, note A. Sée ; *RDI* 2013, n° 4, p. 213-214, note R. Noguellou ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 346-349, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA61-NA64, note D. McGowan ; *Public Procurement Law Review* 2013 p.225-235, note E. Olsson ;

2570 CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec.* p. I-4747, *préc.*

2571 V. dernièrement : CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num. ECLI:EU:C:2016:935 : JCP-A* 2017, n° 2, p. 21-23, note M. Karpenschif ; *Europe* 2017, n° 2, p. 24, note E. Daniel ; *BJCP* 2017, n° 111, p. 90-94.

2572 Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

par le privilège qui est reconnu aux collectivités publiques de pouvoir mettre en oeuvre par leurs propres moyens leurs compétences[2573] — privilège étendu, par le biais de la fiction de la quasi-régie, aux SPL.

Concernant les quasi-régies, sur le point de n'avoir que des entités publiques au contrat (1°), le droit européen autorise justement une participation privée aux quasi-régies, si cette participation n'a pas d'influence sur les décisions[2574]. Le droit français ne l'autorise toutefois pas pour l'instant, ce qui fait de cela un avantage purement théorique en attendant. Sur le point que le contrat ne soit régi que par des considérations propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public (2°), les directives et la jurisprudence ne prévoient ni obligation d'objectifs d'intérêt public, ni considérations propres dans la gestion. Pour les SPL, si la condition d'activité d'intérêt public est bien existante, la seconde ne l'est pas. Pour la 3° condition, le droit français organise les choses de façon aussi plus libérale pour les SPL que pour les conventions de coopération publique[2575].

A cela encore faut-il ajouter les conditions particulières du droit public français des coopérations conventionnelles, qui réglemente à la fois le fond et la forme de tout un ensemble de conventions possibles, qui ne peuvent se confondre entièrement entre elles et restent ainsi relativement rigides[2576], tandis que les formes et les conditions des contrats de SPL sont à peine esquissées par la loi[2577].

Ainsi, et au regard des garanties qu'elle apporte en termes de contrôles, qui sont par définition équivalente à ceux des collectivités locales sur leurs propres services, il apparaît bien que la coopération de droit privé de la SPL devient une alternative fort intéressante dans le domaine de la coopération publique. Même la contractualisation débridée sur les compétences locales ne peut comparer à la SPL.

---

[2573] DOUENCE, Jean-Claude, « Les modes de gestion des services publics : Note sous Conseil d'Etat, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence* », *RFDA* 2007, p. 821.

[2574] V. par exemple : CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004*, conclusions P. MENGOZZI : *JCP A* 2014, n° 41, p. 13-16, note S. Brameret ; *CMP* 2014, n° 10, p. 29-31, note W. Zimmer ; *RTDE* 2015, n° 2, p. 401-402, note A. L. Durviaux — et les directives citées note préc.

[2575] *Cf. infra.*

[2576] BENOIT, Jean, « Intercommunalité : conventions de coopération », folio n° 1110, *Encyclopédie des collectivités locales,* mise à jour mars 2013.

[2577] *Cf. supra,* et MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « Les contrats entre les collectivités territoriales et leurs sociétés publiques locales », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016 , p. 207 et s.

## *2 ) Les avantages institutionnels des SPL par rapport à la contractualisation des compétences*

La souplesse de réversibilité qu'offre la SPL, ne peut être comparable évidemment à un transfert de compétences définitif. Elle offre toutefois aussi des avantages face aux conventions de délégation de compétences entre collectivités, par définition plus souples que les transferts définitifs de compétences.

Les conventions de délégation de compétences entre collectivités mettent en place en effet une catégorie intermédiaire de translation de responsabilités entre les transferts définitifs de compétences et les contrats d'exécution des compétences[2578] (comme les délégations de service public aux SPL par exemple). Cette catégorie intermédiaire ne peut être assimilée à un mandat, ni à une délégation de service public, même si elle en emprunte le nom[2579]. Ainsi, les compétences, telles des titres de propriété, peuvent désormais être entièrement divisées entre leur exercice et leur possession. Elles peuvent transférées dans leur exercice pour toute leur utilité, en ne retenant que le droit ultime d'en disposer, ce qui les rapprochent plus proprement d'un transfert temporaire ou réversible de compétences que d'une délégation.

Malgré sa souplesse apparente, les conséquences de la délégation de compétences restent relativement strictes dans leur conséquences en termes de coopération institutionnalisée. Un arrêt du Conseil d'Etat du 13 décembre 2017, *Assemblée des Départements de France*[2580], a en effet précisé qu'une collectivité, privée légalement d'une compétence, mais à laquelle une autre collectivité aurait délégué sa compétence, ne pourrait néanmoins plus participer à une structure institutionnalisée de coopération de droit public ayant en charge cette compétence.

Une telle solution serait moins facilement acceptable pour les sociétés publiques locales, qui ne reçoivent que la gestion ponctuelle d'une mission, contrairement aux institutions publiques de coopération, qui en reçoivent entièrement — même si parfois temporairement — la maîtrise par transfert[2581]. La SPL est en effet un simple outil de gestion des compétences, et non un outil de maîtrise de celles-ci. Une collectivité exerçant une compétence déléguée par une autre devrait donc normalement pour en user, c'est-à-dire notamment participer à une société publique locale pour pouvoir lui confier la gestion de cette mission, sans que cela soit un problème.

---

[2578] JANICOT, Laëtitia, « Les délégations de compétences entre personnes publiques », *Dr. adm.* 2019, n° 2, étude 3.

[2579] *Ibidem.*

[2580] CE, 13 décembre 2017, *Assemblée des Départements de France,* n° 406563, mentionné aux Tables : *JCP-A* 2017, p. 2034, concl. V. Daumas.

[2581] CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier : Rev. adm.* 1970, p. 530, note Georges Liet-Veaux.

La SPL apparaît donc bien, par rapport aux coopérations non-institutionnalisées, comme possédant de nombreux avantages pratiques et juridiques. Elle est aussi une alternative intéressante aux coopérations institutionnalisées de droit public.

## B) Une alternative avantageuse aux coopérations institutionnalisées de droit public

Au regard de ces cadres rigides, les sociétés publiques locales peuvent être facilement comprises comme d'attractives alternatives à des schémas trop contraints. Yvon GOUTAL va jusqu'à présenter la SPL comme une « intercommunalité de service et de moyens, contractuelle, souple, avec possibilité d'entrée et de sortie »[2582]. Cette présentation soulève des points importants. Les SPL présentent effectivement quatre grands avantages de flexibilité par rapport aux intercommunalités classiques : par rapport au principe de spécialité, par rapport à la gouvernance, par rapport aux possibilités plus simples d'entrée et de sortie, et enfin par rapport au lien plus direct qu'elle permet entre création d'une structure de coopération et gestion de l'activité.

Quant au cadre institutionnel lui-même, les coopérations institutionnelles de droit public, dont les établissements publics de coopération intercommunale et les autres groupements de collectivités territoriales comme les syndicats mixtes, continuent à être soumises à des règles de droit public relativement strictes et pesantes[2583]. Elles reposent en effet sur la création de nouvelles personnes de droit public à qui les collectivités locales peuvent et parfois doivent déléguer certaines de leurs compétences, et dont les relations et les actions sont très encadrées par la loi[2584]. Ainsi, les formes et le fond des relations entre collectivités adhérentes sont codifiées, de même que les relations entre collectivités adhérentes et leur groupement. Sur le fond, les principes de spécialité et d'exclusivité guidant ces structures, selon l'interprétation désormais bien acceptée du Conseil d'Etat, une fois transférées, les compétences ne peuvent plus être exercées par les collectivités locales initialement compétentes[2585]. Les financements croisés d'une ancienne compétence sont de même quasiment impossibles, sauf exception, les moyens financiers, humains et patrimoniaux

---

[2582] GOUTAL, Yvon, « La SPL, un nouvel outil de l'intercommunalité », *La Gazette des Communes* 2010, n° 35.

[2583] JANICOT, Laetitia, « Coopération intercommunale - règles communes », fasc. 129-20, *JurisClasseur Administratif,* mise à jour 18 novembre 2014.

[2584] LE LIDEC, Patrick, « Entre desserrement et resserrement du verrou de l'Etat : les collectivités françaises entre autonomie et régulations étatiques », *RFSP* 2020, n° 1, p. 75.

[2585] CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier : Rev. adm.* 1970, p. 530, note Georges Liet-Veaux.

devant être transférés en parallèle des compétences[2586]. La SPL, outil d'exécution mais non de maîtrise des compétences, échappe évidemment à de tels chemins tracés.

Le deuxième avantage porte sur la gouvernance institutionnelle. Face aux obligations de transférer des compétences des communes aux EPCI, ces sociétés peuvent redonner aux communes un droit de regard plus flexible sur la gestion des compétences transférées, la SPL étant régie par le principe de l'actionnariat — c'est-à-dire que celui qui paye décide. Or, les coopérations publiques institutionnelles de droit public sont fondées quant à elle sur le principe démocratique représentatif. La répartition des sièges doit donc tenir compte de la population[2587]. En même temps, la condition de contrôle analogue force les dirigeants de la société à demander une attention spécifique de tous leurs actionnaires sur les activités de la société, ce qui réduit les effets non seulement d'actionnariat majoritaire, mais aussi de mise en minorité de certaines collectivités, effets qui peuvent exister au niveau d'une coopération publique institutionnelle forcée[2588].

Mais la SPL offre aussi le confort — pouvant être rassurant pour certaines collectivités — d'une forme institutionnalisée et donc stable de gestion coopérative des compétences, sans les inconvénients d'un transfert définitif de compétence, pour un résultat équivalent en termes de gestion. Les conditions de participation à une structure institutionnalisée de coopération de droit public présentent en effet « un caractère rigide et définitif »[2589], qui peut rebuter. Avec la spécialisation et la rationalisation imposées des compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements aujourd'hui à l'oeuvre, ces règles créent des effets de rigidité importants, certains types de coopérations institutionnelles de droit public appelant certaines règles, qui ne sont

---

[2586] SESTIER, Jean-François, « La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle », AJDA 2013, p. 857.

[2587] La répartition des sièges dans un EPCI est prévue selon des modalités essentiellement démographiques en vertu de l'article L. 5211-6-1 du CGCT. D'ailleurs, si les communes peuvent décider conventionnellement d'une autre représentation des sièges, celle-ci doit se faire désormais dans certaines limites constitutionnelles, basées sur l'égalité devant la loi et du suffrage : Conseil constitutionnel, 20 juin 2014, décision 2014-405 QPC, *Commune de Salbris : JCP-A* 2014 n° 35, p. 35, note B. Quiriny ; *RGCT* 2014 n° 55, p. 79, note A. Treppoz-Bruant ; *JCP-A* 2014 n° 40, p. 26, note M. Verpeaux ; *Dr. adm.* 2014 n° 10, p. 21, note S. Lamouroux ; *LPA* 2014 n° 228, p. 9, note J.-P. Grandemange ; *AJDA* 2014 n° 41, p. 2360, note F. Sempé *; RFDC* 2014 n° 101, p. 186, note Ph. Levavasseur et Th. Leroy. Le Conseil constitutionnel indique que « dès lors que des établissements publics de coopération entre les collectivités territoriales exercent en lieu et place de ces dernières des compétences qui leur auraient été sinon dévolues, leurs organes délibérants doivent être élus sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il s'ensuit que la répartition des sièges doit respecter un principe général de proportionnalité par rapport à la population de chaque collectivité territoriale participante » (considérant 4). La réponse du législateur ne s'est pas fait attendre, mais elle ne peut autoriser évidemment au-delà de la jurisprudence constitutionnelle : Loi n° 2015-264 du 9 mars 2015 autorisant l'accord local de répartition des sièges de conseiller communautaire : *JCP-A* 2015, n° 18, p. 28, note M. Verpeaux ; *Dr. adm.* 2015, n° 10, p. 26, comm. M. Travers ; *JCP-A* 2015, n° 35, note A. Gardère.

[2588] Effets que les réformes récentes de démocratisation de l'intercommunalité ont bien dû accompagner, puisque les chercheurs faisaient le constant auparavant, dans le cadre d'une intercommunalité choisie, d'une gestion intercommunale apartisane : DESAGE, Fabien, GUERANGER, David, *La politique confisquée. Sociologie des réformes et des institutions intercommunales,* Paris : Éditions du Croquant, 2011, 247 p. ; *versus :*

[2589] FLEURY, Benoît, « De quelques problématiques soulevées par les Sociétés publiques locales », *Gestion & Finances Publiques* 2012, n° 11, p. 69.

pas applicables à d'autres. La loi différencie par exemple les établissements regroupant uniquement des communes, des établissements regroupant uniquement des collectivités territoriales (syndicats mixtes fermés), des établissements regroupant des collectivités territoriales et d'autres personnes publiques (syndicats mixtes ouverts). Or, chacune de ces structures a ses règles propres, et la participation, même symbolique, d'un département à un syndicat de communes est strictement interdite[2590]. Une société anonyme au contraire peut mettre en place de nombreux outils contractuels entre actionnaires pour régler de façon plus particulière les situations concrètes[2591].

Et, dans une perspective purement finaliste — qui est plus celle de l'efficience que celle de la rationalisation — l'important est moins que la compétence soit transférée à une personne qui pourrait effectuer des économies de niveaux de décisions politiques et d'échelle territoriale, et plus que celle-ci soit bien exécutée et gérée par une personne pouvant fournir les mêmes économies de décisions politiques et d'échelle territoriale. Guy DURAND faisait à propos des relations des SEML et de leurs collectivités-actionnaires, le constat que leur attachement était « souvent plus intime que beaucoup d'établissements publics car il s'exprime de façon organique *et* rationnelle puisque les actionnaires sont aussi les clients de la SEML »[2592]. Appliqué aux SPL, cette maxime ne peut qu'être d'autant plus vraie, le rattachement des SPL étant augmenté encore par rapport aux SEML par l'exigence du contrôle analogue. S'il faut considérer que l'idée de clientèle possède sa valeur explicative, cela jouerait effectivement dans le sens d'un avantage pour les SPL. Mais l'avantage se situe surtout du côté de la diminution des niveaux d'institutions à créer. Du point de vue du résultat final et concret, l'exécution prime clairement la maîtrise politique. La SPL, outil d'exécution pouvant fournir les mêmes économies de décisions politiques et d'échelle territoriale qu'un établissement public de coopération, gagne de plus sur le fait qu'elle cumule dans une même personne morale les fonctions d'outil de coopération et d'outil d'exécution de droit privé. Les établissements publics de coopération ne permettent pas une telle confusion, et ne peuvent eux-mêmes exécuter une action que sous le couvert de la régie de droit public ou — ce qui est assez paradoxal pour un outil de simplification — eux-mêmes déléguer ou faire exécuter par une autre personne les actions liées aux compétences en cause, par exemple — deuxième paradoxe — à une société publique locale. Or, le droit public de la gestion enserre souvent la gestion d'une activité dans des formes d'institutionnalisation particulières, qui doivent se rajouter à la première institution. Dans le cas de la gestion d'un service public notamment, l'institution publique de coopération doit

---

2590 CE, 14 décembre 1983, *Commune de Brienne,* n° 36897 : *R.* p. 511.

2591 SCHILLER, Sophie, « Pacte d'actionnaires - clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Répertoire des sociétés,* mise à jour mai 2020.

2592 DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale*, thèse de doctorat : droit public, Montpellier I, 1994, p. 5. C'est nous qui soulignons.

obligatoirement créer une régie financièrement autonome — c'est-à-dire une institution sans personnalité juridique propre, mais dotée d'un conseil d'exploitation propres, de finances propres, et d'un règlement intérieur qui la séparent concrètement et matériellement de la première institution[2593]. L'alternative légale pour gérer des services publics par une institution publique est de créer des régies bénéficiant de la personnalité propre[2594]. Face à ce dilemme, si une exécution des compétences sous le couvert d'une SPL est souhaitée dès le départ d'une coopération, il serait totalement illogique et inefficient de passer d'abord par un transfert des compétences à un EPCI, avant que de confier l'exercice des compétences à une SPL. Les caractéristiques de la SPL lui assurent finalement, en comparaison des véritables régies, le rôle d'une « formule moderne de régie directe externalisée »[2595] selon les termes d'Olivier LAFFITTE. Si la formule mérite d'être tempérée dans son sens littéraire et juridique, elle n'en fait pas moins ressortir l'intérêt de la SPL, qui permet de créer un lien direct, là où l'emploi du droit public nécessiterait trop souvent de multiplier les structures et de rendre ainsi, paradoxalement, le contrôle plus indirect.

Toute étonnante qu'elle soit, cette intimité facilitée dans le cadre du droit privé, entre les SPL et les collectivités locales dont parlait Guy DURAND[2596], représente alors un avantage que les établissements publics peuvent moins facilement atteindre. Mais la SPL présente aussi des intérêts pour les collectivités locales et leurs groupements qui souhaiteraient échapper quelque peu à la rationalisation forcée des compétences.

## II - Une coopération permettant de légers débordements de compétences

Le régime des SPL est relativement particulier sur le point des compétences mises en commun par le biais d'une SPL contrôlée conjointement par plusieurs collectivités territoriales et

---

2593 CGCT, art. 2221-4. *Cf.* LACHAUME, Jean-François, TIFFINE, Pierre, « Régie », fasc. 740, *JurisClasseur Collectivités territoriales,* mise à jour octobre 2013 ; et aussi : DOUENCE, Jean-Claude, « La gestion en régie directe du service public local », folio n° 6142, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* mise à jour mars 2009 ; LACHAUME, Jean-François,« Le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public local », *RFDA* 2001, p. 1063.

2594 CGCT, art. 2221-4. *Cf.* TIFFINE, Pierre, « Service public local - Régie personnalisée », fasc. 580, *JurisClasseur Collectivités territoriales,* mise à jour avril 2018 ; et de manière plus générale, sur la création historique de la notion de régie : VIGUIER, Jacques, *Recherches sur la notion de régie en droit public français,* Thèse de doctorat : droit public : Toulouse I, 1989, 556 p.

2595 LAFFITTE, Olivier, « SPL, SEMOP et transports collectifs : la 'troisième voie' ? », *Contrats publics* 2015, n° 154, p. 44.

2596 DURAND, Guy, *Recherche sur la nature de la société d'économie mixte locale*, thèse de doctorat : droit public, Montpellier I, 1994, p. 5. C'est nous qui soulignons.

groupements de collectivités. Tout d'abord, après une bataille judiciaire, le législateur est intervenu pour reconnaître que les collectivités locales ne devaient pas posséder toutes les compétences relatives à l'objet social d'une telle société, et que posséder une partie d'entre elles suffisait (A). Cela représente déjà une pierre importante dans le jardin de la rationalisation. Toutefois, il faut rajouter à cette situation nouvelle une règle plus ancienne, et que le législateur n'a pas considéré comme nécessaire de supprimer ou d'amender, qui permet aux collectivités territoriales perdant la compétence leur permettant de participer à une SPL, de garder, par exception, une participation minoritaire à l'intérieur de celle-ci. Dans le cas des SPL, ce maintien équivaut aussi à un avantage considérable par rapport aux coopérations de forme publique. Il démontre aussi que le lien entre objet social des SPL et compétence des collectivités actionnaires n'est pas si évident ni si nécessaire que cela (B).

## A) La gestion en commun de compétences proches mais non identiques

La SPL, en tant qu'instrument de coopération publique, peut-elle permettre à des collectivités locales actionnaires, et donc dirigeants, de se prononcer sur la gestion d'une compétence qu'elles ne possèdent plus ? La réalité des SPL, où plusieurs collectivités peuvent mettre en commun des compétences qui ne sont pas toutes exactement les mêmes, a prouvé que le cas pouvait exister, et que le juge administratif avait une opinion, généralement restrictive, sur la question. Néanmoins, cette opinion ne fut longtemps pas arrêté, et dans le foisonnement des interprétations, le fonctionnement de la SPL a pu souffrir d'instabilité chronique, jusqu'à une décision du Conseil d'Etat se prononçant pour l'option la plus restrictive (1). Le législateur est alors intervenu pour autoriser les collectivités locales et leurs groupements à s'engager dans une SPL sans nécessiter des compétences identiques, mais uniquement des compétences proches (2).

### *1) Une querelle contentieuse importante*

La question de la compatibilité des compétences détenues par les différents actionnaires avec l'objet social des SPL s'est rapidement posée dès l'adoption de la loi du 28 mai 2010 portant développement des sociétés publiques locales, par la voie contentieuse. Le Tribunal administratif de Lille a inauguré cette série d'affaires par une ordonnance du 29 mars 2012, en en posant les grands dilemmes. Le TA de Lille estime que si l'article L. 1531-1 du CGCT exigeait que les collectivités

démontrent leur compétence pour participer à une société publique locale, rien n'indiquait que les collectivités « doivent être attributaires de l'ensemble des compétences regroupées dans l'objet social de la société ». De même, il considère que ce même article n'impose pas qu'un actionnaire ne présentant qu'une des compétences de l'objet social ne détiendrait « les pouvoirs attachés à la qualité d'actionnaire » uniquement qu'en ce qui concerne la compétence qu'il détient.

Certes, les idées d'exclusivité et de spécialité, applicables lorsque les collectivités n'ont pas la compétence pour participer à une entreprise publique locale[2597], se montrent dans cette affaire incapables de réduire les SPL aux compétences multiples et « distinctes » de plusieurs collectivités ou groupements. Toutefois une seconde limite classique applicable aux SEML empêche une plasticité trop importante des SPL pour le TA de Lille : l'obligation qui leur est faite — par application de l'article L. 1521-1 du CGCT — de ne posséder que des activités complémentaires. Ainsi, indirectement, les compétences distinctes des collectivités doivent rester complémentaires pour que l'objet social soit légal. Cette obligation de complémentarité est néanmoins sujette à interprétation, car elle n'est pas inscrite à l'article L. 1531-1 du CGCT applicable aux SPL, et il était donc possible de se demander si elle était bien applicable en l'espèce. Pour être précis, la Cour de Cassation en avait fait application en 1974[2598] avant que le législateur de 1983 ne précise cette condition de complémentarité dans la loi applicable aux SEML, en se basant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat autorisant les interventions publiques d'intérêt public et leurs compléments normaux[2599]. La jurisprudence précédant la codification[2600], il était normal de penser que cette condition devait être reprise, sans compter son utilité *in casu* à limiter la création incontrôlée de SPL à objets multiples. Poursuivant cette jurisprudence dans un sens très logique par rapport aux exigences européennes de la situation de quasi-régie, le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand

---

[2597] Dans le cas des SEML : CE, Avis, Section de l'Intérieur, 19 décembre 1995, n° 358.102 : *EDCE* n° 47 p. 427 (une compétence ne relevant que d'un seul type de collectivités implique que seul ce type de collectivités peut participer à la création d'une SEML dans ce domaine) — TA Paris, 10 juin 1994, *Préfet de la Seine c/ SEMIT 93,* n° 93-06984/4 (illégalité de la tentative de participation d'un département à une SEML qui a pour objet une compétence qu'il ne détient plus).

[2598] Cass. com., 1er avril 1974, *Association pour l'étude et la défense des intérêts des quartiers c/ SEM de rénovation et de construction de Draguignan : Bull. civ.* IV, n° 117 : des objets complémentaires sont autorisés (aménagement et construction).

[2599] CE, 18 décembre 1959, *Delansorme et al. : R.* p. 693 : *RDPA* 1960, n° 30 ; *D.* 1960, p. 371, note Lesage.

[2600] Bien que la jurisprudence continuant par la suite à interpréter cette notion de complémentarité pour les SEML, et le faisant dans un sens plus large qu'initialement, autorisant les compléments normaux mais n'exigeant plus, contrairement à l'arrêt *Delansorme,* qu'il s'agisse aussi d'un complément nécessaire : CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564 : CE, 5 juill. 2010, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

indique dans plusieurs affaires du 1er juillet 2014[2601] que la seule conséquence du cumul d'objet multiple et de compétences distinctes, est « *l'impossibilité de pouvoir intervenir au titre des prestations intégrées sur le territoire de cette collectivité pour la ou les compétences qui ne sont pas partagées en commun* ».

Cependant, un deuxième front s'ouvre à l'Ouest, puisqu'au TA de Rennes, quelques semaines plus tôt[2602], l'interprétation est au contraire que des collectivités dont les compétences ne correspondent que partiellement à l'objet social d'une SPL ne peuvent être admises à y participer « *dès lors que cela aurait pour effet de les faire participer, en leur qualité d'actionnaires, aux décisions de la société publique locale concernant la mise en œuvre de cette compétence [qu'elles ne possèdent pas] en méconnaissance des principes de spécialité et d'exclusivité régissant les transferts de compétences* ». Ce que confirme l'appel[2603]. Visiblement en réponse à cette motivation, le TA de Clermont-Ferrand dans un arrêt postérieur du 10 mars 2015[2604] semble rappeler au TA de Rennes et à la CAA de Nantes que « *les sociétés publiques locales, qui revêtent la forme de société anonyme, ne constituent pas des établissements publics de coopération intercommunale à qui les membres adhérents transféreraient leurs compétences mais sont de simples outils d'intervention économique mis à la disposition des collectivités publiques afin qu'elles puissent assurer, le cas échéant et sous certaines conditions, la réalisation d'opérations dites de 'prestations intégrées', non soumises aux procédures de passation des marchés publics* ». Ce n'est pourtant pas cette interprétation tempérée que le Conseil d'Etat retient dans son arrêt du 14 novembre 2018, *SMADC et SEMERAP*[2605].

D'après Claude DEVES[2606], sans doute aiguillonné par la disparition de la clause générale de compétence pour les départements et les régions, et les interprétations ministérielles restrictives qui

---

[2601] TA Clermont-Ferrand, 11 avril 2013, *Préfet du Puy-de-Dôme*, n° 1301728, 1301729, 1301739n 1301731, et 1301732.

[2602] TA de Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor,* n° 1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 : *AJDA* 2013, p. 2531, étude M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser ; *AJCT* 2013, p. 571, note C. Devès ; *JCP-A* 2013, p. 2164, concl. P. Bonneville.

[2603] CAA Nantes, 19 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la Baie*, n° 13NT01683.

[2604] TA Clermont-Ferrand, 10 mars 2015, n° 1400480.

[2605] CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

[2606] DEVES, Claude, « Les sociétés publiques locales (SPL) au pied du mur des compétences », *JCP-A* 2019, n° 3, p. 2020.

ont suivi[2607], le Conseil d'Etat adopte donc une vision très restrictive de la participation des collectivités, non seulement à des SPL mais aussi par voie de conséquence, à des SEML, dont les objets sociaux excèdent leurs compétences. La motivation est bien celle retenue par le TA de Rennes sur le fond, quoique légèrement différente sur la forme : une participation « *qui confère [à une collectivité ou un groupement de collectivités] un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* ». Si le Conseil d'Etat exclue la comparaison avec les coopérations de droit public que faisait le TA de Rennes, il n'en garde pas moins clairement l'idée que la SPL serait une porte ouverte à l'exercice ou au moins à la gestion par des collectivités de compétences qui ne leur appartiennent pas ou plus. Or, c'est précisément ce que le législateur a immédiatement et spécifiquement autorisé en réponse à cette jurisprudence peu accueillante.

### *2) Une réaction législative très favorable aux SPL*

Les réactions à l'arrêt du 14 novembre 2018 ne font pas dans la demie-mesure et sont globalement négatives. D'après certains commentateurs — eux-mêmes acteurs de SPL — l'arrêt du représenterait même une « anosognosie »[2608] du Conseil d'Etat vis-à-vis des entreprises publiques locales ou, pour être plus clair, une incapacité à comprendre sa perte de capacité à comprendre ledit phénomène. Outre qu'ils ne sont ni adroits ni appropriés, de tels propos négligent aussi la motivation — implicite dans son arrêt mais explicite dans les conclusions de son rapporteur public[2609] — du Conseil d'Etat d'aboutir d'abord et avant tout à un meilleur encadrement législatif de ces outils multifonctionnels qui détonnent par leur souplesse dans le paysage rigide des coopérations de droit public. C'est ce que fait le législateur avec une rapidité très remarquable, bien

---

[2607] Instruction du Gouvernement relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales, du 22 décembre 2015, NOR : RDFB1520836N, annexe n° 7, « conséquences de la suppression de la clause de compétence générale sur les organismes dépendant des collectivités territoriales et sur les syndicats mixtes ».

[2608] WESTPHAL, Etienne, WELS, Yann, « Sociétés publiques locales : 'petits meurtres entre amis' au Palais Royal », *Dr. adm.* 2019, n° 3, comm. 12.

[2609] Conclusions de Mme Emmanuelle CORTOT-BOUCHER, rapporteur public, sous CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628 : « Il est acquis, en effet, que la solution que nous vous proposons aura pour effet de resserrer l'actionnariat des SPL et d'empêcher certaines associations. Nous croyons toutefois qu'il s'agit là des conséquences du choix fait par le législateur de créer les SPL sous la forme de sociétés anonymes de droit commun sans avoir organisé des modalités particulières de coopération entre les collectivités actionnaires. Il nous semble qu'il appartient dès lors au Parlement, le cas échéant, de modifier la loi pour prévoir de telles modalités ». (Conclusions disponibles sur le site ArianeWeb du Conseil d'Etat).

que ne faisant pas montre de la même unanimité qu'en 2010 lors de la création de cet outil, le processus législatif aboutissant dès le 18 mai 2019 à la publication de la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales[2610]. Le nouveau droit des SPL et des SEML prévoit donc désormais explicitement que « la réalisation de [l']objet [social] concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires »[2611]. Ce qui permet, de fait, la présence dans les SPL de collectivités ou de groupements de collectivités ne possédant pas toutes les compétences prévues par l'objet social de celles-là.

Afin de diminuer la possibilité de SPL « tentaculaires »[2612] ou « invasives »[2613] par leur extension d'activités, le législateur a néanmoins ajouté explicitement pour les SPL l'obligation de respecter une complémentarité des activités[2614]. Cette condition existait déjà pour les SEML à l'article L. 1521-1 du CGCT, et était pourtant déjà interprétée par le gouvernement comme s'imposant aux SPL. Il ne s'agit donc là que d'une explicitation de cette exigence. Pourtant, de façon fort opportune, quelques semaines à peine après le vote de la loi du 28 mai 2010 portant développement des SPL, le juge administratif suprême avait justement rectifié son interprétation de l'exigence de complémentaire dans un sens moins strict. Dans une décision du 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*[2615], le Conseil d'Etat revenait sur l'exigence d'une complémentarité « normale et nécessaire » qu'il utilisait jusque-là[2616], pour admettre une simple complémentarité « normale » des activités. De resserré législativement qu'il est par cette disposition, l'étau ne semble pas non plus pouvoir conduire les SPL à réduire trop drastiquement leurs activités.

L'instruction gouvernementale faisant suite à la loi du 17 mai 2019 met néanmoins en garde avec ferveur sur la vigilance des contrôles de légalité sur les éventuels « abus de droit »[2617] qu'une interprétation trop large pourrait permettre. Il est clair que le gouvernement souhaiterait éviter que

---

[2610] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* du 18 mai 2019, n° 115, texte n° 1.

[2611] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : Art. 1, visant les SPL, presque repris à l'identique à l'art. 2 pour les SEML, et à l'art. 3 pour les SPLA.

[2612] KARPENSCHIF, Mickaël, « Vers la fin des sociétés publiques locales tentaculaires ? », *AJDA* 2013, p. 257.

[2613] DEVES, Claude, « Stop aux sociétés publiques locales 'invasives' », *AJCT* 2014, p. 611.

[2614] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : Art. 1.

[2615] CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

[2616] Et dont la Cour administrative d'appel avait fait application, se référant à la formulation de l'arrêt CE, 18 décembre 1959, *Delansorme et al. : R.* p. 693 : *RDPA* 1960, n° 30 ; *D.* 1960, p. 371, note Lesage.

[2617] Instruction du Gouvernement du 14 octobre 2019 relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (NOR : COTB1915137J, texte non paru au J.O.), p. 6.

les sociétés publiques locales ne se transforment en véritables répartiteurs privés des compétences permettant d'échapper à la répartition légale des compétences locales, chevaux de Troie minant l'idéale clarification des compétences. Prenant appui sur la discussion parlementaire précédant l'adoption de la loi, le gouvernement considère ainsi qu'une participation visant à financer des actions qui ne relèveraient pas de la compétence de l'actionnaire financeur constituerait un tel abus. Cependant, outre que ce cas de figure relèverait plutôt du domaine des aides d'Etat et des subventions croisées, une telle interprétation de l'abus de droit reste de peu d'effet sur la capacité désormais autorisée des collectivités et de leurs groupements à participer concrètement à la gestion d'une compétence dont elle ne dispose pas ou plus — ce qui était le principal point problématique relevé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 14 novembre 2018, *SMADC et SEMERAP*[2618].

En tout état de cause, il faut comprendre que le législateur a souhaité très clairement autoriser ce qui paraissait problématique pour le Conseil d'Etat sur ce point, ouvrant ainsi la voie à la création de SPL-pivots de compétences, pouvant se positionner en prestataires de services aux compétences et à l'actionnariat larges. Mais un autre mécanisme, plus ancien, va même plus loin dans ses conséquences en termes de compétences publiques, puisqu'il arrive, à lui seul, à démontrer l'innocuité de participations à des sociétés publiques sans égard pour les compétences.

## B) La participation rémanente dans les SPLA après une perte de compétence

Il convient de mentionner un mécanisme spécifique au droit des SEML et des SPL faisant étrange figure au milieu de la dynamique de rationalisation des compétences territoriales : la retenue partielle d'actions de SEML et de SPL concernées par un transfert de compétence[2619]. Le maintien de cette exception légale pour les SPL ouvre une voie (certes limitée) à la participation active de collectivités locales ou de groupements sur la gestion de compétences qu'elles ne possèdent plus. Elle interroge sur la nécessité d'une compétence particulière pour participer dans de telles sociétés, alors que cette situation démontre la visible absence de danger qu'elle emporte. Cette disposition donne de plus aux sociétés publiques locales un avantage institutionnel indéniable sur les

---

[2618] CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

[2619] CGCT, art. 1521-1.

institutions publiques de coopération locale, pour lesquelles la règle de spécialité est, en comparaison, beaucoup plus stricte.

Les règles entourant les transferts de compétences entre personnes publiques sont particulièrement détaillées en droit français, étant donné l'impact concret des transferts de pouvoirs, mais aussi et surtout de personnels, de finances, de propriétés, de contrats, de droits et de responsabilités[2620]. Pour résumer, un transfert de compétence se fait de manière entière, et ne peut permettre à la personne transférant de garder un contrôle sur celle-ci une fois transférée[2621]. Comme le résume Morgane LETANOUX, « que le transfert de compétences s'opère de plein droit ou à titre optionnel, il est en principe intégral »[2622]. Dans les cas des actions détenues par des collectivités dans une société publique locale, il conviendrait donc, une fois la compétence transférée à une autre personne, et comme il est de droit dans les coopérations institutionnalisées de droit public, de transférer à celle-ci l'intégralité des obligations, des responsabilités et des actions détenues.

Or, les SPL bénéficient de la même exemption que les SEML de l'article L. 1521-1 du CGCT, permettant à la personne dépossédée de sa compétence, de ne transférer que deux tiers des actions qu'elle possède dans la société. Le texte précise explicitement que « la commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale peut continuer à participer au capital de cette société ». Cette disposition légale, bien qu'elle ne permette pas à une commune de confier à une SPL la gestion d'une compétence dont elle ne disposerait plus, entraîne néanmoins un droit de regard — certes minoritaire — sur la gestion d'une telle compétence, si elle devait continuer à être exercée par la SPL. Dans le cas de la SPL, les mécanismes du contrôle analogue encouragent d'ailleurs un droit de regard étendu des collectivités qui ne disposeraient plus des compétences en question.

Théoriquement et en pratique, si ces dispositions de l'article L. 1521-1 du CGCT protègent le droit de propriété initial des collectivités, mettant ainsi en valeur et protégeant leurs initiatives en matière de sociétés publiques locales, leur maintien peut poser question. Non seulement, ce mécanisme contrevient directement à l'objectif toujours annoncé de clarification des

---

2620 V. les longs développements qui y sont consacrés *in* LETANOUX, Morgane, « Intercommunalité : mise en oeuvre des compétences trasnférées aux EPCI à fiscalité propre », *Encyclopédie des collectivités locales,* mise à jour mars 2016, § 51-176. Mais aussi, de manière générale sur ce sujet complexe : NOGUELLOU, Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris : LGDJ, 2004, 416 p.

2621 CE Ass., 16 octobre 1970, *Commune de SaintVallier : Rev. adm.* 1970, p. 530, note Georges Liet-Veaux ; ainsi que : CE Sect., 14 mars 1986, *Communauté urbaine de Lyon*, *R.* p. 71 ; *AJDA* 1986, p. 29.

2622 LETANOUX, Morgane, « Intercommunalité : mise en oeuvre des compétences trasnférées aux EPCI à fiscalité propre », *Encyclopédie des collectivités locales,* mise à jour mars 2016, § 55.

compétences[2623], mais encore il entraîne une exception importante aux principes d'exclusivité et de spécialisation des compétences. Poussée à son paroxysme, et dans le contexte actuel de rationalisation, une telle exception pourrait aboutir à voir un grand nombre de collectivités continuer à s'engager dans la gestion de compétences qui ne leur sont plus légalement dévolues.

Mais ce mécanisme ne démontre-t-il pas justement que les conséquences négatives, en termes d'incompétence et de lisibilité de l'action publique, d'une participation sans compétence dans une société publique locale, sont exagérées ? Le législateur de 2015, par exemple, a considéré que la situation des départements perdant la compétence pour participer dans des SEML et les SPL d'aménagement méritait une exception au principe de spécialité énoncé dans cette loi[2624]. Cette exception, qui est en réalité un simple rappel de la législation déjà en place, aboutit paradoxalement à l'effet contraire d'exclure implicitement les SPL de ce mécanisme[2625], mais la disposition n'en reste pas moins symbolique de la volonté législative, et de l'innocuité objective de telles provisions. La pratique concrète des SPL amène de toute façon à considérer que celles-ci ont vocation à être plus des prestataires de compétences que des réceptacles de compétences. La rigueur du principe d'incompétence appliqué aux SPL peut alors paraître exagérée.

# III) De futurs prestataires de compétences ?

La loi du 17 mai 2019 ne revient pas à autoriser les collectivités à confier aux SPL des contrats relevant de compétences dont elles ne disposent pas. Le principe de spécialité des compétences empêche clairement une telle interprétation[2626]. Cela pourrait de plus être contraire aux conditions européennes entourant l'exception de quasi-régie, dont le juge européen indique qu'elle vise « les tâches d'intérêt public qui […] incombent » aux collectivités publiques. Néanmoins, cela n'empêche pas les SPL de faire la démonstration qu'elles peuvent être de très efficaces prestataires généraux de services, sous réserve d'une adhésion au capital parfois symbolique, plutôt que de réelles coopérations publiques. D'abord encouragées pour répondre à la disparition des services techniques que l'Etat fournissait sous forme de prestations rémunérées (A),

---

[2623] Comité pour la réforme des collectivités locales, « Il est temps de décider », rapport au Président de la République, 5 mars 2009, 174 p.

[2624] Art. 133, VII, de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF* n° 182 du 8 août 2015, texte 1.

[2625] C'est en tout cas l'interprétation qu'en fait la circulaire du Ministère de l'Intérieur du 22 décembre 2015, n° NOR RDFB1520836N, annexe 7.

[2626] Principe que le Conseil d'Etat interprète relativement strictement, en y rajoutant, lorsque la compétence n'est pas clairement légalement prévue mais repose sur une clause générale de compétences, la nécessité d'un intérêt public local. Par ex. : CE, 3 oct. 2011, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole,* n° 326460 : *T.*, p. 795.

des SPL apparaissent désormais dans des domaines de soutien, ou de support[2627], des collectivités locales (B).

## A) Les SPL de réponse à la suppression de l'ingénierie publique d'Etat

Cette situation est notamment dénoncée par Patricia DEMAYE-SIMONI[2628], qui constate qu'après avoir considéré que les SPL n'avaient « pas vocation »[2629] à servir de support de mutualisation de services au vu des textes légaux déjà existants en la matière dans la circulaire d'interprétation de la loi du 28 mai 2010, le désinvestissement au même moment de l'Etat dans le domaine de l'assistance technique aux petites collectivités locales[2630] (l'ingénierie publique), entraîne son soutien à l'idée d'utiliser les SPL pour répondre à ces nouveaux besoins de mutualisation[2631].

Ainsi, plusieurs SPL ont été créées pour répondre aux demandes d'assistance d'ordre technique, juridique ou financier des collectivité territoriales et des EPCI d'un département. Or, de telles actions sont explicitement visées par une disposition du CGCT qui prévoit qu'un « *département, des communes et des établissements publics intercommunaux peuvent créer entre eux un établissement public dénommé agence départementale. Cette agence est chargée d'apporter, aux collectivités territoriales et aux établissements publics intercommunaux du département qui le demandent, une assistance d'ordre technique, juridique ou financier* » (art. L. 5511-1 du CGCT). Méthode de prestation de services prévue dès 1982[2632], celle-ci était resté très sous-utilisée avant la

---

2627 *Cf.* CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 55.

2628 DEMAYE-SIMONI, Patricia, « La société publique locale : une modalité de coopération entre les collectivités territoriales », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 101 et s.

2629 Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et des SPLA, p. 6

2630 ROMAN-SEQUENCE, Brigitte, « Fin de l'ingénierie publique de l'Etat », *CMP* 2011, n° 4, p. 39.

2631 En réponse à une question écrite : Ass. Nat, 13e législature, question écrite n° 6695 de M. Laurent Hénart : JO du 09/10/2007, p. 6052, et réponse du Ministre de l'Intérieur, au JO du 22 février 2011, p. 1775.

2632 Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions - Article 32.

disparition de l'assistance technique de l'Etat[2633], qui était justement fournie au niveau départemental par les Directions Départementales de l'Equipement, dans des conditions permettant des économies d'échelle territoriale tout en reposant sur des mécanismes de solidarité[2634].

Les SPL exerçant dans ce domaine, avec les mêmes missions et pour les mêmes personnes publiques, ne risquent-elles pas de tomber dans ces « abus de droit »[2635] visés par l'instruction ministérielle de 2019, et ces missions n'ayant « pas vocation »[2636] à être prises en charge par les SPL selon la circulaire de 2011 ? L'utilisation indifférenciée du vocabulaire et des missions des agences départementales de l'article L. 5511-1 du CGCT pour les SPL est d'autant plus surprenante que le juge administratif a interprété strictement les possibilités pour les départements de créer de telles agences sous forme de droit privé[2637], y compris après la création législative de la SPL. Dans une affaire portant sur la forme préalable de l'*ADTO*, une future SPL, la Cour administrative d'Appel de Douai a ainsi statué en 2012 qu'« à la lumière des travaux parlementaires, la mission de coopération locale doit être assurée par l'agence départementale et ne peut être confiée à une association régie par la loi du 1er juillet 1901 »[2638], puisqu'elle doit prendre, selon l'article L. 5511-1 du CGCT, la forme d'un établissement public. L'usurpation par les SPL du nom et de la mission des agences départementales pose donc d'abord question sur la forme. Toutefois, il est clair que cette confusion est en pratique tolérée, voire désormais encouragée, comme le démontre une réponse ministérielle de 2011[2639]. En tout cas, les SPL ayant un tel objet se sont multipliées, mais au prix d'un fonctionnement moins basé sur la coopération que sur la prestation.

Le premier exemple connu d'une telle SPL est relativement sage. La SPL *ID 83 (Agence départementale d'ingénierie publique - Ingénierie Départementale 83),* créée à l'initiative du conseil général du Var dès 2011, regroupe en 2020 le conseil départemental du Var, six

---

2633 PAPIN-PUREN, Anthony, « Coopération locale et agence départementale : l'oeuvre du législateur à l'épreuve d'une institution singulière », *JCP-A* 2013, n° 37, p. 13.

2634 BARONE, Sylvain, DEDIEU, Claire, GUERIN-SCHNEIDER, Laëtitia, « La suppression de l'ingénierie publique de l'État dans le domaine de l'eau : les effets paradoxaux d'une réforme néo-managériale », *PMP* 2016, n° 1, p. 49.

2635 Instruction du Gouvernement du 14 octobre 2019 relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (NOR : COTB1915137J, texte non paru au J.O.), p. 6.

2636 Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et des SPLA, p. 6

2637 Ce qui était pourtant un cas très répandu avant cet arrêt, comme l'indique un rapport parlementaire recensant de nombreuses associations de personnes publiques dans le domaine de l'urbanisme, qui pourraient effectuer cette mission d'ingénierie : Sénat, rapport d'information n° 557 du 15 juin 2010, sur l'ingénierie publique par M. Yves DAUDIGNY, p. 35.

2638 CAA Douai, 2 février 2012, Département de l'Oise, n° 10DA00798 : *JCP-A* 2012, 2101, note H. Pauliat.

2639 Ass. Nat, 13e législature, question écrite n° 6695 de M. Laurent Hénart : JO du 09/10/2007, p. 6052, et réponse du Ministre de l'Intérieur, au JO du 22 février 2011, p. 1775.

intercommunalités et 83 communes[2640]. Elle réalise un objet social limité à des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage[2641], mais qui correspond concrètement aux fonctions disparues de l'ingénierie publique de l'Etat. Elle présente déjà des fonctions de prestations plus que de coopérations, étant donné que le département du Var y est largement majoritaire[2642]. Cette tendance est encore plus claire pour la SPL *ADTO*.

La SPL *ADTO* (*Assistance départementale pour les territoires de l'Oise*) regroupe, outre le conseil départemental de l'Oise, 472 collectivités en 2020. Mathématiquement, cela signifie qu'en moyenne la plupart des collectivités ne possède que moins de 0,2% du capital. Sachant que le seuil de participation à un conseil d'administration limité à 18 membres est de 5%, cela signifie que de nombreuses collectivités ne peuvent espérer peser d'un grand poids dans les décisions et la stratégie de cette société. Selon ses statuts, cette société a vocation à réaliser « toute opération et action contribuant au développement des infrastructures »[2643] de ses membres, et des missions d'études s'y rapportant. L'objet déjà large de cette dernière société est encore agrandi en 2017[2644] par une modification des statuts se rajoutant à la première vocation. Cette modification précise qu'elle peut désormais se voir confier l'étude ou la réalisation de tout projet visant « *à promouvoir la cohésion et la solidarité territoriale, à favoriser l'organisation, l'amélioration et l'équipement des territoires (économie, énergie…) ; à promouvoir les actions d'aménagement et d'urbanisme des territoires ruraux ; à participer à la construction ou réhabilitation d'équipements culturels, éducatifs, sociaux, sportifs, administratifs ou économiques visant à favoriser l'emploi local ; à développer les réseaux d'infrastructures, d'eau, de vidéo protection, d'assainissement et les services s'y rattachant ; à assister les actionnaires dans les procédures nécessaires à la mise en œuvre de leurs compétences ; ainsi que tout projet ou mission visant à la protection ou la mise en valeur des patrimoines et de l'environnement* ». Cet objet extrêmement large sous-entend que cette SPL a vocation non pas à partager ces compétences entre tous ces membres, mais à n'être qu'un prestataire pour une mission particulière, qu'une collectivité souhaiterait lui confier, sans volonté de coopération publique particulière. La SPL devient plateforme, fournisseur. Elle n'est plus coopération. La preuve en est encore apportée par le fait que l'adhésion à cette structure est particulièrement aisée : une seule

---

2640 Site internet de la SPL ID 83 : annuaire des actionnaires, consulté le 1er mars 2020 : [http://www.id83.fr/lannuaire-des-actionnaires].

2641 *Ibidem.*

2642 BRAMERET, Sébastien, « L'actionnariat de la société publique locale », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 161.

2643 Site internet de l'ADTO, consulté le 1er mars 2020 [http://www.adto.fr/la-societe/].

2644 Ainsi que le note la CRC Hauts de France, ROD, 4 juin 2019, « société publique locale Assistance Départementale pour les Territoires de l'Oise », exercices 2011 à 2017, p. 12.

action au prix nominal de 50 € étant suffisante pour participer au capital et lui confier des activités, d'après son site internet[2645].

Ces exemples démontrent le besoin d'ingénierie technique dans des domaines que les services déconcentrés de l'Etat fournissaient auparavant aux petites collectivités, pour un prix modique, et avec les assurances d'une vision et d'une gestion publique. Elles sont compréhensibles et même encouragées par l'Etat[2646], qui y voit l'une des modalités acceptables pour répondre à la diminution de sa présence sur le territoire sans démunir les petites collectivités. D'autres SPL tentaculaires et à vocation de prestataires ne présentent même pas cet aspect de remplacement.

## B) Les SPL de support technique des collectivités

Martine CLIQUENNOIS s'interrogeait en 2016 sur les raisons exactes du rejet par la circulaire du 29 avril 2011, de l'exercice par les sociétés publiques locales des « fonctions supports »[2647] des collectivités locales. A propos de la prise en charge de ces fonctions supports par les SPL, elle se demandait notamment, au final, « si en pratique cela peut présenter un intérêt pour les collectivités»[2648]. L'observation concrète des SPL peut aujourd'hui lui répondre clairement : apparemment oui. Deux exemples de SPL apparaissent à cet égard particulièrement clairs : le cas de la SPL *X-DEMAT*, et le cas de la SPL *IN-PACT Gestion*.

La SPL *X-DEMAT* est spécialisée dans la création et la prestation de logiciels d'aide à la bureaucratique publique. Son nom se base sur son logiciel-phare : un logiciel de dématérialisation des archives et des processus administratifs propres aux collectivités locales. Son site internet indique qu'elle offre ses services en 2020 à plus de 2.616 collectivités-actionnaires du grand-Est[2649]. Le capital est originalement réparti en 9.838 actions au prix nominal de 15,5 euros chacune, soit un

---

2645 Site internet de l'ADTO, consulté le 1er mars 2020 [http://www.adto.fr/la-societe/devenir-actionnaire/]

2646 Ass. Nat, 13e législature, question écrite n° 6695 de M. Laurent Hénart : JO du 09/10/2007, p. 6052, et réponse du Ministre de l'Intérieur, au JO du 22 février 2011, p. 1775.

2647 Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et des SPLA, p. 6

2648 CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 62.

2649 X-DEMAT : Site internet de la SPL X-DEMAT : les activités, consulté le 1er mars 2020 : [https://ssl2.spl-xdemat.fr/Portail/portail.php#nosServices].

capital social d'une valeur de 152.489 euros[2650]. Le chiffre est en lui-même vertigineux. Il implique que de nombreuses collectivités ne peuvent détenir un nombre important d'actions chacune. Ce n'est effectivement pas le cas, puisque le département de l'Aube détient plus de 80% des actions[2651], et qu'en réalité, il propose à chaque nouvelle collectivité intéressée de lui acheter une action au prix de 15,5 euros afin de pouvoir bénéficier des prestations de sa société[2652]. Il n'y a pas vraiment d'idée de coopération ici.

Le même exemple se reproduit avec la SPL *IN-PACT Gestion*. Celle-ci vise à offrir, selon ses statuts, des missions facultatives au centre de gestion départemental de la fonction publique, c'est-à-dire des veilles sur la gestion de carrière des agents, la gestion de l'absentéisme et des relations de travail, ainsi que du suivi médical et socio-professionnel. Les collectivités peuvent faire appel à ses services par forfait individualisé ou globalisé[2653]. Mais surtout, elle n'est pas réellement, ou difficilement, une véritable coopération entre collectivités locales. En effet, elle inclut en 2019 plus de 2.000 actionnaires, avec un capital de 306.800 euros, réparti en 3.068 actions d'une valeur nominale de 100 euros[2654]. Cette fois-ci, la répartition des actions est plus lisse, puisque la collectivité avec la plus importante participation ne réunit que 185 actions (commune de Vandoeuvre-les-Nancy).

Il est clair que de telles fonctionnalités, conjointes à un actionnariat aussi pléthorique, entraîne des interrogations bien légitimes sur la capacité de cette structure à réaliser un contrôle analogue[2655]. Y a-t-il d'ailleurs même dans une telle société un réel *intuitus personae* entre les actionnaires dont les privatistes estiment qu'il est un élément nécessaire de la constitution d'une société de droit privé[2656] ? Il est possible d'en douter fortement.

Loin d'être une véritable coopération, tout en étant pas non plus un parapluie pour une collectivité importante (comme le département de l'Aube, dans le cas de *X-DEMAT*), la SPL *IN-PACT Gestion* présente plutôt les caractéristiques d'une mise en commun de fonds pour s'assurer la taille nécessaire à la création d'une entreprise qui permet d'effectuer des prestations utiles à chacun,

---

2650 Statuts de la SPL X-DEMAT, tels qu'annexés à la délibération n° SE11-12-I-01 du Conseil général de la Marne, adoptée le 9 décembre 2011, art. 2.

2651 *Ibidem.*

2652 *Cf.* Commune d'Etampes-sur-Marne, délibération n° 8 « demande d'adhésion de la collectivité à la SPL X-DEMAT », compte rendu du Conseil Municipal du 23 octobre 2018.

2653 IN-PACT GL : Site internet de IN-PACT GL, marque de la SPL 'Gestion Locale', consulté le 1er mars 2020 [https://www.in-pactgl.fr].

2654 Statuts de la SPL 'Gestion Locale', tels qu'annexés à la délibération DCM n° 19-10-31-23 de la ville de Metz, adoptée le 31 octobre 2019, art. 3.

2655 Ce que note la CRC Hauts de France, ROD, 4 juin 2019, « société publique locale Assistance Départementale pour les Territoires de l'Oise », exercices 2011 à 2017, p. 21, en indiquant que la relation *in house* est « fragile ».

2656 PARLEANI, Gilbert, « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés 'robot' ? », *Rev. Sociétés* 2013, p. 191.

sans qu'aucune des collectivités n'ait à coopérer particulièrement avec une autre. Le régime des SPL présente ainsi un visage très accueillant à des coopérations publiques dont il est douteux qu'elles seraient acceptées sous une forme de droit public.

## Conclusion de la section 1 : Un moyen innovant de redistribution des compétences

La SPL présente des aspects innovants et qui lui sont particuliers pour assurer une certaine redistribution — qui n'est pas une redéfinition — des compétences entre des collectivités locales, pourtant soumises en principe aux règles de spécialité et d'exclusivité, par le biais de ce qu'il faut bien reconnaître comme une gestion directe de droit privé. La souplesse du droit institutionnel des SPL permet de la comparer favorablement aux coopérations institutionnelles et non institutionnelles de droit public, plus rigidement encadrées.

En gérant directement des activités communes mais non identiques à travers la SPL, les collectivités locales peuvent ainsi gagner concrètement les moyens de retrouver la gestion de compétences que la rationalisation et la spécialisation avaient pu leur retirer. La loi nouvelle du 17 mai 2019[2657] qui leur permet une telle mise en commun de compétences distinctes, en est une démonstration claire. Mais le statut des SEML prévoyait déjà un mécanisme beaucoup plus évident quant à la volonté du législateur de ne pas soumettre les entreprises publiques locales aux règles plus rigides du droit des institutions publiques : la possibilité de conserver une partie des actions des SPL dont une collectivité ou un groupement aurait perdu la compétence pour participer. La SPL en bénéficie aussi, ce qui permet une considérable marge de manoeuvre des collectivités locales pour mettre en place une redistribution importante de leurs compétences.

Couplées à la possibilité pour les collectivités de ne pas disposer d'exactement toutes les compétences pour adhérer à de telles structures, les conditions de fonctionnement de ces SPL paraissent tout de même peu assimilables à une véritable coopération au sens strict, c'est-à-dire, comme le précise le dictionnaire de l'Académie française, un concours à une oeuvre ou à une action commune[2658]. La SPL apparaît ici dans toute sa nudité, non plus comme une méthode de coopération, mais bien comme une méthode souple de prestation de services.

---

[2657] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* du 18 mai 2019, n° 115, texte n° 1.

[2658] Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd., « coopérer ».

Ces mécanismes, s'ils paraissent contradictoires avec l'objectif de rationalisation des compétences publiques locales, sont-ils néanmoins blâmables ? Ils le sont au regard de cet objectif annoncé de rationalisation, ils ne le sont pas si une perspective de liberté de gestion des collectivités locales est adoptée. En effet, si les collectivités ressentent le besoin de s'associer selon des modalités souples, légèrement divergentes de celles qui leur sont imposées dans des cadres rigides, ne faut-il pas y voir un problème d'encadrement plus qu'un problème de comportement de ces collectivités ? Celles-ci ne sont aujourd'hui plus considérées juridiquement depuis longtemps comme « en état perpétuel de minorité »[2659] à la charge de l'Etat-tuteur. Sans doute est-il temps de faire confiance aux collectivités locales dans leur capacité à gérer leurs propres compétences de manière responsable, et sous la responsabilité des électeurs locaux. Cela nécessiterait néanmoins de s'assurer de la transparence et de la publicisation de ces décisions de gestion, qui est un élément qui pourrait encore s'améliorer.

Du point de vue purement juridique, ces redistribution de compétences ne correspondent pas à une redéfinition de ces compétences : elles ne sont donc pas blâmables. Elles appellent plutôt à s'interroger sur le pourquoi d'un cadre aussi rigide du côté des institutions de droit public. Si elles n'entraînent pas directement à une redéfinition des compétences publiques des collectivités publiques, les SPL bousculent toutefois substantiellement les caractéristiques attachés classiquement à la distinction entre la maîtrise d'une compétence et sa gestion technique.

# Section 2 : Une redéfinition progressive des caractéristiques classiques de la maîtrise des compétences

L'observation pratique de l'utilisation de la société publique locale est l'occasion de remettre en question des points contentieux importants pour le droit administratif français : celui du périmètre exact de l'indisponibilité d'une compétence publique[2660], et celui de certaines matières qui sont classiquement considérées comme indélégables par leur nature. De la jurisprudence du Conseil

---

[2659] CORMENIN, Louis-Marie de Lahaye, vicomte de, Recueil contenant les ordonnances et circulaires relatives à la loi municipale du 18 juillet 1837, Paris : Dupont, 1838, p. 71.

[2660] Voyez : AZOUAOU, Philippe, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare & Martin, 2016, 732 p. ; TUSSEAU, Guillaume, « L'indisponibilité des compétences », *in* AFDA (dir.), *La compétence,* Paris : LexisNexis, 2008, p. 106 et s. ; MAILLOT, Jean-Marc, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA* 2004, n° 194, p. 3.

d'Etat ressort en effet que certaines missions ne peuvent être confiées au secteur privé et doivent être obligatoirement gérées de manière directe par les personnes publiques, mais aussi que certains actes découlant de ces compétences ne peuvent être pris que par les autorités publiques elles-mêmes ou encore que les personnes publiques ne peuvent se défaire d'une compétence qui lui est légalement attribuée sans un texte le prévoyant. Mais, comme le note Benoît PLESSIX, ces règles relèvent plus « de principes qui sont davantage implicites et ne figurent explicitement dans aucun texte », bien qu'ils soient considérés comme « consubstantiels à l'esprit du droit public français »[2661]. Face au régime d'action des sociétés publiques locales, qui brouille largement la frontière entre gestion directe et gestion indirecte, et entre gestion publique et gestion privée, ces limites traditionnelles paraissent en partie remises en cause (I). La pratique des SPL ouvre même concrètement la voie à un renouvellement des classifications et des interdictions (II).

# I - Des interdictions reposant sur des distinctions théoriques à la valeur limitée

La circulaire ministère du 20 mai 2011 énumère précisément deux interdictions qui font référence aux cadres jurisprudentiels des interdictions en raison de la nature des activités exercées (A), ainsi qu'aux indélégabilités fondées sur la fonction occupée par le gestionnaire de la compétence, au regard des fonctions occupées par le titulaire de cette compétence (B). Pourtant, ces deux interdictions théoriques, confrontées aux caractéristiques de la SPL, démontrent d'autant mieux leurs limites inhérentes.

## A) Les interdictions liées à la nature de la mission

Au principe de cette interdiction, mis en valeur par la circulaire du 29 mai 2011 (1), répond une pratique législative de plus en plus permissive, qui encourage une réflexion doctrinale sur la réelle portée de cette interdiction, notamment pour les SPL (2).

---

[2661] PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 1004.

### *1) Une interdiction de principe pour les SPL, personnes privées*

La circulaire ministérielle concernant les SPL indique clairement que « si le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, cette délégation ne sera possible que si le service en question ne figure pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même. Autrement dit, le **service public en question doit être 'délégable'** »[2662]. Le grassement de la fin de phrases souligne bien l'importance que le gouvernement entend porter à cette première interdiction.

C'est sans doute sur cette interdiction de nature que les SPL auront le plus de mal à justifier leur intervention. Toutefois, même cela n'est pas en soi impensable. La question de l'indélégabilité des compétences a fait couler beaucoup d'encre, notamment par son caractère insaisissable et fluctuant selon les auteurs, les époques, et les décisions de justice[2663]. Or, l'importance des critères organique et matériel de contrôle dans ces interdictions pourrait bien permettre à la SPL, par son encadrement légal fort, de se voir reconnaître ce qui est à d'autres est pour l'instant ardemment refusé.

La jurisprudence relative à l'interdiction de confier une mission à une personne privée sur la base de la nature de cette activité est en réalité relativement restreinte à un petit nombre de sujets, qui tiennent principalement à l'exercice de la force publique par une personne privée. Le fameux arrêt du Conseil d'Etat, *ville de Castelnaudary,* de 1932, précise en effet que « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration »[2664]. La solution a été ensuite étendue à plusieurs types de police par le juge

---

[2662] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et des SPLA, p. 5. Ce n'est pas nous qui soulignons.

[2663] Voyez, pour un résumé et une présentation détaillée de toutes les théories, discussions, et jurisprudences : VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept,* Paris : Dalloz, 2018, p. 550-630.

[2664] CE Ass., 17 juin 1932, *ville de Castelnaudary,* n° 12045 : *R.* p. 595 : *« Cons. que la délibération annulée par l'arrêté attaqué ratifiait un abonnement souscrit à la Fédération audoise chasse-pêche-agriculture pour l'utilisation d'un des gardes particuliers de cette Fédération à la surveillance intermittente des propriétés rurales; que le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration ».*

administratif[2665], ou encore à la compétence exclusive du comptable public pour percevoir les recettes et procéder aux dépenses publiques[2666].

Le juge constitutionnel s'en est aussi emparé, pour préciser que la loi ne peut pas rendre « possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la 'force publique' nécessaire à la garantie des droits »[2667], comme la surveillance générale de la voie publique par le biais de systèmes d'enregistrements vidéographiques. A la nature d'une mission publique répondrait donc la nécessité de la nature publique d'une personne, dans certains cas.

---

[2665] Notamment dans le domaine de surveillance des voies publiques (CE, 29 décembre 1997, *commune d'Ostricourt : T.* p. 706 : « *il résulte de ces dispositions de la loi du 12 juillet 1983 [qui délimitent les sociétés privées pouvant exercer une activité de surveillance et lesdites activités] éclairées par les travaux préparatoires que les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles, conformément aux dispositions précitées du code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale* »), de la police du stationnement payant sur la voie publique (CE, 1er avril 1994, *commune de Menton : R.* p. 175 : *Dr. adm.* 1994, p. 1, concl. S. Lasvignes ; *RDP* 1994, p. 1825, comm. J.-B. Auby : *« Considérant qu'en vertu de l'article L.131-4 du code des communes le maire a la police du stationnement sur la voie publique ; qu'en application de l'article L.131-5, il peut, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi, donner des permis de stationnement sur la voie publique ; que le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe du maire ; que les conventions susmentionnées prévoient que les agents municipaux chargés de la constatation des infractions au stationnement payant sur la voie publique seront mis à la disposition de la société Scetauparc, chargée par ces mêmes conventions de la gestion du stationnement payant sur voirie de la commune de Menton, qui assurera l'encadrement et l'organisation de leur travail ; que, conclues pour une durée de vingt-trois ans pouvant être portée à trente, elles fixent le nombre des emplacements de stationnement payant sur la voie publique, ce nombre ne pouvant être unilatéralement modifié par la commune que dans la limite de 5% du nombre total des emplacements ; que lesdites conventions ont ainsi confié à la société Scetauparc des prérogatives de police du stationnement sur la voie publique qui ne pouvaient légalement lui être déléguées »*), et de la police du respect de la réglementation regardant les fouilles archéologiques : CE, 11 mai 2009, *ville de Toulouse* : *R.* p. 190, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, p. 634, note A. Rigambert : *« Considérant, d'autre part, que si les dispositions précitées de la loi validée du 27 septembre 1941 donnent aux services de l'Etat la possibilité de procéder d'office à l'exécution de fouilles archéologiques sur des terrains n'appartenant pas à l'Etat, dans les conditions qu'elles définissent, elles ne leur permettent pas de prescrire au propriétaire d'un terrain la réalisation, à ses frais, de fouilles archéologiques ; que s'agissant de la détection, de la conservation, de la sauvegarde du patrimoine archéologique ainsi que du contrôle et de l'évaluation d'opérations d'archéologie préventive, qui relèvent d'une mission de police administrative de l'Etat, celui-ci ne peut pas plus, y compris par voie contractuelle, prévoir leur financement total ou partiel par des personnes publiques ou privées ; que seules les opérations de diagnostics et de fouilles, de nature économique, ne relèvent pas de ces missions de police administrative et peuvent donc être réalisées et financées par des tiers ».* Ces domaines ne peuvent donc être confiées à une personne privée.

[2666] CE Sect., 6 novembre 2009, *Société Prest'action : R.* p. 445 ; *BJCP* 2010, n° 68, p. 28, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2009, p. 2401, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; *Dr. adm.* 2010, n° 5, note F. Melleray : *« si le troisième alinéa de l'article 14 du décret [du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique] prévoit que « les comptables publics peuvent déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité», cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents relevant des services de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics ; que de même, si l'article 18 de ce décret dispose que "des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement", le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi, et sauf dans les cas où la loi autorise l'intervention d'un mandataire, il résulte des dispositions qui précèdent que, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 et de l'article 18 du décret précité, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques ».*

[2667] Considérant n° 19, Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *AJDA* 2011, p. 1075, note X. Latour ; *RFD constit.* 2011, p. 803 note A. Pena-Gaïa.

