**UNIVERSITÉ D’ORLEANS**

**Droit – Economie – Gestion**

**TRAVAUX DIRIGES DE**

**DROIT DES SERVICES PUBLICS**

 **Cours de Mme Armelle Treppoz**

**Séance n° 4**

**Le mode de gestion (1) : la gestion déléguée du service public**

**I) La gestion déléguée de service public : le choix de la concession**

**Document 1 :** CC, 26 juin 2003, 2033-473 DC

**Document 2 :** art. L. 1 et 3 Code de la commande publique

**Document 3 :** art. L. 1411-1 CGCT

*§1) L’identification de la concession de service public : le rôle du critère du risque (définition et distinction)*

**Document 4 :** CE, 3 mai 2004, Fondation assistance aux animaux

**Document 5 :** CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône

**Document 6 :** CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée

**Document 7 :** Art. L. 1121-1 Code de la commande publique

*§2) Le régime de passation du contrat nommé*

**Document 8 :** CE, 30 octobre 1936, Sibille

**Document 9 :** Loi n° 93-12 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

**Document 10 :** CJCE, 7 décembre 2000, TéléAustria Verlags, aff. C-324-98

**Document 11 :** CE, 10 novembre 2010, Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement

**Document 12** **:** Art. L. 3121-1 et L. 3121-2 Code de la commande publique

**II) La quasi-régie**

*§1) En droit de l’UE*

**Document 13** : CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03

**Document 14** : CJCE, 13 déc. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03

**Document 15 :** CJUE, 29 novembre 2012, Econord, aff. C-182/11 et C-183/11

*§2) En droit interne*

**Document 16** : CE, 6 novembre 2013, Commune de Marasannay-la-Côte

**Document 17 :** art. L. 3211-1 et suiv. Code de la commande publique

**I) La gestion déléguée de service public sous le modèle concessif**

**Document 1 : CC, 26 juin 2003, 2033-473 DC**

1. Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et contestent en particulier, en tout ou en partie, la conformité à la Constitution des articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 ;

- Sur la loi dans son ensemble :

2. Considérant que, de façon générale, les requérants jugent imprécises et injustifiées les délégations prévues par la loi déférée ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la Constitution : "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. - Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. - A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif." ;

4. Considérant, en premier lieu, que, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ;

5. Considérant, en second lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut, serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ;

- Sur l'article 5 :

6. Considérant que l'article 5 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans son 1°, "les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics", ainsi que, dans son 3°, les mesures "permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales" ;

7. Considérant que les requérants soutiennent que cette habilitation est contraire, par son imprécision, à l'article 38 de la Constitution ; qu'elle autorise le Gouvernement à transposer des directives communautaires qui ne sont pas encore adoptées, méconnaissant ainsi le droit du Parlement, garanti par l'article 88-4 de la Constitution, à se prononcer sur les projets et propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative ; qu'elle porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales consacrée par l'article 72 de la Constitution ; qu'enfin, elle ne respecte ni l'égalité d'accès à la commande publique, qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789, ni "la nécessité des dépenses publiques et le consentement à ces dépenses", qui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration ;

8. Considérant, en premier lieu, comme il ressort des termes mêmes de l'habilitation critiquée, ainsi que des débats parlementaires, que la finalité des autorisations délivrées au Gouvernement par l'article 5 et le domaine dans lequel les ordonnances pourront intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ; qu'il en est ainsi du 1° de l'article 5 qui autorise le Gouvernement à transposer notamment deux directives susceptibles d'être adoptées au cours du délai d'habilitation en matière de passation des marchés publics et dont les propositions ont d'ailleurs été communiquées aux assemblées parlementaires en application de l'article 88-4 de la Constitution ; qu'il en est de même du 3° de l'article 5 qui, selon les travaux parlementaires, a pour objet de modifier les dispositions du code général des collectivités territoriales en vue de simplifier leurs règles de compétence interne en matière de marchés publics ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que, si l'article 88-4 de la Constitution permet au Parlement de se prononcer sur les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative, il ne concerne pas la transposition des directives en droit interne, une fois que celles-ci ont été adoptées ;

10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - 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" ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que, si une loi d'habilitation ne peut prévoir l'intervention d'ordonnances dans les domaines réservés par la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale, l'article 38 de la Constitution autorise le Parlement à déléguer au Gouvernement toute autre matière relevant de la loi ; que, par suite, doit être rejeté le grief tiré de ce que l'article 5 déléguerait une matière intéressant la libre administration des collectivités territoriales et méconnaîtrait, ce faisant, l'article 72 de la Constitution ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs présentés à l'encontre de l'article 5 de la loi déférée ne sont pas fondés ;

- Sur l'article 6 :

13. Considérant que l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur "la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer "les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public" et prévoir "les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans" ;

14. Considérant que les requérants font grief à ces dispositions de ne pas préciser suffisamment la finalité de l'habilitation, d'intervenir dans le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution, de porter atteinte au principe de continuité du service public et de méconnaître le principe d'égalité applicable au droit de la commande publique et aux services publics ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services ; qu'ainsi, le grief tiré de ce que les finalités de l'habilitation seraient insuffisamment précises pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution doit être écarté ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que, comme il a été dit ci-dessus, l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'habilitation porte sur le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution ;

17. Considérant, en troisième lieu, que l'article 6 dispose expressément que les ordonnances prises sur son fondement devront assurer le respect des exigences du service public ; que, par suite, le grief tiré de ce que cet article méconnaîtrait la continuité du service public manque en fait ;

18. Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

19. Considérant, enfin, que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ;

20. Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déférée n'est pas contraire à la Constitution ;

- Sur les articles 7, 18, 25 et 26 :

