

Assemblée du contentieux

Séance du 19 décembre 2014
Lecture du 30 décembre 2014

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

Le pourvoi dont vous êtes aujourd'hui saisis ne devrait vous conduire à bouleverser ni le droit des collectivités territoriales, ni celui de la commande publique – il l'a déjà été suffisamment... –, mais à lever, sur un sujet sensible, les incertitudes qui peuvent naître d'une lecture combinée de certaines de vos décisions récentes. Sont en cause les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent présenter leur candidature à la passation de contrats entrant dans le champ de la commande publique. Les collectivités territoriales, et non, de façon générale, toute personne publique. Pourquoi un tel cantonnement ? Non seulement, c'est une première raison, parce que le contentieux porte, en l'espèce, sur un contrat conclu entre deux départements, mais aussi et surtout car une partie de la problématique, nous allons le voir, leur est propre ; la réponse que vous apporterez ne pourra être déclinée, à l'identique, pour l'Etat, les établissements publics et les autres personnes morales de droit public, et moins encore pour les personnes privées créées à l'initiative de personnes publiques, leur capital fût-il majoritairement ou exclusivement public.

Lorsqu'une personne publique lance la procédure de passation d'un contrat entrant dans le champ de ce qu'il est convenu d'appeler, par commodité, la commande publique – marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, concession d'aménagement.. – les candidats qui se manifestent sont, généralement, des opérateurs économiques qui ont la qualité de personnes privées. Mais il peut survenir, et l'hypothèse se rencontre régulièrement dans votre jurisprudence, que cet opérateur économique soit une personne publique et, parfois, une collectivité territoriale

A vrai dire, selon les informations que nous avons pu recueillir, dans nombre de cas, s'agissant du moins des communes, les prestations rendues le sont dans le cadre d'une forme traditionnelle de solidarité territoriale, avec une rémunération limitée aux dépenses exposées, sans formalisme particulier et dans des secteurs où les entreprises privées sont peu présentes (par exemple les petits travaux d'entretien, l'égoutage, le déneigement). Ces conventions sont conclues et exécutées sous le radar contentieux¹... Il arrive toutefois que des collectivités interviennent en tant qu'opérateurs économiques sur un marché ; tel est le cas, par exemple,

¹ Alors même que le code des marchés publics pourrait, en théorie, trouver à s'appliquer, puisque le simple remboursement des dépenses exposées ne suffit pas à exclure le caractère onéreux du contrat.

des laboratoires départementaux d'analyse, qui sont des services non personnalisés ; le présent dossier, qui concerne le service du dragage des ports, en fournit une autre illustration.

A une époque qui n'est pas si lointaine, le code des marchés publics lui-même ne s'appliquait pas aux relations contractuelles entre deux personnes publiques (cf. CE, Section, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont-de-Barr, p. 201). Et, même lorsque de tels contrats pouvaient être regardés comme des marchés publics au sens du droit communautaire, le premier réflexe n'était pas toujours de soumettre à une procédure de publicité et de mise en concurrence leur conclusion. Quoi qu'il en soit, le code définit désormais explicitement les marchés publics comme des contrats conclus à titre onéreux entre des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques privés ou publics, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le droit interne s'est donc approprié cette hypothèse.

Toutefois, une chose est d'affirmer qu'un marché public peut être conclu entre deux personnes publiques, une autre est de déterminer le cadre juridique que doit respecter une telle candidature.

Sur ce point, votre jurisprudence se présente, pour nombre d'observateurs, comme une sorte de valse à trois temps.

Le premier est marqué par deux décisions presque concomitantes, relatives à des établissements publics : CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054, p. 422 ; CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, p. 492. Par la première, vous avez jugé que « *le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale* ». Par la seconde, vous avez affirmé qu'« *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public.* » Toutefois, « *pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence (...), l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.* »

Ces décisions ont pu être interprétées comme ne soumettant la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique qu'à la seule condition du respect du principe d'égalité et du droit de la concurrence : dans cette optique, la nature juridique de l'opérateur économique importerait peu, dès lors qu'il ne tire pas un avantage indu de son statut. Vous auriez ainsi scellé la disparition d'une des composantes de la liberté du commerce et de l'industrie, celle qui entrave l'action économique des personnes publiques. C'est en ce sens que s'exprimait le commissaire du gouvernement dans l'affaire Société Jean-Louis Bernard Consultants, notre collègue Catherine Bergeal, lorsqu'elle relevait que « *le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non concurrence entre*

les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égale concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé. »