### *2) Remise en cause de cette limite*

Mais cette interdiction en raison de la matière même, inhérente à l'exercice de la force publique peut être pourtant discutée. Tout d'abord, aux interdictions jurisprudentielles répondent de plus en plus des exceptions législatives autorisant l'intervention des personnes privées dans ces domaines naturellement publics de police. Marion UBAUD-BERGERON résume parfaitement la multiplicité de ces exceptions, lorsqu'elle indique que « la loi regorge d'exemples où une compétence de police administrative est dévolue à une personne privée, qu'il s'agisse de la surveillance des bâtiments publics, du transport de fonds ou de la protection physique des personnes ou des navires (CSI, livre 6), de la sécurité des manifestations sportives (C. Sport, art. L. 332-1 et s.), des baignades, pistes de ski, ou encore celle des aéroports »[2668]. La valeur de cette interdiction jurisprudentielle, que le juge administratif continue d'appliquer avec de plus en plus de subtilité[2669], est donc fortement discutée en doctrine[2670].

Elle est d'autant plus grande que dans d'autres domaines initialement pensés comme indisponibles aux personnes privées, notamment les services publics à caractère administratif, le Conseil d'Etat a finalement reconnu la possibilité une telle possibilité. Dans un avis du 7 avril 1987, portant sur les cantines scolaires, il indique ainsi pour la première fois que « le caractère administratif d'un service n'interdit pas à la collectivité territoriale compétence d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la

---

[2668] UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs, 3e éd.,* Paris : LexisNexis, 2019, p. 16.

[2669] Notamment lorsqu'il est amené à se prononcer sur la constitutionnalité de projets législatifs allant dans ce sens : CE, avis, Section des finances, 11 décembre 2007, n° 381.058 (loi sur les taxes 'poids lourds', délégation à un prestataire privé, contrôle des infractions, constitutionnalité) : *« 2° Aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que le législateur confie à un prestataire privé la mission de réaliser les prestations de collecte des éléments d'assiette, de liquidation et de recouvrement de la taxe « poids lourds » sous réserve que cet organisme soit placé dans cette mesure sous le contrôle de l'Etat, que soient constituées des garanties de nature à assurer le reversement intégral des sommes facturées et que l'exécution du service public soit assurée dans le respect des règles comptables appropriées. […] 3° Les contrôles automatisés visant à déterminer les infractions au regard du paiement de la taxe « poids lourds » ne constituent qu'un prolongement du système de télépéage qu'il est envisagé de mettre en place. Toutefois, le droit de constater les infractions conféré aux agents du prestataire privé ne saurait emporter, pour ce dernier, une participation à l'exercice du pouvoir de police. Dès lors, le dispositif proposé par le Gouvernement consistant d'une part, à autoriser le prestataire privé à effectuer des contrôles automatisés et, le cas échéant, à procéder à l'établissement et au recouvrement d'une taxe forfaitaire, majorée éventuellement de frais de dossiers, à l'égard du redevable en infraction, et d'autre part, de réserver aux fonctionnaires des douanes, qui disposent des prérogatives que leur confèrent les articles 60 et suivants du code des douanes, la réalisation des contrôles physiques ainsi que du recouvrement forcé, ne se heurte à aucun obstacle d'ordre constitutionnel. ».*

[2670] Voyez, entre autres : MORALES, Martin, « Réflexions sur l'indisponibilité de la compétence de police administrative », *in* (coll.), *L'indisponibilité des compétences,* Montpellier : éd. CREAM, 2013, p. 321 ; PERRIER, Maëlle, *Le recours au contrat en matière de police administrative,* thèse de doctorat: droit public, Lyon III, 2011 ; LEMAIRE, Elina, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA* 2009, p. 767.

collectivité territoriale elle-même »[2671]. La limite de la nature est bien encore retenue, mais elle n'empêche plus la plupart des missions administratives, considérées jusque-là par une grande partie de la doctrine comme exclues de la possibilité de concession à des personnes privées.

L'interdiction des activités de police limite-t-elle alors encore les sociétés publiques locales ? En l'absence d'un cadre législatif permissif, cela est pour l'instant évident. Toutefois, il n'est pas impossible d'envisager que la situation légale puisse changer. En effet, au vu des interprétations tantôt strictes tantôt souples dont il est fait application des principes d'indélégabilité, il est fort convaincant de supposer, avec Marion UBAUD-BERGERON que « la raison essentielle à cette interdiction tient […] dans la conviction politique d'un domaine réservé à l'Etat, ou aux personnes publiques plus largement »[2672], plutôt qu'une « nature des choses »[2673] sur laquelle les théoriciens seraient bien en peine de s'accorder. Dans la perspective d'un changement législatif, la SPL possède un avantage indéniable : celui du contrôle entier qu'exercent les collectivités locales sur sa direction et ses activités. Un élargissement des activités des SPL à des missions de force publique serait alors, pour reprendre les termes de Jacques PETIT, « d'une certaine façon, moins critiquable » car restant « à l'intérieur de la sphère publique »[2674]. L'idée d'exclure pour certaines missions les personnes privées à cause de leur nature ne tient ainsi plus l'analyse, tant, comme le remarque Christophe MONDOU, l'explication organique a perdu d'intérêt dans la définition des missions délégables ou non[2675].

Dans l'attente d'une exception législative pour les SPL concernant certaines missions de police, qui n'aurait pas de caractère théoriquement problématique, il faut s'étonner que ce soit finalement les interdictions de délégation à des SPL en raison de la fonction de l'activité qui paraissent les plus limitatives et définitives.

## B) L'indélégabilité en raison de la fonction de l'activité : les fonctions supports

---

[2671] CE, Avis, Section de l'Intérieur, 7 octobre 1986, n° 340.609, à propos des services publics administratifs dévolus aux personnes privées, notamment les cantines scolaires, et les possibilités de subventionner un service concédé.

[2672] UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs, 3e éd.,* Paris : LexisNexis, 2019, p. 16.

[2673] VILLEY, Michel, « La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit », *Annales de la faculté de droit de Toulouse* 1964*,* fascicule n° 1, p. 70.

[2674] PETIT, Jacques, « article 15 : la police », *in* BIENVENU, Jean-Jacques *et al.* (dir.), *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, 2012 p. 232. Cité *in* VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept,* Paris : Dalloz, 2018, p. 613.

[2675] MONDOU, Christophe, « La société publique locale : un mode de gestion des services publics locaux ? », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 87.

La circulaire du 29 mai 2011 ne s'arrête pas à l'indélégabilité des compétences en tant que telle, puisqu'elle indique aussi une limite particulière sur certaines fonctions des compétences des collectivités locales, qui peut se rapprocher de la théorie de la distinction entre maîtrise et exécution du service (1), mais n'est pas aussi fine, car celle-ci permet d'imaginer une responsabilité très importante de la SPL dans la gestion des compétences qui lui sont confiées (2).

### *1) Une vision gouvernementale restrictive*

La circulaire précise que « les SPL n'ont pas vocation, en outre, à exercer des fonctions supports, comme la gestion des ressources humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique, pour le compte des collectivités qui les contrôlent »[2676]. L'explication de cette interdiction, selon la circulaire, est que « de telles fonctions, qui font partie du fonctionnement interne des collectivités, ne sont pas des compétences en tant que telles attribuées par la loi aux collectivités dont l'objet est l'exercice de missions au bénéfice direct des administrés. Elles ne font que contribuer à l'exercice de ces compétences. Par conséquent, elles ne sauraient entrer dans la catégorie des activités d'intérêt général visées par la loi du 28 mai 2010 »[2677].

A la décharge de cette vision, il faut aussi remarquer que la loi ou le règlement ont effectivement fixé, dans certains cas, une obligation pour les collectivités locales d'effectuer par elles-mêmes en régie certaines activités qui semblent bien relever de la catégorie de « fonctions internes ». C'est ainsi le cas, selon des dispositions de niveau décrétal, des activités d'instruction de certaines demandes d'urbanisme[2678] et de la conservation du cadastre public[2679], et selon des dispositions légales, de la conservation et de la mise en valeur de leurs archives[2680]. Mais en réalité, à part la disposition réglementaire relative au cadastre, chacune de ces dispositions révèle des possibilités d'échapper à une régie directe[2681]. Récemment, la loi n° 2019-1428 du 24 décembre

---

[2676] Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011, relative au régime juridique des SPL et des SPLA, p. 6.

[2677] *Ibidem.*

[2678] Code de l'urbanisme, R. 423-14 et R 423-15.

[2679] Décret n° 55-571 du 30 août 1955 relatif à la rénovation et à la conservation du cadastre, art. 34 : « L'exécution des travaux de conservation du cadastre est assurée en régie au moyen des crédits ouverts annuellement au service du cadastre ».

[2680] Code du patrimoine, art. L. 212-6, anciennement : L. 1421-3 du CGCT. Disposition originellement issue de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, art. 66. Et encore peut-on remarquer que cette obligation était à la base largement partagée par l'Etat, qui assurait le salaire des conservateurs, mais aussi que cette obligation est facultative pour les régions, qui peuvent, elles, en confier la gestion au département du chef-lieu de la région.

[2681] *Cf.* note précédente pour l'archivage.

2019 a même explicitement prévu que l'instruction des demandes d'urbanisme puisse être confiée à une personne privée[2682].

C'est du côté de la jurisprudence qu'il faut se pencher pour comprendre la position de la circulaire. En effet, une jurisprudence importante précise que les collectivités locales ne peuvent se dépouiller entièrement de la possession ou de la maîtrise d'une compétence. C'est particulièrement l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes,* qui en fixe le principe, lorsqu'il indique que : « le conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé »[2683]. Cet arrêt mélange cependant structure de droit privé et décharge de compétences, ce qui n'offre pas de prise pour l'élaboration d'un principe très clair. Cette jurisprudence est cependant plusieurs fois rappelée, et développée, par exemple dans l'impossibilité pour les autorités publiques de se lier pour l'avenir dans la maîtrise de leurs compétences, particulièrement l'exercice de leur pouvoir réglementaire[2684]. La jurisprudence la plus claire en ce domaine provient d'un avis de la section des finances du Conseil d'Etat du 13 février 2007, qui précise qu' « une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité

---

[2682] Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, art. 17 : « L'organe délibérant de la commune mentionnée à l'article L. 422-1 ou de l'établissement public de coopération intercommunale mentionné à l'article L. 422-3 peut confier l'instruction des demandes mentionnées au premier alinéa du présent article à un ou plusieurs prestataires privés, dans la mesure où l'autorité de délivrance mentionnée au même premier alinéa conserve la compétence de signature des actes d'instruction. Ces prestataires privés ne peuvent pas se voir confier des missions qui les exposeraient à un intérêt privé de nature à influencer, ou paraître influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif de leurs fonctions. Ils agissent sous la responsabilité de l'autorité mentionnée au septième alinéa, et celle-ci garde l'entière liberté de ne pas suivre la proposition du ou des prestataires. Les missions confiées en application du présent alinéa ne doivent entraîner aucune charge financière pour les pétitionnaires ».

[2683] CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes,* n° 114.939 et 108.696 *: AJDA* 1995, p. 921, note C. Braud : « Considérant que le conseil général des Alpes-Maritimes a suscité à la fin de l'année 1982 la création d'une association dénommée "Agriculture 06" ; qu'à partir de 1983, il a, chaque année, par le versement d'une subvention globale, assumé le financement de cette association à laquelle il a confié la mise en oeuvre d'actions du développement agricole, [description détaillée des missions confiées et leur portée] ; qu'il ressort de ces circonstances que le conseil général des Alpes-Maritimes a, en fait, transféré à l'association "Agriculture 06" dont il avait suscité la création, l'exercice de compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre ; que le conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé ».

[2684] Voyez par exemple : CE, 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux : R.* p. 239 ; *BJCP* 2015 n° 103, p. 414, concl. B. Bourgeois-Machureau ; *CMP* 2015, n° 244, obs. H. Hoepffner. : *« Considérant, d'autre part, que les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'opposent à ce qu'une autorité investie d'un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d'exercer cette compétence dans l'intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s'engage, par la voie d'un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré ; qu'un contrat conclu en méconnaissance de ces principes, qui sont d'ordre public, a un objet illicite ; qu'il en va notamment ainsi pour une transaction, qui, selon l'article 2044 du code civil, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître et qui a, entre les parties, en vertu de l'article 2052 du même code, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».*

lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié »[2685]. Cette formulation revient à donner raison à la définition d'Olivier BEAUD sur la compétence, qui postulait que « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir »[2686]. L'usage d'une compétence pourrait alors se confier à un tiers, mais pas sa possession s'aliéner, comme le résume Christine BRECHON-MOULENES[2687]. Cela signifie que, dans le cas des SPL, la circulaire considère que les fonctions supports participent de la possession de la compétences, et en conséquence, les collectivités locales ne pourraient confier cette fonction à une SPL sans encourir l'illégalité.

Mais à l'analyse jurisprudentielle, on ne peut que remarquer que la jurisprudence n'a jamais considéré les fonctions supports telles que citées dans la circulaire : « *la gestion des ressources humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique, pour le compte des collectivités qui les contrôlent »,* comme par nature indélégables au titre de la fonction. Au contraire, cette jurisprudence est relativement restreinte à un petit nombre de sujets, et à des cas extrêmes où l'autorité publique se dépouille ou se défausse entièrement sur une autre structure. A quelle limite dans les fonctions exercées les SPL doivent-elles alors répondre ? Les réponses varient selon les analyses doctrinales.

### *2) La remise en cause de la vision restrictive*

L'idée restrictive que véhicule la circulaire, à partir des fonctions supports, sur les fonctions indélégables aux SPL, est remise en cause par toute une série d'analyses doctrinales sur l'intérêt et les limites des fonctions d'une compétence publique. L'explication première de la circulaire, basée sur une comparaison avec les mutualisations de services, ne tient en effet pas logiquement (a). L'explication la plus logique revient à la distinction classique entre maîtrise de la compétence et gestion/direction de celle-ci, mais même celle-ci connaît des raffinements modernes qui peuvent interroger cette frontière, particulièrement pour les SPL (b). Enfin, une classification plus moderne fait apparaître d'autant plus clairement la porosité des classifications et de l'exclusion de certaines fonctions administratives (c).

---

[2685] CE, Avis, Section des Finances, 13 février 2007, n° 373.788 : *BJCP* 2008, n° 59, p. 294, note P. Terneyre ; *CMP* 2008, n° 70, note G. Eckert ; *AJDA* 2008, p. 787 note J.-D. Dreyfus : *« une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié ».*

[2686] BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, p. 169.

[2687] BRECHON-MOULENES, Christine, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p. 643 :

a) La comparaison avec les institutions publiques

La circulaire prend d'abord pour preuve de la justesse de son interprétation restreinte sur les fonctions supports, l'existence d'un régime légal déjà existant et dédié à la mise en commun de ces fonctions supports : le régime des mutualisations intercommunales. Cependant, remarque justement Martine CLIQUENNOIS, « raisonner comme le fait la circulaire sur une sorte d'identité entre l'intercommunalité et la société publique locale consiste à mettre sur le même plan, un mode de rapprochement de collectivités territoriales pour exercer en commun des compétences, et une technique de gestion de services. Un mode d'organisation administrative d'un côté, une technique opérationnelle de l'autre »[2688]. Cette distinction importante et nécessaire entre des modes d'organisation administrative et des techniques de gestion reprend des distinctions établies de longue date pour expliquer le recours aux personnes privées dans l'action administrative, et l'application du droit public à celles-ci. Ces conceptions se résument aujourd'hui dans une opposition entre une théorie qui, basée sur les limites jurisprudentielles établies par le juge administratif, opère une distinction entre la maîtrise de la compétence et son exécution, et une autre opinion qui considère que la position du juge administratif ne doit pas cacher une réalité plus subtile. La SPL pourrait profiter des dynamiques privatisantes auxquelles concluent les deux opinions.

b) Les théories distinguant maîtrise et gestion/exécution

Les théories qui cherchent à distinguer maîtrise et gestion des compétences expliquent clairement pourquoi certaines actions des collectivités sur leurs compétences ne sont pas reconnues comme légales par le juge. La théorisation classique des modes de gestion du service public local est particulièrement développée par le pionnier Alain-Serge MESCHERIAKOFF qui distingue, en partant de la jurisprudence existante, et notamment l'idée d'indélégabilité de certaines fonctions liées aux compétences des personnes publiques, un niveau supérieur de maîtrise, et des niveaux inférieurs de gestion, et d'exécution[2689]. Gilles, J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, et Martine LONG, reprennent par exemple cette théorisation en trois possibles rôles (maîtrise, direction, exécution) pour expliquer la jurisprudence du juge administratif sur l'impossibilité pour une collectivité locale de se défaire de son pouvoir de contrôle[2690], comme le prévoit l'arrêt du Conseil d'Etat du 2

---

[2688] CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 59.

[2689] MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit des services publics, 2e éd.,* Paris : PUF, 1997, p. 297 et s.

[2690] Voyez : GUGLIELMI, Gilles, J., KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public,* 4e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 624.

novembre 1962, *Assedic de la sidérurgie de l'Est*[2691]. Cette position explique aussi la position du Conseil d'Etat dans son arrêt du 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*[2692], sur l'impossibilité pour une personne publique de se décharger globalement d'une compétence. Pour expliquer cette position théorique classique, il suffit de citer Benoît PLESSIX, pour qui « le pouvoir d'organisation des services publics »[2693] notamment, serait pour le juge administratif une « [matière] [indissociable] des missions inhérentes à la souveraineté » des personnes publiques.

Il faut donc dissocier les fonctions inhérentes à la souveraineté (la maîtrise), des autres, celles qui ne relèvent que de l'exécution ou de la direction[2694]. Celles-là peuvent être confiées aux SPL. Mais où s'arrête concrètement la maîtrise et où comment la direction/exécution ? Comme le note très à propos Martine CLIQUENNOIS, la frontière entre les fonctions n'est pas en soi définitive, et en théorie il n'est pas « complètement impossible »[2695] que la SPL puisse « faire éclater le cadre »[2696] de cette répartition traditionnelle, notamment par le biais de la question insidieuse des fonctions supports. En effet, où s'arrête la maîtrise d'une compétence lorsqu'elle peut être confiée à une personne privée, la SPL, qui fonctionne comme une régie directe ? Même en théorie, la distinction avec la direction/exécution peut aisément devenir complexe et floue.

D'ailleurs, si ces théories de la délégabilité présentent l'avantage de la simplicité pour décrire les solutions jurisprudentielles classiques, une description encore plus fine des activités prises en charge par les personnes publiques permet de mieux mettre en valeur les opportunités pour la SPL.

c) Théorie de la gradation de l'externalisation des fonctions

Une présentation plus moderne des modes de gestion, qui cherche à décrire le plus précisément possibles les différentes strates de fonctions d'une activité publique, est offerte par Léo

---

[2691] CE, 2 novembre 1962, *Assedic de la sidérurgie de l'Est, R.* p. 588.

[2692] CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes,* n° 114.939 et 108.696 *: AJDA* 1995, p. 921, note C. Braud : « Considérant que le conseil général des Alpes-Maritimes a suscité à la fin de l'année 1982 la création d'une association dénommée "Agriculture 06" ; qu'à partir de 1983, il a, chaque année, par le versement d'une subvention globale, assumé le financement de cette association à laquelle il a confié la mise en oeuvre d'actions du développement agricole, [description détaillée des missions confiées et leur portée] ; qu'il ressort de ces circonstances que le conseil général des Alpes-Maritimes a, en fait, transféré à l'association "Agriculture 06" dont il avait suscité la création, l'exercice de compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre ; que le conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé ».

[2693] PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 1005.

[2694] Les dernières méthodologies considèrent d'ailleurs que seuls deux rôles peuvent être véritablement distingués : la maîtrise publique, et l'exécution.

[2695] CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 62.

[2696] *Ibidem.*

VANIER[2697] dans sa thèse. Reprenant l'idée d'échelle d'administrativité en l'appliquant à la gestion des activités, il aboutit à considérer que, dans l'absolu, toutes les missions peuvent être externalisées, selon des degrés divers, seule la loi organisant un système au final très complexe de situations juridiques d'externabilité. La conclusion à laquelle Léo VANIER parvient est que le concept d'externalité serait plus explicatif ou mieux adapté que celui de délégabilité pour décrire la réalité juridique et théorique, car elle évite de devoir porter l'attention sur les exceptions à l'externalisation, qui fondent finalement la théorie classique, en détournant de l'intérêt de la technique. L'intérêt d'utiliser le concept d'externalité paraît surtout devoir être de l'ordre de la description la plus exacte, s'adaptant par sa plasticité aux différentes situations juridiques existantes, en évitant les contradictions théoriques et les exceptions. Sa méthode d'interprétation permet d'effectuer une double gradation, quant à l'externabilité des activités, et quant aux modes de gestion.

La première gradation effectue des distinctions entre les activités non externalisables[2698], les activités faiblement externalisables[2699], les activités fortement externalisables[2700], et les activités totalement externalisables[2701]. Mais sa méthode d'analyse amène aussi à opérer, sur les modes de gestion, une gradation entre entre « l'externalisation pure »[2702], « l'externalisation marchande à gestion orientée [qui] est le mode de réalisation dans lequel une entité administrative achète le résultat d'une activité dont le processus est plus ou moins fortement orienté par la formulation de son besoin »[2703], « l'externalisation hybride à gestion maîtrisée »[2704], « l'externalisation hybride à gestion assurée »[2705], « l'externalisation hybride par gestion partagée »[2706], et « l'internalisation

---

2697 VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept,* Paris : Dalloz, 2018, p. 550 et s.

2698 *Ibidem,* p. 585, qui se divisent entre les « activités strictement non externalisables et les activités simplement non externalisables selon qu'elles sont réservées à l'internalisation pure ou ouverte à l'internalisation hybride par gestion partagée par exemple »

2699 *Ibidem,* p. 585, qui offrent le choix à la personne compétente « entre l'internalisation et l'externalisation hybride à gestion assurée ».

2700 *Ibidem,* p. 585. qui offrent le choix à la personne compétente « entre l'internalisation, l'externalisation hybride à gestion assurée et l'externalisation hybride à gestion maîtrisée ».

2701 *Ibidem,* p. 585, qui offrent à la personne compétente le choix entre « toutes les possibilités entre faire soi-même et faire faire pour obtenir le résultat de l'activité ».

2702 *Idibem,* p. 526.

2703 *Idibem.*

2704 *Ibidem*. L'externalisation hybride à gestion maîtrisée est « le mode de réalisation dans lequel une entité administrative achète le résultat d'une activité en assurant elle-même la maîtrise de son processus. La responsabilité du collaborateur est donc élargie à la gestion et à la prestation de l'activité ».

2705 *Ibidem.* L'externalisation hybride à gestion assurée est « le mode de réalisation dans lequel une entité administrative achète le résultat d'une activité en assurant elle-même la maîtrise et la gestion de son processus. La responsabilité du collaborateur est ici cantonnée à la prestation de l'activité »

2706 *Ibidem.*

pure »[2707]. Cette deuxième gradation permet de relier des degrés d'externabilité avec des degrés différents modes de gestion.

L'application de ce système aux SPL démontre un potentiel important d'action. Dans ce système, la SPL est une externalisation hybride à gestion assurée qui peut donc, en théorie, prendre en charge des activités même faiblement externalisables. Les limites deviennent bien minces entre un domaine non externalisable et un domaine faiblement externalisable. Il est certain qu'un certain pouvoir minimum de possession sur la compétence ne pourra se voir confier aux SPL, qui ne pourraient décider seules, par exemple, de ne pas mettre en oeuvre une compétence qui lui a été confiée. Mais, si comme le résume Christophe MONDOU, il « subsiste encore des interrogations sur [la] place [des SPL] au sein des modes de gestion des services publics locaux »[2708], cela est encore peu par rapport aux interrogations qui continuent sur les « modalités de leur gestion »[2709] concrète des activités qui leur sont confiées.

Ainsi, même en restant à un niveau d'analyse purement théorique, le raisonnement de la circulaire du 29 mai 2011 se voit contredit — ou au moins amoindrit — par une étude critique de la question des fonctions supports, et plus généralement de la distinction entre fonctions inhérentes à la maîtrise des compétences, et fonctions d'exécution. La pratique des SPL en apporte une démonstration d'autant plus forte que sur ce sujet, la législation et le cadre juridique se sont toujours nourris des pratiques concrètes des acteurs, plutôt que des théorisations.

# II - Une pratique des SPL ouvrant la voie à de nouvelles interprétations

La pratique des SPL montre bien tout leur intérêt concret pour la gestion même de ces fonctions supports que la circulaire refusait de considérer comme délégables (A). Cet état de fait ouvre des perspectives fortes quant à l'avenir des interdictions classiques de gestion de certaines compétences publiques par des personnes privées (B).

## A) La pratique des SPL exerçant des fonctions supports

---

[2707] *Ibidem.*

[2708] MONDOU, Christophe, « La société publique locale : un mode de gestion des services publics locaux ? », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 100.

[2709] *Ibidem.*

Les SPL devraient, en toute logique, bénéficier de l' état relativement permissif de la théorie sur la possibilité de prendre en charge des activités supports de fonctions inhérentes aux missions souveraines des collectivités.

Elles en profitent déjà en oeuvrant concrètement dans les domaines de fonctions supports que la circulaire souhaitant les voir éviter. Ce sont les cas des sociétés déjà évoquées *supra* qui prennent en charge le rôle d'agences départementales d'ingénierie publique : *ID 83*[2710] et *ADTO*[2711]. Ce sont surtout les cas de la société publique locale *X-DEMAT* et de la SPL *IN-PACT GL,* déjà évoqués pour leurs mises en commun de compétences, et qui sont aussi très significatifs de ce point de vue.

Les statuts de la société *X-DEMAT* prévoient de manière très large qu'elle exerce « une mission ayant pour objet la fourniture de prestations liées à la dématérialisation »[2712]. Selon son site internet[2713], elle fournit ainsi, pour 2.616 collectivités-actionnaires du grand-Est en 2020 : des logiciels de télétransmission au contrôle de légalité, et d'archivage de ces envois, de relations avec les archives départementales, de gestion de relations avec les administrés, de convocation aux élus, d'inscriptions sur les listes électorales, de télétransmission à la trésorerie des flux comptables, de plate-forme de marchés publics, de parapheur, de recensement civil, de traitement des factures et de paiement des administrés. Il est indéniable que ces activités sont des fonctions supports de missions indélégables, comme la prise de décision publique. Toutefois il est vrai qu'il s'agit de fournir les logiciels et d'en gérer le bon fonctionnement, et non de les utiliser pour le compte et au nom des collectivités.

La fine distinction entre les fonctions supports et l'exercice même des fonctions indélégables se dévoile ici. La question de l'archivage notamment, est intéressante, puisque la loi indique qu'elle est obligatoirement prise en charge en régie directe par les collectivités locales. L'utilité de la SPL pour fournir ces services ne peut en tout cas être remise en cause : il est probable qu'elle ne fait que remplacer une concurrence privée inexistante ou inefficiente, qui aurait sinon pu gérer ces activités supports.

Quant à la société *IN-PACT GL,* qui inclue elle aussi plus de 2.000 actionnaires dès sa constitution, c'est l'inverse : ses statuts vont au-delà des activités précisées sur son site internet.

---

[2710] ID 83 : Site internet de la SPL ID 83 : les domaines d'intervention, consulté le 1er mars 2020 : [http://www.id83.fr/les-domaines-dintervention-pour-les-communes-du-var].

[2711] ADTO : Site internet de la SPL ADTO : la société, consulté le 1er mars 2020 : [http://www.adto.fr/la-societe/].

[2712] Statuts de la SPL X-DEMAT, tels qu'annexés à la délibération n° SE11-12-I-01 du Conseil général de la Marne, adoptée le 9 décembre 2011, art. 2.

[2713] X-DEMAT : Site internet de la SPL X-DEMAT : les activités, consulté le 1er mars 2020 : [https://ssl2.spl-xdemat.fr/Portail/portail.php#nosServices].

Selon son site internet[2714] ses activités correspondent à plein aux domaines pourtant relevés comme indisponible par la circulaire de la gestion des ressources humaines, puisqu'elle offre : des missions facultatives au centre de gestion départemental de la fonction publique, c'est-à-dire des veilles sur la gestion de carrière des agents, et la gestion de l'absentéisme et des relations de travail, ainsi que des forfaits de suivi médical et socio-professionnel en fonction des impératifs réglementaires et individuels. Ses statuts vont malgré cette largesse de domaines, au-delà encore[2715], puisqu'ils indiquent simplement qu'elle a pour objet : le soutien à l'innovation territoriale dans le domaine managérial — l'optimisation de l'ingénierie managériale — l'accompagnement à l'emploi et à la mobilité interfonction publique — l'optimisation de la gestion des Services Publics, notamment dans le domaine managérial, mais également de la gestion des données.

Cette fois-ci, des compétences inhérentes à la gestion même des compétences des collectivités ne sont-elles pas ici atteintes ? Une décision du Conseil d'Etat du 19 mars 1993[2716] relative à la Caisse des Dépôts et Consignations s'opposait justement à ce qu'une personne publique puisse laisser assumer à une autre personne « des responsabilités relevant du recrutement et de l'emploi » de personnel. Pourtant, la Caisse des Dépôts avait fait appel pour cela à un groupement d'intérêt économique (GIE), une structure qui a légalement pour attribution de participer à la gestion de telles fonctions supports au service des personnes publiques et privées[2717]. Martine CLIQUENNOIS voyait dans cet arrêt la possibilité à la fois de condamner, avec une approche restrictive, les SPL qui conduiraient des projets de fonctions supports, tels que celui de la SPL *IN-PACT GL,* mais aussi d'espérer pour les SPL, à partir d'une approche plus large, un assouplissement de cette jurisprudence étant donné l'autorisation légale explicite intervenue dans la formulation de la loi du 28 mai 2010[2718].

---

[2714] IN-PACT GL : Site internet de IN-PACT GL, marque de la SPL 'Gestion Locale', consulté le 1er mars 2020 [https://www.in-pactgl.fr].

[2715] Statuts de la SPL 'Gestion Locale', tels qu'annexés à la délibération DCM n° 19-10-31-23 de la ville de Metz, adoptée le 31 octobre 2019, art. 3.

[2716] CE, 19 mars 1993, *Caisse des Dépôts et Consignations,* n° 40200, n° 41100, publié au *Recueil.*

[2717] *Cf.* Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, modifiée par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989, et actuellement codifiée aux articles L. 251-1 et s. du Code de commerce : « Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

[2718] CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 62.

L'approche restrictive semble pour l'instant adoptée par les services de contrôle de la légalité qui se sont finalement récemment intéressés à la SPL *IN-PACT GL*[2719]. Néanmoins, dans l'attente d'une décision jurisprudentielle, cette société continue à fonctionner. Le parallèle avec l'arrêt de 1993 sur le GIE de la Caisse des Dépôts peut laisser songeur puisque, dans cette affaire, le législateur était par la suite intervenu pour reconnaître à la Caisse des Dépôts, puisque cela n'était pas le cas jusque-là, un surcroît de liberté de gestion[2720] (en l'occurrence, la liberté d'employer des salariés par des contrats de droit privé). La résistance des volontés gestionnaires face aux interprétations juridiques restrictives semble donner raison, *in fine,* à ces structures, peut-être pas encore pour la légalité d'aujourd'hui, mais si ce n'est le cas, alors sans doute pour celle de demain. Il nous semble cependant que dans le contexte actuel d'évolution et de reconnaissance de la privatisation des modalités de la gestion publique locale, et spécialement à travers la formulation large de la loi sur les SPL, ces pratiques ne devraient pas être considérées comme illégales.

Ainsi, même si de façon modeste, la pratique des SPL dévoile des possibilités d'action dans des fonctions qui n'étaient pas prévues par leur circulaire d'application. Mais la loi du 28 mai 2010 sur les SPL n'est-elle pas finalement simplement la précurseur d'évolutions encore à venir et qui bouleverseront encore un peu plus la questions des fonctions indélégables des personnes publiques ? Elle en laisse en tout cas l'impression.

## B) Les perspectives de gestion ouvertes par les SPL

Ces démonstrations théoriques et ces exemples pratiques amènent à s'interroger avec Didier LINOTTE : « peut-on, en suivant la lettre de la loi, imaginer une dévolution à la SPL de la substance même de la compétence territoriale locale ? »[2721].

Du point de vue des cadres traditionnels de la gestion publique, de la distinction de la maîtrise publique et de l'exécution, et de l'indisponibilité des compétences — principes

---

[2719] Délibération DCM n° 20-01-30-24 de la ville de Metz, adoptée le 30 janvier 2020, ayant pour objet le retrait de la délibération du Conseil Municipal du 31 octobre 2019 portant sur l'Adhésion à la Société Publique Locale "gestion Locale" : approbation des statuts, entrée au capital, désignation des représentants, puisque « au titre du contrôle de légalité, il est apparu que la constitution de cette SPL n'était pas conforme à la règlementation en vigueur s'agissant notamment de son objet comme de la composition de son capital social ».

[2720] Voyez : Sénat, 10e législature (1996), Réponse du ministre de l'Economie à la Question Ecrite n° 1405 de Mme Maryse Bergé-Lavigne : *JO S.* du 18 juillet 1996, p. 1835.

[2721] LINOTTE, Didier, « Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? », *Gaz. Pal.* 2010, n° septembre-octobre, p. 2743.

« consubstantiels à l'esprit du droit public français »[2722], « au coeur de tout le droit public »[2723] —, ce serait certainement aller trop loin, la loi prévoyant que les SPL assurent les activités, mais non qu'elles s'en voient confier la maîtrise. C'est la conclusion à laquelle arrivent sans hésitations Martine CLIQUENNOIS[2724] et Christophe MONDOU[2725] par exemple. Il n'y a effectivement pas d'hésitation à avoir sur ce point : les SPL ne sont pas, dans le cadre légal actuel, dans la situation de recevoir la maîtrise entière d'une compétence publique locale.

Dans le cadre de la théorie de l'externalisation, et dans une vision plus ouverte sur l'avenir, la réponse est plus nuancée. La théorie de l'externalisation telle que présentée par Léo VANIER[2726], se détachant quelque peu du droit positif strict pour regarder du côté des mouvements de fond, offre plus de possibilités pour les SPL. Tous les indicateurs actuels pointent vers une externalisation de plus en plus évoluée des fonctions administratives, grignotant de plus en plus les domaines considérés hier comme indélégables ou indisponibles. La notion même d'indisponibilité, dans ce cadre, se resserre, et revient à la seule capacité juridique à agir à partir de sa compétence[2727], comme un titre de pouvoir[2728] dont tout l'usage peut s'aliéner, ne laissant subsister d'indisponible que l'existence même de la compétence[2729]. Or, même sans avoir la possibilité d'aliéner de cette capacité, les personnes publiques, dans un futur proche et légalement balisé, pourraient très bien se voir recevoir l'autorisation d'en confier toutes les fonctions, tous les usages, à une autre personne, au surplus de droit privé, dépassant ainsi la limite artificiellement naturelle de l'arrêt *Chambre*

---

[2722] PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général, 2e éd.,* Paris : LexisNexis, 2018, p. 1004.

[2723] HERTZOG, Robert, « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », *in* WALINE, Jean, *Gouverner, administrer, juger, liber amicorum,* Paris : Dalloz, 2002, p. 237.

[2724] CLIQUENNOIS, Martine, « L'objet des SPL et la question des fonctions supports », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 55.

[2725] MONDOU, Christophe, « La société publique locale : un mode de gestion des services publics locaux ? », *in* MEUNIER, Patrick, *et al., Les sociétés publiques locales : Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence,* Paris : L'Harmattan, 2016, p. 87.

[2726] *Cf. supra.*

[2727] TUSSEAU, Guillaume, « L'indisponibilité des compétences », *in* AFDA (dir.), *La compétence,* Paris : LexisNexis, 2008, p. 106 et s.

[2728] BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, p. 169 : « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir ».

[2729] Suivre les méthodes positivistes de description de l'indisponibilité de la compétence arrivent à la même conclusion. Par exemple, pour Philippe AZOUAOU, le principe d'indisponibilité est un principe ontologique, « bien plus puissant qu'un simple principe normatif. […] Le principe d'indisponibilité des compétences […] est une propriété essentielle » de l'ordre juridique (AZOUAOU, Philippe, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare & Martin, 2016, p. 52). Mais le principe ontologique décrit, dans sa plus petite définition théorique, revient à ne garder de substantiel que la propriété, justement, ou la simple existence de la compétence, qui ne peut être aliénée, elle (*ibidem,* p. 448 et p. 563).

*d'agriculture des Alpes-Maritimes*[2730]. L'idée d'interdiction serait alors renversée : une telle délégation (ou externalisation) de toutes les fonctions sauf celle d'aliénation deviendrait donc possible, sauf texte contraire. Certes, le droit positif actuel n'en est pas encore là, qui prévoit encore la nécessité d'un contrôle minimal des activités confiées[2731].

Cette perspective lointaine se rapproche d'autant plus de nous que la SPL, par son aspect de démembrement administratif restant à l'intérieur de la sphère publique, rendrait, pour reprendre les termes de Jacques PETIT, cette possibilité « moins critiquable »[2732]. La privatisation généralisée du droit des collectivités locales en banalise la perspective[2733]. La SPL en deviendrait-elle pour autant un « Frankenstein ou [un] Golem »[2734] comme l'imagine Didier LINOTTE ? Dans une vision sociale du Droit, il faut rappeler que Léon DUGUIT se refusait, quant à lui, à ne pas concevoir la possibilité de l'accomplissement de toutes les missions d'intérêt général par de simples particuliers[2735]. Il nous semble néanmoins qu'une telle perspective n'apparaît pas souhaitable. Elle permettrait à des collectivités locales de se défausser de leurs compétences sur des instruments de droit privé dont il est constant qu'ils ne sont pas aussi bien contrôlés et limités que les établissements de droit public[2736]. Ces structures sont aussi plus opaques, moins transparentes, et moins directement contrôlées par les instruments démocratiques.

---

[2730] CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes,* n° 114.939 et 108.696 *: AJDA* 1995, p. 921, note C. Braud : « Considérant que le conseil général des Alpes-Maritimes a suscité à la fin de l'année 1982 la création d'une association dénommée "Agriculture 06" ; qu'à partir de 1983, il a, chaque année, par le versement d'une subvention globale, assumé le financement de cette association à laquelle il a confié la mise en oeuvre d'actions du développement agricole, [description détaillée des missions confiées et leur portée] ; qu'il ressort de ces circonstances que le conseil général des Alpes-Maritimes a, en fait, transféré à l'association "Agriculture 06" dont il avait suscité la création, l'exercice de compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre ; que le conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé ».

[2731] CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736, *R.* p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com.* 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

[2732] PETIT, Jacques, « article 15 : la police », *in* BIENVENU, Jean-Jacques *et al.* (dir.), *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, 2012 p. 232. Cité *in* VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative : Essai sur la transposition d'un concept,* Paris : Dalloz, 2018, p. 613.

[2733] MAZERES, Jean-Arnaud, REGOURD, Serge, « Collectivités locales : du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l'entreprise », *RFAP* 1990, n° 53, p. 119-129.

[2734] LINOTTE, Didier, « Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? », *Gaz. Pal.* 2010, n° septembre-octobre, p. 2743.

[2735] DUGUIT, Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP* 1907, p. 425 — position rappelée *in* GOVERNATORI, Jean-Noël, *La stratégie du 'faire faire' et le droit français de l'organisation des missions d'intérêt général,* thèse de doctorat : droit public, Nice-Sophia-Antipolis, 2008, p. 10.

[2736] Voyez notamment : Cour des comptes, 15 juin 2017, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales, rapport au Premier ministre,* 14 p. — Inspection Générale de l'Administration, *Revue de dépenses : La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales,* juin 2017, 125 p.

Une telle modification, très importante, de la législation dans le sens de l'autorisation pour les SPL de se voir confier la maîtrise entière d'une compétence pourrait inciter les collectivités à rejeter certaines de leurs responsabilités qui leur paraissent trop problématiques : ce serait aller trop loin. Mais cette position de principe sur les responsabilités minimales n'empêche pas de soutenir que les SPL soient reconnues légalement et jurisprudentiellement comme pouvant prendre en charge des fonctions supports.

**Conclusion de la section 2 : Des caractéristiques juridiques de la compétence en mutation**

Dans un contexte de privatisation de plus en plus accrue de la gestion des missions publiques, SPL a devant elle, grâce à ses caractéristiques de proximité des personnes publiques, son caractère d'entreprise du secteur public, mais aussi et surtout de quasi-régie, un avenir probablement rayonnant dans ses capacités à prendre en charge de plus en plus de fonctions des compétences publiques locales. Certes, il convient de refuser que ce mouvement de privatisation n'atteigne le coeur même de la responsabilité des compétences, qui doit rester aux collectivités. Toutefois, les analyses théoriques et pratiques démontrent tout le potentiel plastique de la SPL, dont les caractéristiques semblent permettre un élargissement de ses fonctions d'action au service des collectivités locales, à rebours des interprétations restrictives encore souvent en vigueur. Cette plasticité et cette capacité de libération se retrouve aussi dans un autre domaine classique du droit public des collectivités locales que la SPL rhabille en revisitant : la limite de l'action publique face à la liberté du commerce et de l'industrie.

## Section 3 : Une gestion libéralisée des compétences économiques

Qu'apportent le régime juridique et l'utilisation de la société publique locale à la compétence d'action dans l'économie des collectivités locales ? Malgré la spécialisation forcée des départements et des régions, depuis quelques années est observée une dynamique jurisprudentielle de libéralisation de la compétence des collectivités locales à agir dans l'économie[2737]. Pendant longtemps, le juge administratif avait habitué la doctrine à une interprétation libérale protectrice des initiatives privées, au détriment d'une grande liberté d'action des collectivités locales[2738]. Il a

---

[2737] Voyez notamment : IDOUX, Pascale, « L'initiative économique des collectivités territoriales », *RLCT* 2014, n° 97.

[2738] CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : R.* p. 583 ; *S.* 1931.III.73, concl. P.-L. Josse, note R. Alibert — Voyez : DREYFUS, Françoise, *La liberté du commerce et de l'industrie,* Paris : Berger-Levrault, 1973, 275 p.

désormais renoncé en partie à ces préconceptions, en gardant tout de même un régime de contrôle de l'action publique économique basé sur la vérification d'un intérêt public local à ces actions[2739]. Cette libéralisation jurisprudentielle des compétences économiques des collectivités locales aboutit à estimer que celles-ci se retrouvent dans une situation d' « égale concurrence »[2740] avec le secteur privé, sous l'influence banalisatrice du droit de la concurrence. Il serait même possible, avec l'abandon relatif de la protection jurisprudentielle libérale du secteur privé au détriment des initiatives du secteur public[2741], d'envisager comme le prévoyait déjà Martine LOMBARD en 1994, d'aboutir à une situation de véritable « liberté de concurrence »[2742] des collectivités locales. Dans ce cadre général de libéralisation, quelle est alors la place et l'influence éventuelle de la société publique locale ?

Le caractère de société de droit privé de la SPL n'influence sans doute pas beaucoup le cadre jurisprudentiel et légal de l'action publique économique, même si le cumul de ce principe de liberté avec le régime des SEML a pu récemment démontrer qu'il pouvait entraîner une marge supplémentaire d'action[2743]. L'application de cette jurisprudence aux actions des SPL entraînerait alors la reconnaissance d'un régime des SPL relativement libérateur, ce qui est néanmoins peu probable étant donné leurs limitations caractéristiques (I). Le caractère de gestion directe de la SPL est plus intéressant de ce point de vue. Le juge administratif a en effet tendance à limiter plus fortement son contrôle de l'action économique publique lorsque celle-ci est réalisée directement au profit de la collectivité[2744]. Mais ce sont surtout les potentialités inverses de la SPL qui paraissent intéressantes pour la libéralisation de l'action économique publique locale. En effet, la SPL, en tant que quasi-régie, se voit reconnaître au niveau européen la capacité de prendre en charge une partie marginale d'activités qui ne seraient pas destinées à ses actionnaires. De telles activités devraient-

---

2739 LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers :* pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n° 2, repère 2.

2740 SESTIER, Jean-François, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et l'industrie et égale concurrence », *in* MOREAU, Jacques, *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau,* Paris : Economica, 2002, p. 401.

2741 *Cf.* CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

2742 LOMBARD, Martine, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et privés », *D.* 1994, p. 163.

2743 CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité*, n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel.

2744 Voyez notamment : CLAMOUR, Guylain, « La concurrence publique de plein droit », *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, étude 1977.

elles alors être soumises au contrôle même de l'intérêt public local, exigence jurisprudentielle minimale de l'action économique locale ? Cela relèvera sans doute d'une interprétation jurisprudentielle subjective de ce que peut faire et ne doit pas faire une société publique locale. L'application des dynamiques de libéralisation de la compétence économique locale et de responsabilisation des collectivités locales amènent cependant à faire l'hypothèse que cela ne sera pas toujours le cas (II).

# I - Des SPL vectrices de libéralisation de l'action publique locale

Il est d'une particulière importance pour les SPL que, dans sa méthode de vérification de l'intérêt public local, le juge porte clairement une attention spécifique sur le fait que l'activité consiste en une prise en charge directe par la collectivité d'activités répondant à ses propres besoins[2745]. Evidemment, quand une mission d'intervention dans l'économie est légalement impartie à une collectivité locale, le juge de la légalité contrôle que cette action est bien menée dans les conditions spécifiques prévues par la loi. Hors de ces champs balisés par la loi, dans le cadre des compétences générales d'intervention des collectivités locales[2746], dans le champ légal de l'intervention économique[2747], ainsi que pour les interventions sur le marché annexes ou en support d'une compétence légalement reconnue[2748], la nécessité de la démonstration d'un intérêt public local justifiant l'intervention publique reste nécessaire[2749]. Toutefois, de la jurisprudence se dégage aussi l'idée d'une présomption favorable de légalité des interventions économiques liées aux prestations à destination de la collectivité elle-même, particulièrement lorsque ces actions sont

---

[2745] CLAMOUR, Guylain, « Qui peut le moins peut le plus… ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP-A* 2007, n° 44-45, étude 2286.

[2746] Qui ne tient donc plus qu'à la commune.

[2747] Compétence reconnue légalement aux communes (à travers leur compétence générale) et aux régions, et pouvant donc bénéficier à de nombreux groupements de collectivités territoriales.

[2748] Ce qui permet ainsi aux départements de ne pas être exclus de cette liste.

[2749] CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

gérées sous un mode direct par les collectivités[2750]. Les actions de la SPL bénéficient-elles, par le biais de l'idée de quasi-régie, d'une telle présomption favorable ? C'est possible, si tant est que cette théorie soit bien confirmée positivement (A). Car le véritable coeur du problème, pour la liberté d'action des collectivités locales à travers les SPL, reste le manque de définition précise de la notion d'intérêt public local, à laquelle la SPL apporte malheureusement peu. Seule une interprétation très libérale de la liberté d'action des collectivités locales, que la loi sur les SPL peut néanmoins faire avancer en théorie, pourrait remédier clairement à cette situation (B).

## A) L'exclusion du domaine concurrentiel liée à la gestion directe et l'auto-prestation

Il est d'une particulière importance pour les SPL que, dans sa méthode de vérification de l'intérêt public local, le juge porte une attention spécifique sur le fait que l'activité consiste en une prise en charge directe par la collectivité d'activités répondant à ses propres besoins[2751]. De la jurisprudence se dégage notamment l'idée d'une présomption favorable de légalité des interventions économiques liées aux prestations à destination de la collectivité elle-même, particulièrement lorsque ces actions sont gérées sous un mode direct par les collectivités[2752] (1). Il est probable que les actions de la SPL bénéficient, par le biais de l'idée de quasi-régie, d'une telle présomption favorable (2).

### *1) L'idée d'exclusion de la concurrence des activités d'auto-prestation exercées en gestion directe*

Selon une interprétation critique de la jurisprudence administrative sur la question, la liberté du commerce et de l'industrie du secteur privé serait moins un obstacle à l'initiative publique

---

[2750] CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image : AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, comm. 1977, note G. Clamour (concurrence sur les photographes d'identité, par la prise de photo numérique gratuite réalisée par l'administration lors d'une demande de papier d'identité).

[2751] CLAMOUR, Guylain, « Qui peut le moins peut le plus… ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP-A* 2007, n° 44-45, étude 2286.

[2752] CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image : AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, comm. 1977, note G. Clamour (concurrence sur les photographes d'identité, par la prise de photo numérique gratuite réalisée par l'administration lors d'une demande de papier d'identité).

économique lorsque celle-ci constituerait une réponse aux propres besoins des collectivités organisée par ses propres moyens, c'est-à-dire en gestion directe.

Les arrêts du Conseil d'Etat *Bourrageas* du 27 juin 1930[2753] et *Unipain* du 29 avril 1970[2754], tendent à démontrer un contrôle moins important du juge administratif sur la légalité des décisions publiques prenant en charge des activités économiques par les services de la collectivité pour le compte de la collectivité. Une telle présomption ressort aussi d'arrêts plus récents. Deux récentes décisions d'Assemblée du Conseil d'Etat qui sont particulièrement révélatrices de ce biais en faveur de l'exploitation directe des activités.

La décision du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*[2755], est connue pour son considérant de principe important, qui ne reprend pas la condition classique impliquant de justifier une intervention sur un marché par la démonstration d'une carence (qualitative ou quantitative) de l'initiative privée[2756]. Dans son raisonnement, le juge ne montre pas d'intérêt particulier pour le mode de gestion employé : il lui suffit de constater simplement le rattachement de cette activité à une mission légale de l'Etat, et qu'en raison de sa nature de conseil de l'Etat aux collectivités territoriales, cette activité ne représente pas une intervention sur un marché. Toutefois, il pourrait être objecté qu'il s'agit là d'une interprétation subjective de la nature concurrentielle de ce service de conseil : c'est ce que l'Ordre des Avocats défendait, qui considérait que les activités de conseil, même entre personnes publiques, relèvent bien du domaine économique. Le Conseil d'Etat note aussi qu'il ne s'agit pas de prestations de service au sens du droit communautaire, là aussi sans doute à partir de la finalité de la mission, qui ne relèverait pas du domaine économique. La même objection peut être faite : le droit communautaire reconnaît au contraire largement que le conseil

---

[2753] CE Sect., 27 juin 1930, *Sieurs Bourrageas et Moullot* : *R.* p. 659.

[2754] CE Sect., 29 avril 1970, *Société Unipain : R.* p. 280 ; *AJDA* 1970, p. 430, concl. G. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note M. Waline.

[2755] CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte. Le considérant de principe se lit ainsi : « *Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

[2756] CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : R.* p. 583 ; *S.* 1931.III.73, concl. P.-L. Josse, note R. Alibert.

juridique peut être une activité économique[2757]. Les exceptions à cette qualification d'activité économique en droit européen sont visiblement plus strictes que l'interprétation qu'en fait le droit français[2758]. Dans tous les cas, le Conseil d'Etat ne semble pas porter d'attention au fait que l'activité soit gérée de manière directe par l'Etat. Toutefois, au vu d'autres jurisprudences proches, il est possible de se demander si cet élément n'a pas joué pour exclure d'autant plus facilement l'activité de conseil de la qualification d'activité concurrentielle.

La décision d'Assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image*[2759], est beaucoup plus explicite dans le lien qu'elle organise entre le mode de gestion direct d'une activité, et la liberté du commerce et de l'industrie. Son considérant de principe affirmerait une « concurrence publique de plein droit », pour reprendre les termes de Guylain CLAMOUR[2760]. Le Conseil réaffirme d'abord, dans une considération classique, le droit des personnes publiques à accomplir elles-mêmes les missions qui leur sont confiée, et que le juge ne peut exercer de contrôle sur cette liberté du choix du mode de gestion : « *les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens ; qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci* ». Cependant, dans une formulation plus innovante, il affirme que, même lors ces activités sont susceptibles d'affecter le secteur privé (les concurrents qui fournissent les mêmes services par exemple), ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence (et notamment l'égale concurrence ?), ne peuvent leur être opposées. La formulation exacte est la suivante : *« ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font*

---

2757 Même si cette activité ne peut être soumise aisément aux principes de la commande publique. Et même cette dernière interprétation a été l'objet de longues hésitations, ce qui démontre d'autant le caractère économique d'une telle activité, voyez la formulation du Conseil d'Etat dans un avis du 27 septembre 2018 : « Si, depuis plus de vingt ans, la conclusion des contrats publics de services juridiques ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique s'y attachant était soumise à des règles de publicité préalable et de mise en concurrence particulières, jugées adaptées aux obligations déontologiques de la profession d'avocat (voir en dernier lieu CE, 9 mars 2016, n° 393589, Conseil national des barreaux), le Conseil d'État estime que la spécificité de ces services juridiques peut autoriser, en raison d'un motif d'intérêt général directement lié à la nécessité de tenir compte des caractéristiques propres à de tels services eu égard notamment au principe de libre choix de l'avocat et à l'importance de l'intuitu personae en la matière, une dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique que le Conseil constitutionnel a dégagés dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 » (CE, Avis, 27 septembre 2018, n° 395.785, projet de loi portant suppression des surtranspositions des directives européennes en droit français).

2758 Voyez notamment : BERNARD, Elsa, « L'activité économique : un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009, n° 3, p. 353.

2759 CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image : AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, comm. 1977, note G. Clamour (concurrence sur les photographes d'identité, par la prise de photo numérique gratuite réalisée par l'administration lors d'une demande de papier d'identité).

2760 CLAMOUR, Guylain, « La concurrence publique de plein droit », *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, étude 1977.

*exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature* ». La formulation est *a priori* claire : la liberté du commerce et de l'industrie, obstacle classique à la prise en charge d'activités publiques dans le secteur économique, n'est désormais plus opposable aux exécutions directes des missions des collectivités publiques.

La SPL bénéficie-t-elle de ces libéralisations de l'action publique ? Là est toute le problème, car cette question n'a pas été pour l'instant explicitement tranchée. Certains auteurs optimistes, estiment que cette dynamique jurisprudentielle s'applique aux SPL. Dans une position optimiste, Sophie NICINSKI estime que la SPL constituerait bien, en application de l'idée que l'auto-prestation entraîne l'absence d'intervention sur un marché concurrentiel, un « filtre permissif »[2761] permettant d'échapper à l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Une conception plus pessimiste y apporte des nuances. La réponse se trouve certainement entre les deux.

## *2) L'application délicate de cette jurisprudence aux SPL*

Une vision trop optimiste de l'application de cette jurisprudence paraît critiquable, et doit sans doute être tempérée. Elle permet néanmoins de souligner que, dans ce régime, une absence cruelle se fait sentir dans la détermination d'une règle claire : celle du législateur. La vision pessimiste se base d'abord sur une lecture critique des limites inhérentes à la jurisprudence *Association pour la Promotion de l'Image* quant à l'exclusion de la concurrence (a), mais aussi et sans doute surtout, sur l'illogicité de la transposition de cette jurisprudence aux SPL (b), ce qui induirait le maintien d'un contrôle de la liberté du commerce et de l'industrie sur leurs activités, bien que récemment atténué par la jurisprudence générale relative à l'égale concurrence des personnes publiques.

### a) L'exclusion possible de la qualification d'activité concurrentielle

L'arrêt *Association pour la Promotion de l'Image* estime que le droit de la concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie ne peuvent s'opposer à la création d'activités gérées elles-mêmes par les collectivités, à la condition d'effectuer cette activité uniquement dans la finalité de répondre à une compétence publique. Or, il convient, au regard notamment de la jurisprudence européenne relative au droit de la concurrence[2762], de ne pas entendre cette formule de principe

---

[2761] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

[2762] Voyez notamment : BERNARD, Elsa, « L'activité économique : un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009, n° 3, p. 353.

comme impliquant l'exclusion de tout contrôle relatif à ces libertés et ce droit. La qualification d'activités hors concurrence de telles opérations est en effet loin d'être acquise, selon Lionel ZEVOUNOU[2763]. L'application d'un critère organique (la régie) pour exclure cette qualification finaliste (l'activité économique) n'est pas consistante avec la jurisprudence européenne[2764].

De plus, la qualification d'auto-prestations, ou d'activité destinées à répondre à ses propres besoins, est elle aussi sujette à interprétation. En effet, qu'est-ce qu'un besoin propre de l'Administration ? Cette notion paraît s'opposer aux besoins à destination des administrés qui seraient, eux, soumis à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de la concurrence. Une telle interprétation serait néanmoins incohérente et aboutirait à exclure toutes les activités publiques. Dans l'arrêt *Association pour la Promotion de l'Image,* la prise de photographie d'identité se fait certes dans le but de compléter des dossiers de demande de documents d'identité, qu'il est de la responsabilité de l'Administration de créer. Toutefois, dans une perspective plus finaliste, cette mission de l'Administration peut aussi être interprétée comme fournissant en réalité un service aux administrés, et non à l'Administration : les papiers d'identité sont à leur destination, et la prise de photographie permet de constituer le dossier administratif, ce qui relève bien d'un besoin des administrés — sauf à considérer que l'Administration a besoin que ses administrés fournissent des photographies pour traiter leur demande. Cela peut s'entendre, mais une telle réflexion finaliste n'apparaît pas dans le raisonnement jurisprudentiel, et risquerait d'impliquer des raisonnements logiques infinis. Il est beaucoup plus logique de considérer que toutes les missions de l'Administration, y compris celles à destination des administrés, peuvent entraîner, par la jurisprudence du Conseil d'Etat, des besoins de l'Administration. Dans ce sens, toutes les activités publiques seraient *ipso facto* exclues du contrôle de la liberté du commerce et de l'industrie. Cela ne paraît pas cohérent avec la nécessité de contrôler certaines activités publiques qui sont clairement sur un marché concurrentiel. Les exemples concrets de SPL gérant des centres de congrès[2765] ou des centres aquatiques[2766] démontrent bien les limites d'un tel raisonnement : il paraîtrait incohérent avec la propension traditionnelle du juge administratif à contrôler les activités publiques économiques, que leur simple mode de gestion empêche un tel contrôle, notamment au regard du droit de la concurrence.

Une formulation plus précise du Conseil d'Etat serait donc la bienvenue, par exemple si le Haut Juge souhaite effectivement exclure les activités directement nécessaires au bon

---

[2763] ZEVOUNOU, Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* Paris : LGDJ, 2012, p. 234-235.

[2764] *Cf. Supra,* chapitre précédent.

[2765] Comme la SPL de gestion des centres de Congrès de Pau.

[2766] Comme la SPL de l'Aquabowling des Falaises.

fonctionnement de l'Administration des contrôles de la liberté du commerce et du droit de la concurrence. Une telle formule permettrait d'exclure par exemple de ces contrôles, les activités comme celle de la SPL *X-DEMAT*, de fourniture de logiciels à usage interne des collectivités, de la SPL *IN-PACT GL*, de gestion annexe des ressources humaines, ou encore des SPL spécialisées dans l'ingénierie publique à destination des collectivités locales. Dans ces quelques exemples, le contrôle du respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence paraîtrait en effet une interprétation très restrictive de l'action publique.

Ainsi, il paraît plus logique que cette jurisprudence *Association pour la Promotion de l'Image* ne soit applicable que dans des cas extrêmes, où l'Administration ne répond qu'à des besoins nécessaires à son propre fonctionnement. Cela limiterait fortement la portée de cette jurisprudence. Dans tous les autres, c'est la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* qui reviendrait à s'appliquer. Cela implique un respect d'une égale concurrence avec le secteur privé, et donc un respect — certes diminué mais toujours existant — de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. Il est aussi possible que la jurisprudence *Association pour la Promotion de l'Image* ne soit tout simplement même pas transposable aux SPL — ce qui nous paraît exagéré — auquel cas, ce serait encore la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* qu'il conviendrait d'appliquer.

b) Le rejet de la transposition de cette exclusion aux SPL

Tout d'abord, la jurisprudence *Association pour la Promotion de l'Image* n'est sans doute pas transposable aussi facilement qu'il n'y paraît aux SPL. Pour Jean-David DREYFUS et Florence LATULLAIE, elle n'apparaît pas avoir avoir de place dans l'étude des conditions de la prise en charge d'activités économiques par les SPL[2767]. Cela semble être aussi l'opinion de Michaël KARPENSCHIF, qui ne la mentionne pas lorsqu'il étudie les conséquences du droit européen de la concurrence sur les SPL[2768]. Et Sophie NICINKSI, bien qu'elle adopte une position optimiste sur l'exclusion de la qualification d'opérateur concurrentiel des SPL, n'y fait pas non plus référence[2769]. Ce rejet dans l'ombre de cette jurisprudence importante sur le « filtre permissif »[2770] dégagé par le juge administratif pour les activités considérées comme non concurrentielles et sur lesquelles la

---

[2767] DREYFUS, Jean-David, LATULLAIE, Florence, « SEM et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », *AJCT* 2011, p. 77.

[2768] KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP-A* 2013, p. 27-33.

[2769] NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135.

[2770] *Ibidem.*

nature du mode de gestion directe compte beaucoup, interroge. L'absence de jurisprudence sur ce point force à ne se fonder que sur des réflexions théoriques.

La plus évidente réponse consiste à opiner que les SPL ne sont pas considérées, en reprenant la formule de l'arrêt *Association pour la Promotion de l'Image,* comme des situations dans lesquelles l'Administration effectue par elle-même les activités, car elles ne seraient pas des modes de gestion par lesquelles l'Administration effectuerait elle-même des prestations. Une telle interprétation signifie que, pour le juge administratif, la situation des SPL n'est pas assimilable à la situation d'une régie de droit public au regard du droit de la concurrence et du contrôle de la liberté du commerce et de l'industrie. Cela paraît sensible et logique, surtout en prenant en considération que cela n'empêche pas le juge administratif d'appliquer aux activités prises en charge par les entreprises publiques locales les apports libéraux de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*[2771], et donc qu'une égalisation de l'activité des SPL par rapport au secteur privé est désormais juridiquement admise. Cela est d'autant mieux admis qu'une jurisprudence, très proche chronologiquement — bien qu'antérieure — à l'arrêt *Association pour la Promotion de l'Image,* la décision du Conseil d'Etat du 5 juillet 2010, *Syndicat National des Agences de Voyage*[2772], a positivement confirmé l'application pour les SEML de cette nouvelle égalité, qui maintenant ainsi un contrôle adouci du respect de la liberté du commerce et de l'industrie.

## B) La participation des SPL à la redéfinition de l'intérêt public local

La décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*[2773], a supprimé la référence à la carence de l'initiative privée comme un élément essentiel du contrôle de la liberté du commerce et de l'industrie. Il n'a pas supprimé celui-ci. Le juge administratif conserve ainsi la recherche d'un respect de la concurrence des opérateurs publics par rapport à leurs concurrents privés. Une décision du Conseil d'Etat du 5 juillet 2010, *Syndicat*

---

[2771] CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R.* p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm.* 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

[2772] CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

[2773] CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *préc.*

*National des Agences de Voyage*[2774], a reconnu son application aux SEML. Il est certain que sa validité s'étend aux SPL (1). Néanmoins, même une telle interprétation ne permet pas de résoudre toutes les interrogations sur les activités pouvant être ou non prises en charge par des SPL (2).

### *1) Une ouverture jurisprudentielle vers l'égale concurrence*

Le considérant de principe de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, fait preuve d'une grande pédagogie et cherche clairement à dégager les principes nouveaux qui ont vocation à s'appliquer pour longtemps.

Ces principes se lisent ainsi : « *considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ». Si un certain relâchement jurisprudentiel doit être observé, notamment par l'abandon de la nécessité que constituait la carence de l'initiative privée, elle n'aboutit pas à vider entièrement de sa substance le principe de la liberté du commerce et de l'industrie[2775].

En 2010, à l'occasion d'un arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage*[2776], le Haut Juge applique sans restrictions ce revirement important de jurisprudence à l'action des collectivités locales entreprise à travers une SEML. Les activités prévues à l'article L. 1521-1 du CGCT ici visées ayant été reprises pour l'article L. 1531-1 visant les SPL, il n'y a aucun doute que la même solution leur soit applicable. La concordance des objects autorisés des SPL et des SEML, et leur proximité statutaire, amène à la conclusion irréfutable que cette jurisprudence doit être appliquées aux SPL dans les mêmes conditions.

---

[2774] CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564, *préc.*

[2775] LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers :* pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n° 2, repère 2.

[2776] CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564, *préc.*

Ce dernier arrêt indique très précisément que les dispositions autorisant les collectivités locales et leurs groupements à créer des SEML dans les domaines visées par l'article L. 1521-1 du CGCT (c'est-à-dire « *des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général* »), impliquent que « *les sociétés d'économie mixte locales peuvent légalement exercer, outre des activités d'aménagement, de construction ou de gestion de services publics, toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général* ». La condition de l'activité des SPL se résumerait donc à la démonstration d'un intérêt général. C'était déjà le cas dans la jurisprudence classique relative à la protection de la liberté du commerce et de l'industrie appliquée aux SEML. C'est dans les éléments précis qui se rattachent à cet intérêt général que résident la nouveauté de cette jurisprudence.

Quant à la caractérisation de cet intérêt général, que le Conseil d'Etat reprend exactement sa position de principe de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, en la déclinant pour les SEML. Il considère précisément que « *si un tel intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché* ». Ainsi, il est possible de considérer que la présomption autrefois restrictive de la liberté du commerce et de l'industrie est supprimée, et que les personnes publiques, par le biais de la SPL, bénéficient désormais d'une égalité concurrentielle avec les opérateurs privés, comme le soutient par exemple Michaël KARPENSCHIF[2777].

Mais n'est-il pas possible d'aller plus loin d'analyse ? Sans avoir renoncé formellement à l'opposabilité du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui est encore et toujours mentionnée dans l'arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage*, il est possible de se demander si ce principe n'est pas déclinant, et si l'interprétation de la qualification d'intérêt général n'est pas de plus en plus large et aisée — mouvement que la création de la SPL accompagne. Il s'agirait de savoir si les collectivités locales ne passent pas, par l'intermédiaire de ces jurisprudences et des SPL, d'une égale concurrence à une liberté de concurrence.

---

[2777] KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP-A* 2013, p. 27-33.