21. Considérant que l'article 7 autorise le Gouvernement à abroger ou adapter des dispositions fiscales frappées de désuétude ou devenues sans objet, à simplifier la déclaration et le paiement de certains impôts, à clarifier la formulation d'actes administratifs liés à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt, ainsi qu'à assouplir les modalités d'option pour certains régimes fiscaux spécifiques ; que l'article 18 autorise le Gouvernement à modifier les dispositions législatives applicables en matière électorale pour simplifier les formalités que les candidats aux élections politiques doivent accomplir, à alléger les modalités d'organisation de certaines élections et à harmoniser le régime de démission d'office de certains élus ; que l'article 25 habilite le Gouvernement à prendre plusieurs mesures de simplification et de clarification de la législation relative au travail et à la formation professionnelle, afin d'alléger les formalités qui en résultent, en particulier en ce qui concerne le calcul des effectifs et l'harmonisation des seuils d'effectifs ; que l'article 26 l'autorise à prendre diverses mesures dans le domaine du droit commercial et notamment à "instituer une procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé et relever le seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration" ;

22. Considérant que les requérants soutiennent que ces habilitations manquent de précision et sont susceptibles de porter atteinte à des règles ou principes constitutionnels, tels que le principe d'égalité, les droits de la défense, le principe du contradictoire, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions et la liberté de communication ;

23. Considérant, en premier lieu, que la finalité des autorisations accordées au Gouvernement par les articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déférée et les domaines dans lesquels les ordonnances pourront intervenir, qui ne sauraient être ceux que la Constitution réserve à la loi organique, sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ;

24. Considérant, en second lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en l'espèce, les articles 7, 18, 25 et 26 ne sont ni par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ces principes ;

25. Considérant, dès lors, que les griefs présentés à l'encontre des articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déférée doivent être rejetés ;

- Sur l'article 34 :

26. Considérant que l'article 34 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions nécessaires pour modifier, compléter et codifier diverses législations, dont celles qui sont relatives au domaine public et privé de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

27. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que cette habilitation méconnaît l'article 38 de la Constitution en tant qu'elle déroge au principe de "la codification à droit constant" ;

28. Considérant que l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre ;

29. Considérant, en l'espèce, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation accordée au Gouvernement par l'article 34 de la loi déférée en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations tend, sans en bouleverser l'économie générale, à adapter ces législations à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ; que cette habilitation ne remet pas en cause la libre administration des collectivités territoriales ; qu'elle n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; que, dans ces conditions, l'article 34 de la loi déférée n'est pas contraire à l'article 38 de la Constitution ;

30. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution,

**Document 2 : Art. L. 1 et 3 Code de la commande publique**

**Art. L. 1 CCP**

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.

**Art. L. 3 CCP**

Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

**Document 3 : art. L. 1411-1 CGCT**

Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième partie de ce code.

*§1) L’identification de la concession de service public : le rôle du critère du risque (définition et distinction)*

**Document 4 : CE, 3 mai 2004, Fondation assistance aux animaux**

Sur les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté du 2 juillet 2001 relatif à l'identification par radiofréquence des carnivores domestiques :

Considérant que l'arrêté contesté a été publié au Journal officiel de la République française le 12 juillet 2001; que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX n'a présenté au ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales un recours gracieux dirigé contre cet arrêté que le 26 avril 2002, soit après l'expiration du délai de recours contentieux ; qu'ainsi ce recours gracieux n'a pu conserver ce délai ; que, dès lors, le ministre est fondé à soutenir que les conclusions de la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX tendant à l'annulation de cet arrêté, présentées devant le Conseil d'Etat le 26 août 2002, sont tardives et, par suite, irrecevables ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales a refusé d'abroger l'arrêté du 2 juillet 2001 susmentionné :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non recevoir opposée par le ministre de l'agriculture, de la pêche, de l'alimentation et des affaires rurales ;

En ce qui concerne l'article 4 de l'arrêté litigieux :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 214-5 du code rural : Tous les chiens et chats, préalablement à leur cession, à titre gratuit ou onéreux, sont identifiés par un procédé agréé par le ministre chargé de l'agriculture. Il en est de même, en dehors de toute cession, pour les chiens âgés de quatre mois et nés après le 6 janvier 1999. L'identification est à la charge du cédant. Dans les départements officiellement déclarés infectés de rage, l'identification est obligatoire pour tous les carnivores domestiques (...) ; que le décret du 28 août 1991 dispose en son article 1er que l'identification obligatoire des chiens, chats et carnivores domestiques prévue par les dispositions précitées du code rural comporte, d'une part, le marquage de l'animal par tatouage ou tout autre procédé agréé par arrêté du ministre chargé de l'agriculture, et, d'autre part, l'inscription sur le ou les fichiers prévus à l'article 4 ci-dessous des indications permettant d'identifier l'animal ; que les articles 2 et 4 du même décret prévoient qu'un arrêté du ministre chargé de l'agriculture définit les techniques de marquage agréées ainsi que les conditions sanitaires de leur mise en oeuvre et fixe les règles relatives à l'établissement, à la mise à jour, au contrôle et à l'exploitation des fichiers nationaux ; que l'article 5 du même décret dispose que le ministre chargé de l'agriculture agrée la personne gestionnaire de chaque fichier national;

Considérant que l'article 4 de l'arrêté litigieux, pris en application des dispositions précitées, octroie au syndicat national des vétérinaires en exercice libéral un agrément lui permettant de délivrer aux vétérinaires et autres personnes habilitées, d'une part, les matériels permettant le marquage des animaux par radiofréquence, et d'autre part, les numéros d'identification servant au marquage des animaux par tatouage ou par radiofréquence ; que le même arrêté agrée l'association dénommée société centrale canine et le Syndicat national des vétérinaires en exercice libéral en tant que gestionnaires, respectivement, du fichier national d'identification des chiens et du fichier national d'identification des animaux carnivores autres que les chiens ; qu'eu égard aux motifs d'intérêt général qui ont conduit le législateur à créer une obligation d'identification des animaux carnivores domestiques, aux prérogatives de puissance publique conférées par les dispositions de l'arrêté litigieux aux deux associations susmentionnées, et au contrôle exercé par l'Etat sur ces associations en vertu de cet arrêté et des conventions qu'il a conclues avec elles, les missions confiées à ces deux personnes morales ont le caractère de missions de service public ; que, par conséquent, les décisions unilatérales qui les investissent de ces missions ont un caractère réglementaire ;

Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté attaqué : Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant 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 offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, corroborées au demeurant par les débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 29 janvier 1993, que la procédure qu'elles définissent s'applique aux seules délégations consenties par voie contractuelle ; que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX ne peut, par suite, utilement s'en prévaloir à l'encontre d'un acte réglementaire qui agrée la personne chargée de gérer un service public dans les conditions prévues par l'article 5 du décret du 28 août 1991, alors même que cet agrément a impliqué la conclusion ultérieure d'une convention pour fixer, dans des conditions qui ne conduisent pas à la requalifier en décision unilatérale, certaines modalités de gestion du service et que le gestionnaire est exclusivement rémunéré par les usagers ;

En ce qui concerne les autres dispositions de l'arrêté attaqué :

Considérant, en premier lieu, que les articles 2 et 4 du décret du 28 août 1991 donnent compétence au ministre chargé de l'agriculture pour définir les techniques de marquage et les conditions sanitaires de leur mise en oeuvre, ainsi que les règles relatives à l'établissement, à la mise à jour, au contrôle et à l'exploitation des fichiers nationaux ; que si le ministre a défini, par les dispositions contestées de l'arrêté du 2 juillet 2001, des sujétions s'imposant aux propriétaires d'animaux carnivores domestiques et aux vétérinaires, ces sujétions n'excèdent pas ce qui est nécessaire à la mise en oeuvre des techniques de marquage et à la bonne tenue des fichiers nationaux ; que par suite, la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX n'est pas fondée à soutenir que le ministre aurait, en édictant ces dispositions, excédé la compétence qu'il tenait des dispositions du décret du 28 août 1991 ;

Considérant, en deuxième lieu, d'une part, qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978 : Hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'Etat, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la commission nationale de l'informatique et des libertés. / Si l'avis de la commission est défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat ou, s'agissant d'une collectivité territoriale, en vertu d'une décision de son organe délibérant approuvée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat./ Si, au terme d'un délai de deux mois renouvelable une seule fois sur décision du président, l'avis de la commission n'est pas notifié, il est réputé favorable ; que l'article 20 de la même loi dispose que l'acte réglementaire prévu pour les traitements régis par l'article 15 ci-dessus précise notamment : - la dénomination et la finalité du traitement ; / - le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès défini au chapitre V ci-dessus ; / - les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations (...) ; que l'article 19 de la même loi dispose que toute modification des mentions figurant dans une demande d'avis adressée à la commission nationale de l'informatique et des libertés est portée à la connaissance de la commission ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que l'administration est tenue, si elle veut modifier les finalités d'un traitement soumis aux dispositions de l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978, de prendre un acte réglementaire modifiant ou complétant celui qui a décidé la création de ce traitement ; que l'administration ne peut, dans une telle circonstance, se borner à porter la modification effectuée à la connaissance de la commission en application des dispositions de l'article 19 de la loi, mais est tenue de solliciter, préalablement à l'édiction du nouvel acte réglementaire, l'avis motivé de cette commission, en application des dispositions combinées des articles 15 et 20 de ladite loi ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 4 du décret du 28 août 1991 susvisé : Les indications permettant d'identifier les animaux et de connaître le nom et l'adresse de leur propriétaire sont portées à un fichier national (...) N'ont accès au nom et à l'adresse des propriétaires des animaux que les gestionnaires du fichier ainsi que, aux seules fins de recherche d'un animal par son numéro d'identification, les agents de police, les gendarmes, les agents des services de secours contre l'incendie, les agents des services vétérinaires, les vétérinaires praticiens et les gestionnaires des fourrières ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les fichiers nationaux informatisés d'identification des animaux carnivores domestiques ont été créés par deux arrêtés du 5 décembre 1994 du ministre de l'agriculture et de la pêche, venus compléter un arrêté du 30 juin 1992, tous précédés d'une consultation de la commission nationale de l'informatique et des libertés ; que ces arrêtés définissent les catégories d'informations nominatives contenues dans lesdits fichiers ; que les finalités du traitement de ces données nominatives sont définies par les dispositions précitées de l'article 4 du décret du 28 août 1991 ; que la circonstance que l'arrêté litigieux a eu pour effet de compléter les informations nominatives détenues sur les propriétaires d'animaux carnivores, par la précision que ceux-ci sont le cas échéant identifiables par radiofréquence, ne suffit pas à établir que les catégories de données conservées ou les finalités de leur traitement auraient été modifiées et que, par suite, aurait été instauré un nouveau traitement automatisé de données nominatives au sens des dispositions législatives précitées ; que le moyen tiré de ce que cet arrêté aurait dû être soumis pour avis motivé à la commission nationale de l'informatique et des libertés en application des dispositions de l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978 doit, par suite, être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il est constant que la décision d'autoriser la technique de marquage par radiofréquence contenue dans l'arrêté attaqué a été précédée par la remise à l'administration d'un rapport rédigé sur ce thème par le président du syndicat national des vétérinaires en exercice libéral ; que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX soutient que l'expertise ainsi délivrée à l'administration ne présentait pas une impartialité suffisante, dès lors que le syndicat national des vétérinaires en exercice libéral, qui s'est vu confier par l'arrêté attaqué la gestion du suivi du marquage par radiofréquence et la gestion du fichier national des animaux domestiques carnivores autres que les chiens, avait intérêt au développement de cette technique de marquage ; que toutefois, le ministre soutient sans être contredit que la décision litigieuse a été prise après une expérimentation menée pendant cinq années dans huit départements et ayant concerné près de six mille cinq cents animaux ; qu'ainsi, et en tout état de cause, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'expertise contestée par l'association requérante, à supposer qu'elle ait eu le caractère de partialité que celle-ci lui impute, aurait exercé une influence déterminante sur l'édiction des dispositions litigieuses ;