De fait, entonner ce « de profundis » n'était pas inconvenant. On peut parfaitement justifier, pour de multiples raisons, que les personnes publiques n'aient pas, en principe, vocation à prendre en charge une activité économique, celle-ci étant laissée à l'initiative privée, mais rattacher cette prohibition originelle à la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas, en pure logique, totalement convaincant. Qu'une telle prise en charge porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'elle se traduit par un monopole, ou, plus généralement, par des droits exclusifs, chacun en convient. L'action publique fait alors obstacle à l'intervention du secteur privé. On peine davantage à rattacher à cette notion de liberté du commerce et de l'industrie l'interdiction faite aux personnes publiques de, simplement, concurrencer l'initiative privée. Certes, vous l'avez rappelé à de multiples reprises : de la liberté du commerce et de l'industrie découle l'interdiction faite aux personnes publiques « *d'exercer une activité industrielle ou commerciale* » (cf. par exemple CE, Section, 29 mai 1936, Syndicat des entrepreneurs de couverture c/ Ville de Bordeaux, p. 622). Mais, pour notre part, nous avouons mal comprendre comment, de l'affirmation d'une liberté ouverte aux personnes privées, on peut directement déduire une interdiction pour les personnes publiques. Lorsqu'une personne publique se borne à proposer ses services sur un marché en tant qu'opérateur économique, cela ne se traduit pas par une éviction des personnes privées. Plus exactement, désormais, le libre jeu de la concurrence, dont le respect s'impose aux personnes publiques, exclut, en principe, que celles-ci tirent un avantage structurel de leur statut. On aurait donc pu parfaitement concevoir que la jurisprudence Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau / Société Jean-Louis Bernard Consultants prenne le relais d'une conception de la liberté du commerce et de l'industrie devenue, dans un de ses versants, obsolète.

Ce n'est pas dans cette voie que vous vous êtes engagés. On pouvait déjà le pressentir en parcourant les considérations générales du rapport public 2002 du Conseil d'Etat, consacrées aux collectivités publiques et à la concurrence. Il y est certes concédé que votre interprétation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie « *ne ressort pas directement du texte de la loi* » – il suffit de lire la loi d'Allarde des 2-17 mars 1791 pour s'en convaincre – « *et qu'une interprétation différente de celle-ci eût été envisageable.* » Mais elles s'attachent à vider de son éventuel venin la décision Société Jean-Louis Bernard Consultants en insistant sur le fait que celle-ci n'aurait, en réalité, aucunement pris parti sur la portée du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette intuition ou cette prescience sera confirmée par votre décision d'assemblée Ordre des avocats au barreau de Paris du 31 mai 2006 (p. 272), qui revisite la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers de 1930, et dont nous rappelons l'apport essentiel : si les personnes publiques entendent, indépendamment des missions de service public dont elles sont investies, « *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* » ; « *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* » ; « *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. »

La liberté du commerce et de l'industrie continue donc de recouvrir deux idées distinctes, comme l'exprime de façon très explicite le dernier état de votre jurisprudence : son respect « *implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public* » (CE, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens, p. 231).

Pour en revenir au sujet qui nous préoccupe, la décision Ordre des avocats au barreau de Paris ne vise pas la candidature d'une personne publique à un contrat, mais la création d'un service. Toutefois, il n'était pas absurde de raisonner par analogie. La décision pouvait être lue comme confirmant la jurisprudence Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau / Société Jean-Louis Bernard Consultants, en tant qu'elle pose le principe selon lequel la candidature d'une personne publique ne doit pas fausser le libre jeu de la concurrence, mais aussi comme la complétant, en amont : encore faut-il, pour être admise dans son principe, que la candidature n'excède pas les compétences de cette personne et s'appuie sur un intérêt public.

Aussi le troisième temps de votre jurisprudence a-t-il suscité quelque perplexité de la part de la doctrine². Il s'agit de votre décision Département de l'Aisne du 10 juillet 2009 (n° 324156, T.). Dans cette affaire, l'Etat avait lancé une procédure d'appel d'offres tendant à l'attribution d'un marché ayant pour objet des prélèvements et analyses au titre du contrôle sanitaire des eaux exercé par les directions départementales des affaires sanitaires et sociales du Nord et du Pas-de-Calais. Plusieurs lots avaient été attribués au département de l'Aisne, à travers son laboratoire départemental d'analyse et de recherche. L'Institut Pasteur, candidat malheureux, avait saisi le juge du référé précontractuel, qui avait fait droit à sa demande en jugeant que le département ne justifiait pas d'un intérêt public local à réaliser des prestations d'analyse des eaux sur le territoire des départements du Nord et du Pas-de-Calais. Vous avez censuré cette ordonnance pour erreur de droit en jugeant que « *dès lors qu'il ne s'agit pas de la prise en charge (par une collectivité) d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public* », la légalité de cette candidature n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt public. Et vous avez enfoncé le clou après cassation : « *la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public.* »

La solution ainsi retenue ne se limite pas au champ d'intervention du juge du référé précontractuel (malgré un fichage qui pouvait être interprété en ce sens) ; sa rédaction

² Cf. notamment G. Clamour, « *L'accès des personnes publiques à la commande publique* », RFDA 2010.146 ; G. Eckert, « *Candidature d'une personne publique : le Conseil d'Etat confirme l'avis Société Jean-Louis Bernard Consultants* », CMP 2009, com. 270 ; J.-D. Dreyfus, « *Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres* », AJDA 2009.2006 ; G. Marson, « *Candidature des personnes publiques à l'attribution de marchés publics et référé précontractuel* », DA 2009, com. 126.

implique qu'elle ne trouve pas son fondement dans l'office particulier de ce juge, mais revêt une portée plus générale.