## *2) Une redéfinition toujours mouvante de l'intérêt public local*

Comme le note franchement Martine LOMBARD à propos de cet arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage*[2778], « Tout cela serait bel et bien si les notions et les distinctions sur lesquelles repose la logique de cet arrêt étaient claires. Hélas, il n'en est rien »[2779]. C'est tout le problème de la redéfinition d'une jurisprudence classique mais relativement aisée à qualifier, par une notion jurisprudentielle comme l'intérêt général, que les commentateurs ont de tout temps reconnu comme très malléable[2780], et l'intérêt public local, tout aussi complexe à cerner[2781].

Précisément, le juge administratif peut procéder dans son contrôle des activités des SPL, à une double vérification : premièrement de ce qui constitue ou non des « activités d'intérêt général » au sens de l'article L. 1531-1 du CGCT pour les objets autorisés des SPL, et deuxièmement de la qualité d'intérêt public local des activités ainsi prises en charge. La proximité logique des deux contrôles expliquent que ces deux étapes puissent être communément fusionnées, ou bien que le raisonnement du juge paraisse confus. A l'époque du contrôle supplémentaire de la carence de l'initiative privée, ces trois contrôles pouvaient aussi être confondus, ce qui rend déjà, rien que d'un point de vue logique, la lecture de la jurisprudence du Conseil d'Etat très délicate.

Mais de plus, les définitions de cet intérêt public et de cet intérêt général reposent *in fine* sur des considérations purement subjectives, car jurisprudentielles. Elles dépendent, comme le résume Laurent RICHER, plus de considérations politiques du moment que d'une logique irréfutable[2782]. La clarté du raisonnement judiciaire n'est donc pas un avantage particulier pour tenter d'imaginer le futur des compétences possiblement exercées par les SPL après l'arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage*.

---

[2778] CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564 : CE, 5 juill. 2010, n° 308564 : *R.* p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A* 2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com.* 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

[2779] LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers :* pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n° 2, repère 2.

[2780] Voyez notamment : TRUCHET, Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat,* Paris : LGDJ, 1977, 394 p. ; LINOTTE, Didier, *Recherches sur la notion d'intérêt général,* thèse de doctorat : droit public : Bordeaux 1 : 1975, 451 p. — et pour une étude plus récente : TRUCHET, Didier, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre », *in* Conseil d'État, *Rapport public 1999 : L'intérêt général*, Paris : La Documentation française, 1999, p. 363.

[2781] Voyez notamment : ROMBAUTS-CHABROL, Tiphaine, *L'intérêt public local,* Paris : Dalloz, 2016, 558 p. ; ROUAULT, Marie-Christine, « Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local », fasc. 383, *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* mise à jour 15 juillet 2018 ; et KADA, Nicolas (dir.), *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine,* Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2009, 224 p.

[2782] RICHER, Laurent, « À la recherche de la raison anticoncurrentielle », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin,* Paris : La Mémoire du Droit, 2012, p. 367.

Une analyse historique de la jurisprudence sur les SEML, n'est donc pas très concluante. Par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron*[2783], laisse planer un doute certain sur l'éventuelle qualification d'activité d'intérêt général de « la production, la fabrication et la mise en oeuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers », préférant clairement se baser sur l'argument de la carence de l'initiative privée[2784]. Plus récemment, dans une affaire devant la CAA de Paris du 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*[2785], le juge administratif a aussi cumulé le contrôle de l'intérêt général et de la carence de l'initiative privée, sans que ceux-ci puissent être clairement dissociables[2786].

Et quand le juge administratif s'est clairement basé sur l'absence d'intérêt général, cela a pu aboutir a des logiques parfois inattendues. Par exemple, dans un arrêt de 1994 qui avait défrayé la chronique, à propos d'une SEML, le Conseil d'Etat avait considéré que l'aide à la reconversion des

---

[2783] CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et al.,* n° 97449 : *R.* p. 582 : *JCP-G* 1995, II, p. 392, note M. Cliquennois ; *AJDA* 1995, p. 351 ; *RFDA* 1995, p. 214 ; *Dr. adm.* 1995, n° 229, p. 18.

[2784] « Considérant que la société d'économie mixte locale dénommée "Enrobés et liants aveyronnais", dans le capital de laquelle les délibérations attaquées des conseils municipaux de Clairvaux-d'Aveyron, de Balsac et de Druelle, ont décidé de prendre une participation, a pour objet "la production, la fabrication et la mise en oeuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers divers pour toute clientèle publique ou privée" ; que cet objet ne saurait s'analyser, pour l'application de l'article 1er de la loi du 7 juillet 1983 dont la circulaire du 16 juillet 1985 du ministre de l'intérieur et de la décentralisation ne peut que se borner à commenter les dispositions, ni comme la réalisation d'une opération d'aménagement ou de construction, ni comme l'exploitation d'un service public à caractère industriel ou commercial ;
Considérant qu'en supposant même que l'objet de la société susmentionnée puisse être regardé comme une activité d'intérêt général, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en l'espèce, sa création était rendue nécessaire par une absence ou une défaillance de l'initiative privée ».

[2785] CAA de Paris, 11 mai 2004, *commune d'Ozoir-la-Ferrière,* n° 00PA00781 : *JCP-A* 2004, n° 26, p. 875, note J. Moreau.

[2786] « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, que la société d'économie mixte locale Ozoir Concept n'a été ainsi créée que pour répondre à la présence annoncée de l'équipe de football du Brésil pour son entraînement sur le stade de la commune et pour organiser des événements, des activités ou animations liés à cette présence afin de valoriser l'image de la commune ;
que l'activité de la société d'économie mixte locale Ozoir Concept a consisté essentiellement à passer des contrats de prestations de service avec successivement les sociétés Omniconcept et Concept Corporate et Communication leur confiant une mission de conception et de réalisation d'animations et d'activités avec leur financement et dont les bénéfices seraient partagés entre la société d'économie mixte et les sociétés prestataires ; que la société d'économie mixe locale Ozoir Concept se bornait à mettre à la disposition des sociétés successives contractantes des locaux et des facilités de matériel, la mise en place des produits publicitaires, leur distribution et commercialisation incombant auxdites sociétés ;
qu'ainsi, la création et les conditions d'exercice de l'activité de la société d'économie mixte locale Ozoir Concept n'ont eu pour objet que de satisfaire à des besoins n'ayant qu'un caractère commercial dans un but principalement lucratif et non pas, contrairement à ce que soutient la commune, à assurer une activité de service public administratif de communication institutionnelle d'une collectivité publique ;
que si la commune fait valoir également que l'initiative privée était absente ou insuffisante dès lors que la société d'économie mixte locale Ozoir-la-Ferrière avait pour mission des tâches de conceptualisation générale et les sociétés prestataires de service des missions spécifiques d'exécution, il ne résulte pas cependant des conditions d'exercice de l'activité de la société d'économie mixte locale Ozoir Concept susindiquées que ladite société ait eu une activité distincte propre de celle des sociétés prestataires précitées qui avaient, en outre, avant la création de la société d'économie mixte, fait part de leurs propositions pour la réalisation d'animations liées à la présence annoncée de l'équipe de football du Brésil ; que la création de la société d'économie mixte locale Ozoir Concept ne saurait, par suite, être regardée comme remplissant les conditions prévues par les dispositions susrappelées de l'article L.1521-1 du code général des collectivités territoriales »

terrains et à l'emploi dans un bassin industriel frappé par le chômage de masse par la création d'une activité horticole commerciale ne pouvait être considérée comme d'intérêt général[2787]. Une grande prudence est donc de mise, puisqu'en l'absence de législation précise, le juge ultime de l'intérêt public et de l'intérêt général reste pour l'instant le Conseil d'Etat. Au moins, la condition de la carence de l'initiative privée présentait des caractères plus objectifs. La nouvelle situation ne devrait-elle pas conduire le juge à essayer de définir de nouveaux éléments, plus objectifs, pour éclairer les notions d'intérêt public local ?

Sur ce point, Jean-David DREYFUS et Florence LATULLAIE, exposant les conditions de prise en charge d'une activité économique par les SPL, considèrent effectivement que l'arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage* laisse trop « en suspens la question de savoir si la reconnaissance d'une activité d'intérêt général n'implique pas que celle-ci présente des spécificités »[2788]. Le problème est que de telles spécificités sont difficiles à établir — particulièrement jurisprudentiellement. Si les situations ne présentant pas d'intérêt général sont relativement bien connues, elles ne présentent pas une logique évidente — à part le rejet évident des situations où l'intérêt privé prime sur l'intérêt public[2789]. La confusion avec le critère de l'absence d'initiative privée a pu maintenir une telle situation floue pendant longtemps. L'abandon de ce dernier critère aboutira mécaniquement à une meilleure définition positive de l'intérêt général et de l'intérêt public local. Dans l'attente, l'observation des dynamiques jurisprudentielles aboutit à démontrer la montée en puissance de l'idée d'égale concurrence, voire de liberté de concurrence des collectivités locales.

En effet, les faits de l'affaire *Syndicat National des Agences de Voyage* démontrent une interprétation très large de cet intérêt public local. En l'occurrence, il s'agissait de la prise en charge d'activités touristiques concurrentielles (vente de séjours touristiques) en complément d'une mission de service public d'accueil touristique (gestion d'un centre de congrès) précisément confiée par les collectivités locales. Le fait que les activités concurrentielles n'aient pas été confiées spécifiquement par les collectivités n'empêche donc pas, par l'action de la proximité et de la complémentarité des actions, que celles-ci puissent être effectuées, malgré l'existence d'une

---

[2787] Conseil d'Etat du 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, Préfet de la Moselle c/ commune d'Amnéville,* n° 141877 : *T.* p. 814 ; *AJDA* 1995, p. 237, note J.-F. Bizet et C. Devès ; *CJEG* 1995, p. 202, note D. Truchet : « si la commune soutient qu'elle entend par cette réalisation participer à la reconversion du bassin sidérurgique lorrain sur lequel elle a, à cette fin acquis et aménagé les terrains du groupe Usinor et, notamment, aider et soutenir l'emploi, il ressort des pièces du dossier que l'opération porte sur la création de 3 hectares de serres horticoles et est destinée à la commercialisation en France et à l'étranger de variétés de fleurs et plants ; que, dans les circonstances de l'espèce, une telle opération ne peut être regardée comme constituant une activité d'intérêt général ».

[2788] DREYFUS, Jean-David, LATULLAIE, Florence, « SEM et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », *AJCT* 2011, p. 77.

[2789] Voyez notamment : ROUAULT, Marie-Christine, « Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local », fasc. 383, *JurisClasseur Collectivités Territoriales,* mise à jour 15 juillet 2018.

concurrence privée. La qualification d'intérêt général attachée à ces activités n'est pas non plus remise en cause, alors qu'il est difficilement évident que la vente de séjours touristiques présente un aspect d'intérêt général[2790]. L'arrêt *Syndicat National des Agences de Voyage* n'est pas non plus le seul arrêt récent à traduire une interprétation souple de l'intérêt public, moins libérale économiquement, et plus favorable à l'action publique. Les activités concurrentielles d'exploitation de salles de cinéma[2791], de téléassistance aux personnes âgées[2792], de service de prêt d'automobiles en libre-service[2793], ou encore de site d'information sur les prix de l'essence à la pompe[2794], figurent dans les dernières actualités dans ce sens.

Selon Guylain CLAMOUR, ce mouvement et cette jurisprudence signifient que les collectivités locales « bénéficient de fait d'une liberté économique »[2795] désormais. Les faits en question dans cette dernière affaire semblent donner raison à une telle interprétation, mais il est clair qu'en la matière deux visions idéologiques s'opposeront ici. Une vision fermée, réfractaire ou prudente face à l'action publique, estimera que le poids de la tradition jurisprudentielle ne saurait être renversé aussi facilement et que de nombreuses embûches liées à la liberté du commerce et de l'industrie attendent encore les SPL sur le chemin d'une entière liberté[2796]. Une vision plus ouverte à l'action publique interprète au contraire l'évolution centenaire de la jurisprudence du juge administratif comme un mouvement vers une égalité concurrentielle qui, si elle ne dit pas son nom, est bien réelle[2797]. Nous nous situons dans cette dernière démarche.

---

2790 La formulation de l'arrêt précise : « qu'ainsi, en recherchant si la prise en charge par la société d'économie mixte locale RCCE, en complément de son activité principale de service public, d'activités touristiques définies aux articles 1er et 2 de la loi du 13 juillet 1992 cités ci-dessus présentait un intérêt public suffisant permettant de regarder ces activités comme des activités d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales et en jugeant que la carence de l'initiative privée sur le marché local des prestations touristiques en cause n'était pas une condition nécessaire de la légalité de la décision attaquée devant elle, la cour n'a commis aucune erreur de droit et n'a pas, notamment, méconnu le principe de liberté du commerce et de l'industrie »

2791 CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité*, n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel

2792 Sont particulièrement notables : CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, n° 306911 : *AJDA* 2010, p. 957, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2010, p. 1251, note E. Glaser ; *JCP-A* 2010, p. 2203, note P. Idoux ; *RJEP* 2010, comm. 44, G. Pellissier (service payant de téléassistance aux personnes âgées organisé par le département).

2793 CAA Paris, 3 juillet 2012, *Chambre syndicale des loueurs de voitures et al.,* n° 11PA02157 : AJDA 2012, p. 2444, concl. S. Dewailly (service d'automobiles en libre-service).

2794 CE, 16 juillet 2014, *Société Sigmalis*, n° 368960 : *AJDA* 2014, p. 1874, note S. Nicinski (site internet gratuit d'informations sur les prix à la pompe).

2795 CLAMOUR, Guylain, « Qui peut le moins peut le plus… ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP-A* 2007, n° 44-45, étude 2286.

2796 *Ibidem.*

2797 SESTIER, Jean-François, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et l'industrie et égale concurrence », *in* MOREAU, Jacques, *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau,* Paris : Economica, 2002, p. 401.

Cette vision plus ouverte aux libertés des collectivités locales peut aller jusqu'à considérer qu'il serait même opportun que la liberté du commerce et de l'industrie, fondée sur des bases normatives et théoriques, voire idéologiques peu claires[2798], ne soit plus utilisée comme un principe limitant de l'intervention des collectivités publiques dans l'économie[2799]. La référence à la liberté du commerce et de l'industrie, et notamment, pour reprendre les mots de Catherine BERGEAL, la « conception désuète »[2800] qui est souvent faite de la jurisprudence, pourrait alors laisser place à une interprétation égalitaire de l'interventionnisme public, sous couvert de respecter le droit de la concurrence mais aussi le principe de spécialité des compétences, qui peut inclure de devoir faire la preuve minimale d'un intérêt public et non d'un intérêt purement privé. Cette démonstration pourrait emprunter, dans une démarche d'équilibre, à la recherche d'un bilan entre les intérêts que l'activité apporte et les inconvénients qu'elle comporte[2801]. Comme le notaient Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, une telle approche représente en effet la reconnaissance de l'idée que « dans son essence, l'intérêt général est un arbitrage entre des intérêts, et non une valeur abstraite »[2802]. Cela nous semble la voie la plus sage et la moins coûteuse en termes d'équilibre entre stabilité juridique des notions et contrôle juridictionnel nécessaire.

Autrement, il faudrait, comme le remarque à juste titre Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL[2803] compter sur l'activisme du législateur pour préciser, dans tous les cas et toutes les situations où il l'estime nécessaire, des critères objectif de l'intérêt public local. Cette solution apporterait la stabilité du formalisme, mais sans doute pas le charme de la subtilité théorique.

Dans l'attente de l'émergence d'une stabilité plus rassurante sur les compétences exactes pour les collectivités de prendre en charge des activités économiques de manière générale dans le cadre des SPL, les acteurs locaux discutent déjà d'obtenir la possibilité, offerte par la jurisprudence et le droit européen des quasi-régies, d'une activité marginale des SPL qui ne soit pas consacrée à leurs actionnaires.

---

2798 LOSCHAK, Danièle, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, p. 261.

2799 LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers :* pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n° 2, repère 2.

2800 BERGEAL, Catherine, « La candidature d'une personne publique à un contrat public : conclusions sous CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* », *RFDA* 2001, p. 106.

2801 Voyez notamment : pour la première intégration en droit administratif de cette technique, dans le contentieux de l'expropriation : CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est » : R.* p. 409, concl. Guy Braibant ; *D.* 1972, p. 194. — voyez aussi : LEMASURIER, J., « Vers un nouveau principe général du Droit ? Le principe « bilan-coût-avantages », *in* WALINE, Marcel, *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 2, Paris : LGDJ, 1974, p. 551 — GUIBAL, Marcel, « De la proportionnalité », *AJDA* 1978, p. 478-479.

2802 VEDEL, Georges, DELVOLVE, Pierre, *Droit administratif, 11e éd., tome 1,* Paris : PUF, 1990, p. 515.

2803 ROMBAUTS-CHABROL, Tiphaine, *L'intérêt public local,* Paris : Dalloz, 2016, p. 407 et s.

# II - Un potentiel marginal de liberté

Le droit national des SPL, et son interprétation jurisprudentielle, ne reconnaissent pas pour l'instant la possibilité de laisser les SPL proposer leurs services à d'autres que leurs actionnaires. Pourtant, une telle liberté est déjà revendiquée juridictionnellement par les acteurs, sans effet pour l'instant (A). Mais ce refus, surtout légal, se résume plus à une question d'application que de principes, puisque ceux-ci, au contraire, balisent la voie d'une telle libéralisation de l'action publique locale par le biais des SPL (B).

## A) Une extension de liberté formellement refusée

La réserve possible de liberté pour les entités de quasi-régie est fixée à 20% des activités réelles ou projetées par le législateur européen[2804], là où le juge européen parlait d'activités marginales[2805]. Elle inclut aussi le fait pour les entités de quasi-régie de ne pas être cantonnées au seul territoire de ses actionnaires, même si la question a pu faire un temps débat[2806]. Ces deux libertés sont déjà prévues explicitement à l'article L. 2511-1 et L. 3211-1 du Code de la commande publique. Elles n'attendent plus qu'une modification du statut des SPL pour s'appliquer. Malgré des ouvertures contentieuses en ce sens (1), l'interprétation restrictive reste de mise (2).

### *1) Une liberté déjà revendiquée par les acteurs*

Certains acteurs locaux considèrent déjà que, le droit européen ayant clairement autorisé ces libertés, le droit français restreignant l'application de ces libertés aux SPL — et aux SPL seulement — est en soi une discrimination, ou à tout le moins un déni de droit. Effectivement, une décision de

---

2804 Précisément 20% du chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années issu d'activités concurrentielles : Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, *préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

2805 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA* : Rec. CJCE 2006, p. I-4137 : Contrats- Marchés publ. 2006, comm. 203, note G. Eckert. Le juge européen considère que les entités de quasi-régie doivent exercer leurs activités de façon « substantielle » et « principale » pour le compte de leurs actionnaires, et uniquement de manière « marginale » pour le compte de tiers : CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, préc.,* § 62-63.

2806 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec.* p. I-8127 : *CMP* 2009, n° 10, p. 15-17, note W. Zimmer ; *JCP-A* 2009, n° 43, p. 27-34, note C. Devès ; *Europe* 2009, n° 11, p. 24-26, note D. Simon ; *AJDA* 2009, n° 40, note R. Sermier et D. Epaud.

la Cour de Justice de l'Union du 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*[2807] est venue indiquer que « *si et dans la mesure où de telles entités sont habilitées à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel, les États membres ne peuvent interdire à celles-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services. Une telle interdiction ne serait, en effet, pas compatible avec* » le droit européen de la commande publique. Comme le remarque Sébastien BRAMERET[2808], il faut noter ici le paradoxe du droit de l'Union qui, en restreignant d'une main les conditions de mise en concurrence applicable aux personnes publiques et même aux relations public-public d'un côté, libère de l'autre l'action de ces mêmes personnes, lorsqu'elles sont écartées de l'accès à la commande publique. A partir de cette jurisprudence accueillante, et de ces libertés tentantes, le contentieux français des SPL s'est nourri des frustrations des acteurs locaux.

La SPL *SEMERAP* a ainsi aussi argumenté devant le juge administratif au soutien d'une question préjudicielle auprès de la Cour de Justice de l'Union, après avoir postulé à un marché public et avoir été rejetée par le pouvoir adjudicateur en raison de son incompétence à participer. Toutefois, celle-ci n'a pas prospéré, puisque la jurisprudence et le droit européen ne créent par leur jurisprudence « aucun principe faisant obstacle à ce que le législateur » exige plus que les conditions européennes minimales permettant de déterminer si une entité est en situation de quasi-régie[2809]. L'inverse aurait certes été étonnant, mais peut-être les requérants auraient-ils eu plus de bonheur à plaider le principe de l'égal accès à la commande publique dégagé par l'arrêt du 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*[2810].

Il faut certes reconnaître que l'arrêt *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* précise que les législations nationales peuvent tout-à-fait intervenir pour réglementer les activités d'entités économiques, notamment en fonction de la compatibilité des activités limitées « avec leurs objectifs institutionnels et statutaires ». De plus, cet arrêt n'étend le bénéficie de sa protection que pour les entités qui auraient été « habilitées à offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel ». Toutefois, les SPL n'ont-elles pas déjà, même sous l'empire de l'article L. 1531-1 du CGCT, la capacité d'offrir des services contre rémunération sur la marché?

---

[2807] CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, § 36 : *RLC* 2015, n° 44, p. 71, note S. Brameret ; *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 387, note A.-L. Durviaux ; *CMP* 2015, n° 2, p. 47, note G. Eckert ; *AJDA* 2015, n° 6, p. 334, chron. E. Broussy et H. Cassagnabère.

[2808] BRAMERET, Sébastien, « La personne publique, candidate de droit commun à la commande publique ? », *RLC* 2015, n° 44, p. 71.

[2809] CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEMERAP*, n° 17LY00318, inédit au Recueil : *AJCT* 2017. 213, obs. C. Devès ; *RTD Eur.* 2017 p.810, obs. E. Muller.

[2810] CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, § 36 : *RLC* 2015, n° 44, p. 71, note S. Brameret ; *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 387, note A.-L. Durviaux ; *CMP* 2015, n° 2, p. 47, note G. Eckert ; *AJDA* 2015, n° 6, p. 334, chron. E. Broussy et H. Cassagnabère.

Encore une fois, le cas des centres de congrès ou de bowling peuvent venir à l'esprit. De même que les activités de garderie pour la petite enfance : comment ne pas qualifier ces activités de services offerts à la population sur un marché concurrentiel ? Dans un tel sens, les SPL qui sont autorisées à agir dans ces domaines devraient pouvoir aussi candidater de manière égale à la commande publique.

Il est néanmoins possible aussi d'imaginer que la Cour de Justice, dans sa formulation, a fait trop hâtivement usage des termes de « services contre rémunération sur le marché », sans préciser que ces services offerts contre rémunération sur le marché ne devaient pas non plus eux-mêmes découler d'une obligation réglementée. Cette deuxième interprétation aurait évidemment la faveur du juge français, mais peut-être celui-ci est-il encore trop attaché à un critère de la distinction d'activités concurrentielles et non concurrentielle basé sur l'exclusivité des relations d'autorité entre collectivités actionnaires et SPL, dont l'opportunité peut être remise en cause au vu de l'évolution des contrôles de la liberté du commerce et de l'industrie, de l'intérêt public, et de l'égale concurrence.

Les mêmes requérants ont aussi porté leurs efforts devant le juge administratif à partir de l'angle constitutionnel : la restriction des SPL est-elle constitutionnellement compatible avec la liberté d'administration des collectivités territoriales prévue à l'article 72 de la Constitution ? Le juge administratif a, encore une fois, rejeté cette proposition, en étayant sa réponse sur des réflexions très subjectives, qui laissent entrevoir d'autant plus facilement comment le législateur pourrait apporter, en autorisant une telle marge d'activités concurrentielles, une solution équilibrée à cette question de liberté.

### *2) Des positions jurisprudentielle et légale restrictives*

Saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité sur les limites définies par l'article L. 1531-1 du CGCT quant à l'exclusivité de l'activité commandée par les actionnaires des SPL, les juges administratifs de première instance[2811] puis de cassation[2812] ont rejeté les arguments présentés au titre du principe d'égalité et de la liberté d'entreprendre pour justifier la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Les conclusions du rapporteur

---

[2811] TA Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, n° *2016-018236* : *JCP-A* 2016, p. 2246, note C. Devès.

[2812] CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : *JCP-A* 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; *JCP-A* 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; *AJCT* 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

public Gilles PELLISSIER[2813] sur cette affaire devant le Conseil d'Etat sont particulièrement éclairantes sur la façon dont le juge administratif considère la vocation concurrentielle de la SPL. Il souligne ainsi que les dispositions de l'article L. 1531-1 du CGCT tout d'abord « ne méconnaissent pas le principe d'égalité entre opérateurs économiques car ces SPL sont dans une situation différente des autres opérateurs *dans la mesure où elles n'ont pas une vocation commerciale générale* mais qu'elles ont pour objet de mettre en œuvre l'exception de quasi-régie »[2814]. Selon nous cette proposition est trompeuse car si sociétés publiques locales n'ont pas une vocation commerciale générale, c'est parce qu'elles mettent en oeuvre des compétences publiques locales, mais non à cause de l'exception de quasi-régie. Se retrouve ici la propension du juge administratif à vouloir voir dans les SPL des outils qui conduisent *ipso facto* à échapper à la qualité d'activités concurrentielles, ce qui est plus que douteux.

D'autre part — et ceci est encore plus intéressant quant à la possibilité des SPL de pouvoir agir hors des activités confiées par leurs actionnaires — en réponse à l'argument de l'atteinte au principe de la liberté d'entreprendre (l'exclusivité d'activité), le rapporteur public considère que celle-ci est « est justifiée par l'objet et les caractéristiques de cette personne morale qui doit s'apparenter à un service de la collectivité. Les dispositions contestées ne limitent pas l'activité des sociétés commerciales, mais d'une forme particulière de société commerciale *qui n'est créée qu'en vue de bénéficier d'un dispositif légal dont elle doit par conséquent respecter les conditions* »[2815]. Cette formulation est là aussi trompeuse, puisqu'elle sous-entend que les conditions à respecter pour bénéficier du dispositif sont celles de l'article L. 1531-1 du CGCT, alors que ce n'est justement pas le cas, le dispositif prévoyant une part d'activité marginale.

Le juge de première instance[2816] était lui plus prudent dans ses réponses, puisqu'il estimait que « si la solution législative française est un peu plus stricte que la jurisprudence communautaire, elle est apparue plus opportune pour le législateur national », ce qui est la seule et correcte explication. Néanmoins, le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand infère de cette opportunité qu'elle explique que le législateur a, « volontairement, *pour, précisément, limiter les atteintes aux principes d'égal accès, d'égalité de traitement et de mise en concurrence,* enfermé strictement leur champ d'action aux activités exercées pour le seul compte de ces collectivités actionnaires et sur le

---

[2813] PELLISSIER, Gilles, conclusions sous CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP c/ Commune de Chamalières*, n° 398748, non publiées — transmises gracieusement par leur auteur (dans le cadre des formations jugeant seules, les conclusions ne sont pas accessibles sur le site Ariane Web).

[2814] C'est nous qui soulignons.

[2815] *Idem.*

[2816] TA Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, n° *2016-018236* : *JCP-A* 2016, p. 2246, note C. Devès.

seul territoire de ces collectivités »[2817]. Or, si la justification sur la base de l'opportunité par la prudence se tient parfaitement, il ne semble pas que le législateur ait souhaité par là aussi limiter les atteintes des SPL aux principes d'égal accès, d'égalité de traitement et de mise en concurrence du secteur privé. Sinon, pourquoi aurait-il transposé la possibilité d'activité marginale prévue par les directives dans le Code de la commande publique ? La réalité est que la SPL a bien vocation à obtenir un jour la liberté d'exercer des activités hors commande de ses actionnaires, mais ce jour n'a pas encore semblé opportun au législateur.

## B) Une liberté potentielle augmentée

Comme le démontrent les exemples précédents, la liberté d'action des collectivités locales pourrait peut encore être développée par le biais de la SPL, et ce très facilement. Il suffirait tout d'abord au législateur d'accepter que celles-ci prennent en charge des activités au-delà de leurs seuls actionnaires, au profit de clients sur le marché concurrentiel (1). De telles activités concurrentielles amèneraient logiquement à redéfinir le régime d'action des collectivités locales à travers leurs SPL, ce qui laisse augurer d'un avenir d'action beaucoup plus libérateur qu'il ne l'est actuellement (2).

### *1) La prise en charge éventuelle d'activités concurrentielles marginales*

Il ne tient qu'au législateur de supprimer, à l'article L. 1531-1 du CGCT, la condition qui retient les SPL prisonnières d'une exclusivité matérielle auprès de leurs actionnaires et sur leur territoire. Il n'aurait qu'une seule modification, qu'un seul article à toucher, puisque, dans les autres textes, la marge de manoeuvre européenne prévue par les directives est précisément indiquée.

Dans les directives européennes, la marge d'activités accessoires pour les entités de quasi-régie est fixée à 20% du chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années[2818]. Lorsque l'entité est en cours de création, ou seulement envisagées, des calculs basés sur les projections

---

[2817] C'est nous qui soulignons.

[2818] Précisément 20% du chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années issu d'activités concurrentielles : Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *préc.*, article 17 ; Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics*, préc.*, article 12 ; et Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux, *préc.*, article 28.

supposées sont autorisés[2819]. Cette liberté est déjà transposée à l'article L. 2511-1 et L. 3211-1 du Code de la commande publique. Une simple modification du statut des SPL lui permettrait d'ouvrir aisément cette nouvelle liberté à ces entreprises publiques. La question se pose néanmoins, pour le juriste, de savoir à quel régime de contrôle ces activités devront être ensuite soumises. Seront-elles soumises à un contrôle de l'intérêt public local ? Une jurisprudence récente concernant les SEML jette un doute sur la réponses à apporter à cette question.

### *2) Un régime d'action libéralisé*

Une jurisprudence administrative récente et notable vient renouveler la perception du régime du nécessaire contrôle à l'aune de l'intérêt public local des éventuelles activités concurrentielles marginales des SPL.

Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité*[2820]. Cet arrêt, fort critiqué par la doctrine, nous semble pourtant préparer le régime que les activités marginales des SPL pourraient prendre. Cet arrêt concerne la part d'activité des SEML qui n'est pas soumise à un contrôle spécifique des actionnaires publics, ni à aucune obligation de leur part, et qui ne sont donc pas des missions de service public. Il reconnaît concrètement, bien qu'accessoirement, aux collectivités locales le droit de gérer librement des activités qui ne présentent pas forcément un intérêt public local évident. En l'occurrence, il s'agissait ici de l'exploitation et de l'ouverture d'un cinéma dans un secteur concurrentiel de la ville — le requérant étant l'un des concurrents de la salle de cinéma projetée.

Une telle définition de ces activités des SEML non soumises à un contrôle spécifique des collectivités, paraît recouper celle des activités marginales que la SPL pourraient prendre en charge. N'étant pas ordonnées par des collectivités locales pour répondre à leurs besoins, il n'y aurait pas de sens que ces activités soient forcément des missions de service public. Or, si l'arrêt n'aborde pas frontalement les questions du contrôle de l'intérêt public local et de l'égale concurrence, il semble en donner une autorisation tacite, ce qui étonne tant ce point rend la solution moins légitime sur le

---

[2819] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA* : Rec. CJCE 2006, p. I-4137 : Contrats- Marchés publ. 2006, comm. 203, note G. Eckert. Le juge européen considère que les entités de quasi-régie doivent exercer leurs activités de façon « substantielle » et « principale » pour le compte de leurs actionnaires, et uniquement de manière « marginale » pour le compte de tiers : CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, préc.,* § 62-63.

[2820] CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité*, n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel

fond[2821]. Si le juge indique que la qualification d'intérêt général a été donnée à cette activité par le concessionnaire, le Conseil d'Etat ne semble pas s'intéresser à la réalité — c'est-à-dire au contrôle — de cette qualification. La qualité d'activité de SEML non ordonnée par une collectivité publique, empêche-t-elle donc la recherche du contrôle de l'intérêt public local et du respect de la concurrence ? C'est le sentiment que laisse la lecture de cet arrêt. L'application de ce principe aux activités marginales des SPL, si elles deviennent un jour autorisées, aurait alors, nous semble-t-il, les mêmes effets juridictionnels : elles ne seraient pas forcément soumises à l'obligation de démontrer d'un intérêt public local et du respect du droit de la concurrence. Dans tous les cas, la question se pose de la soumission de ces activités, qui ont vocation à se produire sur le secteur concurrentiel, à un contrôle de l'intérêt public local.

Mais les activités marginales des SPL ne méritent-elles pas être contrôlées d'une manière ou d'une autre par le juge en tant qu'activités d'entreprises publiques locales entièrement détenues par des collectivités locales ? Savoir que ces activités sont bien contrôlées par le juge à l'aune de leur intérêt public local et du respect de la concurrence rassurerait le lecteur ouvert à la liberté de gestion des collectivités locales mais fermé à une transformation des collectivités territoriales en institutions concurrentielles — même partiellement —, pouvant être motivées uniquement par l'appât du gain, sous le couvert d'un vêtement de société commerciale.

Notre proposition d'exiger du contrôle du juge administratif sur l'intérêt public local qu'il se fasse selon la méthode du bilan nous semble ici parfaitement renouvelable. Une telle méthode permettrait d'aboutir à une solution équilibrée entre la reconnaissance d'une entière liberté concurrentielle marginale des sociétés publiques locales, qui pourrait aboutir à des situations où les collectivités locales se verraient associer à des projets d'intérêt purement privé, et l'interdiction totale de cette activité marginale.

---

[2821] *Ibidem :* « Considérant qu' indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu 'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ;
Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que si la société d'économie mixte « Palace Epinal », qui n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique, a, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, son activité, eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville d'Epinal et de contrôle d'objectifs qui lui auraient été fixés, ne revêt pas le caractère d'une mission de service public confiée par la commune, qui n'avait ainsi à consentir aucune délégation à cet égard ; qu'il suit de là que le juge des référés n'a pas entaché d'erreur de droit son ordonnance, laquelle est suffisamment motivée, en jugeant que le projet de création de salles de la société d'économie mixte ne relevait pas de la procédure de délégation de service public »

## Conclusion de la section 3 : Une libéralisation des compétences d'action en embuscade

La SPL dans sa forme actuelle est, au bout du compte, plus un vecteur qu'une forme motrice dans la dynamique de libéralisation des compétences pour agir dans l'économie des collectivités locales. Les tentations d'exclure leurs activités du contrôle du droit de la concurrence ne peuvent pas aboutir à un résultat juridiquement satisfaisant, au regard des obligations européennes de la France. Elles sont donc limitées à agir dans ce cadre. Le contrôle de son respect de la liberté du commerce et de l'industrie est plus sujet à question, étant donné les cas où la SPL ne serait qu'une auto-prestation des collectivités, mais son écartement n'est certainement pas possible dans les autres cas. Mais ce respect n'est plus aujourd'hui que l'ombre de celui qu'il était hier. Les collectivités locales semblent bien avoir gagné, octroyé par le Conseil d'Etat, une véritable égalité concurrentielle avec les opérateurs privés. Cette égalité est-elle une véritable liberté ? Elle se heurte encore au contrôle subjectif et intellectuellement insatisfaisant de l'intérêt public local. Particulièrement dans le cas des activités marginales hors commande publique des SPL, qui pourraient d'un instant à l'autre devenir réalité, cette recherche de l'intérêt public local pose question : sera-t-il nécessaire ou non ? La jurisprudence n'apporte pour l'instant pas de réponse définitive. La SPL emporte donc avec elle les germes d'une transformation véritablement concurrentielle de l'action publique locale — mais celle-ci ne serait-elle pas regrettable ? Ne serait-ce pas là aller trop loin dans la liberté économique des collectivités locales ? Le juge administratif pourrait, en changeant de méthode et en adoptant une recherche du bilan des activités entreprises sous l'égide de l'intérêt public local, anticiper sur la réponse à donner ce problème en clarifiant l'usage et surtout les limites de celui-ci. La condition renouvelée de l'intérêt public local aurait alors vocation à s'appliquer y compris sur les activités marginales concurrentielles des SPL, limitant ainsi leurs actions potentiellement extrêmes dans la recherche de leurs intérêts économiques.

# Conclusion du chapitre 2 : Une privatisation des compétences locales en cours

Le statut de SPL ne cache pas la privatisation qu'il entraîne. Il paraît désormais naturel de faire appel à une SPL comme on fait appel à un établissement public local pour gérer une mission

publique. Cela ne doit pas faire oublier que l'usage de cet outil entraîne des conséquences juridiques importantes, qui dépassent parfois les objectifs fixés par le législateur. La jurisprudence restrictive du Conseil d'Etat sur la mise en commun des compétences publiques locales à travers une SPL le démontre bien[2822]. Les objectifs implicites qui deviennent objections légales du législateur en forment la preuve[2823]. Mais d'autres points y contribuent, ainsi de la possibilité légale des collectivités perdant toute compétence pour participer à une SPL de garder une part de sa participation dans le capital social. Ces légers débordements sont autant de signes qui se rajoutent aux avantages pratiques de la coopération publique à travers la SPL, par rapport aux solutions de droit public plus rigides. Il est même bien possible d'envisager que les SPL se transforment en prestataires de compétences pour leurs actionnaires, tant les exemples pratiques de SPL débordant des cadres d'une réelle coopération pour se diriger vers de simples guichets de prestations sont saisissants.

Cette évolution spectaculaire interroge en retour sur les définitions et les interdictions classiques entourant la maîtrise et la gestion des compétences des collectivités locales. Si la distinction entre un niveau de maîtrise — indisponible — et un niveau d'exécution est bien inébranlable théoriquement, la division infinies des fonctions permet d'envisager que les SPL prennent une place de plus en plus importante dans la gestion de l'autorité publique des collectivités locales. Encore une fois, des exemples concrets de SPL participant à des missions de fonctions-supports supposément indélégables, interrogent sur la place future dans la gestion publique locale que pourraient prendre ces structures de droit privé.

Leur régime d'action, en tout cas, paraît de plus en plus répondre à des considérations économiques et concurrentielles. Si c'est tout le droit des collectivités locales qui est touché, les SPL en démontrent la portée. C'est spécialement la possibilité qu'elles pourraient rechercher des activités hors de leurs actionnaires qui paraît à ce point de vue révélatrice. Il suffirait que le législateur modifie une disposition de leur statut, et les SPL pourraient se transformer, certes marginalement, en structures recherchant (aussi) un intérêt commercial. Leur régime juridique, encore incertain, devrait alors s'y adapter, et le juge devrait sans doute rechercher de nouvelles solutions pour maintenir un équilibre précaire entre liberté (possiblement débridée) des collectivités,

---

[2822] CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

[2823] Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* n° 115 du 18 mai 2019 : *JCP-A* 2019, n° 29, p. 1690, note S. Brameret ; *Energie - Environnement - Infrastructures* 2019, n° 7, p. 33, comm. 32, A. Fourmon, E. Brosset et E. Truilhé.

protection des opérateurs privés, et protection de l'intérêt général. La privatisation des compétences publiques locales, par le biais de la SPL, est donc loin d'être neutre.

# Conclusion du titre 3 : Un régime d'action des SPL entre liberté et privatisation

La question se posait, *in fine*, du régime d'action des activités prises en charge par les SPL. La réponse n'est pas simple. Elle nécessite de rentrer dans des considérations précises et aboutit à des conclusions subtiles, moins sûres d'elles-mêmes qu'elles n'aimeraient l'être. L'opposition de la liberté qui se développe de gestion des collectivités locales, avec l'importance du respect de la concurrence privée, entraîne une situation étonnante. A la libéralisation des cadres d'action des collectivités locales, notamment grâce à la forme de droit privé, répond l'insistance d'une égalisation des conditions de la concurrence, qui peut aussi se traduire, dans le cadre de la SPL, par de nouvelles libertés. Son adaptation au droit privé est telle que même les quelques rémanences d'exorbitance qui consistent encore la situation normale des sociétés à capital public, paraissent inadaptées à son action. Profitant à plein du cadre de neutralité du droit de la concurrence, en adaptant sa forme pour faciliter les compatibilités, la SPL se soumet en réalité d'elle-même à un contrôle, à un aiguillon, auquel les collectivités locales cherchaient initialement à échapper : celui de la concurrence. De ce point de vue, les SPL sont porteuses d'un élargissement des modes et des compétences d'action des collectivités locales qui n'est pas encore abouti, mais dont les conséquences ne seraient pas innocentes sur la liberté d'action des collectivités. La liberté d'action des collectivités locales se conjuguerait alors avec la possibilité qu'elles adoptent des considérations économiques, ou pro-concurrentielles comme finalités de leur action. La justification même de l'existence et du contrôle de règles de droit public cherchant à limiter l'action publique locale doit être alors renouvelée pour pouvoir continuer à accomplir un tel contrôle de façon apaisée.

# Conclusion de la partie 2 : L'enfermement des libertés publiques locales par des moyens concurrentiels

Certes, la SPL n'est pas une nouvelle institution de droit public. Elle n'en a ni l'objet ni les moyens. Elle utilise en conséquence principalement un régime de droit privé. Cela non plus n'est pas nouveau pour le droit de la gestion des activités des collectivités locales. Elle se situe pourtant au centre des courants dynamiques qui remodèlent, lentement mais sûrement, le visage de l'Administration moderne. Ces courants ne sont pas concordants, mais ne sont pas non plus incompatibles. Il s'agit notamment du développement de l'autonomie et de la liberté de gestion des collectivités locales, et de l'accroissement de l'emprise des considérations pro-concurrentielles dans cette gestion. De l'étape du choix de la SPL comme mode de gestion, jusqu'à la mise en oeuvre concrète de ses activités, la SPL fait preuve en tout cas d'une grande agilité, d'une grande adaptabilité. Elle remplit plusieurs objectifs qui peuvent paraître contradictoires à la fois : d'un côté assurer une plus grande liberté des collectivités locales dans leur gestion, dans la façon de gérer leurs compétences, mais aussi dans l'extension de leur compétence à agir ; et d'un autre côté répondre à la mise en oeuvre de critères pro-concurrentiels pour gérer son action, que ce soit dans la contractualisation, dans la privatisation extrêmement étendue de son régime d'action, ou dans le respect d'une égalité concurrentielle avec de potentiels concurrents privés. Mais, s'il faut faire une conclusion globale, au-delà de l'étude purement positiviste, l'analyse des modifications parfois subtiles ou concrètes que les sociétés publiques locales apportent au régime d'action des collectivités locales amène à tirer un constat global : celui d'une mise en ordre intérieure du régime d'action sous les objectifs concurrentiels, malgré une façade de liberté, qui peut s'étendre par ailleurs vers l'extérieur, vers de nouveaux domaines. Ce constant rejoint celui, plus global, des évolutions de l'Administration publique post-moderne.

# Conclusion générale

Ce travail prenait pour ambition de rechercher l'influence des considérations concurrentielles dans la création et le fonctionnement du régime des sociétés publiques locales, en partant de leur ancêtre juridique : les quasi-régies, jusqu'à leurs conséquences les plus abouties : leur capacité à faire évoluer les compétences des collectivités publiques locales. L'analyse juridique critique n'apporte pas une réponse simple à cette question. La création des sociétés publiques locales réunit clairement dans un seul outil des dynamiques apparemment contradictoires : d'un côté des objectifs d'efficience et de concurrence de la gestion publique, et de l'autre la recherche de la libération de la capacité et des modalités des collectivités locales à agir sur le marché[2824]. Généralisés à toute l'action publique, ce sont en réalité là les pôles de la dialectique bien connue entre l'Etat et le marché[2825], les clés de compréhension de la transformation actuelle de l'action publique[2826]. Toutefois, sur le régime des SPL, les effets de la libéralisation de l'action des collectivités locales sont d'un poids très relatif face aux effets des considérations pro-concurrentielles. Si la nécessité du maintien d'un minimum de liberté de gestion aux collectivités publiques, face à une vague jurisprudentielle européenne très profitable à la mise en concurrence, a abouti à l'idée européenne de quasi-régie, celle-ci est devenue, d'une pratique nationale commune, une exception au droit européen de la commande publique — ce que le processus de création de la SPL en droit français démontre bien (1). Et si le régime juridique de la SPL peut être interprété comme une nouvelle modalité de gestion offerte aux collectivités locales, ouvrant quelque peu le carcan des limites à l'action des collectivités — et donc comme une liberté supplémentaire —, cette liberté se caractérise surtout par un recours et un usage exponentiels et facilités au droit privé, au droit de la concurrence, et à de nouvelles exigences d'efficience dans la gestion publique (2).

---

[2824] Voyez spécialement : CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Paris : LGDJ, 2006, p. 45 et s.

[2825] MAZERES, Jean-Arnaud, REGOURD, Serge, « Collectivités locales : du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l'entreprise », *RFAP* 1990, n° 53, p. 119-129.

[2826] CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne, 4e éd.,* Paris : LGDJ, 2017, p. 51 et s.

## *1 - La quasi-régie et la SPL : le maintien minimal de libertés de gestion publique face aux exigences pro-concurrentielles*

De l'opposition frontale entre ces objectifs d'efficience — autrement dit d'un fonctionnement pro-concurrentiel de l'action publique —, et la volonté de maintenir une liberté de gestion des collectivités publiques, naît la quasi-régie en droit européen, à partir de laquelle éclot l'idée française de société publique locale. Cette création et cette transposition ne sont pas innocentes. Si le fondement de la théorie européenne de la quasi-régie est bien concrètement la reconnaissance d'une liberté de gestion des administrations publiques, celle-ci devient même un principe reconnu bien qu'encadré et limité dans ses caractères.

Le juge[2827], puis le législateur européens[2828] reconnaissent que les collectivités publiques peuvent avoir recours à la personnalité morale comme technique d'externalisation juridique[2829], sans perte de contrôle public, pour mettre en oeuvre leurs actions. Les circonstances de cette affirmation démontrent à quel point celle-ci n'allait pas de soi : elle a lieu dans le cadre d'une dynamique jurisprudentielle européenne portant de plus en plus haut les exigences pro-concurrentielles de mise en concurrence et de transparence de la commande publique[2830]. L'interprétation finaliste pro-concurrentielle du juge européen — plus qu'elle ne consacre —, bute sur la réalité matérielle des démembrements administratifs possédant une personnalité juridique propre. Le choc de ces deux interprétations nécessite une certaine agilité intellectuelle de la part du

---

[2827] CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R.* p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

[2828] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64 : art. 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 : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242 : art. 12 ; et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2016 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 243-374 : art. 28.

[2829] Voyez sur ce phénomène : VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative, essai sur la transposition d'un concept,* Paris : Dalloz, 2018, p. 351 et s., et p. 495 et s.

[2830] Voyez notamment : RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, p. 75 et s.

juge européen[2831] : la notion de quasi-régie reste un concept léger dans ses justifications et son armature, et surtout, évolutif[2832].

Le législateur européen profite de la consolidation jurisprudentielle sur la question de la quasi-régie pour reconnaître légalement un principe de libre administration des collectivités publiques[2833]. Celui-ci est néanmoins soumis à de nombreuses conditions qui en limitent fortement la portée quant à son application pour la quasi-régie. La reconnaissance européenne de la quasi-régie se fait à travers une mise en ordre, une mise en critères, qui n'est pas neutre. Les critères mis en place sont particulièrement stricts et invasifs : leur analyse juridique démontre leurs fonctions et leurs fondements pro-concurrentiels de limitation de l'action publique, sur les schémas institutionnels (le contrôle analogue, l'exclusion du capital privé), mais aussi sur les actions publiques en elles-mêmes (le critère de l'exclusivité).

La reconnaissance du contrôle conjoint forme bien une véritable liberté de coopération des administrations publiques dont les critères assouplissent la dureté de ceux du contrôle analogue. Toutefois, elle peut aussi être interprétée comme une restriction des libertés des administrations publiques de s'associer, par son aspect limitatif et ses conditions particulières. La transposition en droit français de cette jurisprudence européenne limitative amoindrit quelque peu cette conclusion négative, puisqu'elle permet de donner de nouvelles libertés aux collectivités locales.

En droit français, la transposition de l'exception de quasi-régie est très différente selon les outils de gestion pré-existants. Tout d'abord, les critères de la quasi-régie doivent composer avec le régime de droit public des établissements publics. Sur ce point, le droit français opère une affiliation de ce nouveau concept européen à des conceptions françaises traditionnelles[2834]. Le droit européen, notamment dans l'affirmation des principes de liberté de prise en charge, ne viendrait ainsi que

---

[2831] ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

[2832] Elise MOURIESSE, à l'issue de son étude de la quasi-régie en droit français, relevait ainsi que la quasi-régie faisait bien, pour reprendre les termes de Lucien RAPP (RAPP, Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA* 2010, n° 11, p. 588), l'objet d'un « quasi-régime » (MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, p. 654). Au regard des nombreuses évolutions jurisprudentielles qui ont caractérisé la concrétisation de cette exception, sans doute est-il plus prudent de conclure que celle-ci est surtout évolutive, car constituant la rencontre entre deux considérations subjectives et très évolutives sur l'action publique : la liberté des actions publiques, et les considérations plus concurrentielles.

[2833] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, art. 2 : « La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union » ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics : *JO L* 94 du 28 mars 2014, p. 65-242, art. 1er : cette directive « n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les pouvoirs publics de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques ».

[2834] Voyez notamment : DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics : les critères des 'contrats-maison' », *RDUE* 2002, n° 1, p. 53.

confirmer la jurisprudence française la plus classique[2835]. Une analyse critique de cette opération montre pourtant que non seulement une telle affiliation est peu probable et peu cohérente avec la jurisprudence moderne du Conseil d'Etat[2836], mais qu'elle entraîne en conséquence de possibles inadaptations de ces outils de droit public aux critères européens de la quasi-régie. En effet, les établissements sont considérés en France comme immédiatement recevables au bénéfice de la quasi-régie, ce qui n'est pas si évident à l'analyse.

Mais la conséquence la plus importante de la quasi-régie en droit français paraît être, à suivre le nombre et l'importance des commentaires sur la question, son action perturbatrice sur le régime des sociétés d'économie mixte locales[2837] (SEML). Pourtant, en droit français, cet outil des collectivités locales était déjà, au moment de l'irruption de la quasi-régie, soumis à une obligation générale de mise en concurrence en dehors du domaine très précis des concessions d'aménagement[2838]. Si l'impact matériel de la quasi-régie sur les concessions d'aménagement est important, l'impact théorique sur le régime institutionnel des SEML n'est pas, en-lui-même, fondamental.

Le législateur français utilise néanmoins cette conjoncture propice au changement pour libérer en partie le cadre très contraint de l'action publique locale autorisée à travers la participation à des sociétés de droit privé, avec la création des SPLA en 2006[2839] puis des SPL en 2010[2840]. Mais, comparé à la liberté théorique maximale offerte par le cadre du droit européen de la quasi-régie, le régime des SPL reste étonnamment limité dans son amplitude. L'analyse conduit à y voir la marque traînante du soupçon historique de politisation et de mauvaise gestion des collectivités locales

---

2835 Particulièrement l'arrêt CE, 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec.* p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

2836 CE Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin, Rec.* p. 201.

2837 CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle : R.* p. I-26 : *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

2838 Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const.* 1993 p. 375, note L. Favoreu.

2839 Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : *JORF* 16 juillet 2006, p. 10662, art. 20, créant l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme.

2840 Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales : JORF* n° 122 du 29 mai 2010 ; *Contrats Concurrence Consommation* 2010, n° 7, p. 30, note C. Prebissy-Schnall ; *Contrats et Marchés Publics* 2010, n° 7, p. 23, note G. Clamour ; *RLCT* 2010, n° 59, p. 12, note J. Facon ; *Dr. adm.* 2010, n° 7, p. 3, obs. R. Noguellou ; *JCP-A* 2010, comm. 2229, note C. Devès ; *Décideurs Jur. Et Fin.* 2010, n° 119, p. 90, obs. M.-Y. Benjamin ; *RLCT* 2010, n° 60, dossier spécial, incluant p. 15, obs. M. Courrouyan ; *AJDA*, 2010, p. 1759, note S. Nicinski ; *LGP* 2010, n° 274-275, p. 19, étude D. Linotte ; *CMP* 2010, n° 11, p. 50, étude X. Mouriesse et S. Braconnier ; *JCP-A* 2010, n° 11, étude 2348, note M. Karpenschif ; *AJDA* 2011, n° 3, p. 15, note S. Damarey ; *RDP* 2011, p. 717 et s., actes du colloque consacré à *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux.*

françaises[2841]. Autrement dit, la SPL, dans sa création même, révèle une tension forte entre des considérations de libertés et d'autonomie locales, et des considérations plus économiquement libérales et concurrentielles, souvent au profit, et parfois de façon illogique et incohérente[2842], de ces dernières. L'étude du régime d'action des SPL permet de mieux cerner comment ces considérations concurrentielles entravent concrètement l'action des collectivités locales.

## *2 - L'usage de la SPL : un outil d'encadrement pro-concurrentiel face à la libéralisation de l'action publique*

L'analyse critique du régime juridique des relations et des actions des SPL avec leurs collectivités actionnaires amène à une conclusion ambivalente sur la force des considérations concurrentielles. Elle révèle que si, sur certains points de principe acquis de longue date, la possibilité du recours à une SPL conforte l'autonomie de gestion des collectivités locales, sur des points plus concrets et souvent évolutifs, comme la forme des relations avec les actionnaires et la détermination du périmètre et du régime des actions entreprises, ce recours à la SPL implique un accroissement des exigences pro-concurrentielles internes, mais un élargissement des possibilités d'action au-delà du champ classique des compétences de l'administration locale.

La SPL présente bien certains aspects d'une résistance à la concurrence. Elle est d'abord un mode de gestion qui permet de contourner la mise en concurrence. C'est indéniable et c'est la justification principale de son existence[2843]. Mais cet aspect ne fait en réalité que conforter un principe de droit public français pré-existant : celui de la liberté de choix d'un mode de gestion[2844]. Or, si cette liberté de choix a tendance à s'affirmer dans son principe depuis la création de

---

[2841] Ces soupçons anciens de politisation et de mauvaise gestion sont bien résumés dans la position de Maurice HAURIOU en 1901, qui, dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 1901, *Casanova,* au *Recueil Sirey* 1901.III, p. 73, indiquait à propos de la liberté de gestion des collectivités locales, que : « les assemblées démocratiques sont dépensières, parce qu'elles ont une clientèle électorale à satisfaire ; elles ont une tendance à créer des emplois inutiles, à organiser des services coûteux, à donner des fêtes où l'argent des contribuables se volatilise en feux d'artifices. […] L'administration subordonnée à la politique électorale est de la mauvaise administration » (reproduit *in Revue générale du droit* 2014, n° 13296, en ligne).

[2842] Ainsi de la limitation des activités des SPL aux objets confiés par leurs actionnaires, à l'exclusion même de l'activité marginale (20% du chiffre d'affaires) autorisée par le droit européen des quasi-régies, ou encore de la limitation géographique de leurs activités au territoire de leurs actionnaires.

[2843] Voyez : Sénat, proposition de loi n° 253 (2008-2009) de M. Daniel RAOUL et plusieurs de ses collègues, déposée à la présidence le 5 mars 2009, et : Sénat, rapport n° 430 (2008-2009) de M. Jacques MEZARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mai 2009.

[2844] CE, 18 mars 1988, *Loupias et al. c/ Commune de Montreuil-Bellay*, n° 57893, *R.* p. 975 : *A.C.L.* 1989, p. 171 ; *RDP* 1988, p. 1460 ; *Dr. adm.* 1988, n° 289.

l'exception de quasi-régie[2845], la création de la SPL n'empêche pas de voir ce principe se transformer de l'intérieur par la pression de plus en plus importante d'exigences concernant la justification de ce choix du mode de gestion, ou la transparence de la procédure[2846]. L'affirmation du principe de liberté n'empêche ainsi pas celui-ci d'évoluer dans sa portée, généralement dans un sens plus concurrentiel.

Il en est de même du véhicule juridique qui établit les relations matérielles entre les SPL et leurs actionnaires. Alors que celui-ci pourrait, de façon nouvelle par rapport aux SEML notamment, consister en une relation unilatérale plus protectrice des intérêts des collectivités locales, cette voie est repoussée doctrinalement et concrètement — les réponses des acteurs au questionnaire envoyé ne laissant sur ce point aucun doute[2847]. La SPL joue ainsi un rôle actif dans la contractualisation de l'action publique et des relations internes au secteur public, empruntant de nombreuses qualités à un droit de la commande publique que la SPL cherche pourtant à éviter. Cette contractualisation aboutit à encadrer la relation de prestations intégrées entre la SPL et ses actionnaires par des exigences juridiques gestionnaires précises et *a priori* contradictoires avec l'idée de prestations intégrées.

Enfin, l'utilisation par les SPL du droit privé et du droit de la concurrence dans leurs actions est, elle aussi, traversée de ces dynamiques ambivalentes. Du côté des exigences de concurrence et des tendances à la privatisation du régime de l'action publique, la SPL est ici le reflet de dynamiques internationales et nationales auxquelles elle se soumet, comme une grande partie du secteur public[2848]. Et par certains aspects, la voie de la SPL permet de faciliter cette soumission ou la vérification de cette soumission au droit de la concurrence.

L'analyse de l'effet de la SPL sur une libéralisation du champ matériel d'action des collectivités locales au regard des libertés du secteur privé est plus complexe. La SPL permet aux collectivités locales, par certains mécanismes, comme le contrôle conjoint d'actions dont les

---

2845 DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

2846 CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

2847 *Cf.* Annexe A.

2848 Voyez, sur le droit de la concurrence : CAILLOSSE, Jacques, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA* 2016, p. 761 ; et pour les collectivités locales : MONJAL, Pierre-Yves, « Le droit de l'Union européenne et les collectivités territoriales : toute vérité est-elle bonne à dire ? », *RLCT* 2014, n° 100, p. 73-77 — sur la privatisation du droit des personnes publiques : AUBY, Jean-Bernard, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912 ; et : REGOURD, Serge, « Service public, discours juridique et logiques de privatisation », *Société française* 1989, n° 32, p. 34 ; — et sur la privatisation du droit des collectivités locales en particulier : TERNEYRE, Philippe, « L'utilisation des instruments juridiques de droit privé par les collectivités locales », *in* FAURE, Bertrand, AUBY, Jean-Bernard (dir.), *Les collectivités locales et le droit : Les mutations actuelles*, Paris : Dalloz, 2001, p. 115.

collectivités ne possèdent pas toutes l'entièreté de la compétence[2849], de contourner des obligations de rationalisation et d'efficience de l'action publique exigées par le droit français de la coopération publique[2850]. De même, elle remet en question la pertinence de certaines interdictions et classifications classiques du droit public français, comme les matières indélégables, et l'impossibilité de délégation de la maîtrise des compétences. Ces modifications correspondent là encore à des évolutions internes à la valeur de la liberté d'action des collectivités locales. Et bien qu'une extension de la compétence des SPL pour intervenir sur le marché hors commande de ses actionnaires est déjà envisageable[2851], celle-ci est encore rejetée par le juge français[2852].

L'action publique locale reste donc enfermée dans un cadre strict, auquel la SPL n'apporte pas de bouleversements quant à la portée, mais dont elle modifie substantiellement le fonctionnement. Cette modification substantielle se fait plus souvent dans un sens concurrentiel que dans le sens de nouvelles libertés pour les collectivités locales[2853], sous le contrôle du législateur et du juge français, qui paraissent à l'analyse relativement stricts sur l'interprétation des libertés locales, et notamment du principe constitutionnel de liberté d'administration des collectivités territoriales[2854]. L'opportunité ouverte par le biais de l'exception européenne de quasi-régie n'est ainsi clairement pas saisie entièrement par le droit français à travers la SPL. Des marges de manoeuvre précieuses pour la liberté des collectivités locales existent encore[2855]. Il ne tient qu'au législateur de s'en saisir.

---

2849 *Cf.* loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *JORF* n° 115 du 18 mai 2019 : *JCP-A* 2019, n° 29, p. 1690, note S. Brameret ; *Energie - Environnement - Infrastructures* 2019, n° 7, p. 33, comm. 32, A. Fourmon, E. Brosset et E. Truilhé. Cette loi revient sur la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considérait qu'une collectivité locale ne pouvait participer à une SPL lorsqu'elle ne possédait pas toutes les compétences que celle-ci a pour objet (CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels).

2850 Voyez : COLLOMP, Valérie, « Les SPL ou l'ouverture du droit privé à l'exercice des compétences locales », *LPA* 2013, n° 187, p. 6.

2851 Cette possibilité est cependant déjà prévue à l'article L. 2511-1 et L. 3211-1 du Code de la commande publique. Il suffirait d'une modification légère du statut des SPL pour qu'elle s'applique.

2852 CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : *JCP-A* 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; *JCP-A* 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; *AJCT* 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

2853 Voyez, en ce sens : DURANTHON, Arnaud, « L'influence du néo-libéralisme sur les modalités d'exercice des compétences locales », *in* DOUENCE, Maylis (dir.), *L'exercice des compétences locales entre rationalisation et créativité,* Paris : L'Harmattan, 2018, p. 13.

2854 *Cf.* Article 72 de la Constitution de la Ve République. Voyez notamment : STAHL, Jacques-Henri, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2014, n° 42.

2855 Voyez notamment : LE CHATELIER, Gilles, « L'essor des sociétés publiques locales passe par une modification de la loi », *AJCT* 2018, p. 263.

# De la quasi-régie à la société publique locale :
# Étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale

***- Sommaire du Volume I -***

## Première partie
## De la quasi-régie à la société publique locale : une volonté de contourner la concurrence


***Titre 1***

***L'origine européenne pro-concurrentielle de la société publique locale : la théorie de la quasi-régie***

Chapitre 1 : Le fondement théorique incomplet de la quasi-régie…….p. 37

Chapitre 2 : Les hésitations des critères de la quasi-régie…….p. 93

Chapitre 3 : Un aménagement important : le contrôle conjoint…….p. 151

***Titre 2***

***La réception contrastée en droit français de la notion de quasi-régie***

Chapitre 1 : L'accommodation des institutions locales de droit public……p. 199

Chapitre 2 : L'adaptation nécessaire du régime de l'économie mixte locale……p. 241

Chapitre 3 : Les sociétés publiques locales, incarnations françaises de la quasi-régie européenne……p. 299


## Deuxième partie
## L'enfermement de l'action publique locale dans un cadre pro-concurrentiel


***Titre 1***

***La résistance aux considérations pro-concurrentielles dans le choix de la SPL comme mode de gestion***

Chapitre 1 : Un contrôle économique écarté au profit d'exigences de transparence……p. 357

Chapitre 2 : L'intégration délicate de meilleures procédures de choix…….p. 415

***Titre 2***

***Une transformation formelle du régime de la délégation d'activités***

Chapitre 1 : Le rejet pratique d'une relation unilatérale théoriquement logique…….p. 463

Chapitre 2 : Une relation contractuelle paradoxalement émancipatrice……..p. 507

***Titre 3***

***La SPL en action : la privatisation de l'action publique locale***

Chapitre 1 : La neutralisation du régime d'action des collectivités locales……p. 559

Chapitre 2 : La SPL comme outil de privatisation des compétences publiques locales……..p. 639

**De la quasi-régie à la société publique locale :**
**Étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale**

Résumé : Le cadre juridique de la gestion des services publics locaux, traditionnellement relativement rigide, est de plus en plus soumis à des influences pro-concurrentielles qui en modifient profondément la structure et la substance. Parmi ces influences, celle de la théorie européenne de la quasi-régie est particulièrement importante, qui aboutit à la création en droit français de la société publique locale. La SPL apparait *a priori* comme l'instrument d'une autonomie renouvelée des collectivités locales. Elle leur permet d'obtenir des libertés de gestion qu'elles ne possédaient pas jusque-là, notamment la possibilité de faire appel sans mise en concurrence, à des sociétés de droit privé dont elles sont les actionnaires exclusifs. Pourtant, la société publique locale implique par les caractéristiques spécifiques, un régime de l'action publique locale qui reste très marqué par des considérations pro-concurrentielles.

Mots clés : quasi-régie ; société publique locale ; concurrence ; droit de la gestion des services publics locaux ; droit des collectivités locales ; droit de la commande publique ; droit des contrats publics.

**From the *in house* exception to local public companies :**
**A study on the influence of competition on French local public management law**

Abstract : The legal framework for the management of local public services, traditionally relatively rigid, is increasingly subject to pro-competitive influences which profoundly modify their structure and substance. Among these influences, the European *in house* theory is particularly important, since it leads to the creation in French law of the local public company (*SPL*). The *SPL* appears *a priori* as an instrument of renewed autonomy for local authorities. It allows them to obtain legal management freedoms that they did not previously possess, specifically the possibility of calling on private companies of which they are the exclusive shareholders, without a competitive tender. However, the *SPL* implies, by its specific characteristics, a regime of local public action which remains very marked by pro-competitive considerations.

Key words : *in-house* exception ; local public company ; competition ; local public services law ; local government law ; public procurement law ; public contracts law.

