

De l'analogie. À propos de la jurisprudence Teckal

par Laurent Richer

Professeur à l'université Paris I, avocat au barreau de Paris

Le champ d'application du droit des marchés publics ressemble parfois à un champ de bataille sur lequel la ligne de front est en oscillation permanente. Du côté français, la partie la plus mouvante se situe dans le secteur des contrats internes à la sphère publique, c'est-à-dire les contrats que les collectivités publiques concluent entre elles ou avec des sociétés publiques .

Il fut un temps où les contrats entre collectivités publiques étaient considérés comme échappant par nature au droit des marchés publics, alors même qu'ils avaient un objet identique à celui d'un marché public. Cette certitude n'a pas résisté au droit communautaire, en particulier à la directive 92/50 sur les marchés de services, qui était expressément applicable quand le prestataire est un « organisme public ». Il a fallu un recours en manquement de la Commission et un arrêt du Conseil d'État communautaire (*CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, rec. 201, concl. H. Savoie*) pour que soit opérée la prise de conscience. Elle s'est traduite par la soumission aux règles de passation des marchés publics des contrats de prestation entre les services de l'État et les départements et communes (loi MURCEF du 11 décembre 2001), ainsi que d'autres contrats conclus à titre onéreux entre personnes publiques.

Puis un mouvement de retrait a été amorcé avec la soustraction au droit des marchés publics de certains contrats d'assistance aux petites collectivités locales, puis le développement de la notion de contrat étranger à la commande publique, sous la forme, notamment, des

contrats dits de mutualisation conclus au sein des intercommunalités. La Commission européenne a réagi sur ce dernier point en déposant un recours en manquement contre la France.

Là-dessus, la Cour de Justice a rendu un arrêt admettant que certains contrats de mutualisation ne sont pas des marchés publics ou concessions (CJCE 9 juin 2009 Commission c/ RFA, aff. C-480/06, AJDA 2009. 1715, note Dreyfus et Rodrigues ; JCP A 2248, notes F. Lichère et F. Linditch), à la suite de quoi la législation française a été adaptée en 2010 (La loi du 16 décembre 2010). Et, la même année pour « profiter » des possibilités ouvertes par les arrêts de la CJUE qui ont admis le « *in house* » conjoint la loi du 28 mai 2010 crée la société publique locale.

On observe que les changements de positions résultent de l'action combinée de la CJUE et du législateur français, puisque les récentes évolutions de la législation française suivent les adaptations apportées par la jurisprudence de la Cour, non sans une certaine tendance à la surinterpréter.

Dans cette évolution la notion de quasi-régie tient un rôle important, puisque c'est très largement sur cette notion que s'appuient les dérogations au droit des marchés publics, même si d'autres fondements sont aussi invoqués.

Comme l'indique fort bien la traduction de « *in house* » par « quasi-régie » (traduction de *in house* adoptée par Vocabulaire de l'économie et des finances - liste de termes, expressions et définitions adoptés, JORF n°269 du 19 novembre 2008, p. 17687), la dispense de mise en concurrence est motivée par une analogie en chaîne: la situation de la personne morale distincte du pouvoir adjudicateur est analogue à celle d'un service interne de ce pouvoir lorsque ledit pouvoir adjudicateur exerce sur cette personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Qui dit analogie dit approximation et il peut paraître étonnant, voire choquant, que par une suite d'approximations le juge se permette de

restreindre le champ d'application des directives sur les marchés publics et du principe de transparence.

Mais, l'analogie n'est pas une explication ; elle ne contraint pas le juge, celui-ci s'en sert, il ne voit l'analogie que si elle est utile à son travail d'interprétation. La ressemblance entre la quasi-régie et la régie n'explique donc pas l'éviction des règles de publicité et concurrence.

Quel en est alors le fondement ?

Certaines formulations d'arrêts et de conclusions d'avocats généraux incitent à se tourner vers une explication d'ordre juridique (I), mais celle-ci paraît assez fallacieuse et l'on peut alors se demander si la vraie raison ne serait pas d'ordre économique (II), mais, cette explication s'avère partielle et il ne reste plus qu'une explication, moins satisfaisante, qui est politique (III).