Reste à déterminer quelle est cette portée.

D'aucuns y ont vu une distinction subtile entre deux étapes successives : puisque, par définition, le simple candidat n'est pas encore en charge de l'activité qui fera l'objet du marché, la question de l'application de la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* ne se poserait qu'à l'étape ultérieure. Telle est l'explication proposée par le professeur Clamour³ : *« puisqu'il ne saurait être contesté qu'une mission confiée à un titulaire de marché public correspond à l'exercice, par le cocontractant, d'une activité économique, la dialectique retenue par l'arrêt Département de l'Aisne oppose donc les contrats de commande publique existants, pour lesquels une analyse en termes d'activité économique est possible, aux situations précontractuelles, notamment les actes de candidature qui, bien que se déroulant dans un contexte économique, ne constituent pas expressis verbis une prise en charge d'une activité économique. »*

Quelque bienveillante qu'elle soit, nous hésitons à adhérer à une cette lecture « neutralisante » de votre décision. Il serait paradoxal de juger que le manquement tiré de l'absence d'intérêt public ne peut être utilement invoqué tant que le marché n'a pas commencé d'être exécuté, alors qu'est en jeu la décision de le signer.

La décision Département de l'Aisne se prête plus facilement à une autre analyse : face à la candidature d'une personne publique, il conviendrait de n'appliquer que la seconde partie du raisonnement adopté par la décision *Ordre des avocats au Barreau de Paris*. L'office du juge consisterait simplement à vérifier que l'intervention ne porte pas atteinte aux règles de la concurrence, dans les conditions précisées par la jurisprudence *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau / Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

C'est, en tout cas, le parti qui a été retenu par la cour administrative d'appel de Nantes dans l'affaire qui a donné lieu au présent pourvoi, et dont il est temps de dire quelques mots. Le département de la Vendée a engagé, en 2006, la procédure de passation d'un marché ayant pour objet la réalisation de travaux de dragage de l'estuaire du Lay, rivière qui sépare les communes de l'Aiguillon-sur-Mer et de la Faute-sur-Mer. Trois candidats ont présenté une offre : deux sociétés, Armor et Merceron, et une collectivité territoriale, le département voisin de la Charente-Maritime. C'est le département de la Charente-Maritime que la commission d'appel d'offres a déclaré attributaire du marché. La société Armor a alors formé un recours pour excès de pouvoir contre cette décision, ainsi que contre la décision du président du conseil général de la Vendée de conclure le marché avec le département de la Charente-Maritime. Nous étions un an avant votre décision *Tropic Travaux*, et cette voie de droit était bien ouverte au candidat évincé, qui n'avait pas accès au juge du contrat. Les conclusions d'excès de pouvoir étaient assorties de conclusions aux fins d'injonction, tendant à ce que le département saisisse le juge du contrat, en application de la jurisprudence *Epoux L...* issue de votre décision de section du 7 octobre 1994 (p. 430), dont le dernier état résultait à l'époque de la décision *Institut de recherche pour le développement* du 10 décembre 2003 (p. 501). Cette demande a été rejetée par le tribunal administratif de Nantes ; la société Armor, aux droits de laquelle vient désormais la société *Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n'a pas eu

³ Cf. l'article précité

davantage de succès devant la cour administrative d'appel. Elle invoquait, notamment, la clause générale de compétences, résultant pour les départements de l'article L. 3211-1 du code général des collectivités territoriales, aux termes duquel « *le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département* » ; elle en déduisait, a contrario, que le département de la Charente-Maritime ne pouvait faire acte de candidature pour des travaux situés dans le département de la Vendée. La cour s'est bornée à lui répondre que, dès lors qu'il ne s'agissait pas de la prise en charge par le département de la Charente-Maritime d'une activité économique, mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par le département de la Vendée, le département de la Charente-Maritime n'était pas tenu de justifier d'un intérêt public départemental pour pouvoir présenter une telle offre en dehors de ses limites territoriales. Vous aurez reconnu le décalque de votre décision de 2009.

Convient-il d'en rester là et de confirmer cette solution ? Vous sous-sections réunies ont estimé, lorsque l'affaire a été inscrite la première fois au rôle d'une séance de jugement, que la question méritait de vous être soumise. Il est apparu pertinent, au regard des conséquences possibles de la réponse qui y serait apportée, de recourir à la procédure de l'« *amicus curiae* », prévue par les dispositions de l'article R. 625-3 du code de justice administrative. Figurent à ce titre au dossier des contributions écrites de l'Association des maires de France et de l'Institut de la gestion déléguée.

* * *

Dans notre système institutionnel, les collectivités territoriales ne tirent pas de l'article 72 de la Constitution, aux termes duquel elles s'administrent librement, un fondement direct à l'exercice de compétences dont elles pourraient arrêter le contenu et les limites. La libre administration s'exerce dans les conditions fixées par la loi ; c'est donc le législateur qui détermine leurs compétences.