Unité de recherche / Research unit : Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit (CRDP, ULR n° 4487) - 1 place Déliot, 59000 Lille - http://crdp.univ-lille2.fr/
Ecole doctorale / Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion n° 74 - 1 place Déliot, 59000 Lille - http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université / University : Université de Lille - 42 rue Paul Duez, 59000 Lille - www.univ-lille.fr

UNIVERSITE DE LILLE

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion

**Thèse**

**Pour l'obtention du grade de docteur en droit public**

# DE LA QUASI-REGIE A LA SOCIETE PUBLIQUE LOCALE : ETUDE DE L'INFLUENCE DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DE LA GESTION PUBLIQUE LOCALE

Présentée et soutenue publiquement

le 11 janvier 2021

par

**Thibault DELAVENNE**

Sous la direction de **M. Xavier VANDENDRIESSCHE**

*Professeur agrégé des universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille*

*Ancien président de l'Université de Lille 2 Droit et Santé*

**Devant le jury composé de :**

**Mme Catherine BERGEAL**, Conseillère d'Etat, Présidente-adjointe de la Section de l'Administration

**M. Gilles J. GUGLIELMI**, Professeur agrégé des universités, Université de Paris II Panthéon-Assas

**Mme Laëtitia JANICOT**, Professeure agrégée des universités, Université de Cergy-Pontoise

**M. Michaël KARPENSCHIF**, Professeur agrégé des université, Université de Lyon III Jean Moulin

**M. Etienne MULLER (rapporteur)**, Professeur agrégé des universités, Université de Strasbourg

**Mme Rozen NOGUELLOU (rapporteur)**, Professeure agrégée des universités, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Conseillère d'Etat

N° ENREGISTREMENT :

**Volume II/II**

UNIVERSITE DE LILLE

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion

**Thèse**

**Pour l'obtention du grade de docteur en droit public**

# DE LA QUASI-REGIE A LA SOCIETE PUBLIQUE LOCALE : ETUDE DE L'INFLUENCE DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DE LA GESTION PUBLIQUE LOCALE

Présentée et soutenue publiquement

le 11 janvier 2021

par

**Thibault DELAVENNE**

Sous la direction de **M. Xavier VANDENDRIESSCHE**

*Professeur agrégé des universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille*

*Ancien président de l'Université de Lille 2 Droit et Santé*

**Devant le jury composé de :**

**Mme Catherine BERGEAL**, Conseillère d'Etat, Présidente-adjointe de la Section de l'Administration

**M. Gilles J. GUGLIELMI**, Professeur agrégé des universités, Université de Paris II Panthéon-Assas

**Mme Laëtitia JANICOT**, Professeure agrégée des universités, Université de Cergy-Pontoise

**M. Michaël KARPENSCHIF**, Professeur agrégé des université, Université de Lyon III Jean Moulin

**M. Etienne MULLER (rapporteur)**, Professeur agrégé des universités, Université de Strasbourg

**Mme Rozen NOGUELLOU (rapporteur)**, Professeure agrégée des universités, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Conseillère d'Etat

N° ENREGISTREMENT :

**Volume II/II**

*L'Université de Lille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

# De la quasi-régie à la société publique locale :
# Étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale

## Sommaire du volume II

**Bibliographie..……p. 731**

**Annexe A : Enquête auprès des acteurs de SPL…..……p. 791**

**Annexe B : Lettre de classement de la Commission……p. 891**

**Annexe C : Index des décisions de justice étudiées…….p. 897**

**Annexe D : Rapports des juridictions financières ……..p. 917**

**Table des matières complète (vol. I et II)…….p. 923**

# Bibliographie générale

## Sommaire de la bibliographie :


Bibliographie générale 731
I. Ouvrages généraux 732
I. A. Traités et dictionnaires 732
I. B. Mélanges 733
I. C. Manuels et ouvrages apparentés (généralistes) 735
II – Ouvrages spécialisés 740
II. A. Thèses et mémoires 741
II. B. Autres ouvrages spécialisés 750
III – Rapports et études d'institutions publiques 760
III. A. Conseil d'analyse économique : 760
III. B. Conseil d'Etat : 760
III. C. Cour des Comptes : 761
III. C. Inspection générale de l'Administration : 762
IV – Articles et Publications assimilées 763
IV - A. Articles de périodiques à vocation scientifique 763
IV - B. Contributions à des monographies 782

# I. Ouvrages généraux

## *I. A. Traités et dictionnaires*


ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 1993, 758 p.

BERTONCINI, Yves, CHOPIN, Thierry, DULPHY, Anne, KAHN, Sylvain, MANIGAUD, Christine (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne,* Paris : A. Colin, 2008, 493 p.

BERTHELEMY, Henri, *Traité élémentaire de droit administratif,* 13e éd., Paris : Rousseau et Cie, 1933, 1186 p.

Collectif, *Traité de science administrative*, Préface de Georges Vedel, Paris, La Haye : Mouton & Co., 1966, 901 p.

DEBARD, Thierry, LE BAUT-FERRARESE, Bernadette, NOURISSAT, Cyril (dir.), *Dictionnaire du droit du l'Union européenne,* 2e éd., Paris : Ellipses, 360 p.

DEGRYSE, Christophe, *Dictionnaire de l'Union européenne,* 4e éd., Bruxelles : Larcier, 2011, 1149 p.

DUEZ, Paul, DEBEYRE, Guy, *Traité de droit administratif,* Paris : Dalloz, 1955, 2 vol., 136 p. et 124 p.

GONOD, Pascale, MELLERAY, Fabrice, YOLKA, Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, 2 tomes, Paris : Dalloz, 2011, 841 et 711 p.

GERMAIN, Michel (dir.), *Traité de droit des affaires*, tome 2, Les sociétés commerciales, 21e éd., Paris : LGDJ, 2014, 1078 p.

GUEZOU, Olivier, *Traité de contentieux de la commande publique,* Antony : éd. Le Moniteur, 2015, 654 p.

KADA, Nicolas, PASQUIER, Romain, COURTECUISSE, Claire, AUBELLE, Vincent, *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation,* Boulogne-Billancourt : Berger-Levrault, 2017, 1096 p.

LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 3e éd.,* Paris : PUF, 2010, 1376 p.

LAUBADERE, André de, VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMENT, Yves, *Traité de droit administratif*, 5 vol., Paris : LGDJ
- tome 1, *Droit administratif général,* 16 éd., 2001
- tome 2, *Droit administratif des biens,* 15 éd., 2014
- tome 3, *Les grands services publics administratifs,* 6e éd., 1997
- tome 4, *L'administration de l'économie,* 3e éd., 1977, 454 p.
- tome 5, *La fonction publique,* 12e éd., 2000, 229 p.

NICOLAS, Muriel, RODRIGUES, Stéphane (dir.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe,* Paris : ASPEurope, 1998, 722 p.

STANZIANI, Alessandro (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit : XVIIIe-XXe siècles,* Paris : LGDJ, 2007, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », n° 17, 332 p.

VOGEL, Louis, *Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence européen et français,* Paris : Lawlex, 2012, coll. « Juriscience », 1811 p.

WALINE, Marcel, *Traité de droit administratif,* 9e éd., Paris : Sirey, 1963, 934 p.

## *I. B. Mélanges*

AMSELEK, Paul, *Mélanges Paul Amselek,* Bruxelles : Bruylant, 2005, 857 p.

AUTIN, Jean-Louis, *Indépendance(s) : études offertes au professeur Jean-Louis Autin,* Montpellier : Université de Montpellier I-CREAM, 2012, 1695 p.

BAZEX, Michel, *Droit et économique : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex,* Paris : LexisNexis, 2009, 368 p.

BLUMANN, Claude, *L'identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann,* Bruxelles : Bruylant, 2015, 829 p.

BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, 698 p.

CHAPUS, René, *Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : LGDJ, 2014, 707 p.

COLSON, Jean-Philippe, *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson,* Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2004, 591 p.

CONSTANTINESCO, Vlad, *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles : Bruylant, 2015, 934 p.

DONY, Marianne, *L'Europe au kaléidoscope : Liber amicorum Marianne Dony,* Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, 2019, 515 p.

DOUENCE, Jean-Claude, *La profondeur du droit local : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence,* Paris : Dalloz, 2006, 501 p.

DRAGO, Roland, *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago,* Paris : Economica, 1996, 503 p.

EISENMANN, Charles, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : éd. Cujas, 1975, 467 p.

FARJAT, Gérard, *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat,* Paris : Frison-Roche, 1999, 587 p.

FATOME, Etienne, *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur de Etienne Fatôme,* Paris : Dalloz, 2011, 478 p.

GUIBAL, Michel, *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal,* 2 tomes, Montpellier : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, 874 et 714 p.

HELIN, Jean-Claude, *Perspectives du droit public : mélanges offerts à Jean-Claude Hélin,* Paris : Litec, 2004, 544 p.

JEGOUZO, Yves, *Terres du droit, mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo,* Paris : Dalloz, 2009, 798 p.

JOURNES, Claude, *L'ordre critique du droit : mélanges en l'honneur du professeur Claude Journès,* Toulouse, Lyon : éd. L'Epitoge, 2017, 342 p.

LACHAUME, Jean-François, *Le droit administratif, permanences et convergences, mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Lachaume,* Paris : Dalloz, 2007, 1122 p.

LONG, Marceau, *Le service public : liber amicorum en l'honneur de Marceau Long,* Paris : Dalloz, 2016, 501 p.

MANIN, Philippe, *L'Union européenne : union de droit, union des droits : mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin,* Paris : A. Pédone, 2010, 937 p.

MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, 1185 p.

MAZERES, Jean-Arnaud, *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères,* Paris : Litec, 2009, 888 p.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique, mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff,* Bruxelles : Bruylant, 2013, 282 p.

MIAILLE, Michel, *Etudes offertes au professeur Michel Miaille,* Montpellier : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2008, 2 tomes, 974 et 600 p.

MODERNE, Franck, *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Paris : Dalloz, 2004, 1264 p.

MOREAU, Jacques, *Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau,* Paris : Economica, 2002, 491 p.

OBERDORFF, Henri, *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff,* Paris : LGDJ, 2015, 303 p.

PEQUIGNOT, Georges, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot,* 2 vol., Montpellier : CREAM, 1984, 354 et 739 p.

PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, 731 p.

SANDEVOIR, Pierre, *Etudes en l'honneur de Pierre Sandevoir : service public, services publics,* Paris : L'Harmattan, 2000, 309 p.

STASSINOPOULOS, Michel, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos,* Paris : LGDJ, 1974, 597 p.

STIRN, Bernard, *La scène juridique : harmonies en mouvement : mélanges en l'honneur de Bernard Stirn,* Paris : Dalloz, 2019, 578 p.

TRUCHET, Didier, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, 2015, 693 p.

WALINE, Marcel, *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline,* 2 tomes, Paris : LGDJ, 1974, 858 p.

## *I. C. Manuels et ouvrages apparentés (généralistes)*

AUBY, Jean-Bernard, AUBY, Jean-François, NOGUELLOU, Rozen, *Droit des collectivités locales,* 6e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2015, collection « Thémis : droit », 416 p.

AUBY, Jean-Marie, DUCOS-ADER, Robert, *Grands services publics et entreprises nationales, tome 1*, Paris : PUF, 1969-1973, coll. « Thémis : Droit », 371p.

BAGUENARD, Jacques, *La décentralisation,* 7e éd., Paris : PUF, 2004, coll. « Que sais-je ? », 128 p.

BENCHENDIKH, François, *Droit de la commande publique,* Paris : Dalloz, 2019, coll. « Intégral », 450 p.

BERGE, Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Introduction au droit européen,* Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis droit », 554 p.

BERNARD, Sébastien, *Droit public économique,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Objectif Droit Cours », 171 p.

BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789,* Paris : PUF, 2002, coll. « droit fondamental », 390 p.

BIGOT, Grégoire, *L'Administration française, Politique, droit et société, tome 1, 1789-1870,* 2e éd., Paris : Lexis-Nexis, 2014, coll. « Manuel », 397 p.

BIGOT, Grégoire, LE YONCOURT, Tiphaine, *L'Administration française, Politique, droit et société, tome 2, 1870-1944*, Paris : Lexis-Nexis, 2014, coll. « Manuel », 500 p.

BLUMANN, Claude, DUBOUIS, Louis, *Droit matériel de l'Union européenne,* 8e éd., Paris : LGDJ, 2019, coll. « Domat - droit public », 974 p.

BODINEAU, Pierre, VERPEAUX, Michel, *Histoire de la décentralisation,* Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, 128 p.

BOURDON, Jacques, POINTIER, Jean-Marie, RICCI, Jean-Claude, *Droit des collectivités territoriales,* Paris : PUF, 1998, 708 p.

BOUTAYEB, Chahira, *Droit matériel de l'Union européenne,* 5e éd., Paris : LGDJ, 2019, coll. « Manuel », 570 p.

BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics,* 2e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2007, collection « Thémis : droit », 621 p.

BRACONNIER, Stéphane, *Précis du droit de la commande publique,* 6e éd., Paris : Le Moniteur, 2019, 496 p.

BRAUD, Philippe, BURDEAU, François, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1992, 696 p.

BRAULT, Dominique, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France,* Paris : LGDJ, 2004, coll. « Droit des affaires », 775 p.

BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française, du 18e au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, 377 p.

BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif,* Paris : PUF, 1995, 512 p.

CHAPUS, René, *Droit administratif général,tome 1,* 14e éd., Paris : Montchrestien, 2000, coll. « Domat Droit public ».1399 p.

CHAPUS, René, *Droit administratif général, tome 2,* 15e éd., Montchrestien, 2001, coll. « Domat : Droit public ». 797 p.

CHEVALLIER, Jacques, *Science administrative,* 5e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2013, collection « Thémis : Droit », 610 p.

CHEVALLIER, Jacques, *Le service public,* 11e éd., Paris: PUF, 2018, coll. « Que sais-je ? », 128 p.

CHEROT, Jean-Yves, *Droit public économique,* 2e éd., Paris : Economica, 2007, coll. « Corpus Droit public ». 1032 p.

CLERGE, Jean-Louis, GRUBER, Annie, RAMBAUD, Patrick, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne,* 13e éd., Paris : Dalloz, 2020, coll. « Précis », 1164 p.

CLIQUENNOIS, Martine, *Droit public économique,* Paris : Ellipses, 2001, coll. « Universités », 272 p.

COLSON, Jean-Philippe, IDOUX, Pascale, *Droit public économique,* 9e éd., Paris : LGDJ, 2018, coll. « Manuels », 822 p.

COMBE, Emmanuel, *Economie et politique de la concurrence,* 2e éd., Paris : PUF, 2020, coll. « Précis », 548 p.

COMBE, Emmanuel, *Politique de la concurrence,* 3e éd., Paris : La découverte, 2016, coll. « Repères », 128 p.

COMBE, Emmanuel, *Précis d'économie,* 15e éd., Paris : PUF, 2019, 526 p.

COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés,* 33e éd., Paris : LexisNexis, 2020, 954 p.

DANTONEL-COR, Nadine, *Droit des collectivités territoriales,* 5e éd., Paris : Bréal, 2014, 303 p.

DELAUNAY, Benoît, *Droit public de la concurrence,* 2e éd., Paris : LGDJ, 2018, coll. « Manuel », 510 p.

DELVOLVE, Pierre, *Droit public de l'économie*, Paris : Dalloz, 1998, coll. « Précis », 799 p.

DEMICHEL, Alain, *Grands services publics et entreprises nationales,* Paris : Dalloz, 1974, coll. « Mementos Dalloz : Droit public », 118 p.

DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés,* 6e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Hypercours », 720 p.

DONIER, Virginie, *Droit des collectivités territoriales,* 3e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Mémentos », 216 p.

DONY, Marianne, *Aides d'Etat,* Bruxelles : Larcier, 2019, coll. « Répertoire pratique de droit européen et international », 443 p.

DONY, Marianne, *Droit de l'Union européenne,* 7e éd., Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, 2018, 804 p.

DONY, Marianne, RENARD, François, SMITS, Catherine, *Contrôle des aides d'Etat, 3e éd.,* Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, coll. « Commentaire J. Mégret », 536 p.

DUBOUIS, Louis, BLUMANN, Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne*, 4e éd., Paris : Montchrestien, 2012, coll. « Domat : Droit public ». 805 p.

DU MARAIS, Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris : Presses de Sciences Po : Dalloz, 2004, coll. « Amphi », 601 p.

ECKERT, Gabriel, *Droit public des affaires,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 2013, Coll. « Focus droit », 240 p.

EISENMANN, Charles, *Cours de droit administratif,* tomes I et II, Paris : LGDJ, 2013, reproduction de l'édition de 1983, coll. « Anthologie du droit », 790 et 910 p.

ESPUGLAS-LABATUT, Pierre, *Le service public,* 4e éd., Paris : Dalloz, 2018, coll. « Connaissance du droit », 184 p.

FAURE, Bertrand, *Droit des collectivités territoriales,* 5e éd., Paris : Dalloz, 2018, coll. « Précis », 814 p.

FERSTENBERT, Jacques, PRIET, François, QUILICHINI, Paule, *Droit des collectivités territoriales,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2016, coll. « Hypercours », 860 p.

FROMONT, Michel, *Droit administration des États européens,* Paris : Presses universitaires de France, 2006, collection « Thèmis », 362 p.

GAUDEMET, Yves, *Droit administratif,* 23e éd., Paris : LGDJ, 2020, coll. « Manuel », 648 p.

GICQUEL, Jean, GICQUEL, Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 34e éd., Paris : LGDJ, 2020, coll. « Domat - droit public », 964 p.

GIRARDON, Jean, *Les collectivités territoriales,* 3e éd., Paris : Ellispses, 2014, coll. « Mises au point », 223 p.

GODIVEAU, Grégory, LECLERC, Stéphane, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne,* Paris : Gualino, 2016, coll. « Master », 528 p.

GOHIN, Olivier, SORBARA, Jean-Gabriel, *Institutions administratives,* 8e éd., Paris : LGDJ, 2019, coll. « Manuel », 574 p.

GREFFE, Xavier, *Economie des politiques publiques,* 2e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis », 608 p.

GREFFE, Xavier, *Gestion publique,* Paris : Dalloz, 1999, coll. « Précis », 536 p.

GRYNFOGEL, Catherine, *Droit Communautaire de la concurrence,* 4e éd., Paris : L.G.D.J., 2016, coll. « Systèmes ». 232 p.

GUETTIER, Christophe, *Droit des contrats administratifs,* Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis », 580 p.

GUETTIER, Christophe, *Institutions administratives,* 7e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Cours », 614 p.

GUGLIELMI, Gilles, KOUBI, Geneviève, LONG, Martine, *Droit du service public*, 4e édition, Paris : Montchrestien, 2016, coll. « Domat – Droit public », 896 p

HAMON, Francis, TROPER, Michel, *Droit constitutionnel,* 41e éd., Paris : LGDJ, 2020, coll. « Manuel », 902 p.

HOEPFFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Cours », 984 p.

HOURSON, Sébastien, YOLKA, Philippe, *Droit des contrats administratifs, 2e éd.,* Paris : LGDJ, 2020, 192 p.

JANICOT, Laetitia, VERPEAUX, Michel, *Droit des collectivités territoriales,* Paris : LGDJ, 2019, coll. « Manuel », 528 p.

JEANNEAU, Benoît, *Droit des services publics et des entreprises nationales,* Paris : Dalloz, 1984, coll. « Précis », 750 p.

KARPENSCHIF, Michaël, *Manuel de droit européen des aides d'Etat,* Bruxelles : Bruylant, 2019, coll. « Competition Law », 547 p.

KOUEVI, Amavi Gustave, *Le droit des interventions économiques des collectivités locales,* Paris : L.G.D.J., 2003, coll. « Décentralisation et développement local », 334 p.

LACHAUME, Jean-François, PAULIAT, Hélène, DEFFIGIER Clothilde, VIROT-LANDAIS, Aurélie, *Droit des services publics,* 3e éd., Paris : LexisNexis, 2018, 793 p.

LAJOYE, Christophe, *Droit des marchés publics,* 6e éd., Paris : Gualino, 2017, 624 p.

LA ROSA, Stéphane de, *Droit européen de la commande publique,* 2e éd., Bruxelles : Bruylant, 2020, coll. « Droit de l'Union européenne », 472 p.

LASCOMBE, Michel, TOULEMONDE, Gilles, *Le droit constitutionnel de la Ve République,* 13e éd., Paris : L'Harmattan, 2015, 506 p.

LAUBADERE, André de, *Grands services publics et entreprises nationales,* Paris : Les Cours de Droit, 1963-1964, 630 p.

LAUBADERE, André de, DELVOLVE, Pierre, *Droit public économique,* 5e éd, Paris : Dalloz, 1986, coll. « Précis », 901 p.

LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des Sociétés,* 8e éd., Paris : Montchrestien, 2019, coll. « Domat : Droit privé », 1151 p.

LE MESTRE, Renan, *Droit des collectivités territoriales,* Paris : Gualino, 2004, coll. « Universités », 560 p.

LE MESTRE, Renan, *Droit du service public,* Paris : Gualino, 2005, coll. « Mémentos », 532 p.

LIGNEUL, Nicolas, TAMBOU, Olivia, *Droit européen du marché,* Paris : Ellipses, 2006, coll. « Universités : Droit ». 248 p.

LINOTTE, Didier, PIETTE, Dorian, ROMI, Raphaël, *Droit public économique*, 8e éd., Paris : LexisNexis, 2018, 478 p.

LINOTTE, Didier, ROMI, Raphaël, *Droit du service public,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Cours ». 198 p.

LOMBARD, Martine, DUMONT, Gilles, SIRINELLI, Jean, *Droit administratif,* 13e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Hypercours », 696 p.

MAILLARD DESGREES DU LOU, Dominique, *Institutions administratives,* 2e éd., Paris : PUF, 2015, 512 p.

MARTUCCI, Francesco, *Droit de l'Union européenne,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2019, coll. « Hypercours », 938 p.

MATHIOT, André, *Cours de Grands services publics et entreprises nationales,* Paris : Les Cours de Droit, 1966-1967, 1264 p.

MATTERA, Alfonso, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement,* 2e éd., Bruxelles : Jupiter, 1990, 775 p.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris : PUF, 1991, coll. « Droit fondamental », 389 p.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit public économique*, Paris : PUF, 1994, coll. « Droit fondamental », 282 p.

MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français,* Paris : PUF, 1985, coll. « droit fondamental », 296 p.

MERLE, Philippe, FAUCHON, Anne, *Droit commercial. Sociétés commerciales,* 24e éd., Paris : Dalloz, 2020, coll. « Précis », 1035 p.

MONJAL, Pierre-Yves, *Droit européen des collectivités locales,* Paris : LGDJ, 2010, coll. « Systèmes », 202 p.

MONSEMBERNARD, Marc de, *Contentieux de la commande publique,* Paris : Dalloz, 2019, coll. « Corpus », 432 p.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, BOURDON, Pierre, POULET, Florian, *Droit administratif,* 16e éd., Paris : LGDJ, 2019, coll. « Cours », 868 p.

NEMO, Philippe, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains,* Paris : PUF, 2013, coll. « Quadrige », 1440 p.

NICINSKI, Sophie, *Droit public de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2005, coll. « Systèmes », 230 p.

NICINSKI, Sophie, *Droit public des affaires,* 7e éd., Paris : Montchrestien, 2019, coll. « Domat - droit public », 876 p.

OBERDORFF, Henri, KADA, Nicolas, *Les institutions administratives,* 9e éd., Paris : Sirey, 2019, coll. « Université », 392 p.

PETIT, Jacques, FRIER, Pierre-Laurent, *Droit administratif,* 14e éd., Paris : LGDJ, 2020, coll. « Domat - droit public », 880 p.

PETIT, Nicolas, *Droit européen de la concurrence,* 2e éd., Paris : LGDJ, 2018, coll. « Domat - droit public », 882 p.

PLESSIX, Benoît, *Droit administratif général,* 3e éd., Paris : LexisNexis, 2020, 1770 p.

QUADROS, Fausto de, *Droit de l'Union européenne : droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne (à jour du mandat du Conseil européen de juin 2007),* Bruxelles : Bruylant, 2008

RAINAUD, Jean-Marie, CRISTINI, René, *Droit public de la concurrence,* Paris : Economica, 1987, 288 p.

RICHER, Laurent, LICHERE, François, *Droit des contrats administratifs,* 11e éd., Paris : LGDJ, 2019, coll. « Manuel », 764 p.

ROUX, André, *La décentralisation. Droit des collectivités territoriales,* Paris : LGDJ, 2016, coll. « Systèmes », 184 p.

SCHAPIRA, Jean, LE TALLEC, Georges, BLAISE, Jean-Bernard, IDOT, Laurence, *Droit européen des Affaires,* 5e éd. refondue, Paris : PUF, 1999, coll. « Thémis : Droit privé ». 901 p.

SCHULTZ, Patrick, *Éléments du droit des marchés publics,* 2e éd., Paris : LGDJ, 2002, coll. « Systèmes : Droit administratif », 192 p.

SCHWARZE, Jürgen, *Droit administratif européen,* 2e éd., Bruxelles : Bruylant, 2009, 1638 p.

SIMON, Denis, *Le système juridique communautaire,* 3e éd., Paris : PUF, 2001, coll. « Droit fondamental », 720 p.

SOTO, Jean de, *Grands services publics et entreprises nationales,* Paris : Montchrestien, 1971, coll. « Université nouvelle : Précis Domat », 599 p.

SOUTY, François, *Le Droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne,* 3e éd., Préface de Karel Van Miert, Paris : Montchrestien, 2003, coll. « Clefs : Politique ». 160 p.

STIRN, Bernard, AGUILA, Yann, *Droit public français et européen,* 2e éd., Paris : SciencesPo, Dalloz, 2018, coll. « Amphi », 814 p.

TOUCHARD, Jean (dir.), *Histoire des idées politiques, du XVIIIe siècle à nos jours,* Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », 496 p.

UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs,* 2e éd., Paris, LexisNexis, 2019, 535 p.

VEDEL, Georges, DELVOLVE, Pierre, *Droit administratif,* 12e éd., tomes 1 et 2, Paris : PUF, 1992, coll. « Thémis », 716 et 802 p.

VERPEAUX, Michel, *Les collectivités territoriales en France,* 5e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Connaissance du Droit », 208 p.

VLACHOS, Georges, *Droit Public économique français et européen,* 2e éd., Paris : Armand Colin, 2001, coll. « Compact : Droit ». 414 p.

VIDAL, Dominique, *Droit des Sociétés,* 7e éd., Paris : L.G.D.J., 2010, coll. « Manuel ». 792 p.

WAELBROCECK, Michel, FRIGNANI, Aldo, *Le droit de la CE. 4. Concurrence,* 2e éd., Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, 2002 p.

WEIL, Prosper, POUYAUD, Dominique, *Le droit administratif,* 25e éd., Paris : PUF, 2017, coll. « Que sais-je ? », 128 p.

WEINFELD, Katia, *Histoire du droit administratif du XIVe siècle à nos jours,* Paris : Economica, 2010, coll. « Corpus », 352 p.

## II – Ouvrages spécialisés

## *II. A. Thèses et mémoires*


ALHAMA, Frédéric, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Paris : Dalloz, 2018, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 1064 p.

AMILHAT, Mathias, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2014, 678 p.

ARCELIN, Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire,* Paris : Litec, 2003, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 554 p.

AZOUAOU, Philippe, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare & Martin, 2016, coll. « bibliothèque des thèses », 822 p.

BAHOUGNE, Louis, *Le financement du service public,* Paris : LGDJ, 2015, coll. « Bibliothèque de droit public », 686 p.

BAILLEUX, Julie, *Penser l'Europe par le droit : l'invention du droit communautaire en France*, Paris : Dalloz, 2014, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 484 p.

BALDOUS, André, *Le principe de spécialité en droit administratif français,* Thèse de doctorat : droit : Aix-Marseille 3, 1974, 734 p.

BARUCHEL, Nathalie, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie,* préface de Bruno Petit, Paris : LDGJ, 2004, 410 p.

BAUBONNE, Mickaël, *Les instruments de la rationalisation de l'organisation territoriale décentralisée,* Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, 472 p.

BERNARD, Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire,* Bruxelles : Bruylant, 2010, 643 p.

BERNARD, Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif,* Paris : LGDJ, 2001, « coll. Bibliothèque de droit public », 378 p.

BEZANÇON, Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics,* Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit public », 639 p.

BEZES, Philippe, *Réinventer l'Etat : Les réformes de l'administration française (1962-2008),* Paris : PUF, 2009, 519 p.

BLANCHON, Clothilde, *Recherche sur la subvention : contribution à l'étude du don en droit public,* Paris : LGDJ, 2019, coll. « Bibliothèque de droit public », 386 p.

BOSDVIEUX-ONYEKWELU, Charles, *D'une sociodicée à un savoir d'Etat : le service public, une tentative de mise en forme du monde social par le droit (1873-1940),* thèse de doctorat : sociologie, Paris-Saclay, 2016, 644 p.

BOUDET, Jean-François, *La caisse des dépôts et consignations : Histoire, statut, fonction,* Paris : L'Harmattan, 2006, coll. « Logiques juridiques », 647 p.

BOULET, Mathilde, *Les collectivités territoriales françaises dans le processus d'intégration européenne,* Paris : L'Harmattan, 2012, 761 p.

BOURDON, Pierre, *Le contrat administratif illégal*, Paris : Dalloz, 2014, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 938 p.

BRACQ, Stéphane, *L'article 90 (CE/CEE),* Thèse de doctorat : droit public : université de Lille, 1999, 496 p.

BRAMERET, Sébastien, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales,* Paris : LGDJ, 2011, coll. « Bibliothèque de droit public », 448 p.

BREDIN, Jean-Denis, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé,* Paris : LGDJ, 1957, 306 p.

BRIDOUX, Vincent, *Droit de la commande publique et droit de la concurrence de l'Union européenne : étude sur une dynamique commune,* thèse de doctorat : droit public : Paris 1, 2019.

CALLEY, Grégoire, *L'exploitation publique des services postaux,* Paris : LGDJ, 2002, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 224, 565 p.

CAMUS, Clotilde, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Paris : LGDJ, 2015, coll. « Bibliothèque de droit privé », 396 p.

CANEDO, Marguerite, *Le mandat administratif,* Paris : LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 216, 876 p.

CARBONNAUX, Camille, *Les figures juridiques de la concurrence en droit de l'Union européenne : étude autour de la loyauté de la concurrence,* Thèse de doctorat : droit public : université de Lille 2, 2013, 571 p.

CARTIER-BRESSON, Anémone, *L'Etat actionnaire,* Paris : LGDJ, 2010, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 264, 495 p.

CAZAU, Pierre-Antoine, *La transparence des personnes morales en droit administratif,* thèse de doctorat : droit public, Bordeaux, 2016.

CHARMASSON, Christophe, *La mutualisation des compétences et des moyens entre les collectivités et les établissements publics,* thèse de doctorat : droit public, université de Montpellier 1, 2012.

CHAVAROCHETTE-BOUFFERET, Séverine, *L'interprétation des directives sur les marchés publics par la Cour de justice,* thèse de doctorat : droit, université de Paris 1, 2013, 2 vol., 676 p. et 145 p.

CHAUVET, Clément, *Le pouvoir hiérarchique,* Paris : LGDJ, 2013, coll. « Bibliothèque de droit public », 722 p.

CLAMOUR, Guylain, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Préface de Jean-Louis Autin, Paris : Dalloz, 2006, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 51, 1044 p.

CONDOVASAINTIS, Théodore, *Le secteur public industriel et commercial : droit français et communautaire,* Paris : LGDJ, 1990, 303 p.

CONNOIS, René, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1958, 244 p.

CORAIL, Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif,* Paris : LGDJ, 1953, 372 p.

CORTES, Thomas, *La personnalité morale comme technique de droit public,* Thèse de doctorat : droit public, Paris 2, 2012, sous la direction de Jean-Jacques Bienvenu, 652 p.

COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2007, coll. "Bibliothèque de droit public", tome 249. 878 p.

CRESPY-DE CONINCK, Marie, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Paris : Dalloz, 2017, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 915 p.

CULETTO, Sébastien, *Le principe de spécialité des personnes morales de droit public français,* Thèse de doctorat : droit public : Nice : 2006, 358 p.

DA ROLD, Jacques, *Les sociétés d'économie mixte, acteurs de la ville : Regards croisés en France et en Europe,* Paris : L'Harmattan, 2010, 213 p.

DEBONO, Anne-Laure, *L'ouverture du droit des services publics au droit de la consommation : entre enrichissement et désordre,* Aix-en-Provence : PUAM, 2015, 314 p.

DELCROS, Bernard*, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat,* Paris : LGDJ, 1976, 322 p.

DELVALLEZ, Charles-Edouard, *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire,* Préface de Jean-Marie Pontier, Paris : L'Harmattan, 2011 coll. « Logiques juridiques », 355 p.

DEROUDILLE, Alexis, *Les conditions de l'exception 'in house' : contribution à une théorie du contrôle public sur les opérateurs dédiés,* thèse de doctorat : droit public : Tours, 2015, 550 p.

DESTOURS, Stéphane, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Paris : Litec, 2000, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 587 p.

DOAT, Mathieu, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français,* Préface de Jean-Arnaud Mazères, Paris : LGDJ, 2003, coll. « Thèses, Bibliothèque de droit public », tome 230, 311 p.

DOUENCE, Maylis, *Le pouvoir d'organisation du service public,* thèse de doctorat : droit public : université de Pau, 2003, 721 p.

DRAGO, Roland, *Les crises de la notion d'établissement public,* préface de Marcel Waline, Paris : Pédone, 1950, 286 p.

DREYFUS, Françoise, *La liberté de commerce et d'industrie,* Paris : Berger-Levrault, 1973, coll. « L'administration nouvelle ». 275 p.

DREYFUS, Jean-Davis, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques,* Paris : L'Harmattan, 1997, coll. « Logiques juridiques », 525 p.

DUBOIS, Jean-Pierre, *Le contrôle administratif sur les établissements publics,* Paris : LGDJ, 1982, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 143, 528 p.

DUCOULOUX-FAVARD, Claude, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie,* Préface de J. Brethe de La Gressaye, Paris : L.G.D.J., 1963, 283 p.

DURANTHON, Arnaud, *Subsidiarité et collectivités territoriales : étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français,* Paris : Dalloz, 2017, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle »,1014 p.

DUROY, Stéphane, *La distribution de l'eau potable en France – Contribution à l'étude d'un service public local,* Paris : LGDJ, 1996, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 177, 436 p.

DUSSART, Marie-Laure, *Constitution et économie*, Paris : Dalloz, 2015, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 380 p.

FAURE, Bertrand, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales,* Paris : LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque de droit public », 329 p.

FLOGAITIS, Spyridon, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie,* Paris : LGDJ, 1979, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 133, 281 p.

FOUACHE, Valentine, *Etablissement public et société commerciale : Le devenir de l'établissement public industriel et commercial,* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2005, 634 p.

FOURNIE, François, *Recherches sur la décentralisation dans l'oeuvre de Maurice Hauriou,* préface Jean-Arnaud MAZERES, avant-propos de Jacques MOREAU, Paris : LGDJ, 2005, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 245, 629 p.

GARBAR, Christian, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques,* Préface Benoît Jeanneau, Paris : LGDJ, 1996, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 175, 588 p.

GIACUZZO, Jean-François, *La gestion des propriétés publiques en droit français,* Paris : LGDJ, 2014, coll. « Bibliothèque de droit public », 684 p.

GIARD, Anne-Laure, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* préface de Jean-Jacques Bienvenu, Paris : Dalloz, 2013, 599 p.

GOMBEAUX, Edmond, *La condition juridique de l'Etat commerçant et industriel*, Paris : Rousseau, 1904, 310 p.

GORGE, Anne-Sophie, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales,* préfaces de Jean-Marie Pontier, Patrice Gélard, et Jean Waline, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 692 p.

GRIMALDI, Olivier, *Essai sur la distinction entre association et société commerciale,* Thèse de doctorat : droit : Aix-Marseille 3 : 2002, sous la direction de Jacques Bourdon, 537 p.

GUGLIELMI, Gilles J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française,* Paris : LGDJ, 1991, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 157, 378 p.

GUINARD, Dorian, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général,* Paris : L'Harmattan, 2012, 577 p.

GUINSBURGER, Ted, *L'exercice d'activités commerciales par les collectivités locales : permanence et mutations du service public,* thèse de doctorat : droit public : Aix-Marseille III, 2010, 424 p.

HO DINH, Anne-Marie, *Les frontières de la science du droit : essai sur la dynamique juridique,* Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit public », 583 p.

HOURSON, Sébastien, *Les conventions d'administration,* Paris : LGDJ, 2014, coll. « Bibliothèque de droit public », 646 p.

ICHARD, Pierre Bernard, *Contribution à l'étude de l'extension des principes et pratiques de gestion privée aux activités publiques,* Thèse de doctorat : sciences économiques : Bordeaux I, 1975, 255 p.

JABKO, Nicolas, *L'Europe par le marché, Histoire d'une stratégie improbable,* Paris : Presses de Sciences Po, coll. « Gouvernances », 288 p.

JACOMET, Robert, *Le statut des entreprises publiques,* Paris : Sirey, 1947, coll. « Bibliothèque de Finances publiques françaises et étrangères », 121 p.

JANSSENS-PEYREGA, Valérie-Anne, *L'influence du droit communautaire sur la pratique des aides locales aux entreprises : Créer des territoires compétitifs face à la mondialisation,* Paris : L'Harmattan, 2008, 328 p.

JEGOUZO-VIENOT, Laurence, *Etablissement public et logement social,* Préface de Laurent Richer, avant-propos de Maurice Carraz, Paris : LGDJ, 2002, 416 p.

JOYAU, Marc, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local,* Paris : LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 198, 362 p.

JOYE, Jean-François, *L'action économique territoriale : outils juridiques et logiques d'acteurs,* Paris : L'Harmattan, 2002, coll. « Logiques juridiques », 496 p.

KATZ, David, *Juge administratif et droit de la concurrence,* Préface de Loïc Grard, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 473 p.

KERLEO, Jean-François, *La transparence en droit : Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Paris : Mare & Martin, 2015, coll. « bibliothèque des thèses », 995 p.

LABAZEE, Sophie, *La validité des conventions entre personnes publiques au regard du droit de l'action administrative,* thèse de doctorat : droit public : Pau, 2002, 515 p.

LAFONT, Sylvain, *La soumission des personnes publiques au droit de la consommation,* Préface de Daniel MAINGUY, Paris : Litec, 2009, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 375 p.

LAHILONNE, Georges, *La gestion privée des services publics,* Toulouse : Andrau et Laporte, 1931, 191 p.

LANGELIER, Elise, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, préface de Claudie Boiteau, Paris : LGDJ, 2012, 893 p.

LE JAN, Morgane, *Le service public postal face au droit de l'Union européenne : histoire d'un compromis (1957-2012),* thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2016, 699 p.

LE MESTRE, Renan, *La soumission des secteurs publics nationaux à la déréglementation communautaire,* thèse de doctorat : droit public : Nantes, 1998, 517 p.

LE MOIGNE, Marthe, *Les compétences des collectivités territoriales en droit public français : Essai de compréhension d'une structure complexe,* Thèse de doctorat : droit public : Brest : 2007, 703 p.

LEPOUTRE, NaÏké, *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel,* thèse de doctorat : droit public, Lille 2, 3 vol., 1266 p.

LIGNEUL, Nicolas, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises,* Bruxelles : Bruylant, 2001, coll. « droit international » n°45, 382 p.

LINDITCH, Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préface de Jean-Arnaud Mazères, Paris : LGDJ, 1997, 334 p.

LLORENS, François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics,* Paris : LGDJ, 1981, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 139, 705 p.

LOMBARD, Frédéric, *La cause dans le contrat administratif,* Paris : Dalloz, 2008, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 484 p.

LONG, Martine, *Les problèmes juridiques liés à la tarification des services publics locaux,* thèse de doctorat : droit public : Pau, 1994, 420 p.

MADDALON, Philippe, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* Paris : LGDJ, 2007, 396 p.

MADIOT, Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte-mixte en droit français,* Paris : LGDJ, 1971, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 103, 390 p.

MAETZ, Olivier, *Les droits fondamentaux des personnes publiques,* Paris : institut universitaire Varenne, 2011, coll. « collection de thèses », 442 p.

MAGRINI, Gilles, *La dialectique de l'Etat et du marché dans la construction européenne : Contribution à l'étude de l'article 90 du traité de Rome,* 2 vol., Thèse de doctorat : droit public : Toulouse, 1998, 698 p.

MAHOUACHI, Mohamed, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, préface de Jean-Claude Ricci, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 609 p.

MANENTI, Olivier, *Le marché en droit des marchés publics : enjeux théoriques et perspectives analytiques,* thèse de doctorat : droit public : Aix-Marseille III, 2014, 537 p.

MARCHAND, Jennifer, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques,* Préface de Lucien RAPP, Paris : LGDJ, 2014, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 279, 564 p.

MARCUS, Laure, *L'unité des contrats publics*, Paris : Dalloz, 2010, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 608 p.

MARTIN, Julien, *Les prestations 'in house' et les marchés publics,* mémoire de de DEA : droit public de l'économie, Paris 2, 2002, 126 p.

MARTINEZ-JORDA, Valérie, *Service public et droit communautaire : les mutations européennes de la notion française,* thèse de doctorat : droit public, Montpellier I, 2007, 855 p.

MATHEY, Nicolas, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé,* Thèse de doctorat : droit : Paris 2 : 2001, sous la direction de Laurent Leveneur, 649 p.

MELLA, Elisabeth, *Essai sur la nature de la délibération locale*, préface de Jean du Bois de Gaudusson, Paris : LGDJ, 2003, 317 p.

MONDOU, Christophe, *Le choix de la gestion déléguée des services publics locaux,* thèse de doctorat : droit public : université Paul Cézanne Aix-en-Provence, 1994, 388 p.

MONGOUACHON, Claire, *Abus de position dominante et secteur public. L'application par les autorités de la concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 804 p.

MOULIN, Jean-Marc, *Le principe d'égalité dans la société anonyme,* Thèse de doctorat : droit privé : Paris 5 : 1999, sous la direction de Dominique Legeais, 2 vol., 623 p.

MOURIESSE, Elise, *La quasi-régie en droit public français,* Paris : Mare & Martin, 2017, coll. « bibliothèque des thèses », 754 p.

MOYEN, Léandre Serge, *La responsabilité des communes du fait de leur intervention dans le domaine économique,* thèse de doctorat : droit : Aix-Marseille III, 2000, 548 p.

MOYSAN, Hervé, *Le droit de propriété des personnes publiques,* préface de Didier TRUCHET, Paris : LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 219, 296 p.

MULLER, Etienne, *Les instruments juridiques des partenaires public-privé,* préface de Gabriel ECKERT, Paris : L'Harmattan, 2011, coll. « Logiques juridiques », 693 p.

MURGUE-VAROCLIER, Paul-Maxence, *Le critère organique en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 2018, coll. « Bibliothèque de droit public », 780 p.

NEGRIN, Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative,* Paris : LGDJ, 1971, 365 p.

NGAMPIO-OBELE-BELE, Urbain, *Les Sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés,* Préface de Jean-Claude Ricci, Aix-en-Provence : PUAM, 1998, 498 p.

NGUYEN QUOC, Vinh, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales,* Préface de Roland Drago, Paris : LGDJ, 1979, coll. « Bibliothèque de Droit public », 320 p.

NOGUELLOU, Rozen, *La transmission des obligations en droit administratif,* préface de Yves Gaudemet, Paris : LGDJ, 2004, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 241, 395 p.

PAILLET, Michel, *La faute du service public en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1980, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 136, 434 p.

PAILLUSSEAU, Jean, *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise,* préface de Yvon Loussouarn, Paris : Sirey, 1967, 294 p.

PELLETIER, Marie-Louise, *L'entreprise publique de service public : déclin et mutation,* Préface de Jean-Louis Autin, Paris : L'Harmattan, 2009, coll. « Logiques juridiques », 452 p.

PELTIER, Marc, *La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés*, Préface de Paul Le Cannu, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, coll. « Collectivités locales », 427 p.

PICHOUSTRE, Dominique, *L'intérêt communautaire,* 2 vol., thèse de doctorat : droit public : Université Toulouse I, 2004, 1052 p.

PIERRE, Romuald, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé,* Thèse de doctorat : droit privé, Limoges, 2010, 539 p.

PLESSIX, Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif,* Préface de Jean-Jacques Bienvenu, Paris : éd. Panthéon-Assas, 2003, 878 p.

PRIEUR, Michel, *Les entreprises publiques locales,* Préface de François Luchaire, Paris : Berger-Levrault, 1969, 327 p.

PONTIER, Jean-Marie, *L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences,* Paris : LGDJ, 1978, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 127, 630 p.

POTVINS-SOLIS, Laurence (dir.), *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales,* Paris : L'Harmattan, 2013, 448 p.

QUIOT, Gérard, *Aux origines du couple « gestion publique-gestion privée » : Recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics,* Thèse de doctorat : droit public : Nice, 1992, 842 p.

QUIEVY, Jean-François, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préface de Didier Martin, Paris : LGDJ, 2009, coll. « Bibliothèque de droit public », 416 p.

RAAD, Nabil Fadel, *L'abus de la personnalité morale en droit privé,* préface de François Terré, Paris : LGDJ, 1991, 322 p.

RAMBAUD, Romain, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique,* Paris : L'Harmattan, 2012, 930 p.

RAPP, Lucien, *Les filiales des entreprises publiques,* Paris : LDGJ, 1983, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 144, 576 p.

RIALS, Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard,* Paris : LGDJ, 1980, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 135, 564 p.

ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques,* Préface Marie-Ange Moreau, Aix-en-Provence : Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 552 p.

RODRIGUES, Stéphane, *Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne : éléments de droit comparé et analyse du droit communautaire,* thèse de doctorat : droit public : Paris 1, 1999, 852 p.

ROLIN, Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publique,* 2 vol., thèse de doctorat : droit public : Université de Paris II, 1997, 611 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,* mémoire de recherche : master : droits français et italien, Paris 2, 2011, 111 p.

ROUX, Christophe, *Propriété publique et droit de l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2015, coll. « Bibliothèque de droit public », 817 p.

SABOURIN, Paul, *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français,* Paris : LGDJ, 1966, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 69, 393 p.

SAGNE, Nicolas, *Le contrat in house,* mémoire de recherche : master : droit public économique : Paris 1, 2007, 102 p.

SCHMALTZ, Benoît, *Les personnes publiques propriétaires*, Paris : Dalloz, 2016, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 580 p.

SEE, Arnaud, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, thèse de doctorat : droit public, Université de Strasbourg, 2010, 794 p.

SIBONY, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* Paris : LGDJ, 2008, 883 p.

SIFFERT, Antoine, *Libéralisme et service public,* thèse de doctorat : droit public : Le Havre, 2015, 435 p.

SIRINELLI, Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne : Une contribution à l'étude du droit administratif européen,* Préface de Yves Gaudemet, Paris : L.G.D.J., 2011

SITBON, Eric, *La mise en concurrence dans les contrats de services publics locaux en France et au Royaume-Uni*, sous la direction de Gérard Marcou, thèse de doctorat : droit public, Université de Lille 2, 1999, 604 p.

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas, *La distinction des institutions publiques et privées en droit français,* thèse dir. par Ch. Eisenmann, 165 p.

SURBIGUET, Marcel, *Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement,* Paris : L.G.D.G., 1970, 264 p.

TAGAND, Roger, *Le régime juridique de la société d'économie mixte,* Paris : LGDJ, 1969, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 94, 249 p.

TARLET, Fanny, *Les biens publics mobiliers*, Paris : Dalloz, 2017, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 746 p.

TESSON, Fabien, *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse de doctorat : droit : Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, 623 p.

THEODORATOS, Ilias, *Rationalité et légalité de l'action administrative,* 2 vol., thèse de doctorat : droit public : Paris 1, 1992, 991 p.

THERON, Jean-Pierre, *Recherche sur la notion d'établissement public,* Préface de Jean-Arnaud Mazères, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de Droit public », 329 p.

TRECA, Albert, *Gestion privée des services publics,* Thèse de doctorat : droit : Paris, 1946, 98 p.

TRUCHET, Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat,* Paris : LGDJ, 1977, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 125, 394 p.

VALENTIN, Vincent, *Les Conceptions néo-libérales du droit,* Paris : Economica, 2002, 385 p.

VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Typologie des entreprises publiques,* 2 vol. Thèse de doctorat : droit public : université de Lille 2, 1990, 741 p.

VANIER, Léo, *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, Paris : Dalloz, 2018, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 760 p.

VAN LANG, Agathe, *Juge judiciaire et droit administratif,* Paris : LGDJ, 1996, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 183, 359 p.

VANNEAUX, Marie-Anne, *Recherche sur un droit des relations financières Etat-entreprises publiques,* Thèse de doctorat : droit public : Université de Lille II, 2005, 743 p.

VAREILLES-SOMMIERES, Gabriel de Labroue de, *Les personnes morales,* Paris : Librairie Cotillon, 1902, 685 p.

VIANDER, Alain, *La notion d'associé,* préface François Terré, Paris : LGDJ, 1978, 314 p.

VIGUIER, Jacques, *Recherches sur la notion de régie en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, Droit Public, Toulouse : Université des Sciences Sociales de Toulouse I, 1989, 2 vol., 560 p.

VOCANSON, Claire, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne,* Paris : Dalloz, 2014, 694 p.

WILINSKI, François, *L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du P. P. P.,* thèse de doctorat : droit public, Lille, 2015, 852 p.

ZEVOUNOU, Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* Préface de Pierre Brunet, Paris : LGDJ, 2012, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 272, 460 p.

ZIANI, Salim, *Du service public à l'obligation de service public,* Paris : LGDJ, 2015, coll. « Bibliothèque de droit public », 464 p.

## *II. B. Autres ouvrages spécialisés*

ABDERAMANE, Karine, *et al*. (dir.), *Union européenne : crises et perspectives,* Paris : Mare & Martin, 2014, 287 p.

ALBERT, Nathalie (dir.), *Performance et droit administratif,* Paris : Litec, 2010, coll. « Thèmes et commentaires », 306 p.

ALBOUY, Charles, *Sociétés d'économie mixte locales,* Paris, Milan : Masson, 1991, coll. « Pratiques de l'immobilier »,111 p.

ALLEMAND, Roselyne (dir.), *Les effets du droit de l'Union européenne sur les collectivités locales : Approches comparées*, Paris : L'Harmattan, 2011, coll. « GRALE », 415 p.

ALLEMAND, Roselyne, DANTONEL-COR, Nadine (dir.), *La contractualisation de l'action publique locale : des collectivités territoriales libres ou sous contrainte ?*, Paris : L'Harmattan, 2018, coll. « GRALE », 241 p.

ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, BLOQUET, Sylvain, VERGNE, Arnaud (dir.), *La* summa division *droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles),* Paris : Institut universitaire Varenne, 2018, 302 p.

ARNAUD, Lionel, LE BART, Christian, PASQUIER, Romain (dir.), *Idéologies et action publique territoriale : La politique change-t-elle encore les politiques ?,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2007, 253 p.

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), *Les méthodes en droit administratif,* Paris : Dalloz, 2018, coll. « Thèmes et commentaires », 278 p.

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), *Le service public,* Paris : Dalloz, 2014, coll. « Thèmes et commentaires », 262 p.

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), *La doctrine en droit administratif,* Paris : Litec, 2010, coll. « Colloques et débats », 246 p.

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), *La compétence,* Paris : Litec, 2008, coll. « Colloques et débats », 272 p.

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), *La personnalité publique,* Paris : Litec, 2007, coll. « Colloques et débats », 256 p.

Association pour le droit public de l'entreprise, *Les marchés publics européens : Droit communautaire, droit comparé*, Paris : Sirey, 1989, 128 p.

Association pour le perfectionnement des approvisionnements dans les services publics (ASAP), *Gestion publique, gestion privée,* Paris : ASAP, 1980, pagination multiple.

ASTRAUKAS, Algirdas, GUERARD, Stéphane, *L'autonomie locale au XXIe siècle, entre tradition et modernisation,* Paris : institut universitaire Varenne, 2016, 800 p.

AUBELLE, Vincent, *Intercommunalités : des projets aux pratiques,* Paris : Berget-Levrault, 2011, coll. « Les indispensables », 611 p.

AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État,* Paris : Montchrestien, coll. « Clefs politiques », 2003, 154 p.

AUBY, Jean-Bernard, *La décentralisation et le droit,* Paris : LGDJ, 2006, 152 p.

AUBY, Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Paris : Dalloz, 2010, 990 p.

AUBY, Jean-François, RAYMUNDIE, Olivier, *Le service public,* Paris : Le Moniteur, 2003, collection « Analyse juridique »

AUBY, Jean-François, *Management public : Introduction générale,* Paris : Sirey, 1996, coll. « Notions essentielles », 118 p.

AUBY, Jean-François, *Les services publics en Europe,* Paris : PUF, coll. « Que Sais-je ? », XXX

AUBY, Jean-François, *Les services publics locaux,* Paris : Berger-Levrault, 1997, coll. « administration locale », 359 p.

BARREAU, Jocelyne (dir.), *L'Etat entrepreneur : Nationalisations, gestion du secteur public concurrentiel, construction européenne (1982-1993),* Paris : L'Harmattan, 1990, coll. « Logiques économiques », 175 p.

BAUBY, Pierre, *Service public, services publics,* Préface de Marcel Boiteux, Paris : La Documentation Française, 2011, coll. « Etudes », 231 p.

BAUBY, Pierre, COING, Henri, TOLEDO, Alain de, (sous la dir. de), *Les services publics en Europe, Pour une régulation démocratique,* Paris : Publisud, 2007 XXX

BAUBY, Pierre, BOUAL, Jean-Claude (dir.), *Les services publics au défi de l'Europe,* Paris : éd. Ouvrières, 1993, 141 p.

BENJAMIN, Marie-Yvonne, *SEML : guide juridique et pratique : 388 questions pratiques, toute la jurisprudence indexée et commentée, répertoire exhaustif des textes,* Préfaces d'André Santini et Claude Devès, Paris : Ed. Formation Entreprise, 2002, coll. « Référence première ». 505 p.

BENYEKHLEF, Karim, PEREIRA DE SOUSA, Antonia, collab., AMOUROUX, Mathieu, collab., SEFFAR, Karim, collab., *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation,* Montréal : Les éd. Thémis, 2008, 934 p.

BERGEAL, Catherine, LENICA, Frédéric, *Contentieux des marchés publics, 2e éd.,* Paris : Le Moniteur, 2010, 405 p.

BEZANÇON, Xavier, *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé*, Paris : Presses De L'ecole Nationale Des Ponts Et Chaussées, 2004,

BEZANÇON, Xavier, CUCCHIARINI, Christian, COSSALTER, Philippe, *Le guide de la commande publique : Marchés publics, contrats de partenariat publics-privés, délégations de service public,* 4e éd., Paris : éd. Le Moniteur, 2017, 353 p.

BEZES, Philippe, DESCAMPS, Florence, KOTT, Sébastien (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques : Elaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIXe siècle (1815-1914)*, Paris : Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2010, 579 p.

BEZES, Philippe, DESCAMPS, Florence, KOTT, Sébastien (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques : du contrôle de la dépense à la gestion des services publics, 1914-1967*, Paris : Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2013, 675 p.

BIOY, Xavier (dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse : presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2011, 279 p.

BIOY, Xavier (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, préface de François Terré, Toulouse : Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2013, 334 p.

BIZET, Jean-François, *Les entreprises publiques locales : SEM, SPLA, SPL,* 2e édition, Paris : Lamy, 2012, coll. « Axe Droit », 378 p.

BOEUF, Jean-Luc, *Décentralisation et recomposition des territoires : 1982-2002,* Paris : La Documentation française, 2002, 84 p.

BOEUF, Jean-Luc, MAGNAN, Manuela, *Les collectivités territoriales et la décentralisation,* 5e éd., Paris : La Documentation française, 2009, 170 p.

BOITEAU, Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local,* 2e éd., Paris : Le Moniteur, 2007, collection « Action Locale », 264 p.

BONNARD, Mayvonne (coord.), *Les collectivités territoriales,* 4e éd., Paris : La Documentation française, coll. « Les notices », 2009, 254 p.

BOTTINI, Fabien (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique,* Paris : L'Harmattan, 2014, 238 p.

BOTTINI, Fabien (dir.), *L'Etat interventionniste : le rôle de la puissance publique dans l'économie,* Paris : L'Harmattan, 2012, 192 p.

BOTTINI, Fabien (dir.), *Néolibéralisme et droit public,* Paris : Mare & Martin, 2017, 435 p.

BOTTINI, Fabien (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit,* Paris : Mare & Martin, 2019, 485 p.

BOTTINI, Fabien, *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs,* Paris : Institut Varennes, 2020, 912 p.

BOUAL, Jean-Claude, BRACHET, Philippe, HISZKA, Malgorzata (dir.), *Les services publics en Europe : Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni, Suède, Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Tchéquie,* Paris : Publisud, 2007, 142 p.

BOUDANT, Joël, *La Cour de justice des Communautés européennes,* Paris : Dalloz, 2005, 164 p.

BOURJOL, Maurice, *La réforme municipale : bilan et perspectives,* Paris : Berger-Levrault, 1975, 426 p.

BOURJOL, Maurice, *Droit et libertés des collectivités territoriales,* Paris : Masson, 1984, 356 p.

BOURJOL, Maurice (dir.), *La Commune, l'Etat et le droit : bicentenaire de la Révolution et marché unique européen,* Paris : LGDJ, 1990, 358 p.

BOURJOL, Maurice, *Intercommunalité et Union européenne,* Paris : LGDJ, 1994, 196 p.

BOUSSARD, Sabine, CAMUS, Aurélien (dir.), *Nouvelles gestions publiques, nouvelles normativité,* Paris : Mare & Martin, 2020, 216 p.

BOUTELET-BLOCAILLE, Marguerite, LARCENEUX, André, BARCZAK, Aleksandra (dir.), *Gouvernance de l'eau : intercommunalités et recomposition des territoires,* Dijon : éd. universitaires de Dijon, 2010, 258 p.

BOUTIN, Christophe, ROUVILLOIS, Frédéric (dir.), *Décentraliser en France : idéologies, histoire et prospective,* Paris : De Guibert, 2003, 308 p.

BOVIS, Christopher H., *The Law of EU Public Procurement,* 2nd ed., Oxford : Oxford University Press, 2015, 915 p.

BRECHON-MOULENES, Christine (dir.), *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris : Sirey, 1992, 126 p.

BRISSON, Jean-François, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics,* Paris : Impr. Nat., 2004, 451 p.

CABANES, Christophe, NEVEU, Benoît, *Droit de la concurrence dans les contrats publics,* Paris : Le Moniteur, 2008, 360 p.

CAILLOSSE, Jacques, *Repenser les responsabilités locales : Du débat sur la "clarification des compétences" et la "cause générale de compétence" à celui d'un changement de modèle territorial,* Paris : Les Cahiers de l'Institut de la décentralisation, 2006, 60 p.

CARBONNIER, Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., Paris : LGDJ, 2001, 493 p.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Préface de Georges Burdeau, Paris : Economica, 1984, coll. « Classique », 228 p. Fac-similé de l'ouvrage de 1931.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions,* Préface d'Eric Maulin, Paris : Dalloz, 2007, coll. « Bibliothèque Dalloz », 174 p. Réédition de l'ouvrage original de 1933.

CARTELIER, Lysiane, FOURNIER, Jacques, MONNIER, Lionel (dir.), *Critique de la raison communautaire : Utilité publique et concurrence dans l'Union européenne*, Paris : Economica, 1996, 257 p.

CHAZEL, Alain, POYET, Hubert, *L'économie mixte, 2e éd.,* Paris : PUF, 1965, coll. « Que sais-je ? », 128 p.

CHEROT, Jean-Yves, *Les aides d'État dans les Communautés européennes,* Paris : Economica, 1998. 379 p.

CHEVALLIER, Jacques (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général,* 2 vol., Paris : PUF, 1978 et 1979, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP) », 255 et 330 p.

CHEVALLIER, Jacques (dir.), *Public/privé,* Paris : PUF, 1995, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP) », 230 p.

CLEMENT-WITZ, Laure (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2019, coll. « droit de l'Union européenne », 472 p.

CLEMENT-WITZ, Laure, *La Cour de justice de l'Union européenne,* Paris : LGDJ, 2020, coll. « Systèmes », 186 p.

Collectif, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Paris : éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2004

COX, Helmut (dir.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne,* XXX : Pedone, 1997, 209 p.

CRESPY, Amandine, PETITHOMME, Mathieu, *L'Europe sous tensions, Appropriation et contestation de l'intégration européenne,* Paris : L'Harmattan, 2009, coll. « Logiques politiques », 341 p.

CROZIER, Michel, THOENING, Jean-Claude, GELINIER, Octave, SULTAN, Elie, *Décentraliser les responsabilités : pourquoi ? comment ? Rapports d'enquêtes,* Paris : La Documentation française, 1976, 134 p.

CROZIER, Michel, TROSA, Sylvie (dir.), *La décentralisation : réforme de l'Etat,* Boulogne-Billancourt : Pouvoirs locaux, 1992, 220 p.

CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, université d'Amiens), *L'intercommunalité : bilan et perspectives*, Paris, PUF, 1997, 286 p.

DEBARGE, Olivier, GEORGOPOULOS, Théodore, RABAEY, Olivier (dir.), *La Constitution économique de l'Union europénne,* Bruxelles : Bruylant : 2008. 371 p.

DELAIRE, Yves, *La délégation des services publics locaux,* 4e éd., Paris : berger-Levrault, 2019, collection « Les indispensables », 704 p.

DELION, André, *Droit des entreprises et participations publiques,* Paris : LGDJ, 2003, coll. « Systèmes ». 253 p.

DELION, André, *Le statut des entreprises publiques,* Paris : Berger-Levrault, 1963, coll. « L'administration nouvelle », 268 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit,* vol. IV, *Vers une communauté de valeurs ?,* Paris : Seuil, 2011, 423 p.

DEPORCQ, Dominique, *et al., Code pratique des sociétés d'économie mixte locales,* élaboré par Dominique Deporcq, Pierre Géraud, Justin Paisley, Marc Poiget, Paris : Berger-Levrault, 2003, coll. « Les Codes ». 335 p.

DESCHEEMAEKER, Christian, POTTON, Jean-François, Comité d'Histoire de la Cour des comptes, *La Cour des comptes et les entreprises publiques : la réforme de 1976,* Paris : La Documentation française, 2016, 237 p.

DEVES, Claude, BIZET, Jean-François, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Avant-propos de Jacques MOREAU, Préface de Dominique FIGEAT, Economica, 1991, coll. « Droit : Collectivités territoriales ». 299 pages.

DRAGO, Roland (dir.), *Quel avenir pour les entreprises publiques ?* Paris : PUF, 2001, coll. « cahier des sciences morales et politiques ». 72 p.

DUFAU, Jean, *Les entreprises publiques*, 2e éd., Paris : Ed du Moniteur, 1991, coll. « L'actualité juridique ». 357 p.

DUPERON, Olivier (dir.), *Les services publics locaux et la concurrence : entre intérêt général et marché*, Paris : L'Harmattan, 2011, coll. « GRALE », 199 p.

DUPRE DE BOULOIS, Xavier, YOKA, Philippe (dir.), *Léon Michoud,* Bayonne: Institut universitaire Varenne, 2014, 292 p.

DURAND, Guy, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Berger-Levrault, 1998, coll. « L'administration locale ». 307 pages.

DURUPTY, Michel, *Les entreprises publiques, vol. 1 – rôle économique, cadre juridique*, Paris : PUF, 1986, coll. « Thémis : Droit ». 407 p.

DURUPTY, Michel, *Les entreprises publiques, vol. 2 – Gestion, contrôle*, Paris : PUF, 1986, coll. « Thémis : Droit ». 426 p.

ECKERT, Gabriel, GAUTIER, Yves, KOVAR, Robert, RITLENG, Dominique (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 460 p.

GEIS, Max-Emmanuel, GUERARD, Stéphane, VOLMERANGE, Xavier, *Les contrôles de l'action publique locale et régionale : une autonomie menacée ?,* Paris : Institut universitaire Varenne, 2018, 404 p.

GIRARDON, Jean, *L'intercommunalité,* Paris : Ellispses, 2008, coll. « Mises au point », 122 p.

GOSSELIN, Frédéric, MOLITOR, Cédric, NIHOUL, Pierre, QUERTAINMONT, Philippe (dir.), *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen : Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception « in house »,* Waterloo : Wolters Kluwer, 2008, 246 p.

GRAINDORGE, Joël, *Gestion publique ou gestion privée,* Voiron : La Lettre du Cadre territorial, 1994, 151 p.

GRARD, Loïc, VANDAMME, Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE, François (dir.), *Vers un service public européen : initiative pour des services d'utilité publique en Europe,* Paris : éd. ASPEurope, 1996, 637 p.

GRARD, Loïc (dir.), *L'Europe et les services publics, le retour à la loi,* Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, 152 p.

GRARD, Loïc, SAINTOURENS, Bernard (dir.), *La libre concurrence face aux juges,* Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, 223 p.

GUERARD, Stéphane (dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisiplinaire, droit public et droit privé,* Paris : L'Harmattan, 2006, 423 p.

GUGLIELMI, Gilles J. (dir.), *Histoire et service public,* Paris : PUF, 2004, coll. « Politique d'aujourd'hui », 444 p.

HENRY, Claude, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, Paris : PUF, 1997, coll. « Economie », 225 p.

HENRY, Claude, QUINET, Emile, BOITEUX, Marcel (dir.), *Concurrence et service public* : textes des conférences Jules Dupuis, Paris, Budapest, Torino : L'Harmattan, 2003, 494 p.

HURON, David, SPINDLER, Jacques, *Le management public local,* Paris : L.G.D.J., 1998, coll. « Politiques locales », 118 p.

JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif,*
- tome 1, *La technique juridique du droit public français*, 3e éd., Paris : Giard, 1925, reproduction en fac-similé avec préface de Serge Salon et Jean-Charles Savignac, Paris : Dalloz, 2005, 443 p.
- tome 2, *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics,* 3e éd., Paris : Giard, 1930, reproduction en fac-similé avec préface de Serge Salon et Jean-Charles Savignac, Paris : Dalloz, 2003, 848 p.
- tome 3, *Le fonctionnement des services publics*, 3e éd., Paris : Giard, 1926, reproduction en fac-similé avec préface de Pascale Gonod et Fabrice Melleray, Paris : Dalloz, 2011, 519 p.
- tome 4, *Théorie générale des contrats de l'administration,* 3e éd., Paris : Giard,1936, 3 vol., 1255 p.

JOFFRE, Patrick, LEMIRE, Louise, ROUILLARD, Christian (dir.), *Gestion privée et management public : une perspective québécoise et française,* Colombelles : Ed. EMS, Management et Société, 2005, 256 p.

KADA, Nicolas (dir.), *L'intérêt public local : Regards croisés sur une notion juridique incertaine,* Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2009, collection « Centre d'Études et de Recherche sur le droit, l'histoire et l'administration publique (CERDHAP) », 224 p.

KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'Etat,* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique,* Introduction de Stanley L. Paulson, Paris : LGDJ, 1997, coll. « La pensée juridique », 518 p.

KELSEN, Hans, *Controverses sur la théorie pure du droit : Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally,* Avant-propos de Charles Leben, Préface de Robert Kolb, Paris : Université Panthéon-Assas, 2005, coll. « Les introuvables », 186 p.