Considérant enfin, que si l'association requérante produit des témoignages et articles de presse faisant état de quelques effets indésirables ou de risques liés à l'implantation d'un dispositif de marquage par radiofréquence dans le corps d'un animal, ces indications, qui concernent des faits isolés ou des risques qui ne sont pas établis, ne sauraient suffire à faire regarder la décision d'autoriser le marquage par radiofréquence comme entachée d'une erreur manifeste dans l'appréciation des risques que comporte la technique de marquage des animaux par radiofréquence ; que la circonstance, à la supposer établie, que le marquage par radiofréquence n'offrirait pas une protection efficace contre le vol des animaux domestiques ne saurait faire regarder comme entaché d'illégalité l'arrêté litigieux, dès lors que celui-ci se borne à autoriser cette technique de marquage sans la rendre obligatoire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision par laquelle le ministre a refusé d'abroger les dispositions de l'arrêté attaqué ;

**Document 5 : CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône**

Sur la fin de non-recevoir opposée par la société "Silim Environnement" au déféré devant les premiers juges :

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le sous-préfet d'Aix-en-Provence a présenté auprès du maire de Lambesc le 11 mai 1994 un recours gracieux dirigé d'une part contre la délibération du conseil municipal de Lambesc en date du 29 mars 1994 attribuant à la société "Silim Environnement" un contrat relatif à la collecte et au transport des ordures ménagères et à la gestion de la décharge communale, d'autre part, contre le contrat conclu par la commune avec la société ; que ce recours gracieux a interrompu le délai de deux mois ouvert au préfet des Bouches-du-Rhône, en vertu des dispositions de l'article 3 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifiée par la loi du 22 juillet 1982, pour déférer devant le tribunal administratif la délibération et le contrat susmentionnés ; que le sous-préfet a reçu le 26 mai 1994 notification de la décision du maire en date du 25 mai 1994 rejetant son recours gracieux ; qu'ainsi ledit délai, qui avait le caractère d'un délai franc et qui a commencé à courir de nouveau le 27 mai 1994, n'était pas expiré le 27 juillet 1994, date à laquelle le déféré du préfet a été enregistré au greffe du tribunal administratif ; que, dès lors, contrairement à ce que soutient la société "Silim Environnement", ce déféré était recevable ;

Au fond :

Considérant que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ;

Considérant que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté son déféré dirigé contre la délibération et le contrat susanalysés ;

**Document 6 : CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée**

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a souhaité confier à un prestataire l'exploitation d'un service de transports de voyageurs incluant des usagers scolaires, sous la forme d'une délégation de service public ; qu'il a, à cet effet, fait paraître un avis d'appel à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ainsi que dans le quotidien Ouest-France et dans une publication spécialisée ; qu'un avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne ; que le groupement constitué des sociétés anonymes Hervouët, Les Cars bleus Brisseau et Sovetours a fait acte de candidature, puis a déposé une offre pour le lot numéro 1 correspondant au secteur Montaigu, Les Herbiers, La Chataigneraie et Nantes ; qu'après avoir complété son offre à la suite des négociations conduites avec le DEPARTEMENT DE LA VENDEE, le groupement a été informé du rejet de celle-ci par courrier en date du 12 juillet 2001 ; que les sociétés anonymes Hervouët et les Cars bleus Brisseau ont demandé au tribunal administratif, par requête enregistrée le 8 août 2001, l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée en date du 29 juin 2001, par laquelle la commission attribuait le lot n°1 au groupement constitué par les sociétés Moinet, Grolleau et Rigaudeau et rejetait par conséquent l'offre présentée par le groupement dont la société anonyme Hervouët était mandataire ; que par un jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé cette délibération et enjoint au DEPARTEMENT DE LA VENDEE de résilier le contrat litigieux dans un délai de quatre mois assorti d'une astreinte ; que par l'arrêt attaqué du 2 décembre 2005, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre l'injonction de résilier le contrat et a rejeté ses autres conclusions d'appel ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu' une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que s'agissant du lot n°1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93% environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7% restant, d'autres services de transport et activités commerciales ; que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE prenait en charge en substitution des familles environ 80% du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler l'arrêt du 2 décembre 2005 de la cour administrative d'appel de Nantes ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Sur les conclusions à fin de non lieu soulevées par les sociétés Hervouët et Les Cars Bleus Brisseau :

Considérant que la circonstance que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a lancé une nouvelle procédure en vue de la passation du contrat de transport régulier de voyageur litigieux ne rend pas sans objet ses conclusions d'appel dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002, d'une part, annulant la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que, la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement, et, d'autre part, enjoignant au département de dénoncer ce contrat ;

Sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002 en tant qu'il a annulé la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête d'appel ;

Considérant qu'il ressort des pièces du contrat relatif au lot n°1, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le prestataire choisi devait tirer sa rémunération de l'exploitation du service, que ses recettes soient versées par le département au titre de sa prise en charge de 80% du coût des abonnements de transport scolaire, par les familles pour la part restante du coût de ces abonnements, ou qu'elles proviennent des sommes versées par les usagers non scolaires ou d'autres produits commerciaux ; que si une convention d'intéressement financier prévoit le versement d'une subvention par le département d'un montant initial de 25 733,39 euros, pour des recettes d'exploitation évaluées alors à environ 1,5 million d'euros, celle-ci laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30% de ce déficit, déduction faite du montant de la subvention initiale ; qu'ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ; que dès lors, le DEPARTEMENT DE LA VENDEE est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé la délibération du 29 juin 2001 de sa commission permanente au motif que la convention n'est pas une délégation de service public mais un marché public soumis aux règles fixées par le code des marchés publics ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens présentés par les sociétés anonymes Hervouët et Les Cars Bleus Brisseau devant le tribunal administratif de Nantes, tendant à l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de la Vendée en date du 29 juin 2001, arrêtant le choix du groupement constitué par les sociétés Moinet, Rigaudeau et Grolleau pour l'attribution de la délégation de service public de transport régulier de voyageurs ; ensemble la décision du président du conseil général de signer ce contrat ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales: Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ; que ces dispositions permettent à l'exécutif du département de confier à ses agents la négociation des offres avec les candidats admis à négocier, sans même qu'il soit besoin à cet effet d'une délégation formelle ;

Considérant en second lieu qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable à la date de la délibération litigieuse : Deux mois au moins après la saisine de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation ; qu'il ressort des pièces du dossier que la commission permanente du conseil général avait reçu une délégation aux fins d'arrêter la liste des candidats admis à négocier une offre et de choisir le délégataire ; qu'il ressort de ce qui précède que les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau ne sont pas fondées à soutenir que le choix du délégataire aurait été arrêté par une autorité incompétente ;