I. – EXPLICATION JURIDIQUE

Dans ses conclusions sur l'arrêt Teckal (18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. p. I-8121, concl. Cosmas) l'avocat général Cosmas commence par rappeler que les pouvoirs adjudicateurs sont libres de faire appel à leurs propres services :

« si une commune, dans le cadre d'une meilleure organisation interne de ses services, attribuait la fourniture à l'un de ses services, cela signifierait que nous sommes en présence d'une forme de délégation interne, qui ne sort pas du cadre de ses structures administratives propres. Dans une telle hypothèse, la relation qui existerait entre la commune de Viano et l'AGAC ne pourrait être considérée comme un marché public au sens de la directive 93/36 » (point 59).

Ensuite, il constate que le fournisseur est en l'espèce une personne juridique distincte du pouvoir adjudicateur, mais il recherche, néanmoins, si « la commune de Viano exerce sur le groupement un contrôle analogue à celui qu'exerce une entité sur un organe interne » (point 61), pour conclure : « nous ne pensons pas qu'il soit établi que la

commune exerce un contrôle hiérarchique sur l'AGAC ni que les relations entre la commune et l'AGAC ne consistent pas dans l'attribution d'un marché au motif que les deux parties contractantes n'ont pas, en fait, la qualité de tiers l'une par rapport à l'autre » (point 63).

Il est, de la sorte, admis que l'élément contractuel inhérent au marché public fait défaut lorsque le signataire n'est pas un tiers « véritable », en dépit de sa personnalité morale distincte.

Pourtant, la personne morale, même dépendante, a la capacité de contracter et l'avocat général n'avance aucune définition communautaire ou nationale de la notion de contrat qui exclurait de cette notion les accords conclus avec une entité capable, mais dépendante.

L'arrêt de la Cour, quant à lui, se contente de dire pour droit que la directive 93/36 « est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ». Il admet donc que la directive n'est pas applicable si l'opérateur n'est pas autonome, mais il ne dit pas que l'acte n'est pas un contrat, au contraire.

L'explication par l'absence de contrat apparaît dans ces conditions fort artificieuse.

Mais, la jurisprudence postérieure est revenue sur la question du contrat.

Par son arrêt du 19 avril 2007, *Asemfo* (C-295/05, Rec. p. I-2999), la Cour a recherché si le prestataire dénommé TRAGSA était placé sous le contrôle de l'État espagnol et des communautés autonomes qui le détiennent et, au nombre des indices d'un contrôle analogue à celui qui est exercé sur leurs services par les pouvoirs adjudicateurs, elle a retenu le fait que « Tragsa ne dispose pas de la possibilité de fixer librement le

tarif de ses interventions et que ses rapports avec lesdites communautés ne sont pas de nature contractuelle » (point 60).

Dans cette motivation l'absence de contrat figure donc au nombre des éléments d'évaluation de l'intensité du contrôle, mais elle n'apparaît pas comme le fondement de la solution.

La portée de l'arrêt ASEMFO est, de plus, fortement relativisée par un arrêt rendu quelques mois après (CJCE 18 décembre 2007 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06), qui, après avoir dit qu'« un tel raisonnement <celui de l'arrêt ASEMFO> doit être lu dans son contexte spécifique », juge que « le seul fait que cette société ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par le Ministerio ni quant au tarif applicable à ses prestations, ne saurait avoir automatiquement pour conséquence qu'aucun contrat n'a été conclu entre ces deux entités » (point 53) et n'examine qu'ensuite si la condition de contrôle analogue est satisfaite (points 58 et s.).

Dans ces conditions, il est permis de conclure que s'il est vrai que l'absence de relation contractuelle entraîne l'absence de marché public, ce n'est pas dans l'absence contrat qu'on peut trouver le fondement de la jurisprudence sur le « *in house* ».

IL faut alors se tourner vers une explication d'ordre économique.

II. – EXPLICATION(S) ÉCONOMIQUE(S)

Étant donné que la législation européenne sur les marchés publics participe à la réalisation de l'objectif économique de création d'un marché unique, il ne serait pas illogique que les exceptions soient, elles aussi, fondées sur des motifs à caractère économique.

En ce sens va d'une part le rapprochement entre la jurisprudence sur le *in house* et la notion d'entreprise liée et de co-entreprise qui figurent dans les directives pour des motifs économiques, d'autre part, la

présence dans la jurisprudence Teckal de la condition d'absence d'intervention sur le marché.