KERNINON, Jean, *Les cadres juridiques de l'économie mixte,* 2e éd., Paris : L.G.D.J., 1993, coll. « Systèmes ». 169 p.

KLOPFER, Michel, ESCALLIER, Christian, *Gestion financière des collectivités locales : analyse financière et fiscale, intercommunalité, péréquation communale, départementale et régionale, gestions externes (SEM, SPL, associations, OPH, SDIS, délégataires…), dette et trésorerie, organisation budgétaire*, 6e éd., Paris : Le Moniteur, 2014, 505 p.

KOVAR, Robert, SIMON, Denys (dir.), *Service public et communauté européenne : Entre l'intérêt général et le marché*, 2 tomes, Paris : La Documentation française, 1998, 514 et 515 p.

KPMG S.A., avec la collaboration de CARLES, Joseph, DUPUIS, Jérôme, *Service public local, gestion publique, gestion privée ?* Levallois-Perret : Nouvelles éd. Fiduciaires, 1989, 288 p.

KRAJEWSKI, Markus, NEERGAARD, Ulla, Van de GRONDEN, Johan (ed.), *The changing legal framework for services of general interest in Europe : between competition and solidarity,* West Nyack : Cambridge University Press, 2009, 522 p.

KRYNEN, Jacques, HECQUART-THERON, Maryvonne (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 2 vol., 795 p.

LABORIER, Pascale, AUDREN, Frédéric, NAPOLI, Paolo, VOGEL, Jakob (dir.), *Les sciences camérales : activités pratiques et histoire des dispositifs publics,* Paris : PUF, 2011, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP) », 594 p.

LA ROSA, Stéphane de, DUBOUT, Edouard, MARTUCCI, Francesco (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique, discours et réalité,* Bruxelles : Bruylant, 2015, coll. « Droit de l'Union européenne », 464 p.

LA ROSA, Stéphane de, *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique,* Paris : Société de Législation Comparée, 2015, coll. « Trans Europe Experts », 222 p.

LECA, Antoine, *La fabrique du droit français : Naissance, précellence et décadence d'un système juridique,* Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 377 p.

LE DUC, Michel, *Services publics de réseau et Europe : Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni (fer, route, air, et eau-assainissement),* Paris : La Documentation français, 1995

LE LIDEC, Patrick, MONTRICHER, Nicole de (dir.), *Décentraliser et gérer : analyse rétrospective et prospective de l'emploi public dans les collectivités territoriales,* Paris : La Documentation française, 2004, 117 p.

LENAERTS, Koen, GUTIERREZ-FONS, José A., *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne,* Bruxelles : Bruylant, 2020, 210 p.

LERIQUE, Florence, PISSALOUX, Jean-Luc (dir.), *L'ingénierie territoriale : quels prolongements à la réforme territoriale ?,* Paris : L'Harmattan, 2019, 300 p.

LIGNERES, Paul, *Partenariats public-privé : Contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'Etat, droit public des affaires, 2e éd.,* Paris : Litec, 2005, 440 p.

LOINGER, Guy, NEMERY, Jean-Claude, GUIGOU, Jean-Louis (dir.), *Recomposition et développement des territoires : enjeux économiques, processus, acteurs,* Paris : L'Harmattan, 1998, 381 p.

LOMBARD, Martine (dir.), *Régulation économique et démocratique*, Paris : Dalloz, 2006, 248 p.

LOUIS, Jean-Victor, RODRIGUES, Stéphane (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne,* Introduction de José Manuel Barroso, Bruxelles : Bruylant, 2006, 450 p.

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane, *Analyse économique du droit,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Méthodes du droit », 728 p.

MARCOU, Gérard, MODERNE, Franck (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 2 : expériences européennes,* Paris : L'Harmattan, 2005, 457 p.

MAS, Florence, *Gestion privée pour services publics : manager l'administration,* Paris : InterEd., 1990, 219 p.

MBONGO, Pascal, VAUCHEZ, Antoine (dir.), *Dans la fabrique du droit européen : scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes,* Bruxelles : Bruylant, 2009, 258 p.

MICHEL, Jean-Claude, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Préface de André SANTINI, Paris : L.G.D.J., 1990, coll. « Décentralisation et développement local », 218 p.

MICHOUD, Léon, TROTABAS, Louis, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* 3e éd., Paris : LGDJ, 1932, 2 vol., 523 et 540 p.

MIREAUX, Emile., *La gestion publique et la gestion privée des entreprises,* Rapport à la Commission nationale française de la Chambre de Commerce Internationale, Paris : Sirey, 1929, 43 p.

MONJAL, Pierre-Yves, AUBELLE, Vincent (dir.), *La France intercommunale : Regards sur la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010,* Paris : L'Harmattan, 2013, 406 p.

MONJAL, Pierre-Yves, *Le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales : les nouveaux enjeux*, Paris : Territorial éditions, 2006, collection « Dossiers d'experts », 138 p.

MOURAREAU, Florence, *Le Guide des sociétés d'économie mixte locales,* France, Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, élaboré par Florence Mourareau, Paris : La Documentation française, 2007, coll. « Guides pratiques (Direction générale des collectivités locales) ». 130 p.

NEMERY, Jean-Claude (dir.), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?,* Paris : L'Harmattan, 2010, 367 p.

NEMERY, Jean-Claude (dir.), *RGPP et réforme des collectivités territoriales,* Paris : L'Harmattan, 2013, 268 p.

OUALI, Ramdane, *Les Sociétés d'économie mixte locales, France, Ministère de l'Intérieur, Direction générale des collectivités locales, rédigé et conçu par Ramdane Ouali*, Paris : La Documentation française, 1993

PAULIAT, Hélène (textes réunis par), *Services publics, concurrence, régulation : Le grand bouleversement en Europe ?*, Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2008, 178 p.

PAULIAT, Hélène (textes réunis par), *L'avenir des missions de service public en Europe. Entretiens universitaires pour l'administration en Europe,* Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 1999, 249 p.

PAVIA, Marie-Luce (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?,* Paris : L'Harmattan, 2010, 257 p.

PISSALOUX, Jean-Luc (dir.), *Des contentieux de l'action publique locale,* Paris : L'Harmattan, 2017, 203 p.

PONTIER, Jean-Marie, *La décentralisation française : évolutions et perspectives,* Paris : LGDJ, 2016, 182 p.

RAPP, Lucien, *Les groupes d'entreprises publiques,* Paris : PUF, 1986, coll. « Que sais-je ? », 127 p.

RAPP, Lucien, *Techniques de privatisation des entreprises publiques,* Paris : Librairies techniques, 1986, coll. « Actualités de droit de l'entreprise », 118 p.

REGOURD, Serge (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, Paris : L'Harmattan, 2012, 601 p.

RICHER, Laurent, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire,* Paris : LGDJ, 2009, 400 p.

RIPERT, Georges, *Le déclin du droit,* Paris : LGDJ, 1949, ré-impression 1998, 225 p.

RODRIGUES, Stéphane, CARLES, Joseph, GUIGNARD, Didier (dir.), *Les services publics locaux face au droit communautaire : Les exigences du marché intérieur*, Paris : La Documentation française, 2007, coll. « Travaux du Centre d'études et de prospective », 115 p.

SALOMAO FILHO, Calixto, *Histoire critique des monopoles : une perspective juridique et économique,* Paris : LGDJ, 2010, 131 p.

SANCHEZ GRAELLS, Albert, *Public procurement and the EU competition rules,* 2nd ed., Oxford : Hart Publishing, 2015, 548 p.

SAUVIGNY, Jean de, *L'Etat contre les communes*, Paris : Seuil, 1971, 221 p.

SAVARY, Gilles, *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, Paris : Éditions de l'Aube, 2005. 219 pages

SCHWARZE, Jürgen (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen : analyses de droit comparé,* Bruxelles : Bruylant, 2010, coll. « Droit administratif », 364 p.

SCHWARZE, Jürgen (ed.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe : Une étude sur la convergence des ordres juridiques dans l'Union européenne,* Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1996, 845 p.

Sénat (France), DUPONT, Jean-Léonce, BERKOVICZ, Grégory (dir.), *Les SEM, les SPL, les SEM contrat et les sociétés locales de partenariat : une gamme d'entreprises publiques locales qui reste à finaliser : actes du colloque du 28 octobre 2010 au Sénat,* Paris : Sénat, 2011, 71 p.

SOUTY, François, *Les collectivités locales et le droit de la concurrence : Efficacité économique, réglementation et services publics locaux,* Préface de Daniel Hoeffel, Paris : Imprimerie Nationale, 2003, coll. « Action locale ». 470 p.

STECKEL-ASSOUERE, Marie-Christine (dir.), *Regards croisés sur les mutations de l'intercommunalité,* Paris : L'Harmattan, 2014, 477 p.

STECKEL-ASSOUERE, Marie-Christine (dir.), *La recomposition territoriale : la décentralisation entre enjeux et obstacles,* Paris : L'Harmattan, 2016, 303 p.

STOFFAES, Christian (dir.), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général,* Paris : éd. ASPEurope, 1995, 516 p.

STOFFAES, Christian (dir.), *Services publics comparés en Europe : Exception française, exigence européenne : rapports de séminaire établis par les élèves de la promotion Marc Bloch de l'Ecole nationale d'administration (ENA),* Paris : La Documentation française, 1997, 478 p.

STONE SWEET, Alex, *The judicial construction of Europe,* Oxford : Oxford University Press, 2004, 279 p.

SUR, Marie-Thérèse, GRANGE, Claude, RENAUX, Marie-Anne, *Les sociétés d'économie mixte locales,* Paris : Les éditions du Moniteur, 1991, coll. « l'actualité juridique ». 275 p.

SYMCHOWICZ, Nil, *Traité des montages contractuels complexes publics, 4e éd.,* Paris : Le Moniteur, 2017, 608 p.

TERNY, Guy (dir.), *La gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain*, Paris : Litec, 1994, 316 p.

TERRAZZONI, André, *L'administration territoriale en Europe,* Paris : L.G.D.J., 1992, 150 p.

THIRY, Bernard, VANDAMME, Jacques (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne : entre concurrence et intérêt général*, Paris : Pédone, 1995, coll. « Etudes de droit des Communautés européennes », 174 p.

THOUMELOU, Marc, *Collectivités territoriales : quel avenir ?,* Paris : Documentation Française, 2011, coll. « Etudes », 230 p.

TROSA, Sylvie (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique : une perspective internationale*, Paris : Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2009, 244 p.

VALIN, Sarah, *Services publics, un défi pour l'Europe : approches nationales et enjeux communautaires,* Postface de Pierre Bauby, Paris : C.L. Mayer, 2007, 233 p.

VANDELLI, Luciano, GUERARD, Stéphane, *L'impact de la crise économique sur les collectivités locales en Europe,* Paris : institut universitaire Varenne, 2017, 566 p.

VAN LANG, Agathe (dir.,), *Le dualisme, juridictionnel : Limites et mérites,* Paris : Dalloz, 2007, coll. « Thèmes et commentaires - Actes », 262 p.

VAUCHEZ, Antoine, *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe,* Paris : Les Presses de Sciences Po, 2013, 398 p.

VILLEY, Michel, *Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, Les moyens du droit,* Paris : Dalloz, 2001, 339 p. Réédition des deux volumes originaux (1984 et 1986) en un seul.

ZIELINSKI, Bernd (dir.), *Penser le service public : Histoire et perspectives en France, en Allemagne et en Russie,* Québec : Presses universitaires de Laval, 2010, collection « Inter-Sophia », 235 p.

# III – Rapports et études d'institutions publiques

## III. A. Conseil d'analyse économique :

Conseil d'analyse économique, *Service public : secteur public*, rapports d'Elie Cohen et Claude Henry, commentaires Paul Champsaur et François Morin, Paris : La Documentation française, 1997.

Conseil d'analyse économique, *Enchères et gestion publique,* rapports d'Elie Cohen, Michel Mougeot, commentaires Roger Guesnerie, Jean-Philippe Cotis, Paris : La Documentation française, 2001, 287 p.

Conseil d'analyse économique, *Performance, incitations et gestion publique,* rapports de Dominique Bureau et Michel Mougeot, commentaires Philippe Mongin, Paris : La Documentation française, 2007, 135 p.

## III. B. Conseil d'Etat :

Conseil d'Etat, *Structures gouvernementales et organisation administrative,* Paris : La Documentation française, 1986, coll. « notes et études documentaires », 152 p.

Conseil d'Etat, *Décentralisation et ordre juridique,* Paris : La Documentation française, 1994, coll. « EDCE », 523 p.

Conseil d'Etat, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?,* Paris : La Documentation française, 1995, coll. « EDCE », 346 p.

Conseil d'Etat, *L'intérêt général,* Paris : La Documentation française, 1999, coll. « EDCE », 449 p.

Conseil d'Etat, *Collectivités publiques et concurrence,* Paris : La Documentation française, 2002, coll. « EDCE », 465 p.

Conseil d'Etat, *Collectivités territoriales et obligations communautaires,* Paris : La Documentation française, 2004, coll. « EDCE », 114 p.

Conseil d'Etat, *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences? Quelles stratégies ?,* Paris : La Documentation française, 2007, coll. « EDCE », 427 p.

Conseil d'Etat, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, Rapport public adopté le 30 novembre 2006, Paris : La Documentation française, 2007, 87 p.

Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes,* Paris : La Documentation française, 2008, coll. « EDCE », 397 p.

Conseil d'Etat, *Les établissements publics*, Paris : La Documentation française, 2009, coll. « EDCE », 133 p.

Conseil d'Etat, *L'eau et son droit,* Paris : La Documentation française, 2010, coll. « EDCE », 582 p.

Conseil d'Etat, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?,* Paris : La Documentation française, 2012, coll. « EDCE », 291 p.

Conseil d'Etat (dir.), *La valorisation économique des personnes publiques : un colloque organisé par le Conseil d'Etat, section du rapport et des études,* Paris : La Documentation française, 2012, coll. « EDCE », 154 p.

Conseil d'Etat, *Directives européennes : anticiper pour mieux transposer,* Paris : La Documentation française, 2015, coll. « EDCE », 69 p.

Conseil d'Etat, *L'action économique des personnes publiques,* Paris : La Documentation française, 2015, coll. « EDCE », 259 p.

### III. C. Cour des Comptes :

Cour des Comptes, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales,* rapport au Premier ministre, 15 juin 2017, 14 p.

Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales : un outil des collectivités à sécuriser,* communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale, mai 2019, 86 p.

## III. C. Inspection générale de l'Administration :

Inspection générale de l'Administration, Contrôle général économique et financier, *Revue de dépenses - La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales,* juin 2017, 126 p.

Inspection générale de l'Administration, Inspection générale des Affaires sociales, Inspection générale des Finances, *Mission relative à la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive 'services' et l'application du droit communautaire des aides d'Etat,* janvier 2009, 50 p.

# IV – Articles et Publications assimilées

## *IV - A. Articles de périodiques à vocation scientifique*

### IV - A - 1. Articles portant directement sur la quasi-régie et la société publique locale


APPOLIS, Bruno, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les 'opérateurs dédiés' sauvés par les 'contrats-maison' ? », *RFDA* 2009, p. 759 et s.

AUBY, Jean-Bernard, « Les sociétés publiques locales en discussion : L'Autorité de la concurrence émet quelques recommandations à l'usage du mécanisme des sociétés publiques locales », *Dr. adm*. 2012, n° mars, p. 37-38

AUBY, Jean-François, « Les sociétés publiques locales : Un outil aux contours incertains », *RFDA* 2012, n° janvier-février, p. 99-108

BALLIGAND, Jean-Pierre, « Entretien avec Jean-Pierre Balligand, député de l'Aisne, maire de Vervins », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010. 1708, septembre 2010, n° 60, p. 24-25

BANGUI, Taha, « L'effectivité du contrôle analogue des sociétés publiques locales », *CMP* 2012, n° mai, p. 6-10

BARON, Eric, TARON, David, « les sociétés publiques locales : un instrument commercial au service de l'intérêt général ? », *LPA* 2010, n° 155-156, p. 7-10

BENJAMIN, Marie-Yvonne, « La société publique locale », *BJCL* 2010, p. 580.

BERGEAL, Catherine, « Doit-on craindre un détournement de la SPL par les collectivités locales ? », *AJCT* 2011, janvier 2011, p. 19-20

BERGEAL, Catherine, « Ni cet excès d'honneur, ni cette indignité », *Contrats publics* 2013, n° 131, p. 3

BERNARD, Sébastien, « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP* 2010, n°3, novembre 2010, p. 587-605

BOISSEAU, Bertrand, « La fiscalité des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1146-1154

BRAMERET, Sébastien, « La société publique locale, entre service public et transparence », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1127-1132

BRAMERET, Sébastien, « La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ? », *AJDA* 2012, p. 1521.

BRAMERET, Sébastien, « A quelles conditions un pluricontrôle d'une SPL peut-il être 'analogue' ? », *JCP A* 2013, p. 2009

BRAMERET, Sébastien, « La SPL en eau trouble », *RLCT* 2013, n° 36, éclairage n° 2.

BRAMERET, Sébastien, « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », *JCP-A* 2013, n° 49, p. 2347.

BRAMERT, Sébastien, « La société publique locale, société d'économie mixte locale à capitaux intégralement publics ? », *CP-ACCP* 2013, n° 131, p. 31.

BRAMERET, Sébastien, « La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ? », *RLCT*, 2014, n° 105, 2782

BRAMERET, Sébastien, « Les sociétés publiques locales : toujours menacées ? », *RLCT* 2015, n° 79, repères n° 2.

BRAMERET, Sébastien, « Faut-il une réforme des entreprises publiques locales ? *Bis repetita placent* », *JCP A* 2017, act. 419.

BRAMERET, Sébastien, « Actionnariat d'une société publique locale et compétence partagée », *JCP A* 2017, p. 2278.

BRAMERET, Sébastien, « Novembre 2018 : *Mensis horribilis* pour les sociétés à capital public locales », *JCP A* 2018, n° 50, étude n° 916.

BRAMERET, Sébastien, « Actionnariat d'une société publique locale et compétence obligatoirement transférée », *AJDA* 2018, p. 862.

BRAMERT, Sébastien, « Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ? », *RFDA* 2019, n° 1, p. 100.

BRAMERET, Sébastien, « Actionnariat partagé d'une société à capital public locale : quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle ?). Commentaire de la loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales », *AJDA* 2019, n° 29, p. 1690.

BRAMERET, Sébastien, « Vers un Acte III de l'économie mixte locale ? », *JCP-A* 2019, n° 22, AR 369.

BRIAND, Véronique, « La société publique locale : une nouvelle forme de coopération intercommunale ? », *AJCT* 2011, n° 6, p. 273-275

BRILLON, Hervé, NOTTE, Gérard, « Loi ENL n° 2006-872 du 13 juillet 2006 - Dispositions de droit des sociétés », *Droit des sociétés* 2006, n° 12, décembre

CARLES, Joseph, « La société publique locale, un outil adapté à l'évolution des missions du service public local ? », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1099-1100

CASTELNAU, Régis de, « La création des SPLA : quelles conséquences pour l'économie mixte ? », *La Gazette des communes* 2006, 18 décembre, p. 52-56

CLAMOUR, Guylain, « Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *Contrats et Marchés publics,* juillet 2010, p. 23-24

CLAMOUR, Guylain, « L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue », *AJDA* 2014, p. 60.

CLAVAGNIER, Brigitte, « La tentation de la société publique locale », *Juris associations* 2011, n° 442, p. 3.

Collectif, dossier « SPL. L'union libre des collectivités », *La Gazette des communes* 29 août 2011, p. 17.

COLLOMP, Valérie, « Les SPL ou l'ouverture du droit privé à l'exercice des compétences locales », LPA 2013, n° 186, p. 6-11

COSSALTER, Philippe, « La société publique locale : un outil très répandu en Europe », *RDP* 2011, n° 3, p.730-737

COURROUYAN, Marie, « Principales caractéristiques des sociétés publiques locales », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010. 1705, septembre 2010, n° 60, p. 15-18

DAMAREY, Stéphanie, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011, 17 janvier 2011, p. 15-17

DAMAREY, Stéphanie, « Quels actionnaires pour une société publique locale ? », *AJDA* 2017, p. 62

DAMAREY, Stéphanie, « Objet d'une société publique locale et compétence de ses actionnaires », *AJDA* 2019, p. 113.

DAVIGNON, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Les sociétés publiques locales ou le 'in house' à la française », *Contrats et Marchés publics* 2009, n° 5, mai 2009, repère 5.

DELAUNAY, Benoît, « 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

DELVOLVE, Pierre, « Marchés publics. Des contrats maisons », *RDUE* 2002, p. 53-61

DELVOLVE, Pierre, « Présentation du colloque « Les sociétés publiques locales, organisé par l'Institut Maurice Hauriou à l'université Toulouse 1 - Capitole les 20 et 21 septembre 2012 », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1069-1074

DESTOURS, Stéphane, « Sociétés publiques locales : passeport concurrentiel sous conditions », *RLC* 2011, n° 30, éclaire n° 1.

DEVES, Claude, « La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? », *JCP A* 2006, n°39, 25 septembre 2006, p. 1217-1224

DEVES, 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, p. 16-22.

DEVES, Claude, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1082-1191

DEVES, Claude, « La SPL sous l'oeil de l'Autorité de la concurrence », *AJCT* 2012, p. 93.

DEVES, Claude, « Office de tourisme - société publique locale, la nouvelle tendance », *Juris tourisme* 2013, n° 152, p. 38.

DEVES, Claude, « Le 'in house' toujours en chantier », *CMP* 2013, n° avril, p. 7-12

DEVES, Claude, « Société publique locale, dans quelles conditions une commune ou un EPCI peuvent-ils être actionnaires ? », *Juris tourisme* 2014, n° 169, p. 11.

DEVES, Claude, « Stop aux sociétés publiques locales invasives », *AJCT* 2014, p. 611.

DEVES, Claude, « La loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de SEMOP : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A* 2014, n° 38-39, p. 2266

DEVES, Claude, « Constitution de sociétés publiques locales : les 'mystères' des SPL », *AJCT* 2015, p. 274.

DEVES, Claude, « Les sociétés publiques locales interdites d'activités accessoires ? », *JCP-A* 2016, n° 39, étude n° 2246.

DEVES, Claude, « Les entreprises publiques locales en débat : les réformer ou faire évoluer le modèle ? », *Revue du gestionnaire public* 2018, n° 1, p. 44.

DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales : l'impasse », *Juris tourisme* 2018, n° 214, p. 13.

DEVES, Claude, « Sauvons les sociétés publiques locales ! », *Juris tourisme* 2019, n° 218, p. 3.

DEVES, Claude, « Les sociétés d'économie mixte et entreprises publiques locales sur la sellette », *Juris tourisme* 2019, n° 221, p. 3.

DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales : quand le soufflet retombe », *JCP-A* 2020, n° 10, étude n° 2038.

DEVES, Claude, « Les entreprises publiques locales au défi de l'arrêt Teckal », *JCP-A* 2020, n° 28, étude n° 2208.

DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », *JurisClasseur Administratif LexisNexis,* fasc. 163, mise-à-jour juillet 2019.

DYENS, Samuel, « Société publique locale et département : quelles pistes envisageables ? », *AJCT* 2011, n° 6, p. 275-279

DYENS, Samuel, « Les SPL face au paquet Almunia : une relation complexe », *AJCT* 2012, p. 535.

DONDERO, Bruno, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : les sociétés publiques locales », *D.* 2012, p. 2408

DONDERO, Bruno, « Les dirigeants de sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1116-1119

DREYFUS, Jean-David, LATULLAIE, Florence, « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », AJCT 2011, p. 77.

DREYFUS, Jean-David, PELTIER, Marc, « Société d'économie mixte locale et sociétés publiques locales », *Répertoire des sociétés Dalloz,* mise-à-jour juillet 2015.

DURAND, Guy, « Les SEM en mutation - La SEML, l'établissement public et la société publique d'aménagement », *Contrats publics* 2006, octobre, p. 31-35

DURAND, Guy, « Les premiers pas de la sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) », *RTD com.* 2016, étude n° 33.

DURAND, Guy, « Le point sur… une nouvelle SPL, la société publique locale d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN) », *AJCT* 2017, p. 260.

DURAND, Guy, « Du bon emploi des entreprises publiques locales (EPL) : mode d'emploi vertueux des sociétés locales à destination des élus et praticiens », *AJCT* 2018, p. 84.

DURAND, Guy, « Refus d'exonération de certains ports de la CFE : le cas des sociétés publiques locales », *AJCT* 2019, p. 41.

DURAND, Guy, « Sociétés publiques locales », folio n° 6230, *Encyclopédie des Collectivités Locales Dalloz*, éd. Dalloz, mise-à-jour novembre 2017.

DUSSART, Vincent, « Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1155-1158

ECKERT, Gabriel, « Société publique locale et contrôle analogue (à propos de l'arrêt CAA Bordeaux, 18 juillet 2016) », *CMP* 2016, n° 10, p. 27

FACON, Jean, « Les SPL : une révélation au grand jour de la qualité d'opérateurs économiques des collectivités locales », *RLCT* 2010, n° 59, étude 1672.

FAGE, Antony, ROSE-DULCINA, Frédéric, « La création des sociétés publiques locales d'aménagement : le déclin de l'économie mixte ? », *RLCT* 2006, décembre, p. 36-40

FLEURY, Benoît, « De quelques problématiques soulevées par les Sociétés publiques locales », *Gestion et Finances Publiques* 2012, n° 11, p. 69-74

GLATT, Jean-Mathieu, « La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le 'in house' à la française », *LPA* 2010, n° 172, p. 5-8

GODEFROY, François-Eric, « La quasi-régie hexagonale : un régime toujours en construction », *LPA* 2019, n° 155, p. 8-16.

GOUTAL, Yvon, « La SPL. Inquiétudes, idées reçues et demi-vérités », *La Gazette des communes,* 29 août 2011, p. 44.

GOUTAL, Yvon, « Une société publique locale : pour quoi faire ? », *AJCT* 2011, n° 6, p. 266-268

GOUTAL, Yvon, IDRISSI, Mounia, « Une société publique locale : comment faire ? », *AJCT* 2011, n° 6, p. 269-272

GUGLIELMI, Gille J., SAVALL, Sophie, MARTIN, Julien, « SPL : où en sommes-nous ? », *Pouvoirs locaux* 2011, n° 89, p. 23.

GUGLIELMI, Gilles J., « Présentation du colloque 'La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux' », *RDP* 2011, n° 3, p.717-721

GUGLIELMI, Gilles J., « SPL, le relativisme s'impose », *Pouvoirs locaux* 2011, n° 89, p. 24

GUILLET, Ernest, « Sociétés d'économie mixte locale, sociétés publiques locales, sociétés publiques locales d'aménagement », *JurisClasseur Construction - Urbanisme LexisNexis,* fasc. 580, mise-à-jour 2 juin 2020.

IDOUX, Pascale, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1101-1106

KALFLECHE, Grégory, « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le *in house* ? », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1120-1126

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, 28 septembre 2009

KARPENSCHIF, Michaël, « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », *JCP-A,* 2010, n°48, p. 13-15.

KARPENSCHIF, Michaël, « Vers la fin des SPL tentaculaires ? », *AJDA* 2013, n° 5, p. 257

KARPENSCHIF, Michaël, « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *JCP A* 2013, n°1-2, p. 27-33

KARPENSCHIF, Michaël, « Les SEML peuvent-elles être *in house* ? », *JCP-A* 2016, n° 6, p. 356.

KARPENSCHIF, Michaël, « Après le 'contrôle analogue', 'l'essentiel de l'activité' », *JCP A* 2017, n° 2, p. 21-23.

LAFFITTE, Olivier, « SPL, SEMOP et transports collectifs : la 'troisième voie' ? », *Contrats publics,* mai 2015, n° 154

LAVAL MADER, Nathalie, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1092-1098

LE CHATELIER, Gilles, « Société publique locale et région : quelles possibilité d'utilisation ? », *AJCT* 2011, n° 6, p. 279-281

LE CHATELIER, Gilles, « L'essor des sociétés publiques locales passe par une modification de la loi », *AJCT* 2018, p. 263.

LEPLAT, Bernard, « La création de SPL, condition nécessaire et suffisante au bénéfice de l'exception 'in house' ? », *LPA* 26 octobre 2005, p. 5-8

LINDITCH, Forian, « Le 'in house' finalement sauvé par la Cour de justice des communautés européennes ? », *JCP-A* 2006, n° 23, p. 1125.

LINDITCH, Forian, « La Cour de justice des Communautés accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération », *JCP-A* 2009, n° 44, p. 2248.

LINDITCH, Forian, « Impossibilité de faire application du 'in house' à l'égard d'une SEM contrôlée à 50% », *JCP-A* 2010, n° 11, 15 mars 2010, p. 22-23

LINDITCH, Florian, « Les sociétés publiques locales menacent-elles la concurrence ? », *CMP* 2012, n° 1, alerte 1.

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 », *Gazette du Palais,* Recueil septembre-octobre 2010, p. 2743-2746

LINOTTE, Didier, « Quelques interrogations sur la société publique locale et ses contraintes opérationnelles », *Gazette du Palais,* 20-21 mai 2011, p. 17-21

LINOTTE, Didier, « La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1133-1134

LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Les sociétés publiques locales ou la naissance du *in house* à la française », *Contrats et marchés publics – Revue mensuelle Lexinexis Jurisclasseur,* juillet 2010, p. 1-2.

LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Le 'in house' sur la sellette », *CMP* 2013, n° janvier, p. 1-2

LLORENS, François, SOLER-COUTEAUX, Pierre, « Sociétés d'économie mixte et quasi-régie : la fin des illusions ? », *CMP* 2016, n° 10, repère 9.

LOMBART, Patrice, « Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? », *RJEP* 2010, octobre 2010, p.1-2

LUYCKX-GURSOY, Nathalie, « Une décision de préemption prise par une société publique locale doit être transmise au contrôle de légalité », *AJDA* 2016, p. 117.

MARTIN, Julien, « Personne privée, capitaux publics, et régime mixte », , *RDP* 2011, n° 3, p.744-751

MILLER, Gilles, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et les contrats *in house :* vertus et dangers de la quasi-régie », *AJDA,* 2010, p. 550-555.

MILLETT, Timothy, « Le 'in house' a-t-il les faveurs communautaires ? », *Contrats publics* 2010, n° 95, p. 70-73

MONTABONE, Marion, « Passation d'un contrat de concession en quasi-régie : une quasi-procédure ? », *CMP* 2019, n° 7, p. 38.

MOURIESSE, Elise, « Les particularités limitées de la création d'une SEMOP : l'exemple de la Société ribéracoise d'abattage », *AJCT* 2017, p. 562.

MOURIESSE, Xavier, « La société publique locale comme outil de gestion déléguée des services publics », *Contrats et Marchés publics,* 2010, novembre 2010, p. 50-51

MOYSAN, Emilie, « La société publique locale, nouvel instrument de gestion financière », *RFFP* 2013, n° 121, p. 105.

MULLER, Etienne, « Les sociétés publiques locales à l'épreuve du contrôle analogue conjoint », *RTDEur* 2014, p. 952.

MULLER, Etienne, « Quasi-régies et sociétés publiques locales : le droit français plus strict que le droit de l'Union », *RTDEur* 2017, p. 810.

NGAMPIO-OBELE-BELE, Urbain, « Des sociétés d'économie mixte locales aux sociétés publiques locales », *Gestion et Finances Publiques* 2012, n° 3, p. 136-141

NICINSKI, Sophie, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA,* 2010, p. 1759-1765.

NICINSKI, Sophie, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1135-1139

NOGUELLOU, Rozen, « Les sociétés publiques locales », *Droit Administratif,* juillet 2010, Focus n°44, p. 33

NOGUELLOU, Rozen, « La notion de contrôle analogue », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010. 1706, septembre 2010, n° 60, p. 19-21

NOGUELLOU, Rozen, « Les sociétés publiques locales devant le Conseil d'Etat », *RDI* 2014, p. 44

NOGUELLOU, Rozen, « La SEMOP : analyse de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI* 2014, p. 561.

NOGUELLOU, Rozen, « Les entreprises publiques locales : vers plus de transparence », *AJDA* 2017, p. 2273.

ORECCHINI, Anne-Sophie, « Les problématiques financières et fiscales des SPL », *Moniteur Complément Services Publics, juillet 2012, n° 7*

PARLEANI, Gilbert, « Les sociétés publiques locales (SPL) : sociétés 'robots' ? », *Rev. Sociétés* 2013, p. 191.

PASSI, Martial, « L'heure des sociétés publiques locales a sonné », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010, opinion, septembre 2010, n° 60, p. 14

PELISSARD, Jacques, « Société publique locale : une création très attendue », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010, éditorial, septembre 2010, n° 60, p. 3

PELTIER, Marc, « La société publique locale d'aménagement », *AJDA* 2006, 18 décembre 2006, p. 2371-2374

PEYRICAL, Jean-Marc, « Que reste-t-il du *in house* ? », *RFDA* 2005, n° sept.-oct., p. 955-958

PEYRICAL, Jean-Marc, PROUST-DESBONNET, Catherine, « Les sociétés publiques locales d'aménagement : état des lieux et perspectives », *Le Moniteur,* 11 décembre 2009, p. 78-80

PEYRICAL, Jean-Marc, « Sociétés publiques locales : une arme à double tranchant ? », *Le Moniteur,* 18 juin 2010, p. 86-88

PEYRICAL, Jean-Marc, « De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux », *AJDA* 2011, 16 mai 2011, p. 934-943

PEYRICAL, Jean-Marc, « La société publique locale d'aménagement d'intérêt national : Vers une nouvelle conception de l'intervention de l'Etat ? », *AJDA,* 2018, p. 672.

PINOT, Sébastien, « Dans quelles conditions les SPL peuvent-elles être actionnaires de sociétés commerciales ? », *Contrats publics,* 2013, n° 131, p. 34.

PISSALOUX, Jean-Luc, « Le développement des sociétés publiques locales », *LPA* 2010, n° 152, p. 7-12

PONTIER, Jean-Marie, « Les sociétés publiques d'aménagement », *Rev. adm*. 2006, septembre, p. 533-542

PREBISSY-SCHNALL, Catherine, « Faire-part de naissance des sociétés publiques locales », *Contrats Concurrence Consommation* 2010, n° juillet, p. 30-31

PROOT, Philippe, « SPL, SPLA et in house : quelle réalité pour l'actionnaire non dirigeant ? », *Contrats publics* 2014, n° 145, p. 42.

RAPP, Lucien, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA* 2010, p. 588

RAPP, Lucien, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1107-1115

RICHER, Laurent, « Contrats *in house :* de l'analogie. À propos de la jurisprudence *Teckal* », Site internet du cabinet *Richet & Associés Droit Public*, Janvier 2012, http://www.droitpublic.eu/fr/publications/contrats-house-de-lanalogie-propos-de-la-jurisprudence-teckal [consulté en ligne le 1er septembre 2016].

ROBERT, Aurélien, ORTIGOSA-LIAZ, Isabelle, « Les sociétés publiques locales et l'exercice du contrôle analogue », *CMP* 2014, n° mai, p. 43-44

ROLIN, Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats 'in house' », *AJDA* 2005, p. 898.

ROMAIN-SEQUENCE, Brigitte, « Quelles sont les règles applicables en matière de marchés passés par les sociétés publiques locales ? », *CMP* 2012, n° février, p. 57-58

ROSITANO, Carmelo, « Le contrôle analogue exercé sur les sociétés publiques locales (SPL) : une analyse critique de l'alinéa 3 de l'article L. 1531-1 du CGCT », *JCP-A* 2014, n° 2187.

ROULET, Louis, « La loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : utile clarification », *JCP-A* 2019, p. 393.

SAVAL, Sophie, « La SLP [sic], un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP* 2011, n° 3, p.753-760

SCHOSTECK, Jean-Pierre, « Entretien avec Jean-Pierre Schosteck, député des Hauts-de-Seine, maire de Châtillon, président d'honneur de la FedEpl, rapporteur de la proposition de loi à l'Assemblée nationale », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2010. 1707, septembre 2010, n° 60, p. 22-23

SESTIER, Jean-François, « Le 'in house' après l'arrêt 'Marsannay-la-Côte' et les nouvelles directives communautaires », *RLCT* 2014, n° 98, p. 2627.

SESTIER, Jean-François, « SEML et *in house* : le désordre ? », *AJDA* 2017, p. 262.

SEVINO, Aldo, « Participation au capital d'une SPL : quelles compétences des collectivités territoriales ? », *JCP-A* 2018, n° 7, comm. 2054.

SORBARA, Jean-Gabriel, « Les sociétés publiques locales et la propriété publique », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1140-1145.

TERNEYRE, Philippe, « *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* », *Dalloz* 2002, p. 669

TERNEYRE, Philippe, « Les sociétés publiques locales », *JCP-A* 2011, n° 51, étude 2396.

TERRIEN, Gérard, « Le développement des sociétés publiques locales », *Droit Administratif,* octobre 2010, études n°18, p. 7-12

UBAUD-BERGERON, Marion, « Quel ordre de juridiction est compétent à l'égard des marchés passés par une société publique locale ? », *CMP* 2016, n° 5, commentaire 131.

VANDEPOORTER, Alexandre, ROUVEYRAN, Alexandre, « Sociétés publiques locales d'aménagement : aménager sans mise en concurrence ? », *La Gazette des communes,* 19 avril 2010, p. 50-51

VIGOUREUX, Alexandre, « Les avantages comparatifs de la société publique locale », *RFDA* 2012, n° novembre-décembre, p. 1075-1081

VOIZARD, Karl-Henri, « Les sociétés publiques locales : Essai de mise en perspective », *RDP* 2013, n° 4, p. 787-827

WESTPHAL, Etienne, WELS, Yann, « Sociétés publiques locales : 'petits meurtres entre amis' au Palais Royal », *Dr. adm*. 2019, n° 3, comm. 12.

ZIMMER, Willy, « Société publique locale », *CMP* 2019, n° 1, comm. 9.

## IV - A - 2. Articles ne portant pas directement sur les sociétés publiques locales

ABLINE, Gaël, « L'intérêt communautaire : contour d'une notion indéfinie », *JCP-A* 2007, n° 2324.

ALBERT Jean-Luc, La répartition des compétences entre les communes et les institutions intercommunales, *JCP A*, 26 juillet 2010, n° 30-34

AMILHAT, Mathias, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA* 2018, p. 1.

AUBELLE Vincent, « L'intégration financière prend-elle le pas sur la construction institutionnelle de la coopération intercommunale ? » , *AJCT*, n° 10, octobre 2011, p. 453-456

AUBELLE Vincent, « La solidarité financière et les projets de schéma départementaux de coopération intercommunale », *RLCT*, novembre 2011, p. 62-65

AUBELLE Vincent, « Rationalisation des périmètres intercommunaux et pouvoirs du préfet », *RLCT*, n° 68 - mai 2011, p. 58-61

AUBELLE, Vincent, « Réflexions autour de la grammaire commune dont font usage l'Union européenne et l'intercommunalité », *RLCT* 2014, n° 106, p. 47-51.

AUBY, Jean-François, « Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », *RFDA* 2004, p. 1095

BAECQUE, Arnaud de, « Le droit communautaire des aides d'Etat », *RJEP/CJEG* 2000, n° 562, février 2000, pp. 39-72

BAGHESTANI-PERREY Laurence, « Le pouvoir d'expérimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt général », *LPA*, n° 55, 17 mars 2004, p. 6-10

BAILLEUL, David, "Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés", *RJEP/CJEG* 2006, n° 629, mars 2006, pp.105-112

BARTHELEMY, Christophe, "Coûts incrémentaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public", *RJEP/CJEG* 2005, n° 621, Juin 2005, pp.225-253

BAZEX, Michel, « L'implosition du dualisme de juridictions », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 350

BAZEX, Michel, « L'application du régime des aides d'État à la gestion des services d'intérêt économique général », *Dr. Adm*. 2012, avril 2012, p. 47-50

BAZEX, Michel, BLAZY, Sophie, « L'incidence de la prise en compte des exigences de concurrence dans les règles d'organisation et de fonctionnement du service public », *Dr. adm*. 2009, n° 4, comm. 49.

BENCHENDIKH, François, « L'intérêt communautaire dans les agglomérations en pratique », *AJDA* 2002, p. 1327 et s.

BERGEAL, Catherine, BERROD, Frédérique, « L'application par le Conseil d'Etat du droit de la concurrence à travers la réception de la notion de service d'intérêt économique générale (SIEG) », *La Gazette du Palais* 2009, n° 44-45, p. 41-46.

BEROUJON, François, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA* 2008, p. 26-34

BIENVENU, Jean-Jacques, « Variations sur les difficultés de fonder le partage des compétences juridictionnelles », *RFFP* 1987, n° 17, p. 31

BIENVENU, Jean-Jacques, RICHER, Laurent, « Le socialisme municipal a-t-il vraiment existé ? », *Revue d'Histoire de Droit français et étranger,* 1984, vol. 62, n° 2, p. 205-233.

BIZET, Jean-François, « Diversité des formes d'entreprises publiques locales », *Juris tourisme* 2020, n° 226, p. 21.

BLANCHARD, Patrick, « Remarques comparatistes sur l'introduction de la concurrence dans les contrats de délégation de service public et les autres modes de partenariat public-privé », CJEG 2000, n° 570, décembre 2000, pp. 407-425

BOITEAU, Claudie, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA* 2017, p. 57.

BOULET Mathilde, « Les communes nouvelles, remède à l'émiettement communal ? », *AJCT*, n° 10, octobre 2011, p. 456-460

BOURREL, Antoine, « L'intercommunalité à l'abri du droit des marchés publics : une application audacieuse de la notion de 'in house' », *AJDA* 2009, p. 929-934

BRACONNIER, Stéphane, "La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports : la régulation économique à l'épreuve du service public", RJEP/CJEG 2006, n° 627, janvier 2006, pp. 1-12

BRACONNIER, Stéphane, JUAN, Muriel, "La situation des aéroports français après les réformes de 2004 et 2005", RJEP/CJEG 2009, n°663, avril 2009, pp. 3-9

BRAMERET, Sébastien, « Gestion d'une société d'économie mixte locale et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière », *JCP-Adm*. 2011. 2188, 16 mai 2011, p. 20-24

BRAMERET, Sébastien, « Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière », *JCP-A,* 21 janvier 2013, p. 19-21

BRENET, François, MELLERAY, Fabrice, "La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du "plan de stimulation du partenariat public-privé" ?", RJEP/CJEG 2008, n°658, novembre 2008, pp.3-9

BRENET, François, "La recherche d'une plus grande efficacité des recours contentieux en matière contractuelle : les réponses du Conseil d'Etat et du législateur délégué", RJEP/CJEG 2009, n°667, août-septembre 2009, pp. 9-15

BRISSON Jean-François, « La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes », Droit Administratif, n° 3, mars 2011

BROUANT, Jean-Philippe, « Transfert de compétences et intercommunalité », *Intercommunalités* 2008, p. 4.

BROUSSOLE, Denis, « Les privatisations locales », *AJDA,* 1993, n°5, pp. 323-330

BROUX, G., COMMUNAL, L., FISCHER, C. *et al*., « La 'coopération public-public' à l'aune d'unes nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes, *JCP-A* 2014, n° 2275.

BUREAU, Dominique, « La réglementation de l'économie », , *Arch. philo. droit* 1997, n° 41, p. 317-339

CARTIER-BRESSON, Anémone, « Les collectivités territoriales peuvent-elles être des actionnaires ordinaires ? », BJCL 2013, n° 5, p. 316-323

CHAMARD-HEIM, Caroline, « Le coût de l'intercommunalité », *RLCT* 2006, n° 309.

CHAVAROCHETTE-BOUFFERET, Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques : vers un second souffle de l'hypothèse du *in house* ? », *AJDA* 2008, p. 2147

CHAPUS, René, « Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique », *RFDA* 1990, p. 739

CHEROT, Jean-Yves, « L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise », *Droit adm*. avril 2006, p. 5

CHEVALLIER, Jacques, « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », *Pyramides* 2010, n° 19, p. 15.

CHEVALLIER, Jacques, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018, p. 209.

CHICOT, Pierre-Yves, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales : la déconcentration contre la décentralisation ? », *RLCT* 2014, n° 102, p. 53-58.

CLAMOUR, Guylain, « De l'action économique des collectivités territoriales en présence d'initiative privée », *Revue Lamy de la concurrence*, 2010, n°24, p. 30-32.

CLAMOUR, Guylain, « La non-concurrence publique par procuration », *RLC* 2014, n° 38, éclairage n° 2.

CLAMOUR, Guylain, « Les prises de participation régionales au capital des sociétés commerciales pour la mise en oeuvre du SRDEII », *CMP* 2016, n° 8-9, commentaire 192.

CLERE, Jean-Jacques, « Le socialisme municipal dans la jurisprudence et la doctrine du Conseil d'Etat », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands,* 1999, vol. 56, p. 278.

CONAN, Matthieu, « L'autonomie financière des collectivités territoriales, trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, n° 14, 16 mars 2012, p. 759-763

COSSALTER, Philippe, « SEM et mise en concurrence : perspectives comparées », *RFDA* 2002, n° 5, pp. 938-951

COSSALTER, Philippe, « Les prestations internes à l'administration à l'épreuve du droit communautaire des marchés publics », *Concurrences,* 2006 n° 3, pp. 61-72

COSSALTER, Pierre, « Les contrats entre collectivités locales », *JCP A* 2003, n° 21, p. 675-679

COQUET, Bruno, LE CACHEUX, Jacques, « Les entreprises publiques : un cas particulier ? », *Problèmes économiques* 1998, n° 2591-2592 (novembre 1998), pp. 20-22, 24.

CROZIER, Michel, « Gestion publique, gestion privée », *RFAP* 1991, n° 59, p. 345-505

DANTONEL-COR, Nadine, « La clause générale de compétence depuis la réforme du 16 décembre 2010 : le changement dans la continuité », *Droit Administratif,* n° 12, décembre 2011

DANTONEL-COR, Nathalie, « Rationalisation de la coopération intercommunale et contentieux des SDCI », *RLCT* 2014, n° 102, p. 64-69

DAUCE, Solenne, « Le régime juridique des financements croisés », *La Gazette des communes,* n° 24/2082, 13 juin 2011, p. 58-61

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Odile de, « Choisir un mode de gestion du service public après l'adoption du Code de la commande publique », *JCP-A* 2019, n° 26, p. 19.

DEGOFFE, Michel, DREYFUS, Jean-David, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA* 2001, p. 807.

DELAUNAY, Benoît, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres", *RJEP/CJEG* 2009, n°668, octobre 2009, pp. 3-9

DELVOLVE, Pierre, « Le nouveau statut des sociétés d'économie mixte locales », *Droit et Ville* 1971, p. 125-159

DELVOLVE, Pierre, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079

DELVOLVE, Pierre, CASAS, Didier, « Un nouveau juge pour le contrat administratif », RJEP/CJEG 2007, n°646, octobre 2007, pp. 327-349

DEROUDILLE, Alexis, « La notion d'unité économique en droit de l'Union européenne », *RDUE* 2016, n° 3, p. 555-577

DEVES, Claude, « La concession d'aménagement au crible de la jurisprudence communautaire : l'arrêt Commune de Roanne, un coup d'épée dans l'eau ou un préalable à une évolution profonde ? », *JCP A*. 2007, n° 7, étude 2028.

DEVES, Claude, « Le livre blanc sur l'économie mixte locale : des progrès mais peut mieux faire », *JCP-A* 2019, n° 46, étude 2320.

DEVES, Claude, « Qu'est-ce qu'une entreprise publique locale ? », *Juris tourisme* 2020, n° 226, p. 18.

DEVILLERS, Pascal, « Quand les élus locaux membres d'une Sem sont-ils 'intéressés' ? », *Contrats et marchés publics*, Février 2013, n° 2, p. 33-35

DIDIER, Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *JCP A* 2011, n° 17, p. 39-44

DOMINO, Xavier, FANTOME, Etienne, JEGOUZO, Yves, LOLOUM, François, SCHRAMECK, Olivier, « Questions sur l'avenir de l'établissement public : A propos du rapport du Conseil d'Etat », *AJDA* 2010, p. 1238

DOUENCE, Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP* 1972, p. 753

DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz,* folio n° 6132, mise-à-jour 2011.

DRAGO, Roland, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *Arch. philo. droit* 1997, n° 41, p. 135-148

DREYFUS, Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575.

DREYFUS, Jean-David, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214.

DREYFUS, Jean-David, « Nouvelle zone grise dans le droit de la commande publique : obligation de mise en concurrence et opérateur sur un marché concurrentiel », *RDI* 2007, p. 424.

DREYFUS, Jean-David, « Mutualisation des services et mise en concurrence », *AJDA* 2007, p. 1865 et s.

DREYFUS, Jean-David, « Frictions autour du 'label de service public' », *AJDA* 2007, p. 2260.

DREYFUS, Jean-David, « Externalisation et liberté d'organisation du service public », *AJDA* 2009, p. 1529.

DREYFUS, Jean-David, RODRIGUEZ, Stéphane, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », *ADJA* 2009, p. 1715 et s.

DROIN, Nathalie, « Aux origines du socialisme municipal : César de Paepe », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques,* 2015, n° 2, p. 167-198

DROZ, Marie-Pierre, « Ecarter la mise en concurrence : c'est plus facile à plusieurs… », *La Lettre du cadre territorial* 2007, n° 345

DUCHON-DORIS, Jean-Christophe, "Le paiement en l'absence de contrat : du risque que l'on prend à reprendre deux fois de la blanquette : Une histoire édifiante", RJEP/CJEG 2006, n° 629, mars 2006, pp.113-118

DUHAMEL, Alain,. « Comment rendre le secteur public plus efficace ? En y introduisant la concurrence du privé », *Les Affaires*, vol. 69, no. 17 (avril 1997), pp. 8-9.

ECKERT, Gabriel, « Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence », *AJDA* 2013, p. 849 et s.

FATOME, Etienne, RICHER, Laurent, « Procédures de passation des contrats et pouvoir d'organisation des services », *CP-ACCP* 2002, n° 12.

FATOME, Etienne, MENEMESIS, Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67.

FAURE, Bertrand, « Trente ans de décentralisation », *AJDA*, n° 14, 16 mars 2012, p. 738-742

FOURNIER, Jacques, "Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union Européenne", *RJEP/CJEG* 2005, n° 619, Avril 2005, pp.135-143

GABAYET, Nicolas, « L'établissement public, procédé à reconsidérer pour une gestion efficace des services publics », *JCP-A* 2016, n° 14, 2099.

GARDERE, Anne, « Intercommunalité et libre administration des communes : oui au mariage pour tous, non au mariage forcé ! », *JCP A* 2014, n° 2206.

GAUDEMET, Yves, « Les Contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique », BJDCP 2004, no 36, p. 331

GAUDEMET, Yves, "La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé", *RJEP/CJEG* 2004, n° 605, janvier 2004, pp.1-6

GAUDEMET, Yves, « Qu'est-ce qu'une subvention publique ? », *RJEP/CJEG* 2011, n° 689, août-septembre 2011, pp. 1-2

GUERANGER, David, « Solidarité intercommunale : cadrages institutionnels et contraintes politiques d'invisibilité », *RLCT* 2014/103, n° 2751.

GUERARD, Stéphane, « Le canton, prétexte d'une réflexion juridique sur le découpage territorial français », *RLCT* 2007/29, n° 843.

GUGLIELMI, Gilles J., « Le rôle du Conseil d'Etat dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », *RFDA* 1996, p. 305

GUGLIELMI, Gilles J., « Habilitation unilatérale, délégation contractuelle et consistance du service public », *RFDA* 2001, p. 353-358.

GUGLIELMI, Gilles J., « Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux 19e et 20e siècles », *RFMC* 2005, n° 3, p. 100-121.

GUGLIELMI, Gilles J., « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Droit ouvrier* 2008, n° 717, p. 175

GUGLIELMI, Gilles J., KOUBI, Geneviève, « La notion de service public en droit européen », *AJDA* 2009, p. 1783-1787.

GUGLIELMI, Gilles J., « Le service public local : actes du colloque », *RGCT* 2012, n° 51, p. 3-100.

GUIGNARD, Didier, « L'actualité du contentieux des modes de gestion des services publics locaux », *RLCT* 2014, n° 102, p. 107-111.

HAQUET, Arnaud, « Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ? », *BJCL* 2003, n° 8/03, septembre 2003, p. 549-560

JEANNENEY, Pierre-Alain, CHICHPORTICH, Mathias, « Les ressources rares », *RJEP/CJEG* 2010, n°671, janv. 2010, pp. 3-9

JEGOUZO, Yves, « Egalité des sociétés du secteur public et du secteur privé », *Revue des sociétés,* n° Spécial, « L'égalité en droit des sociétés », p. 411-427

JOSSE Haude, « Schémas départementaux de coopération intercommunale : vers une tectonique de l'intercommunalité en France ? », *JCP A* 2011, n° 38, 19 septembre 2011

JOUGUELET, Jean-Pierre, « Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence », *RJEP/CJEG* 2007, n° 645, août-septembre 2007, pp. 288-293

KALFLECHE, Grégory, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, n° 44 p. 2420-2425

KARPENSCHIF, Michaël, « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *RJEP/CJEG* 2006, n° 628, pp. 43-56

KLOPFER, Michel, « Finances : bilan de 25 ans de décentralisation », *La Gazette*, n° 1875, 26 février 2007, p. 56-59

KOEBEL, Bruno, « Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre, enfin ? », *JCP A* 2012, n° 7, p. 33-36

KOVAR, Jean-Philippe, « Où en est la liberté de commerce et de l'industrie ? », *Droit administratif* 2007, n° 12, étude 18, p. 7-13

LACASSE, François, « Les mécanismes de type marché comme instruments de modernisation : problématique et perspectives internationales », *PMP* 1993, vol. 11, n° 11-2, p. 117-141

LAFFITTE, Olivier, « Les sociétés aéroportuaires : un partenariat public-privé de haut vol », *Contrats Publics* 2011, n°112, juillet-août 2011, p.25-28

LE CHATELIER, Gilles, GRANJON, Romain, « Comment concilier l'ouverture à la concurrence des sociétés aéroportuaires avec leur statut ? », *Contrats Publics* 2011, n°112, juillet-août 2011, p.22-24

LEFORT, Jérome, BAIN-THOUVEREZ, Justine, « La coopération intercommunale soustraite aux règles de concurrence », *AJDA* 2013, p. 23-27.

BAIN-THOUVEREZ, Justine, « Le contrôle du juge administratif sur les conventions de délégation de service public et la liberté de choix du mode de gestion (à propos de l'arrêt du CE, 24 novembre 2010, n° 328342, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement)*, *Gazette du Palais* 2011, n° 140-141, p. 31-32.

LLORENS, François, « Que reste-t-il de la jurisprudence "Société d'équipement de la région montpelliéraine" et "Commune d'Agde" ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 2011 Communauté d'agglomération du Grand Toulouse », *RJEP/CJEG* 2011, n° 689, août-septembre 2011, pp. 11-19

LOMBARD, Martine, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D*. 1994, p. 169

LOMBARD, Martine, « Interrogations d'une juriste sur les ambiguïtés de GDF SUEZ », *RJEP/CJEG* 2009, n°667, août-septembre 2009, pp. 3-8

LOMBARD, Martine, « La parole de l'Etat actionnaire n'est pas une aide d'Etat », *RJEP/CJEG* 2010, n°678, août-septembre 2010, pp. 1-2

LOMBARD, Martine, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers : Pavane pour une infante défunte », *RJEP/CJEG* 2011, n° 683, févr. 2011, pp. 1-2

LOMBARD, Martine, « Dans quelle mesure est-il encore utile de se référer à la liberté du commerce et de l'industrie ? », *RJEP/CJEG* 2011, n° 690, ocobre 2011, pp. 1-2

LONG, Martine, « Quel avenir pour le prix des services publics dans un contexte financier contraint ? », *Revue française d'administration publique* 4/ 2012 (n° 144), p. 953-963

LONG, Martine, « De l'intercommunalité à la coopération territoriale : des réalités multiples », *RLCT* 2012/85, n° 2377.

LOY, Véronique, « Une entreprise du secteur public constituée sous la forme d'une société anonyme par actions simplifiée est-elle soumise à la loi de décentralisation du secteur public ? », *RJEP/CJEG* 2004, n° 614, Novembre 2004, pp.465-471

MAJEROWICZ, Simone, « Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de SEM », *JCP* 1991. I. 3543-3536

MAJEROWICZ, Simone, « La rémunération des élus, dirigeants de sociétés d'économie mixte : prise illégale d'intérêts ou non soumission à l'article 432-12 du Code pénal ? », *JCP* 1994. I. 3808-3810

MAJEROWICZ,Simone, "La responsabilité des élus locaux au sein des sociétés d'économie mixte locales après la loi du 2 janvier 2002", Revue juridique de l'entreprise publique/Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 2003, n° 594, janvier 2003, pp.1-15

MARC, Emmanuel, STRUILLOU, Yves, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un 'droit de l'activité professionnelle' ? », *RFDA* 2010, n° novembre-décembre, p. 1169-1186

MARCOU Gérard, « Le bilan en demi-teinte de l'Acte II : décentraliser plus ou décentraliser mieux ? », *RFDA*, n° 2, mars/avril 2008, p. 295-315

MARCOU Gérard, « Le département et les communes : complémentarité et concurrence », *AJDA*, n° 32/2011, 3 octobre 2011, p. 1830-1834

MARTOR, Boris, THOUVENOT, Sébastien, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », *Revue de droit des affaires internationales* 2004, n° 2, p. 111-149

MAZERES, Jean-Arnaud, « Public et privé dans l'oeuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition », *RDP* 2005, n° 4, p. 1047-1085

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, « L'autonomie des entreprises publiques. Eléments pour une théorie », *RDP* 1975, p. 1575-1623

MILLARD, Eric, « Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'institution chez Hauriou », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit* 2012, n° 32, p. 359-371

MOCKLE, Daniel, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers de droit* 2006, vol. 47, n° 1, p. 89.

MOLINA, Pierre-Antoine, « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *RJEP/CJEG* 2007, n° 639, février 2007, pp. 41-52

MONDOU Christophe, « L'association délégataire de service public », *AJCT* 2011, n° 10, Novembre 2011, pp. 503

MONDOU, Christophe, « La 'SEM à opération unique', nouvelle forme de partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) », *RLCT* 2014, n° 97.

MONJAL, Pierre-Yves, « Les enjeux de la notion d'intérêt communautaire ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI », *AJDA* 2003, p. 1701 et s.

MONJAL, Pierre-Yves, « Le droit de l'Union européenne et les collectivités territoriales : toute vérité est-elle bonne à dire ? » *RLCT* 2014, n° 100, p.73-77.

MONJAL, Pierre-Yves, « Les collectivités territoriales et les concepts économiques en droit de l'Union européenne », *RLCT* 2014, n° 105, Repère Eur. 1.

MONJAL, Pierre-Yves, « La nouvelle directive européenne 2014/23 : Les collectivités territoriales de plus en plus encadrées dans leur liberté concessive » *RLCT* 2014 , n° 107, p. 49-53.

MONJAL, Pierre-Yves, « Les collectivités territoriales et le nouveau droit européen des marchés publics » *RLCT* 2014 , n° 106, p. 42-46.

MONJAL, Pierre-Yves, « Le nouveau droit européen des marchés et des concessions : quel discours pour quelle méthode ? », *RLCT* 2014, n° 106, p. 3

MONJAL, Pierre-Yves, « La décision 2015-510 QPC au regard de la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne : acte manqué ou manquement acté ? », *RDUE* 2016, n° 3, p. 648-660

MONTAIN-DOMENACH, Jacqueline, « Bilan de la jurisprudence administrative relative à la notion d'intérêt communautaire », *Cahiers de droit de l'intercommunalité* 2007, n° 1, p. 25 et s.

MOUGEOT, Michel, NAEGELEN, Florence, « La libéralisation des marchés publics en 1992 », *Revue d'économie industrielle,* Vol. 52, 2e trimestre 1990, pp. 52-68

MOUGEOT, Michel, NAEGELEN, Florence, « L'ouverture des marchés publics dans la Communauté Economique Européenne », *Politiques et management public*, vol. 10 n° 2, 1992, pp. 61-80

MOURIESSE, Xavier, « Les ‘autres’ concessions : procédure adaptée, procédure simplifiée et contrat ‘in house’ - A propos du Décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 », *CP-ACCP* 2009, n° 93, p. 47

MOZOL, Patrick, « La distinction entre les collectivités territoriales et les EPCI à l’épreuve de la loi du 27 janvier 2014 : entre complexification et reconsolidation », *JCP A* 2014, n° 2201.

MULLER, Etienne, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d’économie mixte ? », *Contrats et Marchés publics* 2010, février, n° 2, p. 6-13

NEVEU Philippe, « Contractualisation et mutualisation, outils de l’intercommunalité », *JCP A*, 26 juillet 2010, n° 30-34

NEVEU Philippe, « La mise à disposition de services, outil rénové de mutualisation », *JCP A*, n° 38, 19 septembre 2011

NICINSKI, Sophie, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, p. 35-42

PAULIAT Hélène, « "La liberté de s'organiser pour agir" ou comment remédier aux imperfections de la loi du 16 décembre 2010 ? Réflexions sur le rapport Peretti (juillet 2011) », *JCP A*, n° 39-40, 26 septembre 2011

PETIT, Philippe, DUMAS Guillaume, « Mutualisation : organisation et missions des services communs », *La Gazette,* n° 22/2080, 30 mai 2011, p. 60-63

PIELOW, Johann-Christian, COURIVAUD, Henri, " "Service public" en France et "Daseinvorge" en Allemagne : Convergence des objectifs, diversité des moyens", *RJEP/CJEG* 2003, n° 603, novembre 2003, pp.572-585

PIVET, Yves, «  Les sociétés d'économie mixtes locales  : la diversification d'activité et ses limites  », *AJDA* 1993. 587-590

PLATON, Sébastien, MARTIN, Sébastien, « L’exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1138 et s.

POESY, René, « De l’utilité pour les collectivités territoriales de recourir à la société coopérative d’intérêt collectif », *AJCT* 2011, n° 6, p. 282-285

PONTIER, Jean-Marie, « L'intercommunalité, hier, aujourd'hui et demain », *JCP A*, 26 juillet 2010, n° 30-34

PORTAL, Eric, « L’évolution depuis 20 ans des outils de gestion des collectivités locales au regard des dimensions économique (et financière), sociale et politique de l’action publique locale », *RLCT* 2014, n° 106, p. 11-16.

RAISSINIER-AMIOT, Viriginie, « Le principe de proportionnalité protecteur de la liberté d’entreprendre face à l’activité normative de l’Etat », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2012, n° 71, p. 100-107

RANGEON, François, DEVEZE SANSON, Nathalie, « Enquête nationale sur la mutualisation des services entre communes et communautés », *RLCT* 2013/93, n° 2536.

RIBOT, Catherine, « La définition délicate de l’intérêt communautaire », *RLCT* 2007, n° 180,

RIBOT, Catherine, « La mutualisation des compétences entre communes et communautés », *RLCT* 2008/33, n° 952.

RICHER, Laurent, « Service public et intérêt privé », *Arch. philo. droit* 1997, n° 41, p. 293-300

RICHER, Laurent , « Les contrats entre entités du secteur public », *Contrats publics* 2014, n° 143, p. 31.

ROLLAND, Louis, « La personnification des services (création d'offices dans les administrations centrales) », *RDP* 1912, p. 484 et s.

SACHS, Olivier, "Le droit administratif a-t-il encore besoin du critère organique ?", *RJEP/CJEG* 2010, n°681, décembre 2010, pp. 1-2

SYMCHOWICZ, Nils, « Paradoxes sur les Contrats de partenariat », *Contrats et marchés publics*, déc. 2004, p. 8.

TERNEYRE, Philippe, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA* 2007, n° 35, p. 1906-1911

TERNEYRE, Philippe, « Collectivités publiques, associations administratives 'transparentes', et droit des contrats publics », *BJCP* 2009, n° 68, p. 2-6

TERRE, François, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 1990, p. 595

TERRIEN, Gérard, « La galaxie des entreprises publiques locales », *RLCT* 2014, n° 100, p. 10-13.

TESSON, Fabien, « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 1675.

TESTU, François-Xavier, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D*. 1998, p. 345

TIROLE, Jean, « Concessions de services publics : quels contrat l'État doit-il passer pour garantir un service optimal? », *Problèmes économiques*, no. 2640 (novembre 1999), pp. 10-16.

TRUCHET, Didier, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices* 1996, n° 3

TRUCHET, « Etat et marché », *Arch. phil. droit* 1996, n° 40, p. 314.

VAN DE VYVER, Pierre, « Evaluations et limites des outils existants de gestion des services publics », *RDP* 2011, n° 3, p.739-743

VEDEL, Georges, « Le financement des entreprises publiques », *RFAP* 1976, p. 741-760

VERPEAUX Michel, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », RFDA, n° 4, juillet/août 2003, p. 661-669

VERPEAUX, Michel, « Les nouvelles libertés et responsabilités locales - La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, n° 36/2004, 25 octobre 2004, p. 1960-1968

VERPEAUX, Michel, « 1982 : de quoi la loi du 2 mars est-elle la cause ? », *AJDA*, n° 14, 16 mars 2012, p. 743-745

VERPEAUX, Michel, « L'émergence d'un droit constitutionnel de l'intercommunalité : à propos de quelques décisions QPC récentes intéressant l'intercommunalité », *JCP A* 2014, n° 2274.

VERPEAUX, Michel, « Réforme 'Pélissard' de la loi de réforme des collectivités territoriales. En attendant la suite… », *JCP A* 2012, n° 22, p. 23.

VERRIER, Olivier, « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public : l'exception au principe de publicité et de mise en concurrence », *AJCT* 2016, p. 240.

VIGOUREUX, Alexandre, « La sécurisation des coopérations publiques locales », *AJCT* 2012, p. 176.

WINCKLER, Antoine, « Public et privé : l'absence de préjugé », *Arch. philo. droit* 1997, n° 41, p. 301-315

YOLKA, Philippe, « Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques », *AJDA* 2013, n° 6, p. 313

## *IV - B. Contributions à des monographies*

AMILHAT, Mathias, « Commande publique et candidature des personnes publiques : le statut d'établissement public n'est pas un obstacle », *RLC* 2020, n° 90, p. 38.