Considérant que contrairement à ce qu'allèguent les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau, la nature et la hiérarchie des critères de sélection prévus au règlement de la consultation n'ont pas été modifiés ;

Considérant enfin, que compte tenu de ce que le groupement retenu disposait pour le démarrage des prestations du nombre de conducteurs et de véhicules requis, de la qualité du service attendue et eu égard au montant de la contribution financière qu'il demandait au département, le choix de ce délégataire n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés Hervouët et les Cars bleus Brisseau ne sont fondées à demander ni l'annulation de la délibération du 29 juin 2001 de la commission permanente du conseil général, ni celle de la décision du président du conseil général de signer le contrat ; que par voie de conséquence, leurs conclusions à fin d'injonction doivent être rejetées ;

**Document 7 : Art. L. 1121-1 Code de la commande publique**

Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

*§2) Le régime de passation du contrat nommé*

**Document 8 : CE, 30 octobre 1936, Sibille et autres**

CONSIDÉRANT que les sieurs Sibille, Griffisch et Lorphelin, pour contester la légalité de la délibération du conseil municipal de Paris approuvant un projet de convention relatif à l'assainissement et à la mise en valeur de la cité Jeanne-d'Arc, font valoir que les travaux de construction d'habitations à loyers réduits dont l'exécution d'ensemble a été confiée à une société par traité de~ gré à gré ne rentrent dans aucun des cas où, par exception, il peut être dérogé au principe de l'adjudication publique; qu'ainsi le conseil municipal de Paris aurait méconnu les dispositions de l'ordonnance du 14 nov. 1837 ; que la délibération attaquée aurait également violé les proscriptions de la loi du 18 août 1926 concernant la division en plusieurs lots des marchés de travaux publics ;

Cons. que la convention approuvée par le conseil municipal de Paris, après avoir déterminé les conditions d'acquisition par la ville à la Société anonyme « Jeanne d'Arc » des terrains occupés par les bâtiments insalubres de la cité Jeanne d'Arc, comporte l'engagement de cette société de fonder une société filiale qui est chargée d'exécuter sur lesdits terrains un programme de construction d'habitations avec les fonds mis à sa disposition par la ville ou fournis par l'entreprise elle-même sous la garantie, en capital et intérêts, de la collectivité administrative; que ta nouvelle société doit gérer pendant une durée de cinquante-cinq ans les immeubles ainsi édifiés, payer à la ville une redevance fixe par mètre carré de terrain occupé et prélever sur ses recettes les sommes nécessaires à l'entretien des habitations et au remboursement intégral des charges des emprunts couvrant les frais de construction des immeubles; que la ville de Paris participe aux bénéfices éventuels tant en vertu des dispositions d'une clause pré- voyant le partage par moitié des bénéfices d'exploitation avant toute distribution de dividende qu'en sa qualité de propriétaire d'actions d'apport représentant 40 0/0 du capital social; qu'un contrat de cette nature présente le caractère d'une concession de travaux publics; qu'il implique, en raison de sa durée et de la complexité de son mécanisme, la nécessité de tenir compte de la personnalité du concessionnaire et, par ces motifs, ne peut être regardé comme étant au nombre des marchés qui sont visés par l'ordonnance du 14 nov. 1837 et par la loi du 18 août 1926; que, dès lors, la ville de Paris n'a commis aucune illégalité en traitant avec une société de son choix;

Cons. que de ce qui précède il résulte que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la délibération contestée serait entachée d'excès de pouvoir;... (Rejet).

**Document 9 : Loi n° 93-12 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques**

*Article 38 (aujourd'hui abrogé) :* - Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l’autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d’Etat.

La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l’égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant 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 offres ainsi présentées sont librement négociées par l’autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

*Article 40 (aujourd'hui abrogé) :* - Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l’investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d’amortissement des installations mises en œuvre.

**Document 10 : CJCE, 7 décembre 2000, TéléAustria Verlags, aff. C-324-98**

(…)

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesvergabeamt, par ordonnance du 23 avril 1998, dit pour droit:

Peut-on déduire de la genèse de la directive 92/50/CEE, en particulier de la proposition de la Commission [COM(90) 372, JO C 23, du 31 janvier 1991] ou de la définition de la notion de 'marché public de services qui figure à l'article 1er, sous a), de cette même directive, que certaines catégories de contrats conclus par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la directive avec des entreprises prestataires de services sont a priori exclues du champ d'application de la directive sur la seule base de certaines caractéristiques communes, telles qu'elles sont énumérées dans la proposition COM(90) 372 de la Commission, et sans qu'il y ait lieu d'appliquer les articles 1er, sous a), lettres i à viii, ou 4 à 6 de la directive 92/50/CEE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la question principale:

De telles catégories de contrats relèvent-elles également du champ d'application de la directive 93/38/CEE, eu égard en particulier au vingt-quatrième considérant de cette même directive?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la deuxième question:

Ces catégories de contrats exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE peuvent-elles être suffisamment définies, par analogie avec ce qui figure dans la proposition COM(90) 372, en ce sens que leur caractéristique essentielle consiste en ce qu'une entité adjudicatrice, relevant du champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE, confie à une entreprise de son choix l'exécution d'une prestation de services dont cette entité a la responsabilité en échange du droit, concédé à l'entreprise, d'exploiter économiquement la prestation en question?