La Cour n'a jamais fait expressément, semble-t-il, le rapprochement entre la notion d'entreprise *in house* et celle d'entreprise liée ; pourtant, l'inspiration est la même : les règles de passation des marchés publics ne s'appliquent pas lorsque le contrat est conclu avec un opérateur qui est peu ou prou intégré à l'organisme adjudicateur.

Cette dispense est prévue d'abord pour les marchés que le concessionnaire de travaux passent soit avec des entreprises liées, soit avec des entreprises qui ont obtenu la concession en groupement avec lui (art. 63 de la directive 204/18).

L'entreprise liée est, notamment, celle qui est placée sous l'influence dominante du concessionnaire, ce qui rappelle évidemment la condition de contrôle analogue, même si l'influence dominante ne suppose pas un contrôle aussi strict.

Les notions d'entreprise liée et de « co-entreprise » tiennent une place beaucoup plus importante dans la directive 2004/17, puisque l'article 23 exclut du champ d'application de la directive les marchés passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, ainsi que ceux qui sont conclus par une entité adjudicatrice avec une co-entreprise dont elle fait partie.

Dans le cas de marché entre entité adjudicatrice et entreprise liée, la directive ajoute à la condition de lien juridique une condition économique de réalisation de 80% du chiffre d'affaires des trois dernières années avec l'entité adjudicatrice. Cette condition est fort analogue à celle de réalisation de l'essentiel de l'activité au profit de l'organisme adjudicateur qui est posée par la jurisprudence Teckal.

La jurisprudence Teckal ne serait-elle alors qu'une extrapolation, par identité de motifs, des articles 63 de la directive 2004/18 et 23 de la directive 2004/17 ?

Tel n'est pas le cas.

Les exceptions d'entreprise liée et de co-entreprise reposent sur des motifs qui ne sont pas susceptibles de généralisation à tout marché passé par un pouvoir adjudicateur. En effet, ces exceptions concernent uniquement des cas où le marché est passé par un adjudicateur ayant le caractère d'une entreprise, qu'il s'agisse d'un concessionnaire ou d'une entité adjudicatrice, laquelle, même quand elle est, par ailleurs, pouvoir adjudicateur, a nécessairement une activité d'entreprise de réseau.

Cette exonération des règles de passation peut s'expliquer de deux manières.

En premier lieu, la mise en concurrence peut paraître inutile dans la mesure où le contournement de l'obligation par la conclusion d'ententes ne serait pas sanctionné, puisque la qualification d'entente n'est pas applicable aux accords intra-groupes (cf. C. Prieto Ententes : concours de volontés, *Jurisclasseur Europe*, fasc. 1411, n. 7).

En second lieu, les directives visent à concilier la réglementation de la concurrence et l'objectif de développement de groupes industriels et (dans le cas de co-entreprise) de *consortia*. Il s'agit d'un objectif à caractère économique.

On est là à l'opposé de la jurisprudence sur le *in house* qui s'applique non à des contrats entre entreprises, mais à des contrats entre une « autorité publique » et une entreprise (voir pour l'emploi des termes « autorités publiques » les arrêts (CJCE 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137 ; CJCE 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07 ; CJCE 10 septembre 2009 Sea Srl, aff. C-573/07).

Il n'est donc pas possible de considérer que l'exclusion des contrats *in house* repose sur les mêmes motifs que celle des contrats avec les entreprises liées.

Une autre explication économique pourrait être tirée de ce que l'opérateur intégré n'intervient pas sur le marché ou n'y intervient qu'à titre accessoire, puisque son activité doit bénéficier pour l'essentiel au

pouvoir adjudicateur. Dès lors ne faut-il pas considérer que le droit des marchés publics n'est pas applicable en ce cas parce que le marché public est, aux termes des directives, un contrat conclu avec un « opérateur économique » ?

Selon l'article 1^{er} § 8 de la directive 2004/18: « le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte ». Cette dernière phrase paraît signifier que l'expression « opérateur économique » n'a pas de contenu conceptuel, qu'il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de savoir si l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services agit en tant qu'opérateur économique, mais l'article 1^{er} § 8 de la directive dispose aussi que « les termes « entrepreneur », « fournisseur » et « prestataire de services » désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché ».

Il serait donc possible de considérer que l'opérateur intégré, dès lors qu'il réserve sa production à son organisme de rattachement n'est pas un opérateur économique faute d'intervenir sur le marché. C'est ce qui est parfois admis par la doctrine française.