AZOULAY, Loïc, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

BAZEX, Michel, « La régulation, nouvelle dimension de l'intervention des personnes publiques en matière économique ? », *in* BOIVIN, Jean-Paul, *Mélanges BOIVIN : Florilèges du droit public,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 343-358.

BELLANGER, Emmanuel, « Les syndicats de communes d'une France en morceaux ou comment réformer sans supprimer (1890-1970) », *in* LE SAOUT, Rémy (dir.), *Réformer l'intercommunalité : Enjeux et controverses autour de la réforme des collectivités territoriales,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 207-226

BENCHENDIKH, François, « Evolutivité et transformations incrémentielles des compétences intercommunales », *in* LE SAOUT, Rémy (dir.), *Réformer l'intercommunalité : Enjeux et controverses autour de la réforme des collectivités territoriales,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 243-262

BERNARD, Paul, « L'interventionnisme économique des collectivités locales et la décentralisation », *in* PEQUIGNOT, Georges, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot,* vol. 1, Montpellier : CREAM, 1984 p. 41-55.

BERNARD, Sébastien, « Constitution et privatisation : sur l'existence de limites constitutionnelles au transfert au secteur privé », *in* RAINAUD, Jean-Marie, *Les métamorphoses du droit : hommage à Jean-Marie Rainaud,* Paris : L'Harmattan, 2009, 121-136.

BEZES, Philippe, « Le tournant néomanagérial de l'administration française », *in* GUIRAUDON, Virginie, BORRAZ, Olivier (dir.), *Politiques publiques, t. 1, La France dans la gouvernance européenne,* Paris : Presses de Sciences Po, 2008, p. 215-254.

BOULOUIS, Jean, « Droit économique » *in* DRAGO, Roland, *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago,* Paris : Economica, 1996. p. 173-177.

BRACONNIER, Stéphane, « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive 'concessions' du 26 février 2014 », *in* TRUCHET, Didier, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, 2015, p. 29-40.

BRAMERT, Sébastien, « La Fédération des entreprises publiques locales : un *lobby* institutionnalisé ? », *in* collectif, *Transparence et déontologie des parlementaires : bilan et perspectives,* Paris : Fondation Varenne, 2019, p. 262.

BURDEAU, François, « Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'Ancien régime à la Restauration », *in* BURDEAU, Georges, *Le pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau,* Paris : LGDJ, 1977, p. 765-788.

CARA, Jean-Yves de, « Aspects contemporains des sources du droit anglais », *in Les sources du droit : aspects contemporains,* Centre d'Etudes des droits du monde arabe (Beyrouth) et Société de législation comparée, Paris : Société de législation comparée, 2007, pp. 83-96

CARTELIER, Lysiane, « Politique européenne de la concurrence et nouvelles régulations publiques », *in* FARJAT, Gérard, *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat,* Paris : Frison-Roche, 1999, p. 353-365.

CARTIER-BRESSON, Anémone, « La carence de l'initiative privée », *in* TRUCHET, Didier, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, 2015, p. 67-82.

CASSESE, Sabino, « La globalisation du droit », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa,* Paris : Dalloz, 2011, pp. 113-128

CHEROT, Jean-Yves, « Nouvelles observations sur la régulation du Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *in* MODERNE, Franck, *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Paris : Dalloz, 2004, 1264 p.

CHEROT, Jean-Yves, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

CHEVALIER, Jacques, « Peut-on encore parler d'un 'modèle français d'administration' ? », *in* COSTA, Jean-Paul, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa,* Paris : Dalloz, 2011, pp. 129-137

CHEVALIER, Jacques, « Etat et ordre concurrentiel », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

CORAIL, Jean-Louis de, « La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique : sa définition et son utilisation par le juge administratif », *in* COUZINET, Paul, *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Toulouse : université des sciences sociales des Toulouse, 1974, p. 117-151.

CORAIL, Jean-Louis de, « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'Etat dans le domaine de l'économie », *in* EISENMANN, Charles, *Recueil en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : éd. Cujas, 1975, p. 299-319.

CORAIL, Jean-Louis de, « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », *in* GAUDEMET, Paul-Marie, *Etudes de finances publiques: Mélanges en l'honneur de M. le professeur Paul-Marie Gaudemet,* Paris : Economica, 1984, p. 335-358

CORAIL, Jean-Louis de, « La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique », *in* PEQUIGNOT, Georges, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot,* vol. 1, Montpellier : CREAM, 1984 p. 143-157

CORAIL, Jean-Louis, « L'identitifaction du service public dans la jurisprudence administrative », *in* BURDEAU, Georges, *Le pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau,* Paris : LGDJ, 1977, p. 789-803.

DANTONEL-COR, Nadine, « Les prestations techniques d'ingénierie publique au service des collectivités territoriales », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 129-140.

DELAUNAY, Benoît, « Le droit européen de la concurrence et la privatisation des entreprises publiques nationales », *in* HERVOUET, François, *Entre les ordres juridiques : mélanges en l'honneur du doyen François Hervouët,* Poitiers : Presses univ. Poitiers, 2015, p. 307-324.

DELVOLVE, Pierre, « Constitution et contrats publics », *in* MODERNE, Franck, *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Paris : Dalloz, 2004, 1264 p.

DEVES, Claude, « Les sociétés d'économie mixte, le pouvoir adjudicateur et les marchés publics communautaires », *in* STOUFFLET, Jean, *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet,* Clermont-Ferrand : Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 95-114.

DEVES, Claude, « Société publique locale et 'in house' ; les difficultés d'un couple », MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique, mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff,* Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 87-98.

DEVES, Claude, « Sociétés publiques locales et sociétés d'économie mixte à opération unique : quand le 'socialisme municipal' cède le pas aux techniques de l'économie de marché », *in* MACHELON, Jean-Pierre, *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon : institutions et libertés,* Paris : LexisNexis, 2015, p. 315-331.

DONIER, Virginie, « La réforme des collectivités territoriales à l'épreuve de la Charte européenne de l'autonomie locale », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 169-179.

DOUENCE, Jean-Claude, « Les conventions entre personnes publiques », *in* STASSINOPOULOS, Michel, *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos,* Paris : LGDJ, 1974, p. 113.

DOUENCE, Jean-Claude, « La participation des collectivités locales au capital d'une société commerciale dans la loi du 2 mars 1982 », *in* PEQUIGNOT, Georges, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot,* vol. 1, Montpellier : CREAM, 1984, p. 219-236.

DOUENCE, Jean-Claude, « Le choix du mode de gestion du service public local : éclairages pluridisciplinaires », *in* CUEILLE, Sandrine, LE DUFF, Robert, RIGAL, Jean-Jacques et al. (dir.), *Management local : de la gestion à la gouvernance,* Paris : Dalloz, 2004, p. 201.

DOUENCE, Jean-Claude, « Libre administration et organisation décentralisée », *in* LACHAUME, Jean-François, *Le droit administratif, permanences et convergences, mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Lachaume,* Paris : Dalloz, 2007, p. 441-447.

DOUENCE, Jean-Claude, « Sur quelques idées reçues en droit des collectivités locales », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 181-193.

DOUENCE, Maylis, « Où en est la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe de libre administration des collectivités territoriales ? », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 195-206

DREYFUS, Françoise, « La nouvelle gestion publique, nouvel instrument du clientélisme » *in* DUPUIS, Georges, *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis : Droit public,* Paris : LGDJ, 1997, p. 93-102.

DREYFUS, Jean-Davis, « L'ingénierie publique à la croisée des chemins », *in* MODERNE, Franck, *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Paris : Dalloz, 2004, 1264 p.

DURAND, Guy, « La nouvelle économie mixte locale après la loi n° 1-2002 du 2 janvier 2002 », *in* COLSON, Jean-Philippe, *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson,* Grenoble : PUG, 2004, p. 465-477.

ECKERT, Gabriel, « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 617-632.

FAURE, Bertrand, « La démocratie locale doit s'exercer dans l'intérêt général », *in* TRUCHET, Didier, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, 2015, p. 203-212.

FERSTENBERT, Jacques, « La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ? », *in* JACQUOT, Henri, *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot,* Orléans : Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 223-252.

FLOGAITIS, Spyridon, « Contrat et acte administratif unilatéral », *in* BRAIBANT, Guy, *L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant,* Paris : Dalloz, 1996, p. 229-251

FONTAINE, Lauréline, « De la normativité unilatérale en droit public », *in* BAZEX, Michel, *Droit et économique : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex,* Paris : LexisNexis, 2009, p. 129-145.

GARRIGOU-LAGRANGE, Jean-Marie, « Les sociétés d'économie mixte, instruments d'interventionnisme des collectivités locales », *in* PEQUIGNOT, Georges, *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot,* vol. 2, Montpellier : CREAM, 1984 p. 309-319.

GAUDEMET, Yves, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) » *in* DRAGO, Roland, *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago,* Paris : Economica, 1996. p. 259-271.

GAUDEMET, Yves, « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012,, p. 3-20.

GREGORY, Marie-Anne, « L'avènement des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre : vers la fin annoncée des syndicats de communes ? (1988-2011) », *in* LE SAOUT, Rémy (dir.), *Réformer l'intercommunalité : Enjeux et controverses autour de la réforme des collectivités territoriales,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 227-242

GROVE-VALDEYRON, Nathalie de, « La modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics : vers une clarification pour les contrats passés entre pouvoirs publics ? », *in* MOLINIER, Joël, *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier,* Paris : LGDJ, 2012, p. 143-156.

GUEZOU, Olivier, « Concurrents évincés et recevabilité des recours dans les contrats publics : un exemple de darwinisme contentieux », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 651-674.

GUGLIELMI, Gilles J., « De la théorie du service public virtuel à la reconnaissance pragmatique d'un service public à l'initiative des personnes privées », *in* BAZEX, Michel, *Droit et économique : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex,* Paris : LexisNexis, 2009, p. 163.

GUGLIELMI, Gilles J., « L'Administration, une inexistence créative », *in* CHEVALLIER, Jacques, *Penser la science administrative dans la post-modernité, mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier,* Paris : éd. Cujas, 2013, p. 85-92.

GUILLOU, Yves-René, « La mise en oeuvre de l'action publique par le corporate : une alternative au contrat de partenariat ? », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 291-312.

IDOT, Laurence, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

ISRAEL, Jean-Jacques, « La liberté d'accès des personnes publiques à la commande publique », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 189-220.

KIRAT, Thierry, « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

LAFAIX, Jean-François, « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 365-396.

LAUBADERE, André de, « Vicissitudes d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. A propos des groupements de collectivités territoriales », *in* COUZINET, Paul, *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 411-447.

LEFEBVRE, Rémi, « Qu'est le socialisme municipal devenu ? », *in* ARNAUD, Lionel, LE BART, Christian, PASQUIER, Romain (dir.), *Idéologies et action publique territoriale : La politique change-t-elle encore les politiques ?,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 51-79

LEGENDRE, Pierre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », *in* DUPUIS, Georges, *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis : Droit public,* Paris : LGDJ, 1997, p. 201-211.

LE LIDEC, Patrick, « La réforme des institutions locales », *in* GUIRAUDON, Virginie, BORRAZ, Olivier (dir.), *Politiques publiques, t. 1, La France dans la gouvernance européenne,* Paris : Presses de Sciences Po, 2008, p. 255-281.

LE LIDEC, Patrick, « Choix des modes de gestion des services publics et politiques de recrutement des communes », *in* ARNAUD, Lionel, LE BART, Christian, PASQUIER, Romain (dir.), *Idéologies et action publique territoriale : La politique change-t-elle encore les politiques ?,* Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 35-49

LEMASURIER, Jeanne, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe 'bilan-coût-avantages' », WALINE, Marcel, *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline,* 2 tomes, Paris : LGDJ, 1974, p. 551-562.

LINDITCH, Florian, « Recherche sur une exclue du droit de la commande publique : la convention de groupement d'entreprises », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 675-691.

LINOTTE, Didier, « Très libres et très brefs propos pour en finir avec l'identification organique du service public », *in* RAINAUD, Jean-Marie, *Les métamorphoses du droit : hommage à Jean-Marie Rainaud,* Paris : L'Harmattan, 2009, p. 311-321.

LLORENS, François, « Mandat et code des marchés publics », *in* MODERNE, Franck, *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Paris : Dalloz, 2004, 1264 p.

LUCHAIRE, Yves, « Les sociétés d'économie mixte locales et la loi du 7 juillet 1983 », *in* BEGUET, Jean-Pierre, *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Béguet,* Toulon : éd. faculté de droit de l'Université de Toulon et du Var, 1985, p. 417-441.

LUCHAIRE, François et Yves, « Réflexions sur le principe de libre administration des collectivités territoriales », *in* ROBERT, Jacques, *Libertés : Mélanges Jacques Robert,* Paris : Montchrestien, 1998, p. 165-176.

MACHELON, Jean-Pierre, « La naissance du socialisme municipal en France (1882-1911). Retour sur un vieux débat », *in* LAVROFF, Dmitri Georges, *La Constitution et les valeurs : mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff,* Paris : Dalloz, 2005, p. 437-454.

MARCOU, Gérard, « Le rôle du Conseil d'Etat dans les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales », *in* OBERDORFF, Henri, *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff,* Paris : LGDJ, 2015, p. 215-230.

MARTIN, Julien, « L'application ambivalente du principe de neutralité politique des services publics aux collectivités territoriales », *in* MACHELON, Jean-Pierre, *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon : institutions et libertés,* Paris : LexisNexis, 2015, p. 715-724.

MARTIN, Julien, « Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées, contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 167-202.

MAZERES, Jean-Arnaud, « Que rest-t-il de la jurisprudence 'Société entreprise Peyrot'? La qualification des marchés de travaux des sociétés d'économie mixte d'équipement et d'aménagement publics, *in* COUZINET, Paul, *Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Toulouse : université des sciences sociales des Toulouse, 1974, p. 475-549.

MEHDI, Rostane, « Intérêt général et droit de l'Union européenne », *in* TRUCHET, Didier, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, 2015, p. 357-386.

MELLERAY, Fabrice, « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 211-224.

MILLET, François-Xavier, « L'influence du droit de l'Union européenne sur les modes de gestion des services publics locaux : quelle gestion publique ? », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 293-302.

MONTAIN-DOMENACH, Jacqueline, « L'intercommunalité face au droit communautaire : La mutualisation des services est-elle une entorse au principe de libre concurrence ? », *in Mélanges BAZEX,* Paris : Litec, 2009, p. 103 et s.

MOOR, Pierre, « Des personnes morales de droit public », *in Mélanges HAFELIN*, 1989 (Zurich), >>>>>

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, « Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme. Il y a cent ans Maurice Hauriou », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 225-236.

MOREAU, Jacques, « Le contrôle du juge administratif sur les sociétés d'économie mixte locales », *in* DUPUIS, Georges, *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis : Droit public,* Paris : LGDJ, 1997, p. 253-260.

MOREAU, Jacques, « Les institutions d'économie mixte dépendant des collectivités locales dans neuf pays de l'Union européenne », *in* ARDANT, Philippe, *Droit et politique à la croisée des cultures : mélanges Philippe Ardant,* Paris : LGDJ, 1999, p. 461-469.

NICINSKI, Sophie, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 412-433.

NICINSKI, Sophie, « L'Etat actionnaire : état des réflexions », *in* JEGOUZO, Yves, *Terres du droit, mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo,* Paris : Dalloz, 2009, p. 157-168.

NOGUELLOU, Rozen, « Contrats publics et aides d'Etat », *in* BLUMANN, Claude, *L'identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann,* Bruxelles : Bruylant, 2015, p. 447-459.

NOURISSAT, Cyril, « La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes : Source de renouvellement du droit privé ou renouvellement des sources du droit privé ? », *in Les sources du droit : aspects contemporains,* Centre d'Etudes des droits du monde arabe (Beyrouth) et Société de législation comparée, Paris : Société de législation comparée, 2007, pp. 147-159

PACHEN-LEFEVRE, Marie-Hélène, « Vers une ouverture à la concurrence des concessions de distribution d'électricité ? », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 383-404.

PARLEANI, Gilbert, « Aménager sans contraintes (?) grâce aux sociétés publiques locales », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 701-713.

PEYRICAL, Jean-Marc, « Pavane pour des SEML défuntes », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 21-44.

PFERSMANN, Otto, « Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », *in* GAUDUSSON, Jean du Bois de, FERRAND, Frédérique, (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques,* Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 23-33

PICOD, Fabrice, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », *in* BLUMANN, Claude, *L'identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann,* Bruxelles : Bruylant, 2015, p. 767-782.

PILONE, Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat 'in house' », *in Mélanges GUIBAL, Contrats publics,* Montpellier : PU de Montpellier, 2006, p. 701-707

POIARES MADURO, « L'Etat caméléon : Forme publique et privée de l'Homo Economicus », Mélanges LEGER, 2006 >>>>

PONTHOREAU, Marie-Claire, « La concurrence entre *common law* et droit civil : Existe-t-il véritablement une concurrence entre *common law* et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit

public », *in* GAUDUSSON, Jean du Bois de, FERRAND, Frédérique, (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques,* Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 35-47

PONTIER, Jean-Marie, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 263-282.

POUJADE, Bernard, « Retour sur l'offre de concours », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 283-290.

PREBISSY-SCHNALL, Catherine, « Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique », *in* BAZEX, Michel, *Droit et économique : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex,* Paris : LexisNexis, 2009, p. 261-281.

PUTMAN, Emmanuel, « Droit de la concurrence et ordre concurrentiel », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

QUIOT, Gérard, « Ordre concurrentiel et service public », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

QUIOT, Gérard, « Hauriou et la question du droit des collectivités publiques à intervenir dans l'ordre économique (ou les incertitudes et contradictions d'une pensée confrontée à la naissance du droit de l'interventionnisme économique public) », *in* MAZERES, Jean-Arnaud, *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères,* Paris : Litec, 2009, p. 673-696.

RAIMBAULT, Philippe, « Petite histoire d'une appropriation du droit par les citoyens : la subjectivisation des 'lois du service public' », *in* KRYNEN, Jacques, HECQUART-THERON, Maryvonne, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit,* Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, vol. 2, pp. 523-541

RAPP, Lucien, « A propos du développement des sociétés de projet. Etude de la nature et du régime juridique des subdélégations », *in* MAZERES, Jean-Arnaud, *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères,* Paris : Litec, 2009, p. 697-706.

REGOURD, Serge, « Regard critique sur la 'fièvre contractuelle' des collectivités territoriales », *in* MAZERES, Jean-Arnaud, *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères,* Paris : Litec, 2009, p. 707-714.

REIS, Patrick, « Marchés publics et ordre concurrentiel : ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », *in* PIROVANO, Antoine, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris : éd. Frison-Roche, 2003, 688 p.

RICHER, Laurent, « A la recherche de la raison anticoncurrentielle », *in* BOIVIN, Jean-Pierre, *Florilèges du droit public, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin ,* Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 2012, p. 367-380

RICHER, Laurent, « De l'analogie. A propos de la jurisprudence *Teckal* », *in* GODFRIN, Philippe, *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique : mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin,* Paris : Mare & Martin, 2007, p. 487-498.

RICHER, Laurent, « La transparence et l'obstacle », *in* GUIBAL, Michel, *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal,* tome1, Montpellier : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 175.

ROLIN, Frédéric, « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 9-23

SESTIER, Jean-François, « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 451-462.

SIBONY, Anne-Lise, « La jurisprudence de la Cour au prisme de la science économique », *in* MBONGO, Pascal, VAUCHEZ, Antoine (dir.), *Dans la fabrique du droit européen : scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes,* Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 171-198

SIMCHOWICZ, Nil, « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 463-476.

SOURIOUX, Jean-Louis, « Le concept de source du droit », *in Les sources du droit : aspects contemporains,* Centre d'Etudes des droits du monde arabe (Beyrouth) et Société de législation comparée, Paris : Société de législation comparée, 2007, pp.25-32

VERPEAUX, Michel, « Le service public de l'eau et la tutelle départementale : quelques réflexions constitutionnelles », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 301-309.

VIDAL, Laurent, « La classification des contrats administratifs économiques, les mots et les choses ou l'esquisse d'un programme », *in* RICHER, Laurent, *A propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer,* Paris : LGDJ, 2013, p. 311-315.

VIGUIER, Jacques, « La décentralisation territoriale est-elle encore au XXIe siècle une 'manière d'être' de l'Etat ? », *in* KRYNEN, Jacques, HECQUART-THERON, Maryvonne, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit,* Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, vol. 2, pp.619-638.

WEIL, Prosper, « Le critère du contrat administratif en crise », *in* WALINE, Marcel, *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline,* 2 tomes, Paris : LGDJ, 1974, p. 849-856.

WOLLMANN, Hellmut, « La prestation des services publics et sociaux en Europe : du secteur public/ municipal au secteur privé. Et retour ? », *in* MARCOU, Gérard, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou,* Paris : IRJS éd., 2017, p. 607-620

# Annexe A :

# Enquête auprès des acteurs des SPL

Mail-type envoyé aux SPL :

Bonjour,

Je me présente : Thibault Delavenne, doctorant à l'université de Lille en droit public.

Dans le cadre de mes recherches doctorales sur le mécanisme juridique de la société publique locale, j'aurais souhaité pouvoir poser plusieurs questions à un acteur administratif et/ou juridique (et non politique) de votre société, pour le soumettre à un questionnaire anonymisé (environ 15/20 minutes).

Ce questionnaire (en PJ) peut être rempli et renvoyé par e-mail, ou bien je peux aussi le faire passer par téléphone ou physiquement si cela intéresse un de vos employés (environ 15/20 minutes).

Ma démarche consiste à poser une série de questions plutôt juridiques sur l'organisation et le fonctionnement administratifs des SPL, afin d'établir un tableau du fonctionnement interne d'une SPL et des impressions des acteurs juridiques des SPL aujourd'hui.

Afin d'éviter tout biais politique, complexe à traiter, toutes les questions sont orientées vers le fonctionnement juridique et non politique des SPL, et les réponses seront anonymisées dans les publications résultant de cette enquête. Le questionnaire est fait de telle sorte que plusieurs personnes par entreprise puissent répondre sans que cela pose de problèmes.

Si ce questionnaire vous intéresse ou intéresse un membre de votre entreprise, je vous remercie de bien vouloir me répondre prioritairement par e-mail, mais vous pouvez aussi me contacter directement si vous avez des questions sur cette démarche (par e-mail ou par téléphone), ou si vous souhaitez échanger à ce propos.

Bien respectueusement,

Thibault DELAVENNE
Doctorant en droit public
Centre de recherches droits et perspectives du droit
Université de Lille

Avertissement : Les noms des sociétés ont été anonymisés et remplacés par des numéros.
Les questionnaires sont numérotés de A-1 à A-39

Les réponses A-40 et A-41 sont des refus de réponse, elles ne sont pas reproduites ici.

| A-1 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-1 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | oui : augmentation du capital social |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | communauté de communes 1 : 66,66% - communauté de communes 2 : 33,34% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Tourisme |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Délégation |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | suffisant |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | nc |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | souplesse, contrôle des actionnaires |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | elles vont se développer |

| A-2 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-2 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui (passage de Sem en SPL au 01/01/2014) |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 100 % EPCI |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | NON |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Tri des déchets, vente de matières, ressourecrie, insertion par l'activité économique |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | marché public d'exploitation |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui je pense qu'une petite partie de l'action privée serait un plus, par rapport à l'expertise gestion entreprise notamment (risque d'avoir le sentiment d'être une régie par moment) |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui cela nuit clairement à la performance et à l'optimisation des ressources |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui même motif que précédemment. Notre activité (déchets) demande aujourd'hui plus que jamais de la subsidiarité entre les territoires (investissement de traitement de plus en plus coûteux) aussi cela aiderait à avoir une ouverture |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | le contrôle doit être celui des élus, or aujourd'hui on se retrouve à un suivi des services qui parfois mettent du zèle sur les sattelites car plus difficile d'exercer un contrôle de gestion en interne…. Pour cela je dirai trop important pour les services, et je milite pour plus d'investissement des élis dans la structure avec une stratégie politique claire en début de mandat. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Inexistant à ajourd'jui |
| 18 | Entreprises concurrentes | Aucun |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Aucun malheureusement |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | L'avantage de la SPL est la sécurisation d'activité via la contarctualisation in house (notre SPL intègre dans son activité industrielle de l'insertion par l'activité économique). Les inconvénients sont à mon sens une mauvause appropriation par les services du contrôle analogue, d'autre part de fortes contraintes qui nuisent à l'optimisation du service (non application de la règle des 20 % d'activités accessoires par exemple qui serait une bonne chose), |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | C'est difficile à dire car certaines opportunités de création émergent comme celles de créer des SPL de tri des déchets plus favorable que la gestion en syndicat (pas besoin de frontière commune). |

| A-3 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-3 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directrice |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | NON |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | ville = 95% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | tourisme |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | pas concerné |
| 15 | Préfecture | pas concerné |
| 16 | Chambre régionale des comptes | pas concerné |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | pas concerné |
| 18 | Entreprises concurrentes | pas concerné |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | pas concerné |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | inconvénients = inertie / avantage = inertie |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | importance de mieux étudier ce modèle |

| A-4 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-4 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Attachée de Direction / Assistante de la Directrice Générale |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SAPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | passé de SEM à SPL le 07/03/2018 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communauté de commune (96 %) / 7 communes (de 5 à 1 action chacune) / syndicats (12% pour 1; 1% pour le 2ème) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | conseil d'administration |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | ce comité dans notre structure se nomme l'Assemblée spéciale des petits porteurs d'actions (ASPPA) qui dispose d'un siège au sein du CA. Nous suivons le Règlement Intérieur du contrôle analogue voté au moment de notre transformation en SPL. L'ASPPA a également un règlement intérieur. |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | aujourd'hui non, mais ça pourrait être le cas au vu de notre actionnariat. |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | La Société a pour objet :<br>- A titre principal, d'exploiter les réseaux d'eau et d'assainissement et les prestations connexes et annexes, d'assurer le ramassage et le traitement des ordures ménagères et industrielles et la récupération des déchets de toutes origines ;<br>- A titre accessoire, de gérer tous services publics et prestations connexes et annexes, ainsi que toutes activités d'intérêt général complémentaires à son activité principale ;<br>- Et généralement, d'accomplir toutes opérations financières, commerciales, industrielles mobilières et immobilières pouvant se rattacher à l'objet social, ou susceptible d'en faciliter la réalisation.<br>La société exerce ses activités exclusivement pour le compte de ses collectivités territoriales actionnaires et sur leur territoire, dans le cadre de tous contrats conclus avec elles. |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | DSP |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Elle n'est pas trop stricte.<br>Lors de notre transformation en SPL où nous avons dû sortir les actionnaires privés, nous avons modifié les statuts de sorte à ce que leur soit proposé un siège de censeur. |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui car nous avons subi des contraintes lors du passage en SPL, et nous avons dû arrêter certains de nos contrats avec des collectivités non actionnaires. |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non car je considère que c'est le principe de la mise en place d'une SPL : être au plus près des collectivités |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | depuis transformation en SPL en 2016, les élus sont trop impliqués dans la gestion courante, malgré le règlement intérieur et un DG non élu (mais aussi pb de la transformation de SEML en SPL : le changement se fait bcp sentir) |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |

| | | |
|---|---|---|
| 15 | Préfecture | peur mais comme transformation apparemment moins de problemes |
| 16 | Chambre régionale des comptes | pas eu de contrôle jusqu'à maintenant. La fédération des EPL nous forme nénamoins |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | |
| 18 | Entreprises concurrentes | pas un problème car pas de concurrence (en fait si : Veolia avait jusque 2016 la moitié du secteur) |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | un des élus souhaite que des administrés puissent assister au CA mais refus du président du CA pour l'instant "il tient bon" |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | avantage ET inconvénient : grande proximité avec les CT, collaboration plus forte - danger : amalgame avec une de leurs régies (différence se note par rapport au changement SEML-SPL en 2016). Autre avantage : pas de mise en concurrence, soulagment sur la pérennité de l'entreprise |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | il y a plus de contrôles mais pas vraiment de différence avec la SEML : intérêt être au plus proche : un service public proche des administrés ; des prix plus bas que les concurrents privés car sans idée de profit ou de bénéfice sans idée d'investissement public derrière. |

| A-5 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-5 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Cté Agglo 41,93%, ville centre 28,57% 16 communes 29,5% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA et Assemblée Spéciale |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui : Assemblée spéciale ren même temps que le CA . Toutes collectivités actionnaires siègent dans un comité technique |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Aménagement |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Concession, mandat, prestations intellectuelles pour diverses études de faisabilité amont |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Trop important |
| 16 | Chambre régionale des comptes | pas de contrôle à ce jour |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | sans objet |
| 18 | Entreprises concurrentes | sans objet |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | sans objet |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | l'attribution directe des contrats avec les collectivités actionnaires |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | |

| A-6 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-6 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur opérationnel |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communes 10% et intercommunalité 95% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | NON |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Mission régalienne office de tourisme et gestion d'équipements |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Convention moyens et objectifs |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui<br>Permettre aux opérateurs privés proches de l'office de prendre des parts |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | NON |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | OUI<br>Des actions de promotions communes avec d'autres territoires |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Droit privé en RH et Compta privée : Le top. la souplesse commerciale que les collectivités n'ont pas.<br>Le flop : Le montage avec deux actionnaires est trop restrictif et va parfois à l'encontre de l'efficacité |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Ce statut me semble adapé au besoin des intercos sur la gestions des activités générants des recettes (piscines etc…) |

| A-7 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-7 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DIRECTEUR GENERAL |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui : détails DE SEM à SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | exemple : Syndicat mixte 58 %, Métropole 19%, départements 5%, communauté de communes 5 %, et 14 communes réparties sur 3 départements |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | Conseil d'Administration |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui assemblée spéciales des petits actionnaires . Je ne connais pas exactement les recommandation de la Fédé EPL |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | ENTRETIEN, SURVEILLANCE ET ANIMATION D'ESPACES PUBLICS |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | DSP, convention de prestations intégrées, mandats |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | OUI . détails : permettre à hauteur de 20 % l'entrée du privé, intéressé au territoire, au capital |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | elle est logique |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | ell est logique |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | insuffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | le contrôle analogue peut entrainer une volonté hégémonique de services des colléctivités à vouloir controler cet outil. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | attention à ne pas entrer trop en concurrence avec le secteur privé |

| A-8 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-8 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | je ne travaille pas au sein de la société mais au sein du syndicat mixte actionnaire auquel vous avez envoyé le questionnaire. |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | actionnariat 100% public, 2 actionnaires personnes morales de droit public |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | Conseil d'Administration |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | transport public de personnes, transport urbain et inter urbain, transport scolaire |

| | | |
|---|---|---|
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | COSP contrat d'obligation de service public au sens du 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 |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non, c'est une bonne chose, le concept de SPL est un actionnariat 100% public qui s'assume. Sinon on crée une SEM. Si elle changeait la SPL n'aurait plus d'intérêt |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | les principes des prestations in house sont claires sur ce point. Je ne pense qu'il soit pertinent de modifier ces principes. De plus, il est assez aisé de faire entrer d'autres personnes publiques au capital de la SPL pour étendre s'il le faut son activité à d'autres territoires |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | idem. Ce qui serait intéressant, serait de permettre aux SPL de faire entrer des personnes publiques étrangères afin de permettre une réalisation des prestations sur des territoires transfrontaliers. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | insuffisant :les mesures de contrôles devraient être clairement définie par le législateur ou par décret et être présente dans le CGCT. La plupart des élus locaux ignore les principes du in house, du contrôle analogue. Il faudrait vraiment qu'un travail de rédaction et de précision soit fait sur ce sujet. C'est le cœur même des conditions de création de la SPL qui sont laissées de côtés. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | insuffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | insuffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | insuffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | insuffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | insuffisant |

| | | |
|---|---|---|
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Avantages : tous ceux de la structure in house : absence de mise en concurrence ETC… |
| | | Inconvénient : manque de pouvoir de contrôle, obligation de passer des procédure de marchés publics alors que les acteurs de la SPL ne sont pas agents publics formés pour passer de tel contrats. Il faudrait clairement mixer les personnels privées et publics pour que cela fonctionne. Il faudrait par ailleurs, des personnels en poste dans la SPL pour assurer un réel contrôle analogue au quotidien. |
| | | l'utilisation des deniers publics justifie indéniablement ces mesures essentielles. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | si les formes de contrôle n'évoluent pas, si la forme des SPL ne s'adapte pas aux pratiques et à la réalité, ce type de structure finira pas disparaitre. Les avis des Chambre régionales des comptes sont sur ce sujet extrêmement intéressant et pertinents. |

| | | |
|---|---|---|
| A-9 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-9 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Auparavant association et SPL depuis 2 ans |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 5 communautés de communes dont une très majoritaire (95 %) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA composé de 17 membres |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Au CA est adossée une commission « experts » composée de socio-professionnels du tourisme (hébergeurs, restaurateurs, sites de visites, associations impliquées dans le développement local...) |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Accueil et conseil en séjour, promotion touristique, animation du réseau des prestataires touristiques, commercialisation de produits touristiques en lien avec le territoire de compétence, gestion et développement d'une base de loisirs |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention d'objectifs et délégation de service public |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Rendre actionnaire des privés serait intéressant dans la mesure où cela associerait les acteurs privés du territoire mais la commission experts comble ce manque même si son rôle est purement consultatif |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Avec les 5 actionnaires, le territoire est malgré tout très vaste et suffisant pour travailler en cohérence avec les autres acteurs touristiques du territoire élargi |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | Suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Avantage : rassure les élus grâce à leur omniprésence au sein du CA.<br>Inconvénient : besoin de s'ouvrir à d'autres acteurs privés pour fédérer et envoyer un message fédérateur aux habitants et au tissu économique du territoire |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Cette structuration va être amenée à prendre de l'ampleur, à mon sens, dans le monde touristique et tout particulièrement pour les Offices de Tourisme. L'équilibre entre volonté publique et orientations privées n'est pas simple à trouver mais la transparence de gestion et d'actionnariat est appréciable |

| | | |
|---|---|---|
| A-10 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-10 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Resp admin et finances |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | statut issu d'une fusion post loi NOTRe de 4 OT (1 EPIC, 2 ASSO et 1 RET) |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communauté de Communes : 83,33 %<br><br>2 communes (sur les 10 du territoire de la CC) pour 8,33 % chacune |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA uniquement |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Activités classiques d'Office de Tourisme (promotion, communication, accueil, information, animation, gestion d'évènements et commercialisation) pour le compte de l'actionnaire principal<br><br>Animation de musée pour le compte des 2 communes |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | 2 DSP et 1 contrat de service |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Pour cela, le statut de SEM existe non ? nous ne ferions rien de plus… |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | pas d'avis |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | pas d'acvis |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Trop importante sur certains points, et pas assez cadrée et formalisée sur d'autres. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | sans avis |
| 16 | Chambre régionale des comptes | sans avis |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | sans avis |
| 18 | Entreprises concurrentes | sans avis |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | à améliorer |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Pas sure que ce soit la forme la plus adaptée aux Offices de tourisme |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | pas d'avis car dépend de l'activité déléguée |
| | | |

| A-11 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-11 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui de SEM à SPL en 2018 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communauté d'Agglo Villefranche beaujolais Saône: 70% + 13 autres communes de l'Agglo:30% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui Assemblée spéciale des collectivités territoriales |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Structure réunis avant chaque CA; point régulier avec le Président de cette assemblée. L'assemblée dispose d'un poste d'administrateur au CA |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Aménagement/Construction |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Amo/mandat/conduite opération/concession d'aménagement |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non; il est normal qu'il n'y est que des actionnaires publics; la SPL ne travaille que pour ses actionnaires et en contrepartie pas de mise en concurrence.Pour le privé il y a la SEM |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non; l'actionnariat peut regrouper plusieurs CC et/ou Ca donc avoir un rayonnement géographique étendue. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant; nous avons plusieurs occasions d'échanger puisque nous avons des contrats avec eux, nous rencontrons nos administrateurs même si cela est avec une autre casquette régulièrement |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Je ne connais pas cette instance |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | L'absence de mise en concurrence |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Très favorable. Les élus recherchent des outils de proximité, réactif sachant que l'assujetissement au code de la commande public allourdie le phasage des opérations mais ce n'est pas un problème. L'absence de mise en concurrence va-t-il durer? |

| | | |
|---|---|---|
| A-12 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-12 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 3 communes et la communauté des communes. Chaque communes a un actionnaire et la comcom 4 |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non : actuellement le Président est le maire de la plus petite commune |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui : depuis la parution du décret de novembre 2019 concernant le partage des compétences, politiquement le choix a été fait de ne rien toucher jusqu'au élection (la fusion des comcom était un peu compliquée). La compétence petite enfance est exclusive à la comcom |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | accueil du jeune enfant (gestion de 3 multi-accueils) |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention de gestion d'un service public, convention de mise à disposition de personnel |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : nous gérons un service public, nous accueillons tous les enfants, nous avons un vrai rôle à jouer dans l'accueil et la mixité social, le privé pourrait nous en empêcher (notre domaine est spécifique) |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non : notre actionnaire principal comcom regroupe 47 communes le champ d'action est assez large |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non, pas dans notre cas |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant : malgré le fait que le comité de contrôle ne se réuni pas régulièrement |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | je vous joints mon tableau comparatif et différents documents que j'ai rédigé en direction des élus |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | C'est un réel outils de gestion souple pour l'accueil de la petite enfance. Dommage qu'il ne soit pas plus utilisé c'est une réelle avancée pour contrer les entreprises privées qui ne souhaitent que faire du bénéfice sur le dos des salariés et enfants accueillis. |

| A-13 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-13 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 3 communes et la communauté des communes. Chaque communes a un actionnaire et la comcom 4 |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non : actuellement le Président est le maire de la plus petite commune |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui : depuis la parution du décret de novembre 2019 concernant le partage des compétences, politiquement le choix a été fait de ne rien toucher jusqu'au élection (la fusion des comcom était un peu compliquée). La compétence petite enfance est exclusive à la comcom |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | accueil du jeune enfant (gestion de 3 multi-accueils) |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention de gestion d'un service public, convention de mise à disposition de personnel |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : nous gérons un service public, nous accueillons tous les enfants, nous avons un vrai rôle à jouer dans l'accueil et la mixité social, le privé pourrait nous en empêcher (notre domaine est spécifique) |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non : notre actionnaire principal comcom regroupe 47 communes le champ d'action est assez large |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non, pas dans notre cas |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant : malgré le fait que le comité de contrôle ne se réuni pas régulièrement |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | je vous joints mon tableau comparatif et différents documents que j'ai rédigé en direction des élus |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | C'est un réel outils de gestion souple pour l'accueil de la petite enfance. Dommage qu'il ne soit pas plus utilisé c'est une réelle avancée pour contrer les entreprises privées qui ne souhaitent que faire du bénéfice sur le dos des salariés et enfants accueillis. |

| | | |
|---|---|---|
| A-14 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-14 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directrice Administrative et Financière |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non (création statuts en 2014) |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | commune 1 = 45%; commune 2 : 40 %; commune 3: 7%; commune 4 et commune 5 : 4 % chacune, |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | accueil de jeunes enfants en structure collective et au domicile d'assistantes maternelles |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Concession de servicepublic par voie d'affermage |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non : la société travaille exclusivement pour ses actionnaires. |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | ne sait pas répondre |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | ne sait pas répondre |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant, nous avons un comité de contrôle qui précéde chaque CA et qui est interrogé sur les mêmes décisions que le CA. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | jamais questionné |
| 16 | Chambre régionale des comptes | jamais questionné |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | jamais vu |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | jamais questionné |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | l'avantage pour une collectivité d'avoir une SPL pour gérer ses services publics est la réactivité du gestionnaire, l'obligation de résultats et le suivi régulier "in house"comme si c'était un service interne. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | plutôt positif sur l'élan très dynamique des services déployés au sein des différentes EPL |

| A-15 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | Caux Seine développement |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | RAF |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | EPCI: 90%, commune 1: 1,67%, commune 2: 1,67%, commune 3: 1,67%, commune 4: 1,67%, commune 5: 1,67%, commune 6: 1,67% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | développement économique et formation et emploi |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | marché public et dsp |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, réaliser les mêmes missions pour d'autres collectivités non actionnaires |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui, développer des missions complémentaires |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | inconvénients: actionnariat exclusivement public, activité sur le territoire |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | futur incertain |

| A-16 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-16 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Jusqu'à fin 2012 le réseau d'autobus de l'agglomération de St Brieuc était géré par le biais d'une DSP attribuée au Groupe Transdev (Caisse des Dépôts) pour la période 2007-2012 (Succédant ainsi à plusieurs DSP, il n'y a jamais eu de gestion publique du réseau).<br><br>Au vu des évolutions de prix et aux difficultés économique de la SARL St Brieuc Mobilités impliquant des difficultés sociales les élus ont voulu tester le modèle public pour éviter d'avoir l'impression de financer sans avoir la certitude du bon usage local. Ainsi au 1er janvier 2013 la gestion a été confiée à une SPL. |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 300 actions St Brieuc Armor Agglomération et 5 actions Conseil Régional de Bretagne (qui a succédé au Département des Côtes d'Armor suite à la loi NOTRE) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non le petit actionnaire est plutôt dormant du fait que le législateur n'ait pas prévu une SPL à actionnaire unique comme une SASU. De plus la SPL est mono contrat avec la collectivité donc pas de débat à qui profite les fruits collectifs et la répartition des moyens entre les différents contrats |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui le département suite à la loi NOTRE, le Conseil Régional de Bretagne a racheté les actions au département |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Exploitation du réseau de Transports de l'Agglomération incluant le conseil en mobilité, la location de Vélo, la gestion du Mobilier urbain, la gestion des services à la demande (PMR et TAD divers). |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Contrat OSP |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Si il y a actionnaire privé ce n'est plus une SPL dans ce cas faire une SEM !!! |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Cela paraît logique mais dans certains cas cela pourrait être utile sous réserve de ne pouvoir prester que pour des structures publiques. Il pourrait y avoir des intérêts de péréquations de moyens. Pour ce qui nous concerne cela ne représenterait pas beaucoup en CA potentiel |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Idem que 12 sauf que pour nous du fait d'avoir la Région le besoin d'aller plus loin est nul. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Le contrôle analogue est fort par rapport à une société classique ou même une SEM, mais dans notre cas la bonne entente avec la technostructure rend cela gérable. Le modèle étant public on peut comprendre cette logique |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | trop important et inutile |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | RAS |
| 18 | Entreprises concurrentes | RAS |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | RAS |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |

| | | |
|---|---|---|
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Il s'agit d'un outil qui trouve sa place entre la régie et la SEM avec l'avantage de plus de souplesse qu'une régie et une capacité à une véritable gestion en entreprise tout en ayant aucun compte à rendre à des actionnaires privés (comme en SEM) qui peuvent avoir des velléité financières plus qu'industrielle (par l'envie de vendre des prestations, de se refaire sur les assistances techniques, …) Avantage d'échapper à une logique trop de « financier » écoles de commerce. L'inconvénient correspond à ses avantages peut avoir un fonctionnement un peu trop dicté par les lourdeurs administratives et les carcans des systèmes publics. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Il s'agit d'un échelon intermédiaire intéressant qui permet à des collectivités qui ont le courage de l'humilité d'apprendre un métier d'en faire un outil adaptable et dont on connaît le juste prix. Certaines collectivités utilisent ce modèle (CD35) pour étalonner les contrats privés. En connaissant les réalités industrielles elles sont plus aptent à cerner la réalité du prix demandé par les privés. Dans tous les sens d'ailleurs. |

| A-17 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-17 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Jusqu'à fin 2012 le réseau d'autobus de l'agglomération de St Brieuc était géré par le biais d'une DSP attribuée au Groupe Transdev (Caisse des Dépôts) pour la période 2007-2012 (Succédant ainsi à plusieurs DSP, il n'y a jamais eu de gestion publique du réseau).<br><br>Au vu des évolutions de prix et aux difficultés économique de la SARL St Brieuc Mobilités impliquant des difficultés sociales les élus ont voulu tester le modèle public pour éviter d'avoir l'impression de financer sans avoir la certitude du bon usage local. Ainsi au 1er janvier 2013 la gestion a été confiée à une SPL. |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 300 actions St Brieuc Armor Agglomération et 5 actions Conseil Régional de Bretagne (qui a succédé au Département des Côtes d'Armor suite à la loi NOTRE) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non le petit actionnaire est plutôt dormant du fait que le législateur n'ait pas prévu une SPL à actionnaire unique comme une SASU. De plus la SPL est mono contrat avec la collectivité donc pas de débat à qui profite les fruits collectifs et la répartition des moyens entre les différents contrats |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui le département suite à la loi NOTRE, le Conseil Régional de Bretagne a racheté les actions au département |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Exploitation du réseau de Transports de l'Agglomération incluant le conseil en mobilité, la location de Vélo, la gestion du Mobilier urbain, la gestion des services à la demande (PMR et TAD divers). |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Contrat OSP |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Si il y a actionnaire privé ce n'est plus une SPL dans ce cas faire une SEM !!! |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Cela paraît logique mais dans certains cas cela pourrait être utile sous réserve de ne pouvoir prester que pour des structures publiques. Il pourrait y avoir des intérêts de péréquations de moyens. Pour ce qui nous concerne cela ne représenterait pas beaucoup en CA potentiel |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Idem que 12 sauf que pour nous du fait d'avoir la Région le besoin d'aller plus loin est nul. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Le contrôle analogue est fort par rapport à une société classique ou même une SEM, mais dans notre cas la bonne entente avec la technostructure rend cela gérable. Le modèle étant public on peut comprendre cette logique |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | trop important et inutile |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | RAS |
| 18 | Entreprises concurrentes | RAS |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | RAS |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |

| | | |
|---|---|---|
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Il s'agit d'un outil qui trouve sa place entre la régie et la SEM avec l'avantage de plus de souplesse qu'une régie et une capacité à une véritable gestion en entreprise tout en ayant aucun compte à rendre à des actionnaires privés (comme en SEM) qui peuvent avoir des velléité financières plus qu'industrielle (par l'envie de vendre des prestations, de se refaire sur les assistances techniques, …) Avantage d'échapper à une logique trop de « financier » écoles de commerce. L'inconvénient correspond à ses avantages peut avoir un fonctionnement un peu trop dicté par les lourdeurs administratives et les carcans des systèmes publics. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Il s'agit d'un échelon intermédiaire intéressant qui permet à des collectivités qui ont le courage de l'humilité d'apprendre un métier d'en faire un outil adaptable et dont on connaît le juste prix. Certaines collectivités utilisent ce modèle (CD35) pour étalonner les contrats privés. En connaissant les réalités industrielles elles sont plus aptent à cerner la réalité du prix demandé par les privés. Dans tous les sens d'ailleurs. |

| A-18 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-18 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Jusqu'à fin 2012 le réseau d'autobus de l'agglomération de St Brieuc était géré par le biais d'une DSP attribuée au Groupe Transdev (Caisse des Dépôts) pour la période 2007-2012 (Succédant ainsi à plusieurs DSP, il n'y a jamais eu de gestion publique du réseau).<br><br>Au vu des évolutions de prix et aux difficultés économique de la SARL St Brieuc Mobilités impliquant des difficultés sociales les élus ont voulu tester le modèle public pour éviter d'avoir l'impression de financer sans avoir la certitude du bon usage local. Ainsi au 1er janvier 2013 la gestion a été confiée à une SPL. |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 300 actions St Brieuc Armor Agglomération et 5 actions Conseil Régional de Bretagne (qui a succédé au Département des Côtes d'Armor suite à la loi NOTRE) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non le petit actionnaire est plutôt dormant du fait que le législateur n'ait pas prévu une SPL à actionnaire unique comme une SASU. De plus la SPL est mono contrat avec la collectivité donc pas de débat à qui profite les fruits collectifs et la répartition des moyens entre les différents contrats |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui le département suite à la loi NOTRE, le Conseil Régional de Bretagne a racheté les actions au département |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Exploitation du réseau de Transports de l'Agglomération incluant le conseil en mobilité, la location de Vélo, la gestion du Mobilier urbain, la gestion des services à la demande (PMR et TAD divers). |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Contrat OSP |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Si il y a actionnaire privé ce n'est plus une SPL dans ce cas faire une SEM !!! |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Cela paraît logique mais dans certains cas cela pourrait être utile sous réserve de ne pouvoir prester que pour des structures publiques. Il pourrait y avoir des intérêts de péréquations de moyens. Pour ce qui nous concerne cela ne représenterait pas beaucoup en CA potentiel |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Idem que 12 sauf que pour nous du fait d'avoir la Région le besoin d'aller plus loin est nul. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Le contrôle analogue est fort par rapport à une société classique ou même une SEM, mais dans notre cas la bonne entente avec la technostructure rend cela gérable. Le modèle étant public on peut comprendre cette logique |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | trop important et inutile |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | RAS |
| 18 | Entreprises concurrentes | RAS |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | RAS |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |

| | | |
|---|---|---|
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Il s'agit d'un outil qui trouve sa place entre la régie et la SEM avec l'avantage de plus de souplesse qu'une régie et une capacité à une véritable gestion en entreprise tout en ayant aucun compte à rendre à des actionnaires privés (comme en SEM) qui peuvent avoir des velléité financières plus qu'industrielle (par l'envie de vendre des prestations, de se refaire sur les assistances techniques, …) Avantage d'échapper à une logique trop de « financier » écoles de commerce. L'inconvénient correspond à ses avantages peut avoir un fonctionnement un peu trop dicté par les lourdeurs administratives et les carcans des systèmes publics. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Il s'agit d'un échelon intermédiaire intéressant qui permet à des collectivités qui ont le courage de l'humilité d'apprendre un métier d'en faire un outil adaptable et dont on connaît le juste prix. Certaines collectivités utilisent ce modèle (CD35) pour étalonner les contrats privés. En connaissant les réalités industrielles elles sont plus aptent à cerner la réalité du prix demandé par les privés. Dans tous les sens d'ailleurs. |

| A-19 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-19 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur Opérationnel |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui : 3 structures communales associatives préexistantes absorbées dans le cadre de la loi NOTRe et la prise de compétence tourisme de l'EPCI |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | EPCI : 90%, commune centre : 10% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | non: sans objet |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non: sans objet |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Activité principale : service public local du tourisme (Office de tourisme)<br>Activités secondaires : exploitation de deux sites de visites historique, commercialisation de produits touristiques (agence de voyage immatriculé auprès d'Atout France) |

| | | |
|---|---|---|
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Compétence Tourisme ; Convention pluriannuelle d'objectifs et de moyens<br>Exploitation des monuments : Convention de Gestion (en cours d'évolution vers un cadre de DSP) |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non : sans objet pour notre domaine d'activité |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | je ne saisi pas bien la différence avec la question suivante, dsl |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : en particulier sur le périmètre d'intervention assez restrictif lorsque l'on évolue dans le monde du tourisme pour lequel les pérmiètres administratifs ne sont pas en adéquation avec le périmètre des pratiques effectives des clientèles (commercialisation de séjours, promotion...) |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | souplesse, réactivité, compétitivité, transparence |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Structures disposant d'un grand potentiel, à condition que le législateur considère leurs spécificités vis-à-vis d'une SA traditionnelle, en particulier en ce qui concerne la fiscalité pour les activités qui relèvent du service public. |

| | | |
|---|---|---|
| A-20 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-20 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directrice |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Association puis EPIC et SPL depuis 2014 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | commune 77% communauté commune 1% région 1% les sables d'olonne 1% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Gestion de l'Office de Tourisme, du centre nautique, du camping municipal, de certains évènements |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Conventions réglementées |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | si nous souhaitions de l'actionnariat privé, nous aurions choisi une autre forme juridique |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | NSP |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | NSP |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Normal. RAS |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | gestion très souple, réactivité importante |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Elles vont se développer. C'est une forme juridique qui n'est pas encore bien connue |

| | | |
|---|---|---|
| A-21 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-21 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur Opérationnel |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 5 communes = 100% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Politique Enfance Jeunesse et valorisation de Patrimoine |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | DSP |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | insuffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant / |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Réactivité face à une collectivité, avantage du droit privé pour travailler |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | c'est l'avenir ! |

| A-22 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-22 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Gestionnaire administrative et financière |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Métropole: 40%<br>Ville: 2%<br>Ville: 22%<br>Ville: 36% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | oui au même titre que toutes les EPL avec des actionnaires villes<br>-> Décision CE 14 11 2018 |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Aménagement et Developpement |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Mandat<br>Convention d'amenagement, concession<br>Contrat de prestation de service |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui<br>-> elargir nos interventions, développer notre activité |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui<br>-> elargir nos interventions, développer notre activité |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui<br>-> elargir nos interventions, développer notre activité |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | suffisant |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | - |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | - |

| | | |
|---|---|---|
| A-23 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-23 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG sans service juridique avec une formation initiale juridique |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SA |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Agglo et 5 des 6 villes de l'agglo |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non, au regard du nb d'actionnaires pas de besoin |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | les statut sont les plus larges possibles : gestion immobilière. En réalité, AMO et gestion pour le compte de tiers |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | les DSP de SPL sont une vue de l'esprit puisque elles ne peuvent pas supporter un vrai risque : les collectivités sont les actionnaires. Mais la question de la forme du contrat ne se pose pas en pratique : on invente ce qu'on a envie d'inventer au cas par cas. Pour chaque problème, il y a une solution différente |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Cette question peut se poser en fonction de l'activité de la SPL… Pour du service à la personne, développement éco ou foncière de tertiaire, la question peut se poser.<br><br>Où la nature du partenaire privée pourrait se poser : la CDC, un OT, une autre SEM ou SPL,… |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | je pense qu'il faut libérer les énergies |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Difficile de répondre dans l'absolu… Par principe, intellectuellement, je ne trouve pas cela choquant… mais peut être bloquant pour le développement des affaires…surtout sur des sujets d'assainissement… |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Encore est-il nécessaire d'avoir compris l'outil. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | idem |
| 16 | Chambre régionale des comptes | idem |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | idem |
| 18 | Entreprises concurrentes | idem |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | idem |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Contrairement à ce qu'il paraît, le gros avantage des SPL est la sécurisation des opérations longues, et pas l'absence de mise en concurrence. Cela est très clair dans l'aménagement, domaine dans lequel les changements d'objectifs publics sont incessants, et pour lesquels dans une concession privée, il faudrait remettre en concurrence. Le risque est que les collectivités se détachent de la gestion des SPL s'ils calquent cette gestion sur celle d'une SEML, qui est une entreprise plus libre de rechercher des marchés de son côté, et donc plus autonome. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | La SPL apporte sans doute des changements de mentalités au niveau des collectivités locales. Elle apporte un certain esprit d'entreprise, une logique de rentabilité aux collectivités locales. |

| A-24 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-24 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | SEM pendant 20 ans puis SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communauté de communes + 10 communes en direct |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Assemblée spéciale |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | contrat de prestations intégrées |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui. Partenariat entre territoires |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | trop important |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | ok |
| 16 | Chambre régionale des comptes | ok |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | pas concerné |
| 18 | Entreprises concurrentes | pas concerné |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | inexistant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | le moins mauvais système de gestion parapublique mais grosse lourdeur de gestion |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | devront se diriger vers l'acceptation d'un actionnaire unique plutôt que deux échelons administratifs |

| A-25 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-25 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | autre : Directrice |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui : Association --> SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 3 communes : Commune 1 (96%) Commune 2 (2%) Commune 3 (2%) |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Animation d'un tiers-lieux : espace de fabrication numérique, cyber café et médiation numérique, coworking, accueil et organisation d'événements d'entreprises ou culturels, marché de producteur |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | DSP avec la commune actionnaire majoritaire |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : Cette règle nuit à notre développement. Un certain nombre d'acteurs privés souhaiteraient apporter leur aide dans le développement de notre projet car il a une haute valeur ajoutée pour le territoire. Nous arrivons juste à l'équilibre économique et l'appui des acteurs privés pourrait être vecteur de développement du projet. |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : En territoire rural lorsque seules 3 communes sont rattachées au projet il devient difficile d'envisager un développement. Hors notre projet concerne un bassin de vie qui va bien au-delà de ces trois communes. Cependant, étant éloigné des grands centres urbains, il est difficile de demander à d'autres collectivités de plus grande envergure (comme notre communauté d'agglo) de rentrer au capital de la SPL. |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui : il faudrait que cette limitation tienne compte de la spécificité de l'activité des SPL. Une SPL comme la notre ne peut pas et ne doit pas se limiter au territoire des collectivités-actionnaires. Le projet perd de son sens… |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | insuffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | insuffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | insuffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Avantages : une gestion assouplie et transparente vis-à-vis de la commune et des administrés + possibilité de signer un contrat de DSP. Inconvénients : pas d'actionnariat privé et limité au territoire des actionnaires + un statut juridique encore peu connu et donc des zones de flou ou d'ombre pour nous. |

| | | |
|---|---|---|
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Ne se prononce pas. De notre côté, les inconvénients évoqués plus haut me font réfléchir à un développement sous une autre forme juridique d'ici quelques années. Nous avions fait le choix de la SPL afin que la commune puisse rester dans le giron dans le projet. D'autres status juridiques doivent permettre cela... |

| | | |
|---|---|---|
| A-26 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-26 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur Général - Directreur Financier |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui : création an août 2009 sous statut SPLA ; transformation en SPL en avril 2013 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Métropole = 55,84% ; 2 villes pour 10,95% chacune ; Région = 10,95% ; 1 Communauté Urbaine pour 1,09%; 8 villes pour 1,09% chacune ; 2 villes pour 0,55% chacune ; 2 villes pour 0,18% chacune |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui : assemblée spéciale et censeurs suivant les recommandations de l'arrêt Conseil d'Etat "Marsannay c/ SPLAAD" du 6/11/2013<br>"Les actionnaires membres de l'Assemblée Spéciale de la Société pourront désigner des représentants participant au Conseil d'Administration en qualité de censeurs, dans les conditions et selon les modalités définies par ledit Conseil d'Administration, le cas échéant au sein d'un règlement intérieur.<br>Le poste de censeur est attribué pour la durée du mandat électoral des représentants désignés.<br>Les censeurs sont convoqués aux séances du conseil d'administration et prennent part aux délibérations avec voix consultative. Ils ne sont pas rémunérés. " (extrait des statuts) |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | non |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Aménagement et construction : "La Société a pour objet la réalisation et la gestion d'opérations d'aménagement au sens de l'article L.300- 1 du Code de l'urbanisme et de construction.<br>A cet effet, elle pourra réaliser toute action concernant :<br>- La réalisation d'actions ou d'opérations d'aménagement ou de construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux, de locaux commerciaux ou industriels destinés à la vente ou à la location,<br>- La réalisation d'études préalables aux opérations ou actions d'aménagement ou aux opérations de construction, ainsi que des missions d'assistance ou de coordination (techniques, juridiques, financières...) nécessaires à ces opérations,<br>- L'acquisition / démolition d'immeubles bâtis ou non bâtis,<br>- L'exploitation, la gestion, le portage, l'entretien, la commercialisation, l'aménagement et la mise en valeur des terrains, bâtiments, ouvrages et équipements, en relation avec son activité d'aménageur ou de constructeur,<br>- La promotion et l'animation du projet d'aménagement ou de construction,<br>- Et, plus généralement, l'équipement et la construction d'ouvrages nécessaires au développement de la vie économique et sociale des collectivités territoriales, ainsi qu'au renouvellement urbain.<br>La société exercera les activités visées ci-dessus pour le compte exclusif de ses actionnaires et sur leur territoire, en exécution de conventions passées avec les collectivités territoriales ou les groupements de collectivités territoriales actionnaires s'inscrivant dans le cadre des relations « in house ».<br>D'une manière plus générale, elle pourra accomplir toutes les opérations financières, commerciales, mobilières et immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet social ou susceptibles d'en faciliter la réalisation.<br>Elle pourra également participer en tant que de besoin, à un Groupement d'Intérêt Économique (GIE). " (extrait des statuts) |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Conventions de prestations intégrées portant concession d'aménagement OU portant mandat |

| | | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant mais méconnaissance des SPL par les CRC |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Non concerné (ne concerne que les DSP) |
| 18 | Entreprises concurrentes | Sans objet, une SPL agissant dans le cadre du "in house " donc sans concurrence |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Sans objet, aucun contrôle de ce type n'étant prévu en direct (il peut éventuellement avoir lieu lors de la publication d'un rapport de la CRC, suite à un rapport présenté en conseil municipal, etc., donc de manière indirecte) |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |

| | | |
|---|---|---|
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Avantages : mobilisation directe de la SPL par la collectivité-actionnaire sans mise en concurrence (donc gain de temps dans le planning administratif d'une opération) ; possibilité de recruter les salariés de manière concurrentielle par rapport aux entreprises qui recrutent dans le même domaine (chargés d'opérations, chefs de projets...) car salariés de droit privé, et ainsi avoir des salariés à hautes compétences ; exercice d'activités de service public ; respect des règles de la commande publique<br>Inconvénients : pas de possibilité de mener des opérations pour compte propre (qui généralement permettent de constituer des fonds propres, qui peuvent être prêtés aux collectivités dans le cadre des opérations et ainsi éviter d'avoir recours à l'emprunt bancaire, plus cher) |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | De plus en plus de collectivités ont recours aux SPL, car c'est un outil extrèmement efficace qui reste totalement maîtrisé par le public |

| A-27 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-27 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | NON |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Ville centre 60% - Communauté d'Agglomération 38% - 21 communes de l'agglomération se répartissent 2% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui assemblée spéciale des petits actionnaires. Je n'ai pas en tête les recommandations de la fédération. Se réunit une à deux fois/an, pour information sur vie de la société, arrêté des comptes, décisions sur opérations propres… Le Président de l'assemblée spéciale siège au CA. |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | oui très ponctuellement entre ville centre et agglo. Compétence Gemapi notamment. Le contrat (mandat) a simplement été transféré à l'agglo. |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Principales : Concessions d'aménagement et mandats de construction d'équipements publics, Accessoires : gestion du stationnement de surface de la ville centre, gestion de l'office de tourisme, gestion centre aquatique |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Concessions d'aménagement, mandats et contrats d'AMO pour les constructions et études diverses, DSP pour stationnement et centre aquatique, contrat d'objectifs et de moyens pour la promotion touristique. |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Cette interdiction a été la base de la création des SPL. Des privés au sein du CA permettrait d'avoir un autre regard sur la gestion de l'entreprise, mais avec le risque d'une requalification à terme du in house. |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui mais attention à ne pas perdre les atouts du in house. Nous avons une SEM à côté de la SPL pour travailler en dehors de nos actionnaires donc pas un besoin vital de travailler hors les actionnaires pour la SPL. Mais 10 à 20% du chiffre d'affaires hors les actionnaires serait un plus, bien sûr. |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Un assouplissement permettrait en effet d'accompagner ponctuellement des collectivités pour lesquelles rentrer dans l'actionnariat n'a pas de sens et aussi de travailler en co-maîtrise d'ouvrage avec d'autres SPL sur des territoires voisins pour proposer ensemble des missions rassemblant plus de compétences. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant, notamment via le comité social et le comité d'engagement. |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant parfois tatillon sur les compétences de l'objet social de la SPL |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | ??? Je ne comprends pas cette question |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Dans l'absolu insuffisant, mais cela dépend au cas par cas des dossiers. Pour la gestion et le contrôle de la société il n'existe pas d'instance dédiée aux citoyens. |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |

| | | |
|---|---|---|
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | La facilité contractuelle permet une forte accélération des projets quelle que soit la taille de la collectivité. L'expertise apportée par la SPL sur chaque problématique est un véritable soutien pour tous nos actionnaires.Outre la réponse rapide et efficace aux problématiques d'aménagement et de construction, l'agilité de l'entreprise permet de répondre à toutes sollicitations de gestion notamment, dans un souci du respect de la demande politique et de l'exigence économique et financière. L'intervention limitée aux seuls actionnaires n'est pas un obstacle fondamental (mais nous avons une SEM à côté (la SAT). |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Au regard de mon expérience depuis la création en 2012 de la SPL et de son poids aujourd'hui en terme d'emplois, de chiffre d'affaires et du nombre de contrats, je pense que les SPL sont promises à un avenir plutôt prometteur, à la fois dans la diversification des métiers et des types de contrats, de réactivité aux problématiques des collectivités locales, d'ancrage dans le territoire et de compétences à la charnière de l'intérêt général et de l'exigence économique. |

| A-28 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-28 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | SEM transformée en SPL en 2012 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Commune n°1 = 80% ; EPCI = 18% ; 3 villages mitoyen du canton = 2% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui, débat autour de la zone d'activité portuaire instituée par la Loi NOTRe. EPCI =communauté urbaine, donc pas de transfert de propriété possible, le préfet a accepté de distinguer le port de plaisance de la ZAC d'activité économique du Pôle Nautique créée par l'EPCI. Au final, pas de modification de la situation initiale |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | DSPs : Port de Plaisance, Parcs publics de stationnement, Aquarium, opérations d'aménagement |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | DSP, convention d'aménagement, contrats sui generis |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | Suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Tous les avantages du "In house" avec une société régie par le droit privé et commercial avec des missions de service public et d'intérêt général |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Incontournables pour favoriser la pérennité et le temps long pour la réussite des projets des collectivités territoriales |

| A-29 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-29 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DG / |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Communauté 50 % et les 5 communes 50 % |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non chaque commune siège au CA ( 6 actionnaires en tout) |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | opérations amenagement et constructions sous mandat / opérations en AMO pour des études de faisabilité |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Convention de mandat et contrat AMO |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non cette règle convient . Sinon c'est une SEM |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non la SPL est un outil adapté au bloc local, et il est simple d'ouvrir le capital à de nouveaux actionaires |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | intervention pour le compte des actionnaires , il me semblait que cela autorisait la SPL à intervenir pour un actionnaire même sur un bien ou une propriété située en dehors du terrioire ( rare mais ca peut arriver) |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant en CA et controle analogue ok |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | outil adapté |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | à préserver car correspond à un besoin |