À titre de complément aux trois premières questions:

Dans l'hypothèse d'un contrat conclu par une entité adjudicatrice relevant du champ d'application personnel de la directive 93/38/CEE qui comporte des éléments propres à un marché de services au sens de l'article 1er, point 4, sous a), de la directive 93/38/CEE en même temps que des éléments d'une autre nature contractuelle qui ne relèvent pas du champ d'application de cette directive, l'entité adjudicatrice est-elle tenue de dissocier la partie du contrat global qui est soumise à la directive, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable, pour la soumettre à une procédure de passation au sens de l'article 1er, point 7, de cette directive, à l'instar de ce que la Cour de justice a prescrit dans l'affaire C-3/88, avant l'entrée en vigueur de la directive 92/50/CEE, à propos d'un marché qui n'était pas, dans sa totalité, soumis à la directive 77/62/CEE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

La concession, par contrat, du droit d'exploitation économique exclusive du produit d'une prestation de services, qui procure au prestataire un revenu qui ne peut certes pas être déterminé, mais qui, selon l'expérience générale, ne sera pas négligeable et dépassera vraisemblablement les coûts de la prestation de services, doit-elle être considérée comme une rémunération de l'exécution de la prestation, comme l'a affirmé la Cour dans l'affaire C-272/91 à propos d'un marché de fournitures comportant, au lieu d'une rémunération, l'attribution d'un droit reconnu par la puissance publique?

À titre de complément aux questions précédentes:

Les dispositions de l'article 1er, point 4, sous a) et c), de la directive 93/38/CEE doivent-elles être interprétées en ce sens qu'un marché prévoyant l'exécution de prestations de services au sens de l'annexe XVI, partie A, catégorie 15, perd son caractère de marché de services pour devenir un marché de fournitures, lorsque la prestation de services a pour résultat la fabrication d'une quantité importante de biens corporels identiques qui ont une valeur économique et donc de marchandises au sens des articles 9 et 30 du traité CE?

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette question:

L'arrêt de la Cour dans l'affaire C-3/88 doit-il être interprété en ce sens qu'un tel marché de fournitures doit être séparé des autres parties constitutives du contrat de prestations et soumis à une procédure de passation au sens de l'article er, point 7, de la directive 93/38/CEE, pour autant que cela soit techniquement possible et économiquement raisonnable? »

**(…)**

1) - Est visé par la 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, un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un État membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet État membre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques);

- bien qu'il soit visé par la directive 93/38, un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

2) Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

3) 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.

4) Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet.

**Document 11 : CE, 10 novembre 2010, Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement**

Considérant que, sur le fondement de ces dispositions, le département de l'Allier et la société Institut Pasteur de Lille - Santé Environnement Durables Est ont décidé de créer le groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France ayant pour objet la reprise des activités du laboratoire départemental de l'Allier, notamment les analyses relevant du secteur de la santé publique vétérinaire et de l'hydrologie ainsi que le développement d'activités d'analyses, l'audit, le conseil, la recherche et la formation dans les domaines de l'eau, de l'environnement, de l'aliment, de la santé animale et de la santé publique ; que, par une délibération en date du 6 décembre 2007, le conseil général de l'Allier a approuvé le projet de convention prévoyant la constitution de ce groupement ; que la convention constitutive de ce groupement, signée le 12 décembre 2007, a été approuvée par un arrêté interministériel du 24 décembre 2007 ; que, sous le n° 319109, la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT demande l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite par laquelle le ministre de l'agriculture et de la pêche a rejeté sa demande tendant à l'abrogation de cet arrêté interministériel ; que, sous le n° 319239, elle demande l'annulation de la décision du 2 juin 2008 par laquelle le président du conseil général du département de l'Allier a rejeté sa demande tendant à la résiliation de la convention constitutive du groupement d'intérêt public ;

[…]

Considérant, en premier lieu, que si l'extrait de la convention constitutive du groupement d'intérêt public figurant en annexe de l'arrêté attaqué indique que les membres du groupement sont le département de l'Allier et l'Institut Pasteur de Lille alors que seule la société Institut Pasteur de Lille - Santé Environnement Durables Est est partie à la convention, cette simple erreur matérielle ne saurait affecter la légalité de la convention et de l'arrêté l'ayant approuvée ;

Considérant, en deuxième lieu, que le groupement d'intérêt public constitué par le département de l'Allier et la société Institut Pasteur de Lille - Santé Environnement Durables Est, qui a pour objet de reprendre les activités du laboratoire départemental de l'Allier, notamment les analyses relevant du secteur de la santé publique vétérinaire et de l'hydrologie, et de développer des activités d'analyses, d'audit, de conseil, de recherche et de formation dans les domaines de l'eau, de l'environnement, de l'aliment, de la santé animale et de la santé publique, entre dans la catégorie des groupements d'intérêt public exerçant une activité sanitaire au sens des dispositions de l'article 22 de la loi du 23 juillet 1987, lesquelles prévoient que les dispositions de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique sont applicables à ces groupements ; que, par suite, la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT n'est pas fondée à soutenir que sa création ne répond pas aux conditions posées par les dispositions de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982 et de l'article 22 de la loi du 23 juillet 1987 ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en créant avec la société Institut Pasteur de Lille - Santé Environnement Durables Est un groupement d'intérêt public destiné à reprendre les activités auparavant exercées par son laboratoire départemental d'analyses, le département de l'Allier, qui a ainsi renoncé à mettre en oeuvre de telles activités dans le cadre de ses missions de service public exercées à titre facultatif, ne peut être regardé comme ayant confié la gestion d'un service public dont il a la responsabilité à un délégataire public ou privé; que, par suite, le moyen de la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT tiré de ce que la conclusion de la convention constitutive de ce groupement devait être précédée de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales doit être écarté ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que le groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France n'a pas pour objet de répondre aux besoins du département de l'Allier en matière de prestations d'analyses dans les domaines de la santé publique vétérinaire et de l'hydrologie mais d'effectuer ces prestations, ainsi que des prestations complémentaires d'audit, de conseil, de recherche et de formation, au bénéfice de tiers sur l'ensemble du territoire national ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT, la convention constitutive du groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France et l'arrêté interministériel l'ayant approuvée n'ont nullement pour effet de permettre à ce groupement d'être attributaire d'un marché avec le département ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la création du groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France a été approuvée en méconnaissance des règles nationales et communautaires applicables aux marchés publics, lesquelles seront en revanche applicables aux marchés passés le cas échéant par le département de l'Allier avec ce groupement en vue de satisfaire à des besoins propres ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'en créant avec la société Institut Pasteur de Lille - Santé Environnement Durables Est un groupement d'intérêt public distinct de lui destiné à reprendre les activités de service public auparavant exercées par son laboratoire départemental d'analyses et à opérer sur un marché concurrentiel, le département de l'Allier, qui, ainsi qu'il a été dit, a mis fin aux responsabilités qu'il exerçait jusqu'alors en matière d'analyses vétérinaires et d'hydrologie, ne peut être regardé comme ayant pris lui-même en charge une activité économique ; que, par suite, la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT n'est pas fondée à soutenir que le département de l'Allier ne pouvait prendre part à la création de ce groupement que dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et qu'en l'espèce cette liberté aurait été méconnue ; que la participation à la création de ce groupement d'intérêt public, destiné à maintenir et développer l'activité d'analyses et les équipes associées sur le territoire de la collectivité, répond en outre à un intérêt départemental ; qu'enfin, la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT n'est pas fondée à soutenir que le groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France ne pouvait légalement prendre en charge une activité économique de prestations d'analyses dans le domaine sanitaire sans méconnaître la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence dès lors que la création d'un groupement d'intérêt public destiné à exercer des activités dans le domaine de l'action sanitaire et sociale est prévue par les dispositions précitées de l'article 22 de la loi du 23 juillet 1987 et répond à un intérêt public ;