La loi, pour chaque catégorie de collectivités territoriales, prévoit des compétences obligatoires et des compétences facultatives ; le cas échéant, elle prohibe certaines interventions.

Elle a, en outre, posé le principe selon lequel l'organe délibérant de la collectivité règle les affaires de celle-ci. C'est ce qu'il est coutume de dénommer la « *clause générale de compétence* », instituée au profit des communes, et, en l'état, des départements et des régions.

En l'état car, comme vous le savez, le sujet est au cœur de l'actualité législative, à ce point, d'ailleurs, que les va-et-vient récents donnent un peu le tournis...

Jusqu'à l'intervention de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, la clause générale de compétences jouait, pour les départements et les régions, de la même façon que pour les communes ; du moins la rédaction était-elle identique.

Le législateur a alors modifié les dispositions relatives aux départements et aux régions.

La rédaction de l'article L. 3211-1 du code général des collectivités territoriales était désormais la suivante :

« Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département dans les domaines de compétence que la loi lui attribue.

Il peut en outre, par délibération spécialement motivée, se saisir de tout objet d'intérêt départemental pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique. »

L'article L. 4221-1, relatif aux régions, a subi le même traitement.

Ces dispositions devaient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

Tel ne sera pas le cas, puisque la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles s'ouvre par un chapitre Ier, intitulé « *Le rétablissement de la clause de compétence générale* ».

L'article L. 3211-1 est désormais rédigé comme suit :

« Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département.

Il statue sur tous les objets sur lesquels il est appelé à délibérer par les lois et règlements et sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi. »

Là encore, l'article L. 4221-1 a connu une modification parallèle.

Mais ce mouvement pendulaire se poursuit, avec le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, actuellement examiné en première lecture par le Sénat, dont l'exposé des motifs nous apprend qu' « *à la clause de compétence générale qui permettait jusqu'à présent aux régions et aux départements d'intervenir en dehors de leurs missions principales, parfois de manière concurrente, souvent de façon redondante, se substitueront des compétences précises confiées par la loi à un niveau de collectivité.* »

Et c'est ainsi que le texte en revient à la formule de 2010, selon laquelle l'organe délibérant du département ou de la région règle par ses délibérations les affaires de la collectivité « *dans les domaines de compétences que la loi lui attribue.* »

Quoi qu'il en soit, une collectivité territoriale ne peut agir que dans les limites de ses compétences, soit que celles-ci soient mentionnées dans un texte, soit qu'elles s'inscrivent dans le cadre de cette clause générale dont nous venons d'évoquer les tribulations récentes ; votre décision Ordre des avocats au barreau de Paris procède d'ailleurs à ce rappel.

Nulle disposition législative n'ouvre explicitement à une collectivité territoriale la possibilité d'être candidate à l'attribution d'un marché public ; nulle disposition ne l'exclut.

Dans le silence des textes, joue donc, aujourd'hui, cette clause générale de compétences sur la portée de laquelle il ne faut pas se méprendre. Elle est certes générale en tant qu'elle peut ouvrir à la collectivité la possibilité de se pencher sur les matières les plus

diverses ; mais votre jurisprudence en a toujours subordonné l'usage à une condition, celle tenant à la satisfaction d'un intérêt public local.

Pour le dire plus clairement : une collectivité territoriale, en l'absence de tout autre fondement, n'est compétente que pour autant qu'un intérêt public local justifie son intervention (cf., pour une formulation particulièrement pédagogique, votre décision du 26 mars 2012, Commune de Vergèze, p. 127, qui censure pour erreur de droit une cour administrative d'appel qui avait jugé qu'un conseil municipal était incompétent pour décider de modifier le nom d'un lieu-dit, sans rechercher si un intérêt public communal ne lui permettait pas d'effectuer un tel changement).

Nous ne voyons donc pas comment la candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de la commande publique, candidature qui n'a de sens que si elle est susceptible de déboucher sur sa passation effective, pourrait être envisagée indépendamment de tout examen de son intérêt public local. D'où, selon nous, l'inévitable remise en cause de l'affirmation qui figure dans la décision Département de l'Aisne, selon laquelle la candidature d'une collectivité territoriale n'est pas subordonnée à un intérêt public, affirmation reprise par la cour administrative d'appel de Nantes dans l'arrêt attaqué.

Bien évidemment, pour rechercher si un intérêt public local peut légitimer qu'une collectivité territoriale soit candidate à l'obtention d'un contrat, c'est le sien qu'il faut prendre en compte, non celui de la collectivité qui lance la procédure...

Dès lors, peut-il exister un intérêt public local à ce qu'une collectivité se propose de satisfaire les besoins d'une autre personne publique, ou, d'ailleurs, pourquoi pas, d'une personne privée ?