| A-30 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-30 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directrice adjointe car trois directeurs |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | oui de SEM à SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | COMMUNES ET COMMUNAUTE DE COMMUNES |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | NON |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | NON |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Activités en eau thermale |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention de partenariat / convention de délégation pour l'exploitation et le gestion d'activites thermales et touristiques en haute vallée du louron |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | oui |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | suffisant |
| 15 | Préfecture | sufisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | sufisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | sufisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | sufisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | sufisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | plus souples pour les marchés publics et gestion moins contraignante qu'une régie!!!! |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | |

| | | |
|---|---|---|
| A-31 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-31 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Secrétaire Général |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui, une SAEM préexistait avec une partie des activités de la SPL, elle s'est transformée en SPL en janvier 2011 |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Métropole 68%, Ville 17%, Département et Région 5% chacuns + petits actionnaires |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui, assemblée spéciale des actionnaires minoritaires (peu d'infos sur recommandation Fédé) |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Tourisme et Culture |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié ? | 3 grandes DSP + un contrat de MOA déléguée sur une opé d'investissement |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, nous avons déjà intégré des représentants de professionnels du tourisme en administrateurs non actionnaires |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, projets inter-Collectivités facilités |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Important par notre actionnaire principal, également délégant de service public, modeste chez les autres |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Trop important (récemment) |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Trop important (contrôle très large récemment) |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | Insuffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Trop important |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Règles de commande publique trop strictes alors que fortes limitations lié au statut : non éligibilité au mécénat, territoire limité, prestations limitées… |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Assouplissement nécessaire |

| A-32 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-32 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Responsable juridique de l'actionnaire majoritaire |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | EPCI : 99,9 %<br>5 communes membres de l'EPCI : 0,1% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui, assemblée spéciale des petits actionnaires. Je ne connais pas les recommandations EPL sur le sujet. On a tenté de donner un peu de poids dans les statuts à cette assemblée mais en réalité la part de capital détenu par les petits actionnaires ne leur donne qu'un léger pouvoir de contrôle, qui risque de ne pas être mis en oeuvre car ces actionnaires, au regard de leur poids, ne seront peut-être pas motivés pour s'impliquer. |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Objet social : le développement et la gestion de services à la population en particulier à destination de l'enfance et de la jeunesse.<br>La principale activité : la gestion des crêches du territoire |

| | | |
|---|---|---|
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Marché publics et DSP.<br>Du personnel est mis à disposition. La SPL n'est pas mise en concurrence, nous utilisons les « quasi régies » du code de la commande publique. C'est une des raisons qui ont conduit à la création de la SPL.<br><br>Il n'y a pas de réelle négociation avec la SPL. Le premier contrat a été rédigé en parallèle de la création de la société, il n'y donc pas eu d'échanges entre la SPL et Cotelub.<br><br>Nous travaillons actuellement sur d'autres contrats : dans un premier temps nous en définissons les termes au sein de Cotelub, il sera ensuite soumis à la SPL. Mais la marge de manœuvre de la SPL est très réduite car au final vécue comme une « extension » de Cotelub. |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | SPL trop récente pour avoir une idée concrète sur la question. Sur le papier et dans les intentions, le souhait est d'avoir un contrôle important sur la société, mais à terme cela dépendra de l'implication réelle des élus dans son fonctionnement (au travers de leur rôle d'administrateur et des pouvoirs de contrôle donnés à la collectivité tant dans les statuts que dans les contrats de marchés publics ou DSP) |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | SPL trop récente |
| 16 | Chambre régionale des comptes | SPL trop récente |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Pas de CCSPL dans notre cas. |

| | | |
|---|---|---|
| 18 | Entreprises concurrentes | SPL trop récente |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | SPL trop récente |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Pour ne parler que de celle que je connais : il s'agissait de passer d'un mode de gestion associatif (1 association par crêche) peu satisfaisant (pas de contrôle de la collectivité mais coût important en subventions, risque de requalification des conventions de subventionnement en marché public, ...) à un mode de gestion sur lequel la collectivité aurait plus de contrôle tout en maitrisant les coûts (notamment en uniformisation la gestion des crêches). La reprise en régie a été écartée (beaucoup de personnel à reprendre notamment) pour une gestion déléguée. La SPL a semblé l'outil nous offrant le plus de contrôle par rapport à une DSP "classique" (risque de perte de qualité de service en confiant la gestion à une entreprise privée "classique"). Un des avantages a été aussi de trouver un mode de gestion des crêches qui pérenise ces dernières sur le territoire (nous sommes un petit EPCI et avons des crainte de redécoupage des EPCI).<br>La SPL n'a été créée qu'en novembre 2019, pas de recul pour savoir si notre stratégie est efficace. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | D'un côté, c'est un outil intéressant qui plait aux élus et offre un outil de gestion des services publics supplémentaire, en ce sens elle a un avenir.<br>D'un autre côté un rapport récent de la cour des comptes en pointe les possibles dérives financières (surtout pour les SEM il me semble) et j'ai des interrogations sur l'attitude du secteur privé classique face aux SPL (qui prennent des "parts de marché" sans mise en concurrence).<br>Je n'ai pas vraiment d'opinion sur le futur des SPL. |

| | | |
|---|---|---|
| A-33 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-33 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | chargé des affaires juridiques : plus précisément responsable juridique et administrative (soit juridique, marchés publics, assurances et RH) |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Oui : de SPLA à SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | % du capital détenu comme suit :<br>communauté d'agglo 89,70%<br>commune 2,50%<br>commune 1,00%<br>commune 1,00%<br>commune 1,50%<br>commune 0,10%<br>commune 1,00%<br>commune 0,10%<br>commune 0,10%<br>commune 2,00%<br>commune 0,10%<br>SIVU EHPAD 0,10%<br>commune 0,10%<br>commune 0,10%<br>commune 0,10%<br>communauté de communes 0,50 % |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA / Directoire |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui : il s'agit d'une assemblée spéciale. L'assemblée spéciale se réunit avant chaque CA afin de recevoir les consignes de vote. |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |

| | | |
|---|---|---|
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | La société a pour objet :<br><br>I. DE REALISER TOUTE ACTION OU OPERATION D'AMENAGEMENT DEFINIE A L'ARTICLE<br>L 300-1 DU CODE DE L'URBANISME, ET NOTAMMENT :<br><br>- Toute acquisition et cession d'immeubles en vue de la réalisation des actions et opération d'aménagement destinées à mettre en oeuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels<br>- Toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L. 300-1 (actions ou opérations d'aménagement visant à mettre en oeuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels)<br>- toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux<br>- la gestion, la location et éventuellement l'aliénation des terrains, et immeubles nécessaires pour la bonne conduite des missions confiées<br>- toute mise en œuvre du Droit de préemption et de priorité, toute expropriation requise par les opérations confiées<br><br>II. OUTRE LA REALISATION DE TOUTE OPERATION D'AMENAGEMENT AU SENS DU CODE DE L'URBANISME, ET NOTAMMENT DE:<br>- réaliser des études préalables à toutes actions et opérations d'aménagement au sens du code de l'urbanisme;<br>- assurer la gestion, la location et éventuellement l'aliénation des terrains, et immeubles nécessaires à l'aboutissement et la mise en œuvre des projets confiés<br>- procéder à toute mise en œuvre du droit de préemption et de priorité et toute expropriation |

| | | |
|---|---|---|
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | marchés subséquents, mandat de maîtrise d'ouvrage délégué et concession |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | PAS D'AVIS |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non : il est normal que l'on dispose d'un cadre juridique, sinon ce n'était pas limité, cela pourrait entraver le fonctionnement de d'autres sociétés ou organismes publics, Cela permet de conserver une certaine concurrence |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant, Nous avons également mis en place un comité stratégique de pilotage et un comité technique pour justifier le contrôle analogue de nos collectivités, |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | ????? |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | |

| A-34 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-34 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Direction des affaires juridiques |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Il y a eu deux types d'évolutions : - structurelle : la société était une SAEML à sa création en 2006 puis est devenue une SPL en 2016 / - capitalistique : nous avons eu des modifications d'actionnaires dans le cadre de la SPL |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | ville n°1 = 99% / intercommunalité n°1 = 1% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Exploitation [d'un monument culturel et touristique]et opérations de toute nature qui s'y rattachent |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | convention de délégation de service public / marché public in house / convention d'exploitation ; au sens du droit des sociétés, ce sont nos conventions règlementées |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non, d'un point de vue formel nous avons connu le format de SEM puis de SPL. Nous avons moins d'actionnaires en nombre, cela simplifie les actes et les décisions. |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, la SPL reste une "société" au sens du droit privé, même soumise aux dispositions du CGCT. À ce titre, la notion d'objet social ne devrait être limitée aux activités des actionnaires : la SPL est notamment une source de développement qui peut conduire à créer des activités nouvelles. Ce serait donc antinomique et restrictif économiquement. |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, nous en sommes un exemple. Par ailleurs dans un contexte de mondialisation, cela reviendrait à restreindre des chances de compétitivité. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Insuffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | Suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | C'est un outil juridique adapté pour le développement des territoires car un bon compromis entre la vocation de l'action publique et l'ouverture économique. Toutefois les jurisprudences récentes limitent l'envergure et l'étendue de l'objet même des SPL - créant ainsi une instabilité juridique pour ce format. Par ailleurs le fait d'être constamment positionnée entre droit public et droit privé apporte des interrogations systématiques en termes d'analyses et d'études d'impact pour les directions juridiques. Enfin en tant que forme particulière de société, elle est parfois "oubliée" des textes législatifs et réglementaires, ce qui crée un vide juridique. |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | La forme de SPL peut devenir incontournable pour autant que son cadre juridique soit plus identifié et stabilisé. |

| A-35 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-35 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directrice du [syndicat mixte] actionnaire principal [de la société] |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | communautés d'agglomération, communautés de communes, syndicats mixtes |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non - 14 EPCI - 18 administrateurs - 1 administrateur par adhérent pour que les petits actionnaires soient représentés et 4 postes restants d'administrateurs attribués aux principax actionnaires |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | conception, réalisation, exploitation, maintenance d'un centre de tri des emballages recyclables, transport des emballaes, vente des matéraixu triés |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | pacte d'actionnaires/ Les 14 EPCI ont chacune délibéré pour :<br>· Valider la création de la SPL et son objet social<br>· Approuver les statuts, le pacte d'actionnaire, le règlement intérieur<br>· Autoriser leur président à signer les statuts et le pacte d'actionnaire<br>· Approuver le capital social<br>· Approuver la composition du conseil d'administration<br>· Nommer les administrateurs pour représenter leur EPCI au sein de la SPL.<br>A l'appui de ces 14 délibérations, les 14 présidents se sont réunis pour signer les statuts et le pacte d'actionnaires.<br>Il n'y a donc aucun autre contrat entre les actionnaires et la SPL. |

| | | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | absence de retour d'expériences |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | absence de retour d'expériences |
| 18 | Entreprises concurrentes | absence de retour d'expériences |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | absence de retour d'expériences |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Montage qui permet le regroupement d'établissements publics<br>Vide juridique sur l'acquisition de foncier propre à la SPL |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Plusieurs montages de SPL ces 2 dernières années pour la construction de centres de tri interdépartementaux, à la suite d'analyses des différentes solutions juridiques existantes. A voir le devenir de ces récentes expériences dont celle de [la société]. |

| A-36 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-36 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Juriste |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | Région : 80 % / Département : 20 % |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Oui, loi NOTRe = sortie actionnaire |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Activités principales : exploitation et gestion opérationnelle du site de l'abbaye de fontevraud / promotion touristique |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Délégation de service public |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | D'une manière générale, la societe publique régionale de […] n'est pas vraiment concernée par ces questionnements. En effet, elle est née pour assurer la gestion d'un site patrimonial. Par conséquent, elle n'intervient que sur un seul territoire, seulement dans le domaine touristique : la promotion de son site. Pour ce qui est de l'actionnariat privé, cela n'aurait pas de sens: les |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | |

| | | |
|---|---|---|
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | actionnaires attendraient des résultats alors que, compte tenu du fait que le monument doit être un lieu accessible à tous les publics, dans le cadre de la culture, la seule vente de billet d'entrée serait certainement insuffisante. On trouve souvent des cas de schémas qui se construisent SPL + SEM + GIE pour le regroupement des moyens, ce qui multiplie la gestion de ces entités. Si l'actionnariat des SPL était ouvert au privé, pourrait se poser la question du maintien des SEM. |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | insuffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | N/C |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | Avantages : Souplesse gestion // intérêt général mis en avant ; Inconvénients : jonglage entre règles de droit public/privé // dépendance politique |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Les SPL sont régulièrement pointées du doigts dans leur gestion par les instances de contrôle; cela en fait donc un outil à manier avec précaution et qui nécessite une implication de la part des actionnaires publics. Il n'en reste pas moins qu'aujourd'hui c'est un outil qui permet aux collectivités d'être plus présente sur le territoire. |

| | | |
|---|---|---|
| A-37 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-37 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | Directeur |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 50,2% Communauté de Communes, Commune A = 11,1%, Commune B = 5,6%, 16,2% autres communes de la destination, 5,6% Communauté de Communes voisines, 5,6% département 1, 3,70% département 2, 2% région. |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui, nos plus petits actionnaires sont représentés au CA par 4 représentants de l'Assemblée Spéciale dont ils font tous partie. |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | promouvoir et développer l'offre et l'attractivité touristique ainsi que l'animation du territoire |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | dsp |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Dans le cas de la gestion de la compétence tourisme cela convient ainsi. Les relations avec les entreprises privées se font via un comité technique representatif des branches professionnelles et par des relations commerciales. |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Oui, sans cette restricition, nous pourrions offrir notre expertise à des collectivités qui n'ont pas la ressource en interne. |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | cf ci-dessus |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant, un échange régulier avec les services de la collectivité permet lors du contrôle analogue d'être en phase |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant |
| 16 | Chambre régionale des comptes | suffisant |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | suffisant |
| 18 | Entreprises concurrentes | suffisant |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | suffisant |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | En ce qui concerne la gestion de la compétence tourisme, le format SPL est un bon compromis. La collectivité qui finance le développement touristique en assure la gestion (contrairement au système associatif auparavant très répandu) mais avec la souplesse du secteur privé (contrairement aux Epic).<br>L'équilibre à trouver réside dans le fait d'associer le secteur privé dans la préparation des projets à faire valider par les actionnaires |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | Système qui associe souplesse et contrôle pour et par les collectivités… |

| A-38 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-38 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | directrice |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPL |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | exemple : département sarthe: 85%; communes: 11%, CC: 2%, syndicats interrco: 2% |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Oui : assemblée spéciale qui se réunit avant chaque CA et donne sion avis sur les propositions? Pas connaissance des recommandations de la fédé EPL |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | assistance à maitrise d'ouvrage (voirie, assainissement, mécénat, transition énergétique), conseils et accompagnement (RGPD, commande publique), rédaction actes administratifs fonciers |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | il y a eu une délégation de maitrise d'ouvrage terminée à ce jour; sinon petits contrats de prestation ou d'abonnement |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |

| | | |
|---|---|---|
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | suffisant en théorie: chaque collectivité a la possibilité d'exercer ce contrôle |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | suffisant (dans les faits, très faible) |
| 16 | Chambre régionale des comptes | aucun contrôle fait |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | aucun contrôle fait |
| 18 | Entreprises concurrentes | aucun contrôle fait |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | aucun contrôle fait |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | avantages: souplesse de fonctionnement |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | |

| A-39 | **Questionnaire anonyme - Acteurs des sociétés publiques locales - T. Delavenne, univ. Lille, 2020** | |
|---|---|---|
| | | |
| | **Questions** | **Réponses (effacez les réponses inexactes en fonction)** |
| | **Partie une : partie anonymisée** | |
| 1 | Quel est le nom de votre société ? | A-39 |
| 2 | Quel est votre rôle au sein de la société ? | DAF DRH |
| | | |
| | **Partie deux : organisation** | |
| 3 | Quel est le statut actuel de votre société ? | SPLA |
| 4 | Ce statut a-t-il évolué avec le temps, et si oui, dans quel sens ? | Non |
| 5 | Quels sont vos types d'actionnaires (anonymisés si possible) et leur pourcentage d'actions dans votre société ? | 73% EPCI (Métropole) + 9% *3 pour Villes |
| 6 | Disposez-vous d'une structure en conseil d'administration ou en directoire et conseil de surveillance ? | CA |
| 7 | Disposez-vous d'un comité permettant une meilleure représentation des petits actionnaires en plus de votre conseil d'administration ? Dans ce cas, suivez-vous exactement les recommandations de la fédération des EPL concernant les pouvoirs de ce comité, ou allez-vous plus loin ? | Non car tous les actionnaires ont un poste d'administrateur en propre - le dispositif d'assemblée spéciale est par contre prévu dans les statuts au cas où // je n'ai pas connaissance des reco de la fede des EPL en la matière |
| 8 | L'une de vos collectivités-actionnaires a-t-elle déjà vu sa compétence remise en cause après la création de votre société ? Si oui, quelle a été la solution choisie ? | Non - questionnement autour de la compétence habitat et aménagment au moment de la création mais plus ensuite |
| 9 | Quelles sont les activités principales et accessoires de votre société ? | Requalification et revitalisation des quartiers d'habitat ancien dégradés - ingénierie |
| 10 | Quels sont les types de contrat passés avec vos collectivités-actionnaires : marché public, délégation, mandat, convention d'aménagement, convention de mise à disposition, contrat non-spécifié, acte unilatéral ? | Concession d'aménagement + mandat d'étude ou de travaux + prestations d'étude |
| | | |
| | **Partie deux : fonctionnement** | |
| 11 | Pensez-vous que la règle de l'interdiction de l'actionnariat privé même sans pouvoir de direction est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non / Oui : détails - Oui d'une certaine manière car il pourrait etre intéressant de disposer du in house avec certains partenaires publics comme l'EPF |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non / Oui : détails - Non car pas concernés |
| 13 | Pensez-vous que la limitation de l'activité hors du territoire des collectivités-actionnaires est trop stricte ? Que souhaiteriez-vous faire de plus si elle était assouplie ? | Non / Oui : détails - Oui d'une certaine manière car restreint les possibilités de développement (et en meme temps le in house est très précieux) |
| 14 | Comment qualifieriez-vous le contrôle des collectivités-actionnaires sur votre société en dehors de la direction de la société par le conseil d'administration (Suffisant, trop important, insuffisant) ? | Suffisant - mais est semble dépendant des relations existants entre la société et les services |
| | *Comment qualifieriez-vous ces différents contrôles extérieurs sur votre société (Suffisant, trop important, insuffisant) :* | |
| 15 | Préfecture | Non rencontré à ce jour |
| 16 | Chambre régionale des comptes | Non rencontré à ce jour |
| 17 | Commission consultative des services publics locaux | Non rencontré à ce jour |
| 18 | Entreprises concurrentes | Non rencontré à ce jour |
| 19 | Citoyens et administrés locaux | Non rencontré à ce jour |
| | | |
| | **Partie trois : conclusion** | |
| 20 | Quelles sont selon vous les avantages et les inconvénients des SPL aujourd'hui en droit français ? | In House et donc souplesse d'action et de contractualisation + souplesse d'évolution des programmes complexes dans le temps le tout toujours dans le respect de l'intérêt général |
| 21 | Quelles sont vos impressions globales sur le futur des SPL en France ? | bonnes - outil précieux pour les collectivités qui semble avoir montré tout son intérêt. Après il faut que les collectivités suivent pour alimenter les outils en contrat car le développement des SPL est très contraint par les marges de manœuvres et la vision stratégique des actionnaires |

# Annexe B :

# Lettre de la Commission européenne annonçant le classement sans suite de la plainte du MEDEF sur les sociétés publiques locales (document inédit)

Ref. Ares(2012)779696 - 28/06/2012

COMMISSION EUROPÉENNE
Direction générale Marché intérieur et Services

MARCHE PUBLIC
**Directeur f.f.**

Bruxelles, le 28 JUIN 2012
MARKT/C/1/AP/gb (2012) 888056

Madame Laurence PARISOT
Présidente du MEDEF
avenue Bosquet 55
F – 75330 PARIS Cedex 7

Madame la Présidente,

Je fais suite à votre plainte du 30 novembre 2011, présentée contre la France au nom du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) et relative à la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (ci-après, les SPL).

En accusant réception de votre plainte le 4 janvier 2012, je vous ai informé de son enregistrement sous le numéro CHAP(2011)03705 et vous ai communiqué les règles applicables aux procédures d'infraction que la Commission peut ouvrir contre les Etats membres pour non-respect du droit européen.

Vous estimez en substance que la loi n° 2010-559 est contraire au droit européen de la commande publique dans la mesure où elle procède à la généralisation d'une dérogation (l'exception "in-house" ou de quasi-régie) sans garantir que les critères posés par la Cour de justice pour justifier cette dérogation sont remplis.

Par ailleurs, vous indiquez que la législation incriminée permet le financement public des SPL dans des conditions qui ne sont pas conformes au droit européen des aides d'Etat, étant entendu que ce droit s'applique aussi aux opérateurs "in-house".

Afin d'identifier d'éventuelles violations du droit européen, les services de la Commission ont procédé à un examen de tous les documents et annexes que vous nous avez transmis, ainsi qu'aux éléments complémentaires communiqués en date du 16 février 2012.

Ils en concluent, compte tenu des éléments disponibles, que l'existence d'une violation du droit européen ne peut être établie dans le cas d'espèce. Cette conclusion repose sur les considérations suivantes.

En ce qui concerne la question de la conformité de la loi n° 2010-559 avec le droit européen de la commande publique et, plus particulièrement, avec la dérogation "in-house" développée par la jurisprudence de la Cour de justice, permettez-moi de vous rappeler que celle-ci a affirmé le principe selon lequel le droit européen ne restreint pas la liberté d'un pouvoir adjudicateur d'accomplir les missions de service public de sa compétence en recourant à ses propres ressources administratives, techniques et autres, et qu'il n'est pas obligé de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (arrêt du 11 janvier 2005 dans l'affaire C-26/03 "Stadt Halle", point 48, Recueil 2005, p. I-00001). Il est donc de la responsabilité du pouvoir adjudicateur de choisir, selon ses critères et/ou, s'ils existent, les critères prévus par le droit national, le mode de gestion de ses missions de service public: il peut aussi bien décider d'assurer ces missions en s'appuyant sur ses ressources internes que préférer en confier l'exécution à des entités juridiques externes (que ce soit via l'octroi d'une concession ou l'attribution d'un marché public).

Il est évident que ce choix a des implications certaines au regard du droit européen (et national) des marchés publics: si l'exécution des missions est assurée par l'utilisation des ressources propres au pouvoir adjudicateur, la question de l'application du droit de la commande publique pour l'attribution des missions ne se pose même pas, s'agissant d'une situation purement interne, alors qu'en cas d'externalisation le pouvoir adjudicateur est en principe tenu d'appliquer les dispositions pertinentes de ce droit pour le choix du concessionnaire ou de l'attributaire.

Cependant, à partir du constat que, dans certaines situations, l'externalisation est purement fictive et qu'il serait illogique dans ces cas d'imposer l'application du droit européen de la commande publique, la Cour de justice a développé sa jurisprudence sur la dérogation "in-house". Cette dérogation revient finalement à assimiler à une situation interne une situation qui correspond formellement à une externalisation. En raison du contrôle analogue que le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) exerce(nt) sur l'entité concessionnaire ou attributaire et du fait que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s), l'externalisation est seulement apparente.

Dans ces circonstances, les services de la Commission sont d'avis que la loi n° 2010-559 se limite à permettre la création d'un type d'entités, les SPL, dont les caractéristiques (capital totalement public, champ d'activité territorial, activité exclusive au profit de leurs actionnaires dans le cadre des compétences de ceux-ci) sont autant d'indices tendant à indiquer que ces entités entretiennent une relation de quasi-régie avec leurs actionnaires.

Par ailleurs, la Cour de justice a indiqué, pour ce qui relève de l'inclusion des critères "in-house" dans la législation nationale, qu' "une législation nationale qui reprend textuellement le libellé des conditions énoncées au point précédent (...) est en principe conforme au droit communautaire, étant précisé que l'interprétation de cette législation doit également être conforme aux exigences du droit communautaire" (arrêt du 6 avril 2006 dans l'affaire C-410/04 "ANAV", point 25, Recueil 2006, p. I-3303). Plusieurs Etats membres ont suivi cette approche et ont incorporé les critères de la quasi-régie/"in-house" dans leurs législations nationales, comme le fait en France l'article 3, 1°, du Code des marchés publics.

Certes, l'existence d'une relation de quasi-régie doit être vérifiée au cas par cas et, ainsi que vous le rappelez dans votre plainte, c'est à celui qui entend se prévaloir de l'exception qu'incombe la charge de prouver que les conditions justifiant la dérogation sont bien remplies.

Par conséquent, la question de savoir si, dans un cas d'espèce, les collectivités territoriales et leurs groupements exercent effectivement un contrôle analogue sur une SPL donnée ne peut se faire qu'à partir des circonstances du cas particulier et en tenant compte de "l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l'entité (...) en question est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique (...) d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes." (arrêt du 13 octobre 2005 dans l'affaire C-458/03 "Parking Brixen", point 65, Recueil 2005, p. I-08585).

Les exigences que la loi n° 2010-559 impose aux SPL constituent des éléments importants tendant à indiquer l'existence d'un "contrôle analogue" et donc d'une situation de quasi-régie, mais cela ne veut pas dire que toutes les SPL sont automatiquement des entités "in-house". Cette question est toutefois une question d'application de la législation qui ne saurait mettre en cause la législation elle-même.

A cet égard, permettez-moi d'appeler votre attention sur le fait que les autorités françaises semblent parfaitement conscientes de cette situation, comme l'indique la circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 sur les SPL et SPLA adressée par le Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration aux préfets, et dont la teneur s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'application des critères "in-house".

Je note d'ailleurs que presque tous les statuts de SPL qui ont été transmis à l'appui de votre plainte incluent des dispositions, sans doute plus ou moins étendues, mais qui vont toutes dans le sens de l'affirmation du principe de "contrôle analogue" des actionnaires sur la SPL, et du respect du deuxième critère "in-house" (exercice de l'essentiel de l'activité et absence de vocation de marché de l'entité).

Pour ce qui concerne votre argument relatif à la violation du droit européen des aides d'Etat (articles 107, 108 et/ou 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), même si les opérateurs "in-house" peuvent également être soumis aux règles en matières d'aides d'Etat dès lors qu'ils exercent une activité économique, les services de la Commission n'ont pas identifié d'éléments concrets, dans les documents transmis, permettant de conclure à l'existence d'une aide d'Etat.

Pour ce qui concerne votre argument relatif à la violation des règles en matière d'antitrust (articles 101, 102 et/ou 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), afin de dissiper tout doute, les services de la Commission précisent que votre lettre n'est pas considérée comme une plainte formelle satisfaisant les exigences légales fixées par l'article 5 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 (arrêt du 19 mai 2011 dans l'affaire T-423/07 "Ryanair v Commission", pas encore publié au Recueil).

Les services de la Commission en concluent que la loi n° 2010-559 n'apparaît pas en elle-même contraire au droit européen. Ils ne manqueront pas toutefois de suivre l'application de cette loi pour s'assurer que sa mise en œuvre est bien conforme au droit européen et à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice.

Dans ces circonstances, et à défaut de l'envoi d'éléments nouveaux pertinents de votre part dans un délai de quatre semaines à compter de la réception de la présente, je ferai procéder au classement de votre plainte.

Veuillez agréer, Madame la Présidente, l'expression de ma considération distinguée.

[redacted]

Personne à contacter:
[redacted]

Copies: [redacted]

# Annexe C :

# Index des décisions de justice étudiées (incluant des documents inédits)

**I. Documents inédits, obtenus sur demande auprès des juridictions :**

**I. A. Décisions de justice**

*Les décisions suivantes n'étaient ni accessibles sur le site Legifrance, ni sur le site Ariane web, ni publiées (ou publiées en intégralité) par ailleurs. Le choix a été fait d'en demander communication aux juridictions responsables selon deux méthodes. Tout d'abord, à partir de leur intérêt pour les arguments développés et le jugement fait en première instance, lorsqu'un arrêt d'appel, disponible lui, y faisait référence. Autrement, lorsque des sources diverses y faisaient référence, alors qu'elle n'était pas disponible. Elles ont été choisies en fonction de leur intérêt potentiel : toutes les décisions de première instance incluant des SPL n'ont donc pas été demandées.*

TA de Lille, ord. réf., 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois,* n° 1201729 : *CMP* 2012, n° 6, p. 20, note G. Eckert ; *JCP-A* 2012, n° 27, p. 1521, note S. Brameret.

TA de Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor,* n° 1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 : *JCP-A* 2013, p. 2164, concl. P. Bonneville ; *AJDA* 2013, p. 2531, étude M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser ; *AJCT* 2013, p. 571, note C. Devès.

TA Poitiers, 27 novembre 2014, *Pompes funèbres publiques des communes associées - Aunis,* n° 1200403, inédit.

TA Clermont-Ferrand, ord. QPC, 29 mars 2016, n° *2016-018236* : *JCP-A* 2016, étude n° 2246, note C. Devès.

TA Rennes, 24 juin 2016, *Coordination « Gardons Cesson comme nous l'aimons »*, n° 1302608 (inédit).

CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP (décision QPC, séance de jugeant seul, non disponible sur Legifrance ou sur Ariane web)*, n° 398748 : *JCP-A* 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; *JCP-A* 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; *AJCT* 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

TA Montpellier, 19 septembre 2017, *Société publique locale du Bassin de Thau,* n° 15064432 : *JCP-A* 2017, n° 46, note S. Brameret

TA Rennes, 24 janvier 2019, *Compagnie des ports du Morbihan*, n° 1604944, inédit.

**I. B. Conclusions de rapporteurs publics**

*Lorsque le besoin s'est fait sentir, à la lecture des décisions obtenues par demande expresse auprès des juridictions, et dans le but d'approfondir un point de la thèse, d'obtenir les conclusions des rapporteurs publics, celles-ci ont été demandées par le même biais. Sont reproduites ici les conclusions obtenues.*

Conclusions de M. Gilles PELLISSIER (3 p.) sous : CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : JCP-A 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; JCP-A 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; AJCT 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

Conclusions de Mme Emmanuelle CORTOT-BOUCHER (9 p.), sous : CE, 21 novembre 2018, *Société Lyonnaise des Eaux, SEMERAP*, n° 405702, inédit : *JCP-A* 2019, n° 4, p. 30-33, note S. Brameret ; *CMP* 2019, n° 2, p. 45-46, note G. Eckert

Conclusions de M. THIELE (5 p.), sous : CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, inédit.

Conclusions de M. THIELE (9 p.), sous : CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit.

**II. Avis du Conseil puis Autorité de la Concurrence :**

Conseil de la Concurrence, avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les diversifications d'activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence : *RFDA* 1994, n° 6, p. 1146, note S. Rodrigues.

Autorité de la Concurrence, Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales : *RJEP* 2012, n° 698, juin 2012, comm. 30, obs. D.-A CAMOUS et V. CUNY ; *CMP* 2012, n° 1, alerte 1, obs. F. LINDITCH ; *JCP-A* 2012, n° 6, 2045, note P. NEVEU ; *Contrats Concurrence Consommation* 2012, n° 1, comm. 26, note C. PREBISSY-SCHNALL.

**III. Jugements des Tribunaux administratifs :**

TA Poitiers, 16 mars 1983, *Syndicat régional des entrepreneurs de travaux publics de Poitou--Charentes : Rec*., tables p. 779.

TA Strasbourg, 29 octobre 1995, *Ville de Woippy : LPA* 23 août 1996, p. 4, concl. J.-L. Portail

TA Toulouse, 18 novembre 1999, *Préfet de Haute-Garonne c/ Conseil général de la Haute-Garonne,* n° 96/3012 *: AJDA* 2000, p. 592, comm. C. Emery ; *Dr. adm*. 2000, n° 6

TA Paris, 10 juin 1994, *Préfet de la Seine c/ SEMIT 93,* n° 93-06984/4.

TA Strasbourg, 29 octobre 1995, *Ville de Woippy : LPA* 23 août 1996, p. 4, concl. J.-L. Portail

TA Toulouse, 18 novembre 1999, *Préfet de Haute-Garonne c/ Conseil général de la Haute-Garonne,* n° 96/3012 *: AJDA* 2000, p. 592, comm. C. Emery ; *Dr. adm*. 2000, n° 6.

TA Paris, 30 mai 2007, n° 0516131 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 492, concl. J. Delbèque ; *CMP* 2007, n° 5, p. 38, note K. Holterbach.

TA Lille, Ord. QPC, 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois*, n° 1201729 : *AJDA* 2012, p. 1521, note S. Brameret ; *CMP* 2012, n° 6, p. 20, note G. Eckert.

TA de Rennes, 11 avril 2013, *Préfet des Côtes d'Armor,* n° 1203243, 1203244, 1203245, 1203246, 1203247 et 1203248 : *JCP-A* 2013, p. 2164, concl. P. Bonneville ; *AJDA* 2013, p. 2531, étude M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser ; *AJCT* 2013, p. 571, note C. Devès.

TA Clermont-Ferrand, 1er juillet 2014, n° 1301728, 1301729, 1301739n 1301731, et 1301732 : *JCP-A* 2015, n° 5, p. 27, note P. Chacot et Y. Wels.

TA Poitiers, 27 novembre 2014, *Pompes funèbres publiques des communes associées - Aunis,* n° 1200403, inédit.

TA Montreuil, 29 octobre 2015, *SCI Crillon, société de requalification des quartiers anciens (SORQBA),* n° 1408784 : *AJDA* 2016, p. 117, concl. N. Luyckx-Gürsoy.

TA Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, n° *2016-018236* : *JCP-A* 2016, étude n° 2246, note C. Devès.

TA Strasbourg, 31 mars 2016, *Société Eiffage Energie Alsace Franche-Comté*, n° 1601218 : *CMP* 2016, n° 5, comm. 131, note M. Ubaud-Bergeron.

TA Rennes, 24 juin 2016, *Coordination « Gardons Cesson comme nous l'aimons »*, n° 1302608 (inédit).

TA Montpellier, 19 septembre 2017, *Société publique locale du Bassin de Thau,* n° 15064432 : *JCP-A* 2017, n° 46, note S. Brameret

TA de Montpellier, 13 décembre 2018, *Société SOCRI Gestion,* n° 1604304, inédit.

TA Rennes, 24 janvier 2019, *Compagnie des ports du Morbihan*, n° 1604944, inédit.

**IV. Arrêts des Cours administratives d'Appel :**

CAA Lyon, 27 février 1990, *Communauté urbaine de Lyon,* n° 89LY01005, mentionné aux Tables du *R*.

CAA Bordeaux, 19 mars 2002, *A.U.R.B.A.*, n° 98BX02208 : *CMP* 2002, n° 4, p. 7, chron. C. Farineau et A. Gras ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, étude C. Lécuyer-Thieffry et P. Thieffry.

CAA Douai, 9 juin 2005, *Société Compagnie générale des Eaux*, n° 03DA00269 : *JCP-A* 2005, n° 45, p. 1631, chron. O. Mesmin ; *CMP* 2006, n° 2, p. 21, note G. Eckert.

CAA Nancy, 5 avril 2007, *Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers,* n° 04NC00406 : *CMP* 2007, n° 6, p. 33, note G. Eckert ; *AJDA* 2007, n° 21, p. 1110, note S. Nicinski.

CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris,* n° 07PA02380, Tables : *BJCP* 2009, n° 67, p. 475, concl. Y. Marino ; *CMP* 2009, n° 10, p. 17, note W. Zimmer ; *AJDA* 2009, n° 32, p. 1766, note F. Lelièvre ; *LPA* 2009, n° 208, p. 17, note S. Ziani ; *LPA* 2009, n° 221, p. 7, note D. Taron.

CAA Paris, 14 janvier 2010, *Commune de Chelles,* n° 08PA0414, inédit au Recueil.

CAA Marseille, 1 octobre 2012, *Commune de Villeneuve-de-la-Raho,* n° 09MA01954 : *CMP* 2012, n° 12, p. 16-17, note G. Eckert.

CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 12LY00811 : *Contrats publics* 2013, n° 130, p. 69-70, note J.-M. Peyrical ; *CMP* 2013, n° 2, p. 31-33, note W. Zimmer ; *AJDA* 2013, n° 1, p. 36-39, note A. Samson-Dye.

CAA Marseille 11 janvier 2013, *Société de sauvegarde défense et développement des cinémas de Cannes,* n° 10MA02088 : *CMP* 2013, n° 3, p. 32, note G. Eckert.

CAA Nantes, 14 avril 2013, *SELARL Radiodiagnostic du Giennois*, n° 11NT03011, inédit.

CAA Lyon, 18 avril 2013, *Commune de Saint-Nectaire, association 'Bouger avec nous'*, n° 12LY01547, Inédit.

CAA Nantes, 19 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la Baie*, n° 13NT01683, inédit.

CAA Marseille, 10 novembre 2014, *Fédération régionale des associations pour la défense des commerçants,* n° 12MA02073, inédit.

CAA Marseille, 6 juillet 2015, *Commune de Saint-Georges-d'Orcques et Société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier,* n° 13MA03152 : *JCP-A* 2016, n° 19, p. 22, étude S. Brameret.

CAA Bordeaux, 18 juill. 2016, *Société publique locale Pompes funèbres publiques des communes associées – Aunis,* n° 15BX00314 : *CMP* 2016, comm. 241, note G. Eckert.

CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016 (14 jugements du même jour, concernant la même société publique locale), *Préfet du Puy-de-Dôme, communauté de communes des coteaux de Randan, SEMERAP,* n° 15LY01280, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) du Val de Morge, SEMERAP,* n° 14LY01281, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat du Bois de l'Aumône, SEMERAP,* n° 15LY01309, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SAEP) de la région de Riom, SEMERAP,* n° 15LY01312, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, communauté de communes « Volvic sources et volcans », SEMERAP,* n° 14LY01314, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, comité syndical du syndicat intercommunal d'assainissement du Haut Buron, SEMERAP,* n° 15LY01343, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'assainissement de la Morge et du Chambaron, SEMERAP,* n° 15LY01347, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, communauté de communes Limagne d'Ennezat, SEMERAP,* n° 15LY01355, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) de la vallée du Bédat, SEMERAP,* n° 15LY01393, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) des communes de la plaine de Riom, SEMERAP,* n° 14LY02728, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) des communes de Sioule et Morge, SEMERAP,* n° 15LY02729, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) de la basse Limagne, SEMERAP,* n° 14LY02730, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat intercommunal d'assainissement de la région Est de Clermont-Ferrand (SIAREC), SEMERAP,* n° 14LY02731, inédit au Recueil ; CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *Préfet du Puy-de-Dôme, syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMDAC), SEMERAP,* n° 14LY02753, inédit au Recueil : *JCP-A* 2017, n° 20, p. 25, note S. Brameret.

CAA Lyon, ch. réunies, 4 octobre 2016, *SA Lyonnaise des Eaux France, conseil général du Puy-de-Dôme, SEMERAP,* n° 15LY01099, inédit au Recueil : *JCP-A* 2017, n° 20, p. 25, note S. Brameret.

CAA Bordeaux, 3 janvier 2017, *Fédération départementale des associations ADMR du Lot,* n° 14BX01681, inédit au Recueil.

CAA Paris, 27 janvier 2017, *SAS Loc-Infor*, n° 15PA03249, inédit au Recueil.

CAA Lyon, 16 mars 2017, *SEMERAP, société Lyonnaise des eaux France, commune de Pionsat*, n° 16LY02652, inédit au Recueil : *JCP-A* 2017, n° 24, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 20, p. 24, note S. Brameret ; *RTD Eur.* 2017, n° 4, p. 810, note E. Muller.

CAA Lyon, 8 juin 2017, *SEMERAP*, *société Lyonnaise des eaux France, commune de Saint-Eloy-les-Mines,* n° 17LY00318, inédit au Recueil : *AJCT* 2017. 213, obs. C. Devès ; *RTD Eur.* 2017 p.810, obs. E. Muller.

CAA Nancy, 8 mars 2018, *Société Metz Métropole Moselle Congrès*, n° 17NC00703, inédit

CAA de Nantes, 16 mars 2018, *Coordination « Gardons Cesson comme nous l'aimons »*, n° 16NT02414, inédit.

CAA Marseille, 28 juin 2018, *Société MDCP c/ Société publique Sillages,* n° 16MA00648, inédit.

CAA de Douai, 13 septembre 2018, *association « Vive Orchies Pleinement »*, n° 17DA00851, inédit.

CAA Bordeaux, 5 novembre 2018, *Communauté d'agglomération Castres-Mazamet*, n° 16BX03252, inédit.

CAA de Douai, 13 décembre 2018, *Etablissements J. Moncomble*, n° 16DA01506, inédit.

CAA de Douai, 13 décembre 2018, *Etablissements J. Moncomble*, n° 16D01507, inédit.

CAA Nantes, 20 juin 2019, *SAS Centre d'initiative et de développement d'entreprises de l'agglomération de Lisieux (CIDE 14)*, n° 18NT01536, inédit.

CAA Douai, 26 juin 2019, *Société Loire événement*, n° 17DA00636, inédit.

CAA Marseille, 4 novembre 2019, *Société SOCRI Gestion,* n° 19MA00649, inédit.

CAA de Lyon, 15 janvier 2020 (14 jugements du même jour, concernant la même société publique locale), *SAEP de la région de Riom (SEMERAP),* n° 18LY04475 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIAEP des communes de la plaine de Riom (SEMERAP), n°18LY04500* — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIVOM de la vallée du Bédat (SEMERAP)*, n°18LY04497 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIVOM du Val de Morge (SEMERAP)*, n°18LY04482 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *Syndicat du Bois de l'Aumône (SEMERAP)*, n° 18LY04483 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIA du Haut Buron (SEMERAP)*, n° 18LY04480 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIA de la Morge et du Chambaron (SEMERAP),* n° 18LY04496 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *communauté de communes Limagne d'Ennezat (SEMERAP)*, n° 18LY04498 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIAREC (SEMERAP)*, n° 18LY04493 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIAEP de la Basse Limagne (SEMERAP)*, n° 18LY04511 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIAEP de la Basse Limagne (SEMERAP)*, n° 18LY04511 — CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *communauté de communes Volvic Sources et Volcans (SEMERAP)*, n° 18LY04481 ; CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SIEAP des communes de Sioule et Morge (SEMERAP),* n° 18LY04503 ; CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SEMERAP)*, n° 18LY04059 : *JCP-A* 2020, n° 6, p. 24, note C. Devès

CAA de Lyon, 15 janvier 2020, *SA Lyonnaise des Eaux France, SEMERAP*, n° 18LY04153 : *JCP-A* 2020, n° 6, p. 24, note C. Devès.

CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Eveha,* n° 19MA00013, inédit.

CAA Nantes, 10 juillet 2020, *Compagnie des ports du Morbihan,* n° 19NT01157, inédit.

**V. Décisions, avis et ordonnances du Conseil d'Etat :**

CE, Sect., 26 juin 1930, *Société Bourrageas et Moullot, R*. p. 659.

CE, 29 avril 1970, *société Unipain*, n° 77935, *Rec*. p. 280 : *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline.

CE, 18 décembre 1959, *Delansorme et al. : R*. p. 693 : *RDPA* 1960, n° 30 ; *D*. 1960, p. 371, note Lesage.

CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier : Rev. adm*. 1970, p. 530, note G. Liet-Veaux ;

CE, 29 juillet 1994, *CAMIF,* n° 130503, *Rec*. p. 365.

CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle, préfet de la région Lorraine c/ Commune d'Amnéville : T.* p. 814 ; *CJEG* 1995, p. 202, note D. Truchet ; *AJDA* 20 mai 1995, p. 237, note Cl. Devès et J.-F. Bizet.

CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron et al. : R*. p. 582 *; JCP-G* 1995.II.392, note M. Cliquennois.

CE, 20 mai 1998, *Communauté de Communes du Piémont de Barr*, n° 188239 : *R*. 201 ; *RFDA* 1998, p. 609, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998, p. 553, note R. Fabien et P. Fombeur ; *Revue des concessions et des DSP,* 1998, n°2, p. 99-131, note G. Guiavarc'h.

CE, 27 juillet 2001, *CAMIF,* n° 218067, *R*. p. 402 : *BJCP* 2001 p. 497 : *RDI* 2002, p. 61, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com*. 2002, p. 53, note G. Orsoni.

CE, Avis, Section de l'Intérieur, 7 octobre 1986, n° 340.609, à propos des services publics administratifs dévolus aux personnes privées, notamment les cantines scolaires, et les possibilités de subventionner un service concédé.

CE, Avis, section contentieux, 2 juillet 1992, *Commune de Marcilly-sur-Eure c/ société d'exploitation des entreprises Legros-Burette*, n° 351619, publié au *R*.

CE, Avis, 9 mars 1995, n° 356931 : *EDCE* 1995, p. 399, à propos des règles entourant le transport public de voyageurs en Ile-de-France.

CE, Ass., Avis, 28 sept. 1995, n° 357262 : *EDCE* 1995, p. 402.

CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave d'Oron,* n° 145.955 : *T*. p. 677 ; *AJDA* 1996, p. 224, note C. Devès.

CE, Avis, Section de l'Intérieur, 19 décembre 1995, n° 358.102 : *EDCE* n° 47 p. 427.

CE, 20 mai 1998, *Communauté de Communes du Piémont de Barr*, n° 188239 : *R*. 201 ; *RFDA* 1998, p. 609, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998, p. 553, note R. Fabien et P. Fombeur ; *Revue des concessions et des DSP,* 1998, n°2, p. 99-131, note G. Guiavarc'h.

CE, Avis, Sect. fin., 8 juin 2000, n° 141654 : *CMP* 2000, n° 11, p. 28, chron. F. Llorens ; *AJDA* 2000, p. 758, obs. L. Richer.

CE, 27 juillet 2001, *CAMIF,* n° 218067, *R*. p. 402 : *Droits 21* 2001, ER 049, conclusions C. Bergéal ; *BJCP* 2001 p. 497 : *RDI* 2002, p. 61, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com*. 2002, p. 53, note G. Orsoni ; *CMP* 2001, n° 10, p. 4, note F. Llorens ; *JCP-G* 2001, n° 49, p. 2247, chron. C. Boiteau ; *Europe* 2002, n° 2, p. 22, comm. P. Cassia.

CE, avis, 8 novembre 2001, *Société Jean-Louis Bernard Consultants,* n° 222208 : *RFDA* 2001, n° 1, p. 112, concl. C. Bergéal ; *RLCT* 2001, n° 42, p. 11, note N. Charbit ; *CMP* 2001, n° 1, p. 16, note P. Soler-couteaux ; *AJDA* 2001, n° 3, p. 222, étude E. Fatôme ; *LPA* 2001, n° 37, p. 4, étude N. Charbit ; *CJEG* 2001, n° 573, p. 58, comm. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus.

CE Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux,* n° 233372 : *BJCP* 2003, n° 28, p. 209, concl. D. Piveteau ; *JCP-E* 2003, n°16, p. 720, note F. Linditch ; *AJDA* 2003, n° 14, p. 722, comm. F. Donnat et D. Casas ; *CMP* 2003, n° 4, p. 23, note Ph. Delelis ; *Europe* 2003, n° 4, p. 14, note P. Cassia ; *JCP-A* 2003, n° 14, p. 424, comm. F. Linditch ; *D*. 2003, n° 13, p. 851, note J.-D. Dreyfus.

CE, 9 juillet 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement*, n° 239879 : *CMP* 2003, n° 10, p. 13, note Ph. Delelis.

CE Ass., avis, 23 octobre 2003, n° 369.315, *« Association Jean Moulin »*, *EDCE* n° 55, pp. 209 : *BJCP* 2004, n° 36, p. 362 ; *CP-ACCP* 2004, n° 36, comm. A. Ménéménis ; *AJFP* 2003, n° 2, p. 12, note S. Slama.

CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux,* n° 249832 : *R. Tables* p. 551 ; *BJCP* 2004, p. 464, concl. Glaser.

CE, Avis, n° 370.169 du 18 mai 2004, *Cinémathèque française : BJCP* 2005, n° 40, p. 213, obs. C. Maugüé ; *Revue des contrats* 2005, n° 4, p. 1170, note P. Brunet.

CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris,* n° 275531 : *R*. p. 272, concl. D. Casas ; *BJCP* 2006, n° 47, p. 295-302, concl. D. Casas ; *Dr. Adm*. 2006, n° 8, p. 21-23, note M. Bazex ; *AJDA* 2006, n° 29, p. 1592-1596, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP-A* 2006, n° 24, p. 809-812, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 12-14, note G. Eckert ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 167-168, note B. du Marais ; *CCC* 2006, n° 10, p. 16-17, obs. F. Rolin ; *RLCT* 2006, n° 9, p. 44-52, obs. G. Clamour ; *RLCT* 2006, n° 18, p. 21-23, note M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2006, n° 38, p. 1753-1758, chron. B. Plessix ; *LGP* 2007, n° 84, p. 39-42, note D. Linotte.

CE, Avis, Section des Finances, 13 février 2007, n° 373.788 : *BJCP* 2008, n° 59, p. 294, note P. Terneyre ; *CMP* 2008, n° 70, note G. Eckert ; *AJDA* 2008, p. 787 note J.-D. Dreyfus

CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.) : JCP-A* 2007, p. 2066, concl. C. Vérot ; *JCP-A* 2007, p. 2145, note G.-J.

Guglielmi et G. Koubi ; *AJDA* 2007, p. 793, chron. J. Boucher et F. Lenica ; *JCP-G* 2007.I.166, chron. B. Plessix *; AJDA* 2007, p. 825, comm. D. Costa ; *LPA* 2007, n° 153, p. 16, note F.-X. Fort ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 30, note E. Glaser ; *RFDA* 2007, p. 803, note C. Boiteau.

CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt,* req. n° 281796 : R. p. 130 : *BJCP* 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2007, n° 5, p. 60, note G. Eckert ; *RLCT* 2007, N° 25, p. 49, note O. Carton et p. 52, note A. Noury ; *JCP-A* 2007, Actu. 351, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *CMP* 2007, n° 7, p. 6, note F. Lichère ; *D*. 2007. 1937, note M. Dreifuss.

CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence,* n° 284736, *R*. p. 155 : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *JCP-A* 2007, n° 19, p. 40, note M. Karpenschif ; *JCP-A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP* 2007, n° 6, p. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm*. 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *RLCT* 2007, n° 25, p. 26, obs. M.-C. Rouault ; *JCP-G* 2007, n° 25, p. 21, note B. Plessix ; *Revue des contrats* 2007, n° 3, p. 867, note P. Brunet ; *LPA* 2007, n° 147, p. 13, obs. J.-M. Glatt ; *LGP* 2007, n° 238, p. 4, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2007, n° 5, p. 424, note J.-D. Dreyfus ; *RTD Com*. 2007, n° 4, p. 694, note G. Orsoni ; *RFDA* 2007, p. 821, note J.-C. Douence.

CE, 5 octobre 2007, *UGC-Ciné-Cité*, n° 298773 : *BJCP* 2007, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *CMP* 2007, n° 11, p. 27, note G. Eckert ; *JCP-A* 2007, n° 46, p. 38, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, n° 41, p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-G* 2007, n° 50, p. 19, chron. B. Plessix ; *LPA* 2007, n° 252, p. 19, note J.-M. Glatt ; *RLCT* 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou ; *RJEP* 2008, n° 652, p. 27, note D. Moreau ; *RGCT* 2010, n° 47, p. 163, étude M.-T. Viel

CE, Avis, Section des finances, 11 décembre 2007, n° 381.058, loi sur les taxes 'poids lourds', délégation à un prestataire privé, contrôle des infractions, constitutionnalité : *EDCE* 2007.

CE, 4 mars 2009, SNIIS, n° 300481, publié au Recueil : *BJCP* 2009, n° 64, p. 237, concl. A. Courrèges ; *CMP* 2009, n° 4, p. 19, note P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm*. 2009, n° 5, p. 35, note H. Hoepffner ; *AJDA* 2009, n° 16, p. 891, note J.-D. Dreyfus ; *RLCT* 2009, n° 47, p. 40, obs. D. Capitant ; *JCP-A* 2009, n° 24, p. 40, note C. Devès ; *RDI* 2009, n° 7, p. 423, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2009, n° 4, p. 759, note B. Apollis ; *Revue des contrats* 2009, n° 4, p. 1539, chron. P. Brunet ; *RJEP* 2009, n° 669, p. 12, note P. Trouilly.

CE, 3 juin 2009, *Société Aéroport de Paris (ADP),* n° 323594 : *RJEP* 2009, n° 670, p. 19, concl. B. Dacosta ; *CMP* 2009, n° 8-9, p. 25, note W. Zimmer.

CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte,* n° 297509 : *BJCP* 2009, n° 66, p. 379, concl. N. Boulouis ; *CMP* 2009, n° 8, p. 36, note G. Eckert ; *JCP-A* 2009, n° 44, p. 32, note M. Courrèges ; *RJEP* 2009, n° 669, p. 9, comm. G. Pellissier.

CE, Avis, 1er décembre 2009, n° 383264 : *EDCE* 2010, n° 61, p. 353 : *CMP* 2010, repère 9, obs. F. Llorens, et P. Soler-Couteaux ; *CMP* 2010, alerte 49, note F. Linditch ; *Dr. adm*. 2010, alerte 54, note R. Noguellou ; *CMP* 2011, étude 11, note H. Hoepffner.

CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage,* n° 308564 : CE, 5 juill. 2010, n° 308564 : *R*. p. 240 ; *RJEP* 2010, comm. 680, concl. E. Cortot-Boucher ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 274-275, p. 36, note B. du Marais et J. Armando ; *RLCT* 2010, n° 61, p. 11, comm. J.-M. Glatt ; *RLCT* 2010, n° 62, p. 19, note E. Glaser ; *RLC* 2010, n° 25, p. 33, note G. Clamour ; *JCP-A*

2010, n° 42, p. 20, note P. Chrestia ; *RTD Com*. 2010, n° 1, p. 66 note G. Orsoni ; *AJDA* 2011, n° 1, p. 18, note S. Nicinski.

CE Sect., 3 décembre 2010, *Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 : *BJCP* 2011, n° 74, p. 36, concl. N. Escaut ; *JCP-G* 2010, n° 50, p. 2341, note J.-G. Sorbara ; *CMP* 2011, n° 1, p. 38-42, note G. Eckert ; *RLC* 2011, n° 26, p. 45, note G. Clamour ; *Cahiers de droit du sport* 2011, n° 23, p. 58, note F. Colin ; *Contrats publics* 2011, n° 106, p. 10, note J.-P. Jouguelet ; p. 56, note Ph. Hansen ; *AJDA* 2011, n°1, p. 21, étude E. Glaser ; *JCP-A* 2011, n° 5, p. 41, note C. Devès ; *Dr. adm*. 2011, n° 2, p. 36, note F. Brenet et F. Melleray ; *RLCT* 2011, n° 65, p. 34, étude B. Fleury et J. Pujol ; *RDI* 2011, n° 3, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou.

CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la Promotion de l'Image : AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm*. 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2012, n° 30, comm. 1977, note G. Clamour.

CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737 : *BJCP* 2012, n° 3, p. 177, concl. B. Dacosta, obs. J. Martin ; *CMP* 2012, n° 3, p. 19, note W. Zimmer ; *Contrats publics* 2012, n° 119, p. 12, note J.-P. Jouguelet ; *AJDA* 2012, n° 10, p. 555, note L. Richer ; *JCP-A* 2012, n° 12, p. 33, note H. Pauliat ; *Dr. adm*. 2012, n° 4, p. 22, note F. Brenet ; *RLCT* 2012, n° 78, p. 36, note L. Renouard ; *LPA* 2012, n° 82, p. 9, note R. Leblond-Masson ; *Contrats publics* 2012, n° 121, p. 90, note G. Le Chatelier ; *RLCT* 2012, n° 32, p. 38, note S. Brameret ; *LPA* 2012, n° 150, p. 6, note P. Subra de Bieusses.

CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : *RJEP* 2014, n° 92, p. 3-14, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, n° 20, p. 30-31, comm. F. Linditch ; *LPA* 2014, n° 47, p. 8-14, note S. Comellas ; *RLCT* 2014, n° 98, p. 25-29, note J.-F. Sestier ; *CMP* 2014, n° 1, p. 35-39, note M. Amilhat ; *Dr. Adm*. 2014, n° 1, p. 41-45, comm. F. Brenet.

CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 : *RFDA* 2015, n° 1, p. 57, concl. B. Dacosta ; *RGCT* 2015, n° 57, p. 265, note M.-T. Viel ; *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 437, note E. Muller ; *Contrats publics* 2015, n° 151, p. 11, note J.-P. Jouguelet ; *CMP* 2015, n° 2, p. 44, note L. de Fourneroux ; *JCP-A* 2015, n° 6, p. 26, note H. Pauliat ; *Contrats publics* 2015, n° 152, p. 70, note M. Dreifuss ; *BJCL* 2015, n° 3, p. 187, étude S. Ferrari ; *JCP-A* 2015, n° 18, p. 20, note F. Linditch ; *Dr. adm*. 2015, n° 4, p. 34, note F. Brenet ; *RGCT* 2016, n° 58, p. 83, note A. Treppoz Bruant.

CE, 22 juillet 2015, *SEML Noisy-le-sec Habitat*, n° 390484 : *JCP-A* 2015, n° 19, p. 22-25, note S. Brameret.

CE, 22 juillet 2016, *SEMERAP*, n° 398748 : *JCP-A* 2016, n° 20, p. 26, note S. Brameret ; *JCP-A* 2016 n° 39, p. 22-26, note C. Devès ; *AJCT* 2017, n° 1, p. 42-45, étude C. Devès.

CE, 29 juin 2018, *SEMCAR (décision QPC)*, n° 419930, inédit.

CE, Avis, 27 septembre 2018, n° 395.785, projet de loi portant suppression des surtranspositions des directives européennes en droit français

CE, 14 novembre 2018, *SMADC et SEREMAP*, n° 405628, mentionné aux tables : *JurisTourisme* 2018, n° 214, p. 13, note C. Devès ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret ; *AJDA* 2018, n° 44, p. 2480-2484, chron. P. Idoux, S. Nicinski, E. Glaser ; *Contrats et Marchés Publics* 2019, n°1, p. 70-71, note W. Zimmer ; *RFDA* 2019, n° 1, p. 100-109, note S. Brameret ; *AJDA* 2019, n° 2, p. 113-116, note S. Damarey ; *JCP-A* 2019, n° 4, p. 18-26, note

C. Deves ; *Construction-Urbanisme* 2019, n° 2, p. 14-18, note L. Santoni ; *JCP-A* 2019, n° 7, p. 14, note G. Pellissier et J. Martin ; *Droit administratif* 2019, n° 3, p. 35-39, note E. Wetphal et Y. Wels.

CE, 21 novembre 2018, *Société Lyonnaise des Eaux, SEMERAP*, n° 405702, inédit : *JCP-A* 2019, n° 4, p. 30-33, note S. Brameret ; *CMP* 2019, n° 2, p. 45-46, note G. Eckert

CE, 5 décembre 2018, *SPL Territoire 25,* n° 412632, mentionné aux tables : *BJDU* 2019, n° 2, p. 96, concl. X. Dutheillet de Lamothe ; *JCP-A* 2019, n° 21, p. 17, chron. R. Vandermeeren ; *JCP-G* 2019, n° 21, p. 1048, chron. M. Hyughe.

CE, 29 mai 2019, *syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMADC) et SEMERAP (décision QPC)*, n° 428708, inédit.

CE, 14 juin 2019, *Société Vinci et société Armor SNC*, n° 411444, publié au *R.* : *BJCP* 2019, n° 126, p. 317, concl. M. Le Corre ; *JCP-A* 2020, n° 1, p. 19, note J.-B. Vila ; *AJDA* 2019, n° 33, p. 1946, comm. S. Hul ; *AJDA* 2019, n° 33, p. 1923, comm. S. Nicinski ; *RLC* 2019, n° 87, p. 61, étude M. Amilhat ; *CMP* 2019, n° 8, p. 23, note G. Eckert.

CE, 31 juillet 2019, *Société investissement et commerce cinéma*, n° 426288, inédit.

CE, 18 décembre 2019, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie (PANC), affaire 'Sunset Marina'*, n° 432590, mentionné au Tables : *AJDA* 2020, n° 11, p. 640, note S. Brameret ; *LPA* 2020, n° 65, p. 10, comm. S. Hul ; *Rev. Lexbase de droit public* 2020, n° 571, note T. Adeline-Delvolvé ; *Ibidem,* n° 572, note J. Abrassart et F. Randrianarisoa ; *JCP-A* 2020, n° 5, p. 9, chron. J. Martin, G. Pellissier et J.-B. Vila.

CE, 3 juillet 2020, *SPL Territoire 25,* n° 430585, inédit.

**VI. Décisions du Tribunal des Conflits :**

Trib. confl., 20 novembre 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Maquis* : *R.* p. 879.

Trib. confl., 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier, R.* p. 789, concl. J. Kahn ; *AJDA* 1968, p. 225, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *D.* 1969, p. 202, note J.-M. Auby ; *RDP* 1968, p. 893, note M. Waline.

Trib. confl., 8 novembre 1982, *SCI Lucas : AJDA* 1983, p. 200.

Trib. confl., 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation,* n° 02850 : *R.* p. 399 : *Dr. adm.* 1996, n° 5, p. 1, étude F. Luchaire ; *RDP* 1996, n° 4, p. 1171, étude F. Luchaire.

Trib. confl., 16 juin 1997, *Soc. La Fontaine de Mars c/ Banque de France, R.* p. 532 ; *CJEG* 1997, p. 363, concl. J. Arrighi de Casanova.

Trib. confl., 14 février 2000, *GIP 'Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris' c/ Verdier : R.* p. 748 ; *AJDA* 2000, p. 465.

Trib. confl., 23 septembre 2002, *Sociétés Sotrame,* n° 3300 : *AJDA* 2002, p. 1437 chron. F. Donnat et D. Casas.

Trib. confl., 16 juin 2014, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel,* n° 3944 : *BJCP* 2014, p. 426, concl. N. Escaut ; *CMP* 2014, comm. 220, note P. Devillers.

**VII. Jugements et arrêts de l'ordre judiciaire :**

Cass. comm., 9 juillet 1951, *SNEP* (2 arrêts), *D*. 1952.141.

Cass. civ. 28 janv. 1954, *JCP* 1954. II. 7958, concl. Lemoine, *D*. 1954.217, note G. Levasseur.

Cass. com., 1er avril 1974, *Association pour l'étude et la défense des intérêts des quartiers c/ SEM de rénovation et de construction de Draguignan : Bull. civ.* IV, n° 117.

Cour d'Appel de Paris, 24 janv. 1985 : *Bull. Joly* 1985, p. 665, note P. Le Cannu.

Cass. com., 2 déc. 1986, n° 85-11.307 : *Bull. civ.* 1986, IV, n° 232 ; *Bull. Joly* 1986, p. 1131, note P. Le Cannu.

Cour d'Appel de Versailles, 2 juin 1989, *Ricard c/ société d'économie mixte d'aménagement de la ville d'Anthony (SEMAVA) : D*. 1987, p. 86, comm. J. Prévault.

Cass. com. 28 nov. 1989, *Bull. Joly.* 1990.179, *Rev. sociétés* 1990.240, chron. Guyon.

Cass. com. 22 janv. 1991, n° 89-11.650 : *RJDA* 2/1992, n° 152.

Cass. com. 11 mai 1993, *Bull. Joly* 1993.1050, note Ph. Pétel ; 20 oct. 1992, *Rev. sociétés* 1993.449, chron. Guyon

Cass. Civ. 3e, 15 décembre 1993, *bull. civ.* III, n° 174 : *D*. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *RTD civ.* 1994, p. 584, note J. Mestre ; *JCP-G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; *D. comm.* 1994, p. 230, obs. O. Tournafond.

Cass. civ. 1e, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 159.

Cass. crim., 2 juin 1999, 98-81454, publiée au *Bulletin*.

Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.898 (non publié au *Bulletin*).

Cour d'Appel de Paris, ch. 5-9, 27 mars 2014, n° 13/14014 : *Dr. sociétés* 2014, comm. 122, note R. Mortier.

Cour d'Appel de Poitiers, 20 nov. 2015, n° 14/02445 : *JurisData* n° 2015-025157.

**IX. Décisions du Conseil constitutionnel**

Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, décision n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 : *RFDA* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFD Const*. 1993 p. 375, note L. Favoreu.

Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999, décision 99-419 DC, *loi relative au pacte civil de solidarité* : *D*. 2000. 424, obs. S. Garneri ; *RTD Civ.* 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD Civ.* 2000. 870, obs. T. Revet ; *JCP-G* 2000, I, p. 210, étude N. Molfessis.

Conseil constit., décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : D*. 2002, p. 1952, obs. V. Bertile ; *Rev. sociétés* 2002, p. 76, note Y. Guyon.

Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *AJDA* 2003, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, *loi relative au secteur de l'énergie : RDP* 2007, p. 845, note P.-Y. Gadhoun

Conseil constit., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat* : *AJDA* 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus ; *D*. 2008, p. 1980, obs. M.-C. Montecler ; *RFDA* 2008, p. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

Conseil constitutionnel, 29 avril 2011, décision n° 2011-121-QPC, *Société Unilever France* : *Constitutions* 2011, p. 380, obs. A. Barilari.

Conseil constitutionnel, 20 juin 2014, décision 2014-405 QPC, *Commune de Salbris : JCP-A* 2014 n° 35, p. 35, note B. Quiriny ; *RGCT* 2014 n° 55, p. 79, note A. Treppoz-Bruant ; *JCP-A* 2014 n° 40, p. 26, note M. Verpeaux ; *Dr. adm*. 2014 n° 10, p. 21, note S. Lamouroux ; *LPA* 2014 n° 228, p. 9, note J.-P. Grandemange ; *AJDA* 2014 n° 41, p. 2360, note F. Sempé *; RFDC* 2014 n° 101, p. 186, note Ph. Levavasseur et Th. Leroy.

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage [Exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises]* : *Revue de droit fiscal* 2018, n° 40, p. 3, note M. Pelletier ; *Revue de droit fiscal* 2018, n° 49, p. 49, note F. Pezet ; *Droit maritime français* 2019, n° 809, p. 81, note N. Guillet ; *CMP* 2019, n° 2, p. 11, chron. G. Eckert.