Considérant, en dernier lieu, que si la convention constitutive du groupement d'intérêt public I.P.L. Santé Environnement Durables Coeur de France a été approuvée par arrêté du ministre de l'agriculture et de la pêche, du ministre de la santé, de la jeunesse et des sports et du ministre du budget, les dispositions de l'article 2 du décret du 7 novembre 1988 ne subordonnent l'entrée en vigueur des conventions constitutives de groupements d'intérêt public exerçant des activités dans le domaine de l'action sanitaire et sociale qu'à l'approbation du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale et du ministre chargé du budget; que, par suite, la circonstance que les stipulations de l'article 4 de la convention constitutive du groupement d'intérêt public, lesquelles ne sauraient d'ailleurs prévaloir sur les dispositions réglementaires régissant les conditions de renouvellement d'une telle convention, prévoient que cette convention pourra être renouvelée après approbation de deux des trois ministres l'ayant approuvée est en tout état de cause sans incidence sur sa légalité et sur la légalité de l'arrêté interministériel du 24 décembre 2007 ;

[…]

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le département de l'Allier, que les requêtes de la SOCIETE CARSO-LABORATOIRE SANTE HYGIENE ENVIRONNEMENT ne peuvent qu'être rejetées ;

**Document 12 : Art. L. 3121-1 et L. 3121-2 Code de la commande publique**

**Art. L. 3121-1 CCP**

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des [chapitres I à V](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idSectionTA=LEGISCTA000037704871&dateTexte=&categorieLien=cid) du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat.

Elle peut recourir à la négociation.

Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du [chapitre VI](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idSectionTA=LEGISCTA000037704995&dateTexte=&categorieLien=cid) du présent titre.

**Art. L. 3121-2 CCP**

Par dérogation aux dispositions de l'article [L. 3121-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idArticle=LEGIARTI000037704873&dateTexte=&categorieLien=cid), l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat, lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante.

**II) La quasi-régie**

*§1) En droit de l’UE*

**Document 13 : CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03**

Cons. 43

Cette question a trait à la situation particulière d’une société dite «d’économie mixte», établie et fonctionnant conformément aux règles du droit privé, au regard de l’obligation d’un pouvoir adjudicateur d’appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics, lorsque les conditions y prévues sont remplies.

44

À cet égard, il convient de rappeler en premier lieu l’objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, tel que relevé dans le cadre de la réponse à la première question, à savoir la libre circulation des services et l’ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Ceci implique l’obligation de tout pouvoir adjudicateur d’appliquer les règles communautaires pertinentes, lorsque les conditions y prévues sont remplies.

45

L’obligation d’application, dans un tel cas, des règles communautaires est confirmée par le fait que, à l’article 1er, sous c), de la directive 92/50, la notion de prestataire de services, à savoir de soumissionnaire aux fins de l’application de cette directive, inclut également «un organisme public, qui offre des services» (voir arrêt du 7 décembre 2000, ARGE, C‑94/99, Rec. p. I‑11037, point 28).

46

Toute exception à l’application de cette obligation est par conséquent d’interprétation stricte. Ainsi, la Cour a jugé, à propos du recours à une procédure négociée sans publication préalable d’un avis de marché, que l’article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50, qui prévoit une telle procédure, en tant que dérogation aux règles visant à garantir l’effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics de services, doit faire l’objet d’une interprétation stricte et que c’est à celui qui entend s’en prévaloir qu’incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C‑20/01 et C‑28/01, Rec. p. I‑3609, point 58).

47

Dans l’esprit d’une ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, voulue par les règles communautaires, la Cour a jugé, à propos de 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, p. 1), que cette directive est applicable lorsqu’un pouvoir adjudicateur envisage de conclure, avec une entité juridiquement distincte, un contrat à titre onéreux, que cette entité soit elle‑même un pouvoir adjudicateur ou non (arrêt du 18 novembre 1999, Teckal, C‑107/98, Rec. p. I‑8121, points 50 et 51). Il est pertinent de constater que le cocontractant dans cette affaire était un groupement constitué par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, auquel participait également le pouvoir adjudicateur en cause.

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. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n’y a pas lieu d’appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

49

Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n’est pas exclu qu’il puisse y avoir d’autres circonstances dans lesquelles l’appel à la concurrence n’est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l’hypothèse où l’autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l’entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l’essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l’entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, 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.

50

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.

51

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.

52

Dès lors, il convient de répondre à la seconde question, sous a) et b), que, dans l’hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l’intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d’application matériel de la directive 92/50 avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées.

**Document 14 : CJCE, 13 déc. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03**

63     S’agissant d’une exception aux règles générales du droit communautaire, les deux conditions énoncées au point précédent doivent faire l’objet d’une interprétation stricte et c’est à celui qui entend s’en prévaloir qu’incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement (voir arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 46).

64     Il convient d’examiner en premier lieu si l’autorité publique concédante exerce sur l’entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services.