* * *

Petite observation préalable : la notion d'intérêt public local n'implique pas nécessairement que l'action conduite par la collectivité soit bornée à son ressort géographique (cf. par exemple CE, 27 octobre 1948, Commune de Livry-Gargan, p. 391 ; CE, Section, 6 mars 1981, Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte, p. 125 ; CE, Section, 28 juillet 1995, Commune de Villeneuve-d'Ascq, p. 324 ; CE, 20 octobre 2010, Province des Iles Loyauté, T.). La seule circonstance qu'une collectivité accomplisse des prestations en dehors de ses limites territoriales n'est donc pas déterminante.

Ceci étant, vous pourriez être tentés de faire vôtre un syllogisme ayant toutes les apparences de la robustesse : l'intérêt public local consiste, pour une collectivité, à satisfaire les besoins de sa propre population ; un contrat de la commande publique a pour objet de satisfaire les besoins d'une autre collectivité ; par suite, une collectivité ne peut jamais invoquer un intérêt public local pour conclure un tel contrat.

La tentation d'adhérer à cette analyse pourrait être d'autant plus séduisante que sont par ailleurs ouvertes aux collectivités territoriales des possibilités de contracter, en dehors du champ de la commande publique, lorsqu'elles ont en vue de coopérer pour assurer conjointement des missions de service public ou pour créer et entretenir des ouvrages au profit de l'ensemble de leurs populations respectives. Nous n'évoquons pas, ici, la collaboration institutionnelle à travers des établissements publics, mais les diverses formes de

collaboration conventionnelle qu'offre le droit en vigueur. Citons, à ce titre, les ententes intercommunales prévues par l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales (cf. CE, 3 février 2012, Commune de Veyrier-du-Lac et communauté d'agglomération d'Annecy, p. 18), les ententes interdépartementales de l'article L. 5411-1, ou encore les conventions ayant pour objet la réalisation de prestations de services qui peuvent être conclues entre des départements, des régions, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes, en application de l'article L. 5111-1.

Le syllogisme que nous évoquons recèle au moins une part de vérité : une collectivité territoriale ne saurait légalement créer un service dont la raison d'être, dont le seul objet, serait d'effectuer des prestations, de livrer des fournitures ou d'effectuer des travaux au bénéfice d'autres personnes publiques ou privées.

Pourquoi une telle prohibition ?

Le premier réflexe, ici, pourrait être de mobiliser la liberté du commerce et de l'industrie, que vous avez sauvée du naufrage auquel, nous l'avons vu, certains la croyaient promise, du moins dans l'une de ses composantes. C'est, à la vérité, tout-à-fait inutile. Invoquer la liberté du commerce et de l'industrie pour encadrer la prise en charge d'une activité économique par une collectivité territoriale n'apporte aucune espèce de plus-value juridique au raisonnement. L'existence d'un intérêt public local est la condition nécessaire, mais c'est aussi la condition suffisante. Dans chacune des nombreuses décisions que vous avez rendues en la matière, vous recherchez si, oui ou non, un intérêt public justifiait l'intervention de la personne publique ; si la réponse est positive, la messe est dite (cf. par exemple CE, Assemblée, 23 juin 1933, Sieurs Lavabre et autres, p. 677 ; CE, Section, 18 décembre 1959, Sieur Delasorme et autres, p. 692 ; CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, T. à propos de la création par un département d'un service de téléassistance pour personnes âgées et handicapées : « *la création de ce service ... satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; par suite, cette création n'a pas porté une atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie* »). La décision RATP du 23 mai 2012 déjà citée ne dit pas autre chose : la liberté du commerce implique que les personnes publiques « *ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public* ». La prise en charge d'une activité économique par une collectivité territoriale n'est licite que si elle est justifiée par un intérêt public : nul besoin de faire le détour par la liberté du commerce et de l'industrie. Sa mention a moins pour fonction de constituer un critère opérant de légalité des décisions contestées que de faire écho à un principe de philosophie politique.

Vous aurez compris que, selon nous, ce n'est pas, ou pas seulement, la liberté du commerce et de l'industrie qui s'oppose, au premier chef, à ce qu'une collectivité territoriale crée un service avec pour seul objectif de satisfaire les besoins d'autres organismes. Plus directement, c'est l'absence d'intérêt public local. Le bénéfice éventuellement réalisé sur un contrat de la commande publique a, il est vrai, vocation à alimenter les caisses de la collectivité et peut lui permettre soit d'abaisser la pression fiscale, soit de financer des opérations d'intérêt général. Nous ne croyons pas que l'on devrait, par principe, s'abstraire de toute considération financière pour apprécier l'existence d'un intérêt public. Votre jurisprudence, nous le verrons, s'y est montrée sensible. Toutefois, pour que la condition tenant à un intérêt public local soit remplie, il faut qu'il existe un lien suffisamment direct et certain entre l'action entreprise et les besoins de la population, a fortiori lorsque cette action

se situe en dehors des limites territoriales de la collectivité concernée ; tel n'est pas le cas lorsque ce seul lien réside dans la perspective d'un possible retour financier, étant rappelé qu'un contrat de la commande publique peut aussi se traduire par des pertes pour son attributaire (même pour un marché public : que l'on songe au mécanisme des pénalités de retard ou au risque de voir mise en cause la responsabilité contractuelle ou post-contractuelle du cocontractant). Vous avez admis, de longue date, que l'intérêt financier puisse justifier la poursuite de l'exercice d'un service public alors même que les conditions qui avaient justifié sa création n'étaient plus remplies (CE, 23 juin 1933, A..., p. 677 ; CE, Ass., Z..., p. 1100) ; mais le raisonnement n'est pas réversible.