Conseil constitutionnel, décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, *loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (loi ELAN)* : *D*. 2018, n° 40, p. 2187 ; *JCP-N* 2018, n° 47, p. 7-8, note S. Piédelièvre ; *JCP-A* 2018, n° 50, p. 2-3, note S. Brameret.

**IX. Arrêts de la Cour de justice des Communautés, puis de l'Union :**

CJCE, aff.C-44/96, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e. a. : Rec*. p. I-73 : *CJEG* 1998, n° 544, p. 239-250, note C. Brechons-Moulènes et L. Richer ; *RMUE* 1998 nº 1 p.150-152, note R. Muñoz ; *La Gazette du Palais* 1999, n° 160, p. 13-17, note C. Maugüé ; *Public Procurement Law Review* 1998 p.CS59-CS65, note J. M. Fernández Martín ; *Common Market Law Review* 1999 p.205-225, C. Bovis ; Europarecht 2000 p.119-127, note V. Schlette.

CJCE, 10 nov. 1998, aff. C-360/96, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV : R*. p. I-06821 : *Rev. Concessions et DSP* 1999, n° 4, p. 45-75, conclusions Antonio LA PERGOLA, p. 1010-111, note H. Chavrier ; *Commun Market Law Review* 2000, n° 3, p. 709-737, S. Arrowsmith ; *Public Procurement Law Review* 1999, CS5-CS8, note R. Williams.

CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-108/98, *RI.SAN Srl c/ Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA : R*. p. I-5219 : *Rev. Concessions et DSP* 1999, n° 6, p. 23-54, conclusions Siegbert Alber.

CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziole (AGAC) di Reggio Emilia : R*. p. I-8121 : *BJCP* 2000, n° 8, p. 43-52, conclusions Georges COSMAS ; *RDUE* 2002, p. 53-61, note P. Delvolvé ; *AJDA* 2000, p. 784-786, note B. Brenet ; *Europe* 2000, n° 1, p. 22, note F. Kauff-Gazin ; *Public Procurement Law Review* 2000, p.CS41-CS44, note A. Brown.

CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG : R*. p. I-10745 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 132-146, conclusions Nial FENNELY, note C. Maugüé ; *CMP* 2001, n° 2, p. 24-25, F. Llorens ; *Dr. adm*. 2001, n° 4, p. 17-18, note M.-Y. Benjamin ; *LPA* 2001, n° 85, p. 13-17, note B. Cantier et A. Troizier ; *AJDA* 2001, p. 110-112, note L. Richer ; *Public Procurement Law Review* 2001 p.NA57-NA63, note M. Dischendorfer ; *Deutsches Verwaltungsblatt* 2002, p.235-238, note S. Enzian.

CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirstschaft : R*. p. I-11037 : *BJCP* 2001, n° 15, p. 121-131, conclusions Philippe LEGER, note C. Maugüé ; *LPA* 2001, n° 56, p. 16-20, note Y. Claisse ; *Public Procurement Law Review* 2001 p.NA54-NA56, note M. Öhler.

CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH : R*. p. I-7747, conclusions Philippe Léger ; *Europe* 2003, n° 10, p. 26, note L. Idot ; *Cahiers de droit européen* 2003, n° 5, p. 639, note M. Merola et C. Medina ; *Journal de droit européen* 2003, n° 105, p. 6, note V. Karayannis et J. de Beys ; *RTDE* 2003, n° 1, p. 33, note S. Bracq ; *JCP-A* 2003, n° 38, p. 1200, note F. Boudier ; *JCP-E* 2003, n° 47, p. 1849, note D. de Gilles ; *JCP-G* 2003, n° 49, p. 2135, note C. Boiteau ; *D*. 2003, n° 41, p. 2814, note J.-L. Clergerie ; *CCC* 2003, n° 12, p. 29, note S. Poillot-Peruzzetto ; *RJEP* 2003, n° 604, p. 616, note M.-P. Lorieux et J.-M. Thouvenin.

CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna : R*. p. I-1, conclusions Christine STIX-HACKL ; *JCP-G* 2005, p. 145, note C. Boiteau ; *RFDA* 2005, p. 946, note C. Boiteau ; *LPA* 2005 n° 124, p. 15-22, note S. Mariciali ; *AJDA* 2005, p. 1113-1114, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 143-144, note B. Du Marais ; *BJCP* 2005, p. 258-262, note J.-F. Sestier ; *RMCUE* 2006, p. 46-57, note G. Marchegiani.

CJCE, aff. C-84/03, 13 janvier 2005, *Commission c/ Espagne (transposition des directives marchés publics) : Rec*. p. I-139 : *Europe* 2005, n° 87, p. 21, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 3, p. 24-27, note W. Zimmer ; *Public Procurement Law Review* 2005, p. NA78-79, note M. Dischendorfer ; *Revista de Administración Pública* 2005 nº 168 p.167-185, note M. A. Bernal Blay.

CJCE, gde ch., 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti : R*. p. I-7287 ; conclusions Christine STIX-HACKL ; *Europe* 2005, n° 10, p. 23, note L. Idot ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 11, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *AJDA* 2005, n° 43, p. 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney, et N. Charbit ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet.

CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG : Rec*. p. I-8585 : conclusions Juliane KOKOTT ; *Europe* 2005, n° 12, p. 18, note E. Meisse ; *RDUE* 2004, n° 4, p. 845, comm. B. Kotschy ; *CMP* 2005, n° 12, p. 28, note G. Eckert ; *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 493, étude P. Brunet ; *AJDA* 2005, n° 17, p. 927, chron. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry ; *BJCP* 2005, n° 43, p. 414, comm. E. Glaser ; *RJC* 2005, n° 6, p. 503, note A. Raynouard ; *JCP-A* 2005, n° 47, p. 1712, note M. Dreifuss ; *Dr. adm*. 2005, n° 12, p. 22, note A. Ménéménis.

CJCE, 20 octobre 2005, aff. C-264/03, *Commission c/ France (affaire des mandats de maîtrise d'ouvrage déléguée),* conclusions M. Poiares Maduro : *Rec*. p. I-8831 : *Europe* 2005, n° 12, p. 19, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 12, p. 19, note W. Zimmer ; *BJCP* 2005, n° 44, p. 21, note C. Maugüé ; *RDI* 2005, p. 447, obs. J.-D. Dreyfus et M. Degoffe ; *Dr. adm*. 2006, n° 1, p. 22, note R. Noguellou.

CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-29/04, *Commission c/ Autriche (attribution du contrat d'élimination des déchets de la ville de Mödling) : R*. p. I-9705 : *Europe* 2006, n° 1, p. 18, note E. Meisse ; *D*. 2006, n° 6, p. 423, note M. Dreifuss ; *LPA* 2006, n° 14, p. 6, note M. Peltier ; *CMP* 2006, n° 1, p. 10, note G. Eckert.

CJCE, 6 avril 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autostrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA : R*. p. I-3303 ; conclusions L. A. GEELHOED ; *Europe* 2005, n° 6, p. 14, note E. Meisse ; *CMP* 2005, n° 5, p. 14, note W. Zimmer ; *RDI* 2005, n° 3, p. 222, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2005, n° 3, p. 163, note B. du Marais.

CJCE, 11 mai 2006, aff. C−340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA : R*. p. I-4137 : *BJCP* 2006, n° 47, p. 273-285, conclusions Christine Stix-Hackl ; *JCP A* 2006, N° 23, p. 753-759, note F. Linditch ; *CMP* 2006, n° 7, p. 14-16, note G. Eckert ; *Dr. adm*. 2006, n° 10, p. 21-24, note A. Ménéménis ; *Administration publique* 2006, p. 108-118, note A.-L. Durviaux ; *Die öffentliche Verwaltung* 2006, p. 996-1000, note M. Söbbeke ; *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* 2007, p.197-204, note T. Müller ; *Public Procurement Law Review* 2006, p.NA150-NA154, P. Henty ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, p.378-380, P. Steinberg.

CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux e. a. c/ Commune de Roanne: R*. p. I-385 : *BJCP* 2007, n° 52, p. 184, conclusions J. Kokott ; *Europe* 2007, n° 3, p. 18, note E. Meisse ; *CMP* 2007, n° 2, p. 13, note W. Zimmer ; *RLCT* 2007, n° 23, p. 41, étude J.-Ph. Levy et A. Fage ; *Dr. adm*. 2007, n° 5, p. 32, comm. A. Alonso Garcia ; *CMP* 2007, n° 6, p. 5, note H. Pauliat ; *AJDA* 2007, n° 21, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *LPA* 2007, n° 124, p. 13, étude S. Marciali ; *LPA* 2007, n° 146, p. 16, note H. de Gaudemar ; RDP 2007, n° 5, p. 1329-1353, étude S. Braconnier.

CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* : *R* p. I-2999 ; conclusions L. A. GEELHOED ; *Europe* 2007, n° 6, p. 62, note L. Idot ; *ADJA* 2007, n° 21, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *Dr. adm*. 2007, n° 7, p. 22, note A. Ménéménis ; *RLC* 2007, n° 12, p. 56, étude D. Piazzoni ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 297, comm. R. Schwartz ; *AJDA* 2007, n° 32, p. 1759, étude E. de Fenoyl ; *BJCP* 2007, n° 55, p. 430, étude A. Tabouis.

CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administración General del Estado : R*. p. I-12175 : *RLC* 2008, n° 15, p. 60, note D. Piazzoni ; *LPA* 2008, n° 88, p. 9, comm. G. Calley ; *Revue de*

*jurisprudence commerciale* 2008, n° 2, p.138, chron. A. Raynouard ; *Dr. adm*. 2008, n° 3, p. 25, note F. Lichère ; *AJDA* 2008, n° 5, p. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *Europe* 2008, n° 2, p. 22, note L. Idot ; *CMP* 2008, n° 2, p. 22, comm. W. Zimmer.

CJCE, gde ch., 18 décembre 2007, aff. C-532/03, *Commission c/ Irlande (service de transport d'urgence en ambulance), Rec*. p. I-11353 : *Concurrences* 2008, n° 1, p. 199, note J.-Ph. Kovar ; *Revue des contrats* 2009, p. 489, note P. Brunet ; *RJEP* 2008, n° 655, p. 14, note F. Donnat ; *CMP* 2008, n° 2, p. 19, note W. Zimmer ; *Public Procurement Law Review* 2008, p. NA92, note A. Brown.

CJCE gde ch., 8 avril 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie (affaire des Hélicoptères de marque Augusta) : R*. p. I-2173 : *BJCP* 2008, n° 59, p. 249, conclusions J. Mazak ; *AJDA* 2008, n° 33, p. 1834, étude P. Peyret.

CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Autriche et APA-OTS Originaltext-Service : R*. p. I-4401 : *CMP* 2008, n° 8, p. 22, note W. Zimmer ; *Dr. adm*. 2008, n° 10, p. 38, note R. Noguellou ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 336, obs. R. Schwartz ; *Concurrences* 2008, n° 4, p. 150, chron. J.-Ph. Kovar, B. du Marais et S. Rodrigues ; *AJDA* 2008, n° 36, p. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008, n° 10, p. 501, obs. R. Noguellou ; *CCC* 2008, n° 12, p. 17, chron. F. Rolin, P. Subra de Bieusses et M. Basex.

CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie (attribution des services informatiques de la commune de Mantoue), Rec*. p. I-110 : *Europe* 2008, n° 10, p. 26, note D. Simon ; *AJDA* 2008, n° 42, p. 2337, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *RJEP* 2008, n° 659, p.11, note F. Donnat ; *RDI* 2008, n° 10, p. 500, note R. Noguellou ; *BJCP* 2008, n° 60, p. 343, note R. Schwartz ; *CMP* 2008, n° 8, p. 16, note W. Zimmer.

CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel *Brabant SA c/ Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec*. p. I-8457, conclusions Verica TRSTENJAK : *AJDA* 2008, n° 42, p. 2336 ; *Europe* 2009, n° 1, p. 24-25 note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 2, p. 115-116, note R. Noguellou ; *Dr. Adm*. 2009, n° 2, p. 19-22, note R. Caranta ; *CMP* 2009, n° 2, p. 17, note W. Zimmer ; *BJCP* 2009, n° 2, p. 62-66, note R. Schwartz ; *Journal de Droit européen* 2009, n° 156, p. 48-49, note J.-M. Wolter.

CJCE, gde ch., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne (coopération entre collectivités locales avec la ville de Hambourg), Rec*. p. I-4747, conclusions Jan Mazak : *JCP-A* 2009, n° 27, p. 39-42, note Ph. Proot ; *CMP* 2009, n° 7, p. 25-28, note H. Hoepffner ; *LPA* 2009, n° 151, p. 10-21, note J.-M. Glatt ; *Europe* 2009, n° 8, p. 23-24, note D. Simon ; *RDI* 2009, n° 9, p. 469-470, note R. Noguellou ; *AJDA* 2009, n° 31, p. 1715-1721, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *RLCT* 2009, n° 50, p. 55-58, note Ch. Mondou ; *RDUE* 2009, n° 3, p. 570-574, note B. Pirker ; *JCP-A* 2009, n° 44, p. 2248, note F. Lichère et F. Linditch ; *RJEP* 2009, n° 670, p. 23-25, note A. Santamaria Dacal ; *JCP-G* 2010, n° 13, p. 662-664, note A. Chaminade.

CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, Rec*. p. I-8127 : *CMP* 2009, n° 10, p. 15-17, note W. Zimmer ; *JCP-A* 2009, n° 43, p. 27-34, note C. Devès ; *Europe* 2009, n° 11, p. 24-26, note D. Simon ; *AJDA* 2009, n° 40, note R. Sermier et D. Epaud.

CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, *R*. p. I-9913, conclusions Damaso Ruiz-Jarabo Colomer : *Europe* 2009, n° 12, p. 23-24, note D. Simon ; *JCP-A* 2009, n° 51, p. 35-40, note C. Devès ; *RLCT* 2010, n° 53, p. 39-43, R. Passerieux et B. Thin ; *CMP* 2010, n° 1, p. 37-39, note W.

Zimmer ; *AJDA* 2010, p. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier ; *BJCP* 2010, n° 68, p. 39-48, conclusions de D. Ruiz-Jarabo Colomer ; *RDI* 2010, n° 3, p. 153-154, note R. Noguellou.

CJUE, 27 dec. 2009, aff. C−305/08, *CoNISMa c/ Regione Marche, Rec*. p. I-12129, conclusions Jan Mazak : *Europe* 2010, n° 2, p. 23, note M. Meister ; *CMP* 2010, n° 2, p. 20-22, note G. Eckert ; *Contrats pub*. 2010, n° 97, p. 32-37, note L. Renouard.

CJUE, 13 avril 2010, aff. C-91/08, *Wall AG c/ ville de Francfort et Frankfurter Entsorgungs-und Services (FES) GmbH : Europe* 2010, n° 6, p. 21, note D. Simon ; *AJDA* 2010, n° 17, p. 946, chron. E. Broussy, F. Donnat, M. Aubert ; *CMP* 2010, n° 6, p. 32, note W. Zimmer ; *RDI* 2010, n° 7, p. 385, note R. Noguellou ; *Dr. adm*. 2010, n° 7, p. 25, note R. Noguellou ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 188-189, p. 37, chron. M. Nicolella ; *BJCP* 2010, n° 71, p. 259, note C. Maugüé ; *Revue des contrats* 2010, n° 1, p. 195, chron. E. Treppoz ; *RFDA* 2011, n° 1, p. 98, étude H. Hoepffner.

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-215/09, *Mehiläinen Oy et Terveystalo Healthcare Oy c/ Oulun kaupunki*, *Rec*. p. I-13749 : *CMP* 2011, n° 2, p. 25-27, note W. Zimmer ; *Europe* 2011, n° 2, p. 29-30, note D. Simon ; *Contrats pub*. 2011, n° 107, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet.

CJUE, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno e. a.* : *ECLI:EU:C:2012:758 ; BJCP* 2013, n° 87, p. 109-118, concl. P. Cruz Villalon ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 341-346, note A. L. Durviaux ; *RDI* 2013, n° 4, p. 212-213, note R. Noguellou ; *CMP* 2013, n° 4, p. 7-12, note C. Devès ; *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 65-68, note Y. Simonnet ; *CCC* 2013, n° 2, p. 36-39, note A. Sée ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 178-181, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2013, n° 3, p. 20-23, note S. Brameret ; *Europe* 2013, n° 1, p. 33-34, comm. D. Simon.

CJUE gde ch., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Loale di Lecce et Universita del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.,* conclusions V. TRSTENJAK : *ECLI:EU:C:2012:817* : *JCP A* 2013, n° 3, p. 24-30, note F. Tesson ; *Europe* 2013, n° 2, p. 32-33, note D. Simon ; *Contrats Publics* 2013, n° 137, p. 11-12, note S. Chavarochette-Boufferet ; *Rec. Dalloz Sirey* 2013, n° 5, p. 309, note D. Capitant ; *CMP* 2013, n° 3, p. 19-20, note W. Zimmer ; *AJDA* 2013, n° 11, p. 630-634, note J.-D. Dreyfus ; *Concurrences* 2013, n° 2, p. 183-185, note A. Sée ; *RDI* 2013, n° 4, p. 213-214, note R. Noguellou ; *RTDE* 2013, n° 2, p. 346-349, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA61-NA64, note D. McGowan ; *Public Procurement Law Review* 2013 p.225-235, note E. Olsson ;

CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH : ECLI: ECLI:EU:C:2013:38* : *CMP* 2013, n° 8-9, p. 11-12, note W. Zimmer ; *Europe* 2013, n° 8, p. 32, note D. Simon ; *AJDA* 2013, n° 30, p. 1751, note J.-D. Dreyfus ; *JCP-A* 2013, n° 41, p. 33-36, note F. Linditch ; *RLCT* 2013, n° 95, p. 60-64, note S. Elie ; *RTDE* 2014, n° 2, p. 496-497, note A. L. Durviaux ; *CMP* 2014, n° 8-9, p. 1-2, comm. F. Llorens et P. Solers-Couteaux.

CJUE, 20 juin 2013, aff. C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, Conclusions N. WAHL : ECLI:EU:C:2013:416 : *CMP* 2013, n° 8-9, p. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; *Contrats publics* 2013, n° 135, p. 13-14, note S. Chavarochette-Boufferet ; *CMP* 2013, n° 136, p. 70-74, note M. Noël et G. Minaire ; *RTDE* 2014, n° 2, p. 498, note A. L. Durviaux ; *Public Procurement Law Review* 2013, p.NA158-NA160, note D. McGowan.

CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg et Hochschul-Informations-System GmbH c/ Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, conclusions P. Mengozzi *: ECLI: ECLI:EU:C:2014:303* : *RTDE* 2015, n° 2, p. 402, note A. L. Durviaux ; *AJDA* 2014, n° 35, p. 2001, note Y. Simonnet ; *CMP* 2014, n° 6, p. 73-76, note W. Zimmer.

CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal c/ Eurest : ECLI:EU:C:2014:2004*, conclusions P. Mengozzi : *JCP-A* 2014, n° 41, p. 13-16, note S. Brameret ; *CMP* 2014, n° 10, p. 29-31, note W. Zimmer ; *RTDE* 2015, n° 2, p. 401-402, note A. L. Durviaux.

CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* : ECLI:EU:C:2014:2466 : *RLC* 2015, n° 44, p. 71, note S. Brameret ; *RTD Eur.* 2015, n° 2, p. 387, note A.-L. Durviaux ; *CMP* 2015, n° 2, p. 47, note G. Eckert ; *AJDA* 2015, n° 6, p. 334, chron. E. Broussy et H. Cassagnabère.

CJUE gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme c/ Corporació de Salut del Maresme i la Selva :* ECLI:EU:C:2015:664, conclusions N. JÄÄSKINEN : *RDI* 2015, n° 11, p. 531-532, note R. Noguellou ; *Europe* 2015, n° 12, p. 21, note S. Cazet ; *Contrats Pub*. 2015, n° 160, p. 10, note R. Deau ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 458-459, note A. L. Durviaux ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 414-417, note L. Coutron.

CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, *Undis Servis Srl c/ Comune di Sulmona, R. num :* ECLI:EU:C:2016:935 *: JCP-A* 2017, n° 2, p. 21-23, note M. Karpenschif ; *Europe* 2017, n° 2, p. 24, note E. Daniel ; *BJCP* 2017, n° 111, p. 90-94.

CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord contre Region Hannover* : ECLI:EU:C:2016:985 : *BJCP* 2017, n° 11, p. 95, conclusions P. Mengozzi ; *Europe* 2016, n° 2, p. 23, note D. Simon ; *Concurrences* 2017, n° 1, p. 216, chron. A. Sée ; *CMP* 2017, n°2, p. 26, note G. Eckert ; *JCP-A* 2017, n° 9, p. 32, comm. S. Brameret ; *RTD Eur.* 2017, n° 2, p. 299, note A.-L. Durviaux ; *AJDA* 2017, n° 19, p. 1112, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, Ph. Bonneville, Ch. Gänser ; *RDUE* 2017, n° 4, p. 55, chron. G. Gattinara.

CJUE, 5 octobre 2017, aff. C-567/15, *« LitSpecMet » UAB contre « Vilniaus lokomotyvų remonto depas » UAB* : ECLI:EU:C:2017:736 ; *BJCP* 2018, n° 116, p. 11, conclusions M. Campos Sanchez-Bordona ; *Europe* 2017, n° 12, p. 30, note A. Bouveresse ; *CMP* 2017, n° 12, p. 34, note P. Devillers ; *JCP-A* 2018, n° 6, p. 19, chron. J. Martin et P. Gilles ; *RTD Eur.* 2018, n° 2, p. 381, chron. A.-L. Durviaux ; *RDUE* 2018, n° 3, p. 171, note A. Deroudille.

CJUE, 21 mars 2019, aff. jointes C-266/17 et C-267/17, *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH et BVR Busverkehr Rheinland GmbH : ECLI:EU:C:2019:241 : JCP-A* 2019, n° 38, p. 12, chron. J. Martin et G. Pellissier ; *RFDA* 2019, n° 5, p. 921, panorama A. Bouveresse, F. Martucci, C. Mayeur-Carpentier ; *RTD Eur.* 2020, n° 2, p. 409, chron. L. Grard ; *Europe* 2019, n° 5, p. 30, note F. Péraldi-Leneuf.

CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, *Ville de Kaunas, et UAB « Irgita »* : ECLI:EU:C:2019:829 ; conclusions G. Hogan ; *Europe* 2019, n° 12, p. 28, note V. Bassani ; *RDI* 2020, n° 3, p. 144, note R. Noguellou ; *AJDA* 2020, n° 2, p. 118, note L. Richer ; *CMP* 2019, n° 12, p. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

CJUE, 18 juin 2020, aff. C-328/19, *Porin Kaupunk*i : ECLI:EU:C:2020:483 ; *Europe* 2020, n° 8, p. 22, note M. Valérie.

# Annexe D :

# Rapports des juridictions financières

## I. Cour des Comptes :

Cour des Comptes, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales,* rapport au Premier ministre, 15 juin 2017, 14 p.

Cour des Comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales : un outil des collectivités à sécuriser,* communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale, mai 2019, 86 p.

## II. Chambres régionales des Comptes :

Chambre régionale des Comptes (CRC) des Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la la gestion de la Société des Transports de l'Agglomération Nazairienne, années 2005-2009, du 20 décembre 2011, 8 p.

CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives sur la Société publique locale d'aménagement de Cergy-Pontoise Aménagement (SPL CPA), exercices 2004-2011, 31 juillet 2013, 35 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la société publique régionale des Pays de la Loire, années 2009 et s., 25 octobre 2013, 24 p.

CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives sur la SPL Eau du Ponant, exercices 2011 et s., 21 juillet 2014, 67 p.

CRC Auvergne, Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la Régie des Eaux de Grenoble, exercices 2008-2011, 28 juillet 2014, 47 p.

CRC Auvergne, Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la Société d'équipement du Rhône et de Lyon (SERL), exercices 2007-2012, 11 septembre 2014, 41 p.

CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives sur la Société d'études, maîtrise d'ouvrage et d'aménagement parisienne (SEMAPA), exercices 2004-2011, 15 septembre 2014, 116 p.

CRC Alsace, Rapport d'observations définitives sur la SEM de la région Mulhousienne, à compter de l'exercice 2008, 25 novembre 2014, 45 p.

CRC Nord-Pas-de-Calais-Picardie, Rapport d'observations définitives sur la SPL Euralille, exercices 2006 et s., 9 décembre 2014, 35 p.

CRC Auvergne, Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la Société des eaux de la région grenobloise et d'assainissement du Drac inférieur, exercices 2008-2012, 24 mars 2015, 26 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la société d'équipement du département de Maine et Loire : SODEMEL, années 2009-2014, 28 mai 2015, 33 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la société publique locale d'aménagement d'Anjou (SPLAA), années 2010-2014, 28 mai 2015, 14 p.

CRC Languedoc-Roussillon, Midi-Pyrénées, Rapport d'observations définitives sur la SPL Midi-Pyrénées Construction, exercices 2011 et s., 9 août 2016, 74 p.

CRC Auvergne, Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la Société publique locale Montélimar Sésame Développement, exercices 2011-2014, 25 juillet 2016, 54 p.

CRC Nord-Pas-de-Calais-Picardie, Rapport d'observations définitives sur la société publique locale des transports intercommunaux de Sambre-Avesnois, exercices 2009-2015, 19 janvier 2016, 13 p.

CRC La Réunion, Rapport d'observations définitives sur la SPL Maraïana, exercices 2010 et s., 10 février 2017, 23 p.

CRC Mayotte, Rapport d'observations définitives sur la SPL 976, exercices 2012 et s., 7 mars 2017, 50 p.

CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives sur la SPL Compagnie des ports du Morbihan, exercices 2012 et s., 29 mars 2017, 41 p.

CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la société d'économie mixte « maison du tourisme du pays des Maures et du golfe de Saint-Tropez » devenue société publique locale « Golfe de Saint-Tropez », exercices 2013-2015, 16 mai 2017, 25 p.

CRC Hauts-de-France, Rapport d'observations définitives sur la société publique de l'agglomération dunkerquoise (SPAD), 24 mai 2017, 9 p.

CRC La Réunion, Rapport d'observations définitives sur la SPL Est-Réunion Développement, exercices 2011 et s., 7 juillet 2017, 24 p.

CRC Normandie, Rapport d'observations définitives sur la société publique locale « Aquabowling des Falaises », exercices 2011 et s., 1er septembre 2017, 51 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la SPL Le Voyage à Nantes, exercices 2011 et s., 7 septembre 2017, 68 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la gestion de la société publique régionale des Pays de la Loire, années 2012 et s., 10 août 2017, 54 p.

CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Rapport d'observations définitives sur la SPL Tecelys, exercices 2011 et s., 3 juillet 2018, 62 p.

CRC Grand Est, Rapport d'observations définitives sur la SPL Deux-Rives, 15 mai 2018, 22 p.

CRC La Réunion, Rapport d'observations définitives sur la SPL Réunion des Musées Régionaux (SPL RMR), exercices 2012 et s., 30 août 2018, 35 p.

CRC Hauts-de-France, Rapport d'observations définitives sur la société d'aménagement de l'Oise, exercices 2011 à 2016, 20 septembre 2018, 49 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur le groupement d'intérêt économique Fontevraud, exercices 2013-2016, 6 novembre 2018, 50 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la société publique régionale de l'abbaye de Fontevraud (SOPRAF), exercices 2012-2017, 4 décembre 2018, 66 p.

CRC Occitanie, Rapport d'observations définitives sur la société d'équipement de la région montpelliéraine, exercices 2011-2017, 13 décembre 2018, 79 p.

CRC Pays de la Loire, Rapport d'observations définitives sur la société d'aménagement de la Métropole Ouest Atlantique (SAMOA), exercices 2014 et s., 29 avril 2019, 56 p.

CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la SPL Lyon Confluence, exercices 2008-2016, 9 mai 2019, 81 p.

CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitives sur la SPL Alpexpo, exercices 20092017, 10 avril 2019, 76 p.

CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Rapport d'observations définitives sur la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix, exercices 2011-2016, 10 octobre 2019, 63 p.

CRC Ile-de-France, Rapport d'observations définitives sur la Société publique locale d'exploitation de la Tour Eiffel (SETE), exercices 2015 et s., 9 janvier 2020, 86 p.

CRC Normandie, Rapport d'observations définitives sur la société publique locale « Agence d'attractivité Pont-L'Evêque Intercom (2APLI) » (devenue « Terre d'Auge Attractivité »), exercices 2016-2018, 16 mars 2020, 25 p.

CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives sur le Groupement d'Intérêt Economique SOTRAVAL-GIE, exercices 2013 et s., 8 avril 2020, 95 p.

CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives sur la société publique locale SOTRAVAL-SPL, exercices 2013 et s., 8 avril 2020, 117 p.

CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives sur la société publique locale SOTRAVAL-SEML, exercices 2013 et s., 8 avril 2020, 112 p.

CRC La Réunion, Rapport d'observations définitives sur la SPL SUDEC, exercices 2018 et s., 9 juin 2020, 33 p.

**Introduction** **11**

I - L'utilité de la quasi-régie et de la société publique locale 11

II - Les questions juridiques engendrées par la création de la quasi-régie et de la société publique locale 17

III. Les hypothèses établies 23

IV - La méthodologie employée 24

A) Le positionnement épistémologique 24

B) Les méthodes de recherche employées 28

V. Les résultats obtenus 30

**Première partie : De la quasi-régie à la SPL : une volonté de contourner la concurrence** **31**

**Titre 1 : L'origine européenne pro-concurrentielle de la société publique locale : la théorie de la quasi-régie** **35**

**Chapitre 1 Le fondement théorique incomplet de la quasi-régie** **37**

***Section 1 : L'interprétation pro-concurrentielle et restrictive des règles de la commande publique*** ***39***

**I - Une méthode d'interprétation prétorienne orientée par les objectifs de concurrence** **40**

A) La fondamentalisation des règles pro-concurrentielles de la commande publique par la méthode téléologique 41

1) La fondamentalisation des considérations concurrentielles à travers l'objectif d'égalité de traitement devant la commande publique 42

2) La formation d'un objectif de bonne gestion publique à travers le principe de transparence 47

B) La portée extensive de l'interprétation fonctionnelle du droit de la commande publique 50

1) La fondamentalisation de l'objectif de concurrence dans la commande publique 50

2) L'interprétation restrictive des exceptions à la commande publique 52

**II - La progressive banalisation des cocontractants privilégiés** **55**

A) La position de départ : l'interprétation large de la qualité d'organisme adjudicateur 55

B) La pente glissante : la qualification extensive de contrat onéreux 57

C) L'écueil : la longue absence de limites claires à la qualification de cocontractant 58

**Conclusion de la section 1** **61**

***Section 2 : La théorisation de la quasi-régie comme limite pratique à l'expansion pro-concurrentielle*** ***62***

**I - L'introuvable fondement logique de l'exception de quasi-régie** **62**

A) L'arrêt Teckal et ses développements jurisprudentiels : une solution pratique au problème de l'interprétation extensive 63

1) La solution de compromis de l'arrêt Teckal 63

a) La question posée et sa reformulation par la Cour 63

b) Le rejet de la solution par analogie de l'exception offerte aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires d'un droit exclusif 64

c) Les solutions et les conditions de l'arrêt Teckal 65

2) L'absence de clarté juridique sur l'exception de quasi-régie jusque 2014 67

a) L'absence de codification de l'exception de quasi-régie en 2004 67

b) Les évolutions jurisprudentielles perturbantes quant aux critères de la quasi-régie 69
B) Une exception justifiée par la pratique largement répandue en Europe des cocontractants privilégiés 73

**II - Une difficile justification théorique finaliste de la quasi-régie expliquant ses critères novateurs 78**

A) Les théories justificatrices discutées par la Cour 78
1) Justifications basées sur la transparence ou l'inexistence en pratique des entités contrôlées 78
2) Justifications basées sur l'absence d'autonomie de la volonté nécessaire pour former un contrat 79
B) Une correction législative évitant les questions dérangeantes sur le fondement des critères de la quasi-régie 82
1) La codification rectificative des principes de l'exception de quasi-régie et des conditions l'accompagnant 83
a) La reconnaissance d'un principe de liberté d'organisation des autorités publiques 83
b) La reprise légèrement correctrice des critères jurisprudentiels de la quasi-régie 85
2) Une explication jurisprudentielle par défaut : l'existence d'un lien interne particulier 88

**Conclusion de la section 2 90**

***Conclusion du chapitre 1 : La création de l'exception de quasi-régie : une liberté en trompe-l'oeil ? 91***

## Chapitre 2 : Les hésitations des critères de la quasi-régie 93

***Section 1 : Un critère du contrôle analogue rapidement écarté 95***

**I - Le choix peu judicieux de l'analogie 95**

A. Le refus de critères alternatifs 95
1) Les critères de l'entreprise publique : une influence déterminante 96
2) Les critères des entreprises liées 98
3) Le rejet des filiales exclusives 100
B. La faiblesse intrinsèque du critère de l'analogie 101

**II - Le dépassement de l'analogie par le critère de l'influence déterminante fonctionnelle et structurelle 103**

A. Le chaînon de l'influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques 104
B. Le chaînon jurisprudentiel du contrôle structurel et fonctionnel 106
1) L'origine du critère du contrôle structurel et fonctionnel 106
2) Les éléments concrets de contrôle structurel et fonctionnel : un faisceau d'indices non fermé 108
C. Une absence de présomption d'influence déterminante même en cas de possession exclusive du capital 110

**Conclusion de la section 1 : le contrôle analogue, une notion encore utile ? 113**

***Section 2 : Le critère malaimé de l'activité essentiellement dédiée 114***

**I - Un critère au fondement foncièrement pro-concurrentiel 114**

A) Les justifications fondamentales de ce critère 115
1) Une justification générale peu évidente basée sur l'absence d'autonomie 115
2) Une justification spécifique basée sur l'intérêt d'éviter de fausser le jeu concurrentiel 116
B) Une justification non retenue : l'absence de « vocation de marché » 119

**II - La portée discriminante du fondement pro-concurrentiel du critère matériel 122**

A) Une différence de traitement par rapport aux services exécutés par les services propres des collectivités 123
B) Un critère longtemps subjectif car peu clair sur son fondement 125
C) Une application possiblement grippée 129

1) Un critère subsidiaire 130

2) Une interprétation concrète encore complexe malgré la codification de 2014 130

**Conclusion de la section 2 : l'essentiel des activités : un critère à supprimer 132**

***Section 3 : La présence rejetée du capital privé 133***

**I - L'exclusion initialement absolue du capital privé 133**

A. L'exclusion du capital privé : des raisons plus idéologiques que juridiques 134

1) Position du problème de l'économie mixte 134

2) Une réponse radicale 136

B. La vérification de la précarité temporelle des situations d'exclusivité du capital 138

1) Interdiction de privatisation d'une quasi-régie sans remise en concurrence 139

2) Conciliation avec la liberté de passer par des formes de société privatisables 139

**II - La reconnaissance européenne de l'économie mixte 141**

A. L'exception des partenariats public-privé institutionnels construits après mise en concurrence 142

B. La présence autorisée d'investisseurs privés sous condition de leur imposition par la loi et de leur absence d'influence 144

1) Une volonté parlementaire de contourner une jurisprudence pro-concurrentielle 145

2) Des limites encore mal définies 147

**Conclusion de la section 3 : 148**

***Conclusion du chapitre 2 : la confusion des critères 149***

**Chapitre 3 : Un aménagement important : le contrôle conjoint 151**

***Section 1 : Un improbable contrôle analogue conjoint 152***

**I. La dilution du contrôle analogue en cas de contrôle pluriel des quasi-régies 153**

**II. La circonstance particulière de la mise à disposition obligatoire 155**

A) Un contrôle analogue conjoint atténué autorisé en cas de mise à disposition légale 155

B) L'exception des compétences propres financées par une autre collectivité 158

**Conclusion de la section 1 : les problèmes inhérents de la théorie du contrôle conjoint 159**

***Section 2 : Une condition d'influence minimum distinguant les quasi-régies des autres coopérations publiques 160***

**I. Une distinction avec la notion de coopération publique non-institutionnalisée 161**

A) Une nouvelle exception de coopération public-public 162

B) Les points communs et différences avec l'exception de quasi-régie 166

**II. Un contrôle conjoint autorisé à condition d'être individuellement effectif 170**

A) Les fondements du contrôle analogue conjoint : la justification de la non-concurrence 171

B) La contrepartie du contrôle conjoint : l'exigence concrète d'une influence déterminante individuellement effective 172

C) Un garde-fou supplémentaire : la réserve d'intérêts compatibles entre collectivités et quasi-régie 175

**Conclusion de la section 2 : La multiplication des types de coopérations publiques 177**

***Section 3 : Le cas-limite législativement autorisé des relations entre entités parentes 179***

**I. La relation de quasi-régie verticale indirecte : une nouvelle exception mal limitée 179**

**II. Les relations horizontales ou latérales de quasi-régie 184**

**III. Les relations verticales ascendantes ou inversées : une exception à rapprocher des mutualisations de services 188**

***Conclusion du chapitre 3 : Une liberté de coopérer 193***

**Conclusion du Titre 1 : D'une origine pro-concurrentielle à une utilisation libératrice pour les collectivités 195**

**Titre 2 : La réception contrastée en droit français de la notion de quasi-régie 197**

**Chapitre 1 L'accommodation des institutions locales de droit public 199**

***Section 1 : Une réception pratique a minima aux relations entre personnes publiques 199***

**I - Des conceptions initialement opposées quant à un idéal des relations public-public 200**

A. Une jurisprudence européenne à contre-temps de la jurisprudence française 200

1. La tradition française d'exemption de mise en concurrence entre personnes publiques avant l'arrêt Piémont de Barr 201

2. Concomitance et incohérence des arrêts Piémont de Barr et Teckal 203

B. Le rejet de la filiation entre les cultures juridiques française et européenne 204

1. Relecture critique de l'arrêt Unipain 205

2. Distinction nécessaire des cultures juridiques française et européenne selon les conditions de mise en oeuvre de l'exception de quasi-régie 206

**II. L'intégration prudente de la notion de quasi-régie en droit public français 207**

A. Une transposition expressis verbis de l'exception de quasi-régie dans les textes français 208

1. Intégration dans les textes relatifs aux marchés publics 208

2. L'intégration des conditions jurisprudentielles européennes dans le droit des délégations de service public 210

B. La reprise prudente de la théorie des quasi-régies par la jurisprudence administrative française 212

1. Un accueil sans réserve des conditions européennes 213

2. Une tentative du Conseil d'État pour réinterpréter les conditions de la quasi-régie : l'arrêt Ville d'Aix-en-Provence 214

3. La moindre utilité de l'arrêt Ville d'Aix-en-Provence dans la jurisprudence ultérieure du juge administratif sur les quasi-régies 216

***Section 2 : L'inadaptation de la quasi-régie dans les cadres théoriques du droit public 219***

**I. L'apparente inadaptation de la langue juridique française à intégrer le concept de quasi-régie 220**

**II. La théorie française classique des personnes publiques confrontée à la notion de quasi-régie 224**

A. L'occultation du débat sur la contractualisation à l'intérieur d'une même personne morale 225

1. La position française traditionnelle de négations de relations contractuelles au sein d'une même personne morale face à la méthode fonctionnelle européenne 226

2. Les conditions européennes de la quasi-régie face aux théoriques classiques des relations entre personnes morales de droit public 229

B. L'absence de clarté sur les conséquences de la quasi-régie sur les relations entre personnes publiques : le cas des établissements publics rattachés 231

1) Les multiples cas d'exception à la mise en concurrence ouverts aux établissements publics rattachés 232

a) Le transfert de compétences 233

b) La coopération purement administrative 234

2) La vérification matérielle nécessaire des conditions de la quasi-régie aux régies personnalisées 235

***Conclusion du chapitre 1 : La reconstruction mythique d'une filiation 239***

**Chapitre 2 : L'adaptation nécessaire du régime de l'économie mixte locale à la théorie de la quasi-régie 241**

***Section 1 - Les fondements pro-concurrentiels cachés de l'économie mixte locale 243***

**I - Une confusion entre le principe et les formes des interventions publiques locales 243**

A) Un législateur ne réglementant que les moyens techniques 244

B) Le rôle primordial du juge administratif dans l'encadrement des fins de l'interventionnisme public local 246

C) L'influence des formes sur les fins de l'action publique locale 248

**II. Une mixité obligatoire pour les formes de droit privé des démembrements locaux 250**

A) Un déséquilibre institutionnalisé entre l'utilisation des formes publique et privée pour les collectivités locales 250

1) La construction historique de la restriction de l'utilisation de la forme de droit privé 251

2) L'enracinement explicite de l'interdiction d'utilisation des formes privées à l'occasion des lois de décentralisation de 1982-1983 254

B) L'obligation de mixité : condition implicite des interventions sous forme privée des collectivités locales 256

**Conclusion de la section 1 : Une pesante obligation de mixité 257**

***Section 2 : Le choc paradoxal des conceptions européennes et françaises de l'économie mixte locale 258***

**I - Une banalisation française anticipée du statut des SEML 259**

A) Une banalisation prétorienne des relations contractuelles générales 259

B) Le maintien d'exceptions à la mise en concurrence des SEML 262

1) Le fondement d'une exception des SEML dans le domaine de l'aménagement 262

2) L'influence européenne sur la suppression de cette exception 265

**II - Les SEML confrontées à la théorie de la quasi-régie 266**

A) La possibilité d'un retour à un statut privilégié 267

1) L'intégration légale rapide de l'exception européenne de la quasi-régie 267

2) L'espoir un instant caressé d'un retour sur le mouvement de banalisation 268

B) Le choc de l'incompatibilité 270

1) La différence irréconciliable des finalités des autorités publiques et du secteur privé : incohérence avec la position de la SEML 272

2) La liberté de s'associer avec une entreprise privée dans une société remise en cause sur la base de l'égalité de traitement273

C) La résilience de l'institution mixte face à l'intransigeance européenne 275

***Section 3 : Le renouveau conceptuel de l'économie mixte locale sous l'influence concurrentielle277***

**I - L'objet concurrentiel des sociétés d'économie mixte locales 278**

A - Une fonction renouvelée d'entreprise publique concurrentielle 279

B - L'inadéquation du statut juridique des SEML à leur nouvelle fonction concurrentielle 281

1) L'encadrement actionnariat encore strict des SEML 281

2) L'objet toujours limité des SEML 283

3) Le maintien de précautions de gestion 284

**II - Le renouveau de la mixité par la concurrence : la SEM à opération unique 286**

A. La reconnaissance européenne du partenariat public-privé institutionnalisé sous l'influence de la quasi-régie 286

1) La filiation théorique des PPPi aux PPP 287

2) La continuité de la jurisprudence européenne sur les quasi-régies 289

B. L'adaptation française du PPPI à travers la SEMOP 291

1. Les freins conceptuels à l' adaptation du PPPi en droit français 291

2. Les caractéristiques peu finalisées de la SEMOP 294

**Conclusion de la section 3 : Une influence européenne pro-concurrentielle accommodante 296**

***Conclusion du chapitre 2 : 297***

**Chapitre 3 Les sociétés publiques locales : L'incarnation française de la quasi-régie européenne 299**

***Section 1 - Un contrôle statutaire tangent 300***

**I - L'exclusivité de l'actionnariat au profit des collectivités locales : une précaution superflue 301**

A) Une exclusivité exagérée du capital au profit des collectivités locales 302

B) Les inadéquations du cadre juridique des sociétés anonymes pour les SPL 304

1) L'inadéquation des SPL aux règles de direction des SEML 305

2) L'inadéquation de la SPL aux principes capitalistes de la société anonyme 308

**II - Un contrôle actionnarial insuffisant pour répondre automatiquement aux exigences du contrôle analogue 311**

A) L'inadéquation théorique du contrôle actionnarial des SPL avec la notion de contrôle analogue 311

1) L'incompatibilité automatique du contrôle actionnarial des sociétés anonymes 312

2) Les insuffisances du droit actionnarial spécial des SEML 314

3) Les solutions infra-légales de contrôle : statuts, règlements intérieurs et pactes d'actionnaires 316

a) La valeur normative plus faible de ces instruments 317

b) Des solutions possiblement insuffisantes face aux exigences du contrôle analogue 317

B) L'encadrement paradoxalement préservé du nombre d'associés autorisés des sociétés anonymes 319

1) Un refus de l'actionnariat unique fondé sur la peur de dérives gestionnaires 320

2) Les problèmes d'un actionnariat potentiellement illimité dans le nombre et la taille 324

a) La situation problématique des petits actionnaires de SPL 324

b) La réponse du Conseil d'Etat : l'arrêt Marsannay-la-Côte 325

**Conclusion de la section 1 : L'ambigu contrôle sur les SPL 327**

***Section 2 : Des activités matérielles exagérément bornées 328***

**I - Une obligation restrictive d'exclusivité matérielle 329**

A) La réception parfaite de la condition de quasi-exclusivité en droit français de la commande publique 329

B) Les SPL obligées à l'exclusivité matérielle et territoriale 331

1) Un principe clair 332

2) Une justification honteuse 334

3) Une portée incertaine 335

**II - La reprise des obligations applicables aux SEML en matière d'objet social : une limite suffisante ? 338**

A) La limitation de l'activité des SPL par les compétences des collectivités actionnaires 338

a) Limite des compétences des collectivités pour agir dans les SPL 338

b) Communauté de compétences et intérêts convergents 340

B) Les limitations redondantes de l'objet social des SPL 341

**Conclusion de la section 2 : Des limites se rajoutant à des limites 344**

***Conclusion du chapitre 3 : Les SPL : un aboutissement de la quasi-régie à la fois libérateur et restrictif 345***

**Conclusion du titre 2 : Les institutions de gestion publique locale sous l'influence pro-concurrentielle 347**

**Conclusion de la partie 1 : Moins un contournement qu'un nouveau respect des objectifs pro-concurrentiels européens 349**

**Partie 2 L'enfermement de l'action publique locale dans un cadre pro-concurrentiel 351**

**Titre 1 : La résistance aux considérations pro-concurrentielles dans le choix de la SPL comme mode de gestion 355**

**Chapitre 1 : Un contrôle économique écarté au profit d'exigences de transparence 357**

***Section 1 : Une liberté de choix réaffirmée par la SPL 358***

**I - Un contrôle juridictionnel limité sur le choix de la SPL 359**

A) Le concept de quasi-régie comme renforcement d'une évolution jurisprudentielle libérale 359

1) Le lien ancien entre la reconnaissance jurisprudentielle d'un pouvoir discrétionnaire des collectivités locales dans le choix du mode de gestion et l'idée de quasi-régie 360

2) La reconnaissance récente d'une véritable liberté organisationnelle sous l'influence du contentieux européen des quasi-régies 362

B) Le rejet des théories proposant la SPL comme opportunité d'un contrôle jurisprudentiel plus poussé 365

1) Un contrôle juridictionnel objectif minimal 365

2) Le refus entier d'un contrôle subjectif : l'erreur manifeste d'appréciation écartée 369

**II - Une liberté reconnue positivement par les textes 372**

A) Une codification du principe de libre choix liée à l'irruption des quasi-régies 372

1) Un principe induit par le droit européen des quasi-régies 372

2) La transposition sobre de cette liberté en droit français 376

B) Une portée normative large de cette liberté 378

1) La valeur comparée de la liberté de choix par rapport aux autres libertés fondamentales de la commande publique 379

2) La conciliation avec les principes émergents de bonne utilisation des deniers publics et de bonne administration 382

**Conclusion de la section 1 : Le rejet d'un contrôle des éléments pro-concurrentiels dans le choix de la SPL 385**

***Section 2 : L'importance d'une véritable transparence sur le choix de la SPL 386***

**I - Une information politique locale anormalement variable en fonction des missions confiées 387**

A) Une information supplémentaire en cas de délégation de service public 388

1) Une obligation d'information à visée pro-concurrentielle 388

2) Une information technique limitée 391

B) Un devoir d'information insuffisant de l'assemblée délibérante en dehors des DSP 395

1) Le devoir minimal de bonne et entière information des membres de l'assemblée délibérante 395

2) L'absence de conséquences contentieuses d'une mauvaise information 398

a) Le cas des DSP confiés à des SPL 400

b) Le cas des autres contrats 401

**II - La CCSPL : instrument insuffisant d'une gestion plus transparente 402**

A) Une mise en place lacunaire pour les SPL 403

B) Une utilisation limitée pour les SPL 407

Conclusion section 2 : A la frontière de la transparence et de l'amélioration des considérations pro-concurrentielles 411

***Conclusion du chapitre 1 : Une liberté suffisamment transparente? 412***

**Chapitre 2 : L'intégration délicate de meilleures procédures de choix 415**

***Section 1 : Une improbable mise en concurrence du choix d'une société publique locale 417***

**I - Une mise en concurrence théoriquement possible des SPL 418**

A) La logique pro-concurrentielle de mise en concurrence des opérateurs publics et privés 418

B) Les exemples étrangers de mise en concurrence automatique d'opérateurs publics locaux 422

C) Le faux problème de la double mise en concurrence 424

**II - La délicate impartialité d'une collectivité devant sa SPL mise en concurrence 428**

A) La difficile apparence d'impartialité de la SPL 428

B) La problématique présence des élus au conseil d'administration de la SPL 431

C) Le conflit d'intérêts institutionnel de la collectivité pour sa propre société et les solutions techniques 434

1) L'idée de conflit d'intérêts institutionnel 434

2) Des solutions techniques à la partialité institutionnelle 435

**Conclusion section 1 : Une solution pro-concurrentielle à contre-courant et peu convaincante 439**

***Section 2 : La piste du renforcement de la contestabilité du choix d'une société publique locale 440***

**I - L'amélioration de l'objectivité scientifique de l'évaluation comparative préalable 441**

A) Les exigences de l'évaluation préalable des partenariats public-privé 441

B) Les conditions d'une comparaison préalable des sociétés publiques locales 445

**II - L'approfondissement du contrôle de l'évaluation comparative 449**

A) Un contrôle juridictionnel approfondi de l'évaluation préalable 449

B) Une opposabilité élargie de l'évaluation préalable et du choix de la SPL : les inspirations étrangères 451

**Conclusion section 2 : Renforcer la contestabilité : une solution équilibrée 454**

***Conclusion du chapitre 2 : Un choix politique entre liberté des collectivités et rationalité économique 455***

**Conclusion du titre 1 : D'une procédure a-concurrentielle à des mécanismes de choix pro-concurrentiels 457**

**Titre 2 : Une transformation formelle du régime de la délégation d'activités 459**

**Chapitre 1 : Le rejet pratique d'une relation unilatérale théoriquement logique 463**

***Section 1 - Une forme unilatérale logiquement préférable 464***

**I) La compatibilité théorique du lien de quasi-régie des SPL et de l'acte unilatéral 465**

A) Des restrictions théoriques peu logiques 465

1) Le rapprochement entre la situation des SPL de quasi-régie et des régies 465

2) Une préférence contractuelle implicite de la doctrine 467

B) La société publique locale : outil de relativisation de la distinction entre acte unilatéral et du contrat 469

1) Une possibilité théorique d'unilatéralisme en droit privé 469

2) L'entretien de la confusion entre acte unilatéral et acte contractuel en droit public 472

**II) Un droit positif français a priori favorable à l'unilatéralisme des relations de quasi-régie 475**

A) Les indices contradictoires des textes 475

1) La disparition de formes contractuelles obligatoirement prescrites. 476

2) L'absence d'obligation contractuelle organisée par la loi sur les SPL 478

B) La position ambigüe du juge administratif 480

1) L'indétermination jurisprudentielle sur l'acte dévolutif à une SPL 481

2) Les ouvertures jurisprudentielles à la délégation unilatérale 483

**Conclusion de la section 1 : Une forme unilatérale théoriquement possible 484**

***Section 2 : Les indices d'une préférence pour la forme contractuelle 485***

**I) Une légère tendance européenne 486**

A) Le refus de principe de statuer sur la forme du lien 486

B) Une relation comparable à celle de la commande publique 488

1) La nécessité d'un socle commun pour la définition des exceptions 488

2) L'apport de l'arrêt Irgita : la soumission de l'exception de quasi-régie aux principes européens 489

**II) Une contractualisation implicitement exigée par le droit français 491**

A) Des situations particulières requérant une contractualisation minimale 491

B) Un régime légal des SPL favorisant implicitement la contractualisation 494

1) Le caractère subsidiaire des délégations unilatérales 495

2) Le paradoxe de l'exclusion s'excluant elle-même 496

3) L'exigence probable de la relation contractuelle dans le Code de la commande publique 497

**III) Une prudente pratique contractuelle 498**

A) La pratique indirectement entendue 498

2) La pratique directement entendue : les résultats de l'enquête sur les SPL 501

**Conclusion de la section 2 : des indices théoriques et formels peu probants 503**

**Conclusion du chapitre : une soumission volontaire au cadre contractuel 505**

**Chapitre 2 Une relation contractuelle paradoxalement émancipatrice 507**

***Section 1 : Un renforcement conséquent de l'autonomie des SPL 508***

**I) La forte juridicité des contrats entre collectivités et SPL 508**

A) L'inconséquence de la fiction de quasi-régie dans la capacité à contracter 509

1) La possibilité théorique de contracter même en l'absence d'autonomie de la SPL 510

a) Théorie du contrat de droit privé et autonomie de la volonté 511

b) Théorie du droit administratif et absence de personnalité distincte 512

c) Théorie du droit administratif et autonomie de la volonté 513

2) Inapplicabilité de la théorie de la transparence et reconnaissance positive des effets de la personnalité morale sur la capacité des SPL à contracter 515

3) La portée restreinte de la fiction de quasi-régie dans l'interprétation fonctionnaliste 520

B) La souscription d'obligations juridiques réciproques ou de réels contrats 520

**II) L'égalisation des relations par la contractualisation 524**

A) La limite jurisprudentielle du pouvoir de contrôle de l'Administration 524

B) Les conséquences concrètement égalisatrices de l'ambiance contractuelle 526

**Conclusion de la section 1 : Importance de l'autonomie concrète des SPL 529**

***Section 2 : Un antagonisme contractuel juridiquement organisé 530***

**I) Des stipulations imposées visant à une meilleure gestion publique 530**

A) Un objet précis 531

B) Une contrepartie prévisible 533

C) Une durée limitée 536

1) Une durée limitée par la possibilité de se retirer 536

2) Une durée nécessairement déterminée 537

**II) Une liberté de modification contractuelle limitée 540**

A) Les limites à la liberté de modification consensuelle des contrats de prestations intégrées 541

1) Le principe du consensualisme 541

2) La transparence par la procédure devant l'assemblée délibérante des collectivités 543

B) Les limites au pouvoir de modification unilatérale des contrats de prestations intégrées 544

**III) Les limitations du déséquilibre contractuel et l'égalisation des parties au contrat de prestations intégrées 546**

A) les situations protégées de déséquilibres extrêmes issues du droit privé 547

B) Les modifications en cours de contrat et l'assurance d'un équilibre contractuel 549

**Conclusion de la Section 2 : Un antagonisme contractuel organisé 552**

***Conclusion du chapitre : Un lien entre contrat et compétition d'intérêts 553***

**Conclusion du titre 2 : Une dévolution d'activités encadrée par des objectifs et des instruments de compétitivité 555**

**Titre 3 La SPL en action : la privatisation de l'action publique locale 557**

**Chapitre 1 : La neutralisation du régime d'action des collectivités locales par le biais de la SPL 559**

***Section 1 : Un régime neutralisé d'entreprise publique 561***

**I - Un régime principal de droit privé 562**

A) L'impact neutralisé du critère organique dans la publicisation du régime des SPL 562

1) Une personnalité morale de droit privé légalement assurée 563

2) La pertinence faible d'une qualification des SPL en personnes privées transparentes 564

3) Le maintien perturbateur d'une possible qualification de mandataire public tacite 567

a) La reconnaissance jurisprudentielle du mandat implicite 568

b) L'application du mandat implicite aux SPL 569

B) Un régime a priori privé des activités des SPL 570

a) Les indices d'une éventuelle activité de service public des SPL 571

b) Le rejet d'une présomption de service public pour les SPL 574

C) La consécration d'une plus grande flexibilité du droit de la gestion publique locale 575

1) Le développement de la liberté de gestion publique locale par la reconnaissance d'une présomption de régime de droit privé des SPL 576

2) L'apport des SPL à la redéfinition des classifications théoriques des entreprises publiques locales 579

a) La remise en cause d'une approche dualiste 579

b) La SPL, révélatrice d'une réalité plus graduelle 581

**II - Un reliquat de règles exorbitantes du droit privé inadaptées au fonctionnement des SPL 584**

A) La compatibilité avec le droit des sociétés des règles spécifiques aux SPL 584

B) La protection de responsabilité civile superfétatoire des administrateurs-élus locaux 586

1) Le principe de protection de l'article L. 1524-5 du CGCT 586

2) Une sur-protection organisée par rapport au droit privé et au droit public 588

C) L'imposition de garde-fous superflus portant sur le financement des SPL par leurs actionnaires 589

1) L'encadrement relativement adapté des avances en comptes courants d'associé 591

2) Le régime prudentiel excessivement strict des garanties d'emprunt 594

3) Un régime jurisprudentiellement contraint des apports et modifications du capital social 597

a) Les conditions légales prudentielles 598

b) L'interprétation jurisprudentielle stricte 599

**Conclusion de la section 1 : Un régime d'action de droit privé pour une entreprise publique 602**

***Section 2 : Un statut adapté aux effets restrictifs du droit de la concurrence 602***

**I - La SPL comme outil facilitateur de l'application du droit de la concurrence 603**

A) La séduisante proposition visant à échapper à l'application du droit de la concurrence 604

1) Vocation des SPL et droit de la concurrence 605

2) Une confusion entretenue par le Conseil d'Etat 609

B) Une application aisée du droit de la concurrence aux SPL 612

1) La quasi-régie : une exception uniquement valable pour le droit de la commande publique 612

2) Les SPL comme opérateurs sur des marchés concurrentiels 614

a) La large interprétation européenne de l'activité économique sur un marché 614

a) La possibilité de définir un marché pertinent des activités confiées aux SPL 616

c) L'exception des droits spéciaux ou exclusifs accordés aux SPL 617

C) Un statut de SPL facilitant la vérification de la compatibilité concurrentielle de l'action publique 618

1) Réglementation des aides d'Etat et comptabilité au statut de SPL 619

2) Statut de SPL, abus de position dominante et financements croisés 622

**II - Un régime concurrentiellement désavantagé 624**

A) Le traitement fiscal inégalitaire de la SPL 625

1) Inégalité au profit des personnes publiques 625

2) Inégalités fiscales par rapport aux SEML 627

B) La charge de la preuve de neutralité concurrentielle en cas de candidature à la commande publique 630

1) Le nécessaire respect procédural d'une mise en concurrence 631

2) La démonstration positive d'un caractère neutre : une charge en soi 632

**Conclusion de la section 2 : Un régime d'action aiguillé par le respect de la concurrence 634**

***Conclusion du chapitre 1 : Un régime d'action neutralisé et encadré par les objectifs concurrentiels 635***

## Chapitre 2 : La SPL comme outil de privatisation des compétences publiques locales 639

***Section 1 : La SPL comme moyen d'une répartition privée des compétences 641***

**I - Une coopération de droit privé plus souple que ses alternatives de droit public 642**

A) Une alternative avantageuse aux coopérations non institutionnelles 642

1) Les coopérations publiques non institutionnelles 643

2 ) Les avantages institutionnels des SPL par rapport à la contractualisation des compétences 646

B) Une alternative avantageuse aux coopérations institutionnalisées de droit public 647

**II - Une coopération permettant de légers débordements de compétences 650**

A) La gestion en commun de compétences proches mais non identiques 651

1) Une querelle contentieuse importante 651

2) Une réaction législative très favorable aux SPL 654

B) La participation rémanente dans les SPLA après une perte de compétence 656

**III) De futurs prestataires de compétences ? 658**

A) Les SPL de réponse à la suppression de l'ingénierie publique d'Etat 659

B) Les SPL de support technique des collectivités 662

**Conclusion de la section 1 : Un moyen innovant de redistribution des compétences 664**

***Section 2 : Une redéfinition progressive des caractéristiques classiques de la maîtrise des compétences 665***

**I - Des interdictions reposant sur des distinctions théoriques à la valeur limitée 666**

A) Les interdictions liées à la nature de la mission 666

1) Une interdiction de principe pour les SPL, personnes privées 667

2) Remise en cause de cette limite 669

B) L'indélégabilité en raison de la fonction de l'activité : les fonctions supports 670

1) Une vision gouvernementale restrictive 671

2) La remise en cause de la vision restrictive 673

a) La comparaison avec les institutions publiques 674

b) Les théories distinguant maîtrise et gestion/exécution 674

c) Théorie de la gradation de l'externalisation des fonctions 675

**II - Une pratique des SPL ouvrant la voie à de nouvelles interprétations 677**

A) La pratique des SPL exerçant des fonctions supports 677

B) Les perspectives de gestion ouvertes par les SPL 680

**Conclusion de la section 2 : Des caractéristiques juridiques de la compétence en mutation683**

***Section 3 : Une gestion libéralisée des compétences économiques 683***

**I - Des SPL vectrices de libéralisation de l'action publique locale 685**

A) L'exclusion du domaine concurrentiel liée à la gestion directe et l'auto-prestation 686

1) L'idée d'exclusion de la concurrence des activités d'auto-prestation exercées en gestion directe 686

2) L'application délicate de cette jurisprudence aux SPL 689

a) L'exclusion possible de la qualification d'activité concurrentielle 689

b) Le rejet de la transposition de cette exclusion aux SPL 691

B) La participation des SPL à la redéfinition de l'intérêt public local 692

1) Une ouverture jurisprudentielle vers l'égale concurrence 693

2) Une redéfinition toujours mouvante de l'intérêt public local 695

**II - Un potentiel marginal de liberté 700**

A) Une extension de liberté formellement refusée 700

1) Une liberté déjà revendiquée par les acteurs 700

2) Des positions jurisprudentielle et légale restrictives 702

B) Une liberté potentielle augmentée 704

1) La prise en charge éventuelle d'activités concurrentielles marginales 704

2) Un régime d'action libéralisé 705

**Conclusion de la section 3 : Une libéralisation des compétences d'action en embuscade 707**

***Conclusion du chapitre 2 : Une privatisation des compétences locales en cours 707***

**Conclusion du titre 3 : Un régime d'action des SPL entre liberté et privatisation 711**

**Conclusion de la partie 2 : L'enfermement des libertés publiques locales par des moyens concurrentiels 713**

**Conclusion générale 715**

1 - La quasi-régie et la SPL : le maintien minimal de libertés de gestion publique face aux exigences pro-concurrentielles 716

2 - L'usage de la SPL : un outil d'encadrement pro-concurrentiel face à la libéralisation de l'action publique 719

**Bibliographie générale 731**

I. Ouvrages généraux 732

I. A. Traités et dictionnaires 732

I. B. Mélanges 733

I. C. Manuels et ouvrages apparentés (généralistes) 735

II – Ouvrages spécialisés 740

II. A. Thèses et mémoires 741

II. B. Autres ouvrages spécialisés 750

III – Rapports et études d'institutions publiques 760

III. A. Conseil d'analyse économique : 760

III. B. Conseil d'Etat : 760

III. C. Cour des Comptes : 761

III. C. Inspection générale de l'Administration : 762

IV – Articles et Publications assimilées 763

IV - A. Articles de périodiques à vocation scientifique 763

IV - B. Contributions à des monographies 782

**Annexe A : Enquête auprès des acteurs des SPL 791**

**Annexe B : Lettre de la Commission européenne annonçant le classement sans suite de la plainte du MEDEF sur les sociétés publiques locales (document inédit) 891**

**Annexe C : Index des décisions de justice étudiées (incluant des documents inédits) 897**

**Annexe D : Rapports des juridictions financières 917**

I. Cour des Comptes : 919

II. Chambres régionales des Comptes : 919

**De la quasi-régie à la société publique locale :**
**Étude de l'influence de la concurrence sur le droit de la gestion publique locale**

Résumé : Le cadre juridique de la gestion des services publics locaux, traditionnellement relativement rigide, est de plus en plus soumis à des influences pro-concurrentielles qui en modifient profondément la structure et la substance. Parmi ces influences, celle de la théorie européenne de la quasi-régie est particulièrement importante, qui aboutit à la création en droit français de la société publique locale. La SPL apparait *a priori* comme l'instrument d'une autonomie renouvelée des collectivités locales. Elle leur permet d'obtenir des libertés de gestion qu'elles ne possédaient pas jusque-là, notamment la possibilité de faire appel sans mise en concurrence, à des sociétés de droit privé dont elles sont les actionnaires exclusifs. Pourtant, la société publique locale implique par les caractéristiques spécifiques, un régime de l'action publique locale qui reste très marqué par des considérations pro-concurrentielles.

Mots clés : quasi-régie ; société publique locale ; concurrence ; droit de la gestion des services publics locaux ; droit des collectivités locales ; droit de la commande publique ; droit des contrats publics.

**From the *in house* exception to local public companies :**
**A study on the influence of competition on French local public management law**

Abstract : The legal framework for the management of local public services, traditionally relatively rigid, is increasingly subject to pro-competitive influences which profoundly modify their structure and substance. Among these influences, the European *in house* theory is particularly important, since it leads to the creation in French law of the local public company (*SPL*). The *SPL* appears *a priori* as an instrument of renewed autonomy for local authorities. It allows them to obtain legal management freedoms that they did not previously possess, specifically the possibility of calling on private companies of which they are the exclusive shareholders, without a competitive tender. However, the *SPL* implies, by its specific characteristics, a regime of local public action which remains very marked by pro-competitive considerations.

Key words : *in-house* theory ; local public company ; competition ; local public services law ; local government law ; public procurement law ; public contracts law.

Unité de recherche / Research unit : Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit (CRDP, ULR n° 4487) - 1 place Déliot, 59000 Lille - http://crdp.univ-lille2.fr/
Ecole doctorale / Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion n° 74 - 1 place Déliot, 59000 Lille - http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université / University : Université de Lille - 42 rue Paul Duez, 59000 Lille - www.univ-lille.fr