65     Cette appréciation doit tenir compte de l’ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l’entité concessionnaire en question est soumise à un contrôle permettant à l’autorité publique concédante 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.

66     Il découle de l’ordonnance de renvoi que, en vertu de l’article 1er des statuts de l’entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, celle-ci constituait un organisme communal ayant pour fonction spécifique la prestation uniforme et intégrée des services publics locaux. Le conseil communal fixait l’orientation générale, attribuait le capital de dotation, assurait la couverture d’éventuels coûts sociaux, vérifiait les résultats de la gestion et exerçait la supervision stratégique, l’entreprise étant assurée de l’autonomie nécessaire.

[…]

68     Concrètement quant aux pouvoirs attribués audit conseil d’administration, il ressort de la décision de renvoi que les statuts de Stadtwerke Brixen AG, notamment leur article 18, donnent à cet organe de très amples pouvoirs de gestion de cette société, puisqu’il dispose de la faculté de prendre tout acte qu’il juge nécessaire à la réalisation de l’objet de la société. En outre, le pouvoir, prévu audit article 18, de constituer des sûretés jusqu’à concurrence de cinq millions d’euros ou de réaliser d’autres opérations sans l’accord préalable de l’assemblée des associés indique que cette société dispose d’une large autonomie par rapport à ses actionnaires.

69     La décision de renvoi indique également que la Gemeinde Brixen a le droit de désigner la majorité des membres du conseil d’administration de Stadtwerke Brixen AG. Cependant, la juridiction de renvoi souligne que le contrôle exercé par cette commune sur Stadtwerke Brixen AG se limite pour l’essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui atténue de manière considérable le rapport de dépendance qui existait entre ladite commune et l’entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, eu égard surtout aux amples pouvoirs dont dispose le conseil d’administration de Stadtwerke Brixen AG.

70     Lorsqu’une entité concessionnaire jouit d’une marge d’autonomie caractérisée par des éléments tels que ceux relevés aux points 67 à 69 du présent arrêt, il est exclu que l’autorité publique concédante exerce sur l’entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services.

**Document 15 : CJUE, 29 novembre 2012, Econord, aff. C-182/11 et C-183/11**

25. Selon une jurisprudence bien établie, un pouvoir adjudicateur, tel qu’une collectivité territoriale, est dispensé d’engager une procédure de passation d’un marché public lorsqu’il exerce sur l’entité attributaire un contrôle analogue à celui qu’il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l’essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent (arrêt Teckal, précité, point 50). Il est constant que cette jurisprudence, initialement adoptée en vue de l’interprétation et de l’application de 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, p. 1), est également applicable aux procédures de passation de marchés publics de travaux et de services.

**26.** Il convient de relever également que, conformément à la jurisprudence de la Cour, la question de savoir s’il s’agit d’une concession de services ou d’un marché public de services et, dans ce dernier cas, si la valeur du marché atteint le seuil prévu par les règles de l’Union est sans incidence sur la réponse à apporter par la Cour à la question préjudicielle, étant donné que l’exception à l’application des règles du droit de l’Union lorsque les conditions de l’exercice d’un «contrôle analogue» sont remplies est applicable dans toutes ces situations (voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2009, Sea, C‑573/07, Rec. p. I‑8127, points 31 à 40).

**27.** Selon une jurisprudence constante, il existe un «contrôle analogue» lorsque l’entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d’influencer les décisions de celle-ci. Il doit s’agir d’une possibilité d’influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité (arrêts précités Parking Brixen, point 65; Coditel Brabant, point 28, et Sea, point 65). En d’autres termes, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d’exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel (arrêt Commission/Italie, précité, point 26). La Cour exige également que ce contrôle soit effectif (arrêt Coditel Brabant, précité, point 46).

**28.** Conformément à la jurisprudence, en cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le «contrôle analogue» peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu’il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d’elles (voir, en ce sens, arrêts précités Coditel Brabant, points 47 et 50, ainsi que Sea, point 59).

**29.** Il en découle que, si une autorité publique devient associée minoritaire d’une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d’un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d’analogue au contrôle qu’elles exercent sur leurs propres services lorsqu’il est exercé conjointement par ces autorités (arrêt Sea, précité, point 63).

**30.** Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l’accomplissement d’une mission commune de service public, il n’est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n’en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l’autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l’entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint.

**31.** La position d’un pouvoir adjudicateur au sein d’une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l’application des règles du droit de l’Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu’une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l’obligation d’engager une procédure d’appel d’offres selon les règles de l’Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l’exercice du «contrôle analogue» sur cette entité (voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2005, Coname, C‑231/03, Rec. p. I‑7287, point 24).

*§2) En droit interne*

**Document 16 : CE, 6 novembre 2013, Commune de Marasannay-la-Côte**

5. Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement, créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; que pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société ;

6. 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 voie 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, et juger, en conséquence, que la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code n'était pas applicable en l'espèce ;

7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les pourvois de la commune de Marsannay-la-Côte et de la SPLAAD, dirigés contre les articles 1er et 2 de l'arrêt attaqué doivent être rejetés ;

**Document 17 : art. L. 3211-1 et suiv. Code de la commande publique**

**Art. L. 3211-1 CCP**

Sont soumis aux règles définies au [titre II](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idSectionTA=LEGISCTA000037705187&dateTexte=&categorieLien=cid) les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

**Art. L. 3211-2 CCP**

Sont soumis aux règles définies au [titre II](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idSectionTA=LEGISCTA000037705187&dateTexte=&categorieLien=cid) les contrats de concession conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :

1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, dans les conditions fixées à l'article [L. 3211-3](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idArticle=LEGIARTI000037705135&dateTexte=&categorieLien=cid) ;

2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

**Art. L. 3211-3 CCP**

Sont soumis aux règles définies au [titre II](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idSectionTA=LEGISCTA000037705187&dateTexte=&categorieLien=cid) les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article [L. 3211-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000037701019&idArticle=LEGIARTI000037705131&dateTexte=&categorieLien=cid), lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

**Art. L. 3211-4 CCP**

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.