* * *

Doit-on en déduire, a contrario, que l'attribution d'un contrat de la commande publique ne peut jamais répondre à un intérêt public local ?

Votre jurisprudence sur les interventions économiques des collectivités territoriales présente au moins une caractéristique que ne conteste aucune des parties, ni aucun des « sachants » qui ont fait connaître leurs positions, pas même l'Institut de la gestion déléguée : peut être d'intérêt public la prise en charge d'une activité économique lorsqu'elle constitue le complément ou l'accessoire d'un service public et qu'elle contribue à son équilibre financier ou permet d'amortir les investissements réalisés.

Les exemples sont nombreux :

- CE, 12 avril 1935, Société des glaciers toulousains et du Bazacle, p. 511 : création d'une entreprise de fabrication et de vente de glace, complément du service de l'abattoir public ;
- CE, 4 juin 1954, Dame Berthod, p. 335 : activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, « *tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population* » (et, sur le même sujet : CE, 10 février 1988, M..., n° 67019, p.)
- CE, Section, 18 décembre 1959, Sieur Delasorme et autres (préc.) : adjonction d'une station service à un parc de stationnement ;
- CE, 26 octobre 1979, P..., n° 11106, T. : un service départemental peut effectuer, en sus de ses interventions gratuites et obligatoires dans le cadre de la police sanitaire des maladies contagieuses, des mesures de désinfection à titre onéreux ;
- CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, p. 234 : création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui « *contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité.* »

Il n'y a pas, à notre sens, d'obstacle de principe à ce que la logique qui inspire cette jurisprudence puisse s'appliquer également dans l'hypothèse où, pour parvenir aux mêmes fins, une collectivité territoriale est candidate à l'attribution d'un contrat. Dans un cas, ses « clients » naturels sont ses propres habitants ; dans l'autre ce sont d'autres personnes publiques ; mais, dans l'un et l'autre, l'objectif peut se révéler identique.

Assurément, pour qu'il en aille ainsi, plusieurs conditions doivent être remplies.

Les prestations qu'elle envisage de fournir à une autre collectivité doivent être l'accessoire ou, plutôt, le prolongement d'une activité de service public dont elle a la charge, la notion de prolongement n'ayant pas la même résonance quantitative. Peu importe, ici, qu'il s'agisse d'un service public obligatoire, d'un service public facultatif prévu par la loi ou d'une activité économique érigée en service public sur le fondement de la clause générale de compétence, car présentant un intérêt public pour les habitants de la collectivité ou pour son propre fonctionnement⁴. Tel pourrait ainsi être le cas d'une commune qui aurait créé, par exemple, une imprimerie municipale pour satisfaire ses propres besoins, plutôt que de recourir à des prestataires extérieurs, comme elle en a parfaitement le droit, et qui proposerait ses services à une autre municipalité (cf. sur ce point notamment CE, 29 avril 1970, Société Unipain, p. 280 ; CE, Ass., 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres, p. 505).

La notion de prolongement n'a d'ailleurs pas exactement la même portée que dans les décisions que nous avons évoquées. Celles-ci sont relatives à des activités fonctionnellement distinctes du service public initial, mais qui en sont une sorte d'appendice ou de complément (par exemple dans le cas de la station de service adossée à un parc de stationnement). Lorsqu'une collectivité territoriale candidaterait, dans le cadre que nous vous proposons de définir, à l'obtention d'un marché public, la condition serait remplie si l'activité même qui fait l'objet du service public était exercée, en sus, à titre secondaire, au profit d'une autre personne morale.

En outre, et cet élément est déterminant, ce prolongement de l'activité de service public doit lui-même, pour respecter le critère de l'intérêt public local, tendre au bon fonctionnement du service public de la collectivité candidate. Il peut s'agir de faciliter l'amortissement des investissements qu'elle aura été contrainte de financer pour son propre usage. Il peut s'agir aussi d'utiliser à plein régime ses moyens humains et matériels, si des marges de manœuvre existent, ou encore d'améliorer le savoir-faire de ses agents. En ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux, qui doivent être en principe équilibrés, l'objectif peut être, précisément, d'y contribuer. Dans tous les cas de figure, la réalisation de prestations au profit d'un tiers ne devrait, en aucun cas, être susceptible de compromettre l'exécution de ses missions de service public.

Ajoutons, même si la question peut donner lieu à une appréciation délicate, que la collectivité ne devrait pas, en vue d'être candidate à l'attribution de contrats, « surdimensionner » ses capacités. On ne saurait lui faire grief d'acquérir un matériel excédant ses besoins courants pour faire face, le cas échéant, à l'imprévu, quitte à ce qu'elle l'emploie au profit d'autres collectivités durant les périodes d'activité normale ; en revanche, il en irait différemment si un équipement excédant manifestement ses besoins n'avait été acquis qu'en vue de satisfaire ceux d'autres collectivités, perspective il est vrai assez irréaliste compte tenu des contraintes budgétaires actuelles. Vous avez déjà eu l'occasion de manier une telle grille d'analyse (cf. CE, 17 février 1956, Sieur Siméon, p. 74 : la capacité d'une usine municipale peut dépasser dans une certaine mesure les besoins de la collectivité, « *dès lors que la production correspondant à la capacité excédentaire constitue seulement une marge de sécurité destinée à assurer la continuité du service* »).

⁴ L'activité économique érigée en service public est, ipso facto, soumise aux principes qui s'appliquent à de tels services : CE, Section, 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, p. 562)

Si les conditions que nous venons d'énumérer sont remplies, la candidature de la collectivité à la passation du contrat devra être regardée comme répondant à un intérêt public local. La seule circonstance que l'exécution du contrat présentera nécessairement un certain aléa pour son attributaire ne saurait alors y faire obstacle.

Le schéma présente certaines analogies avec celui qui a été dégagée par vos formations administratives à propos des établissements publics (cf. les avis rendus par la section des Travaux publics le 7 juillet 1994 sur EDF-GDF⁵ et le 16 décembre 2003 sur Voies navigables de France⁶) : le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un établissement public se livre à d'autres activités économiques si ces activités annexes sont techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire et si elles sont à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement. Mais on voit que le raisonnement est, quant à son point de départ, différent. La logique de l'intérêt public local pourrait, toutefois, être transposée aux établissements publics de coopération intercommunale exerçant de larges compétences se substituant à celles des communes membres, tels ceux à fiscalité propre dont les organes délibérants sont élus au suffrage direct. Vous n'aurez pas à trancher cette question aujourd'hui.

* * *

La solution que nous vous invitons à retenir présente l'avantage de reposer sur des bases juridiquement solides sans induire de grands désordres, puisqu'elle n'invaliderait pas la plupart des pratiques actuelles.

Celles-ci ont vocation à demeurer, en réalité, assez marginales.

Lorsqu'est en cause non pas la prestation de services, mais une véritable coopération, on a vu qu'existaient des instruments contractuels hors du champ de la commande publique.

De plus, il est toujours loisible aux collectivités territoriales d'externaliser leurs interventions économiques, par le recours à des sociétés d'économie mixte locale, des sociétés publiques locales, ou encore, innovation récente, des sociétés d'économie mixte à opération unique créées par la loi du 1^{er} juillet 2014. On retombe d'ailleurs sur la problématique de l'intérêt général, condition posée par les textes et que vous assimilez à un intérêt public suffisant (cf. CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, p. 240)

La solution envisagée est également « euro-compatible » : le droit de la commande publique, au niveau de l'Union européenne, s'attache, avant tout, au respect du principe d'égalité d'accès et d'une concurrence non faussée. Il n'exclut pas la candidature d'organismes publics (cf. notamment CJCE, 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, aff. n° C-94/99). Comme l'a rappelé la Cour de justice par un arrêt CoNISMA (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) du 23 décembre 2009 (aff. C-305/08), « *les États membres peuvent réglementer les activités des entités, telles que les universités et les instituts de recherche, qui ne poursuivent*

⁵ N° 356089, Rapport public 1994 p 409

⁶ N° 369299, rapport public 2004 p. 187

pas un but lucratif et dont l'objet est orienté principalement vers l'enseignement et la recherche. Ils peuvent, notamment, autoriser ou ne pas autoriser de telles entités à opérer sur le marché en fonction de la circonstance que l'activité en question est compatible ou non avec leurs objectifs institutionnels et statutaires. » Le raisonnement est transposable.

La solution proposée ne singularisera pas la France ; c'est une prohibition pure et simple qui aurait cet effet. Le droit italien admet, depuis la fin des années 2000, la participation des entités publiques aux marchés publics dans la limite de la compatibilité de l'activité exercée avec leur statut. En Espagne, toute entité de droit public peut concourir à l'attribution de marchés publics, à condition d'en avoir la capacité juridique et qu'il existe une correspondance entre son objet statutaire et l'objet de l'appel d'offres. En Allemagne, les communes ne peuvent soumissionner aux marchés de travaux, mais cette faculté leur est offerte pour les marchés de fournitures et de services ; le contrôle traditionnellement assez lâche du juge sur l'existence d'un intérêt public tend toutefois, semble-t-il à se renforcer. Au Royaume-Uni, le « Localism Act » de 2011 ouvre une très large compétence aux collectivités locales en matière économique.

Enfin, notons que la solution, dans son principe, ne sera pas affectée par une éventuelle suppression de la clause générale de compétences pour les départements et les régions : elle fonctionnera en tout état de cause pour les candidatures portant sur des activités accessoires aux missions de service public que la loi imposera ou permettra à ces collectivités d'exercer.

Reste à s'interroger sur les modalités selon lesquelles peut être contrôlé le respect des conditions que nous avons évoquées.

L'exigence d'un intérêt public local est le critère à la fois de la compétence d'une collectivité territoriale et de la légalité de son intervention. Un contrat de la commande publique conclu avec une collectivité ne justifiant pas d'un tel intérêt est donc affecté d'un vice susceptible d'impliquer une sanction juridictionnelle, dans les conditions de droit commun (pour les recours des tiers, dans celles fixées, désormais, par la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne issue de votre décision du 4 avril dernier). Il s'agit bien d'un moyen invocable à l'appui, comme en l'espèce, d'un recours pour excès de pouvoir, exercé sur le fondement de feu la jurisprudence Martin...

La question de savoir si une telle illégalité est invocable dans le cadre d'un référé précontractuel n'appelle pas une réponse évidente. Ne sont saisissables, à ce titre, que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Vous avez initialement jugé qu'accueillir la candidature d'une personne publique à l'exercice d'une activité qui n'entre pas dans ses compétences ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, et qu'il n'entre pas dans l'office du juge du référé précontractuel de le censurer (cf. la décision du 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, déjà mentionnée : *s'il lui appartient « de vérifier que l'appréciation portée par la personne responsable de la passation du contrat ... sur les éléments justifiant qu'un candidat soit admis à présenter une offre ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles elle est soumise, il ne lui revient pas de contrôler le respect, par le candidat à l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public, de son objet social ou, lorsqu'il s'agit d'un établissement public, du principe de spécialité auquel il est tenu. »*). Cette jurisprudence

semblait d'ailleurs cohérente avec celle qui refuse au juge du référé précontractuel le pouvoir de se prononcer sur la compétence de la collectivité qui attribue le marché (CE, 30 juin 1999, S.A. Demathieu et Bard, T.). La décision Département de l'Aisne paraît marquer une extension de l'office du juge du référé précontractuel, même si son interprétation est incertaine. Pour notre part, nous estimons qu'à partir du moment où la collectivité qui engage la procédure de passation d'un contrat pourrait rejeter la candidature d'une autre collectivité territoriale, au motif qu'elle ne justifie pas d'un intérêt public local, il serait difficile d'interdire au juge du référé précontractuel de se pencher sur cette problématique, puisqu'il est compétent pour connaître de toutes les décisions relatives aux candidatures, qu'elles se traduisent par un rejet ou une admission.

Or, précisément, il nous semble qu'à partir du moment où un contrat est susceptible d'être invalidé par un juge, au motif qu'il a été conclu avec une collectivité territoriale incompétente, la collectivité qui lance la procédure ne peut être privée de la possibilité de refuser de contracter. Autrement dit, elle doit pouvoir, en principe, rejeter une telle candidature. Nous sommes conscients des difficultés juridiques, mais aussi pratiques, voire politiques, que peut susciter l'exercice d'une telle faculté. Mais, d'une part, le cas ne devrait pas être très fréquent. Et, d'autre part, dans le droit positif, les collectivités territoriales qui passent des contrats sont d'ores et déjà tenues de s'assurer, le cas échéant, que la candidature d'une personne publique ne fausse pas la concurrence, en application de la jurisprudence Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau / Société Jean-Louis Bernard Consultants.

On pourrait objecter que le droit des marchés publics encadre de façon stricte l'examen, par les pouvoirs adjudicateurs, des candidatures, qu'il s'agisse des motifs d'exclusion ou des éléments susceptibles d'être demandés pour vérifier les capacités professionnelles, techniques et financières des opérateurs économiques. Ni en droit interne, ni dans les directives, pas plus celles de 2004 que celles du 26 février 2014, n'est prévue pour la collectivité qui passe le marché la possibilité de s'opposer à la candidature d'une personne publique qui ne respecterait pas les conditions exigibles. Nous observerons, cependant, que la question se pose d'ores et déjà potentiellement, dans des termes proches, avec, par exemple, la candidature d'établissements publics ou de sociétés d'économie mixte. Le droit européen ne saurait être regardé comme imposant d'admettre la candidature de personnes publiques incompétentes, en droit interne, pour exécuter les prestations faisant l'objet du contrat... Ce serait d'ailleurs contradictoire avec les arrêts de la Cour de justice précédemment cités.

* * *

Si vous nous suivez, vous jugerez que la cour a commis une erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que le département de la Charente-Maritime ne pouvait légalement être candidate à l'attribution d'un marché public en dehors de ses limites territoriales, sans rechercher si cette candidature constituait le prolongement d'une de ses missions de service public et était justifiée, à ce titre, par un intérêt public local.

Le cadre juridique que vous aurez ainsi défini appelle un nouveau débat devant le juge du fond ; aussi renverrez-vous le jugement de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nantes.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, à ce que soit mis à la charge des départements de Vendée et de Charente-Maritime le versement à la société Entreprises Morillon Corvol Courbot d'une somme de 3 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par ces deux collectivités.