Mais, cette analyse est discutable.

Elle l'est d'abord au point de vue de la chronologie puisque la précision « sur le marché » est dans les directives une innovation de 2004, alors que la jurisprudence Teckal remonte à 1999. Elle l'est, ensuite et surtout, parce qu'il est fort douteux que les directives aient entendu donner de la notion d'opérateur économique une définition spécifique ne renvoyant pas à la notion d'activité économique qui est retenue en d'autres domaines ; or, il a déjà été jugé que l'activité économique est « une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large » (CJCE, 7 novembre 1996, Züchner, C-77/95, rec. 5689, point 13), ce qui implique que tout titulaire d'un contrat à titre onéreux

exerce une activité économique. Cela se comprend même dans le cas où l'opérateur réserve ses prestations à un seul acheteur : l'avantage qui lui est ainsi fait équivaut clairement à une intervention sur le marché dès lors que l'activité serait susceptible d'intéresser des entreprises qui sont privées de cette clientèle.

Enfin, si vraiment la jurisprudence Teckal devait être expliquée par l'absence d'intervention sur le marché, on comprend mal pourquoi elle exige non seulement que l'essentiel de l'activité soit réservé au pouvoir adjudicateur, mais encore que celui-ci exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Les explications économiques étant, au mieux, partielles, c'est vers une dernière catégorie d'explications qu'il faut se tourner.

III. – EXPLICATION POLITIQUE

L'analogie ne contraint pas le juge ; c'est lui qui décide qu'elle existe et qu'elle produit des effets juridiques.

Dans le cas de la quasi-régie la Cour a utilisé la notion de contrôle analogue pour limiter le champ d'application des règles de passation des marchés sans que, pour autant, cette limitation trouve son fondement dans cette analogie des situations.

Les développements de la jurisprudence Teckal montrent parfaitement le caractère instrumental de la notion de contrôle analogue, puisque l'existence d'un tel contrôle a été admis dans des cas où la réalité est que le contrôle est très différent de celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services.

En effet, il a été admis à plusieurs reprises par la jurisprudence que la condition de contrôle analogue peut être satisfaite lorsqu'un pouvoir adjudicateur détient, ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire (CJCE 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137 ; CJCE 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07 ; CJCE 10 septembre 2009 Sea Srl,

aff. C-573/07). Selon cette jurisprudence, dès lors que les pouvoirs publics détiennent ensemble le capital, il n'est pas exclu que la condition relative au contrôle soit satisfaite, à condition que, au surplus, les statuts de l'opérateur économique donnent au pouvoir adjudicateur concerné une influence suffisante. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle analogue au contrôle sur les services, mais d'une influence suffisante résultant de la convergence présumée d'intérêts entre les différents pouvoirs adjudicateurs.

On observe que les arrêts précités sur le contrôle conjoint concernent des collectivités locales. Et un avocat général a expressément invoqué l'autonomie des communes pour justifier la solution (concl. Trstenjak sur l'affaire *Coditel Brabant*) ; l'objectif poursuivi est, clairement, de tenir compte du besoin de mutualisation des moyens des collectivités locales en n'imposant pas les coûts de transaction inhérents à la mise en concurrence. La prise en compte de cette donnée a amené la Cour, dans un autre cas, à exclure l'application du droit des marchés publics aux contrats de gestion en commun d'un service, en dehors des conditions du *in house* (CJCE 9 juin 2009 Commission c/ RFA, aff. C_480/06, AJDA 2009. 1715, note Dreyfus et Rodrigues ; JCP A 2248, notes F. Lichère et F. Linditch).

Mais, cette explication par l'autonomie locale n'a évidemment qu'une portée limitée au cas où le pouvoir adjudicateur est une collectivité locale.

Une autre justification est donnée par la Cour et les avocats généraux , de manière répétée : « il est admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services » (CJCE 10 septembre 2009 Sea Srl, aff.C-573/07).

Étrange explication puisque, par hypothèse, dans le cas qui nous occupe, l'autorité publique fait appel à une entité externe créée à cet effet !

En réalité, il faut comprendre que l'analogie entre le contrat avec un opérateur sous contrôle (considéré comme *in house* par analogie) et la prestation véritablement *in house* fonctionne sur le mode préventif.

On veut dire par là qu'il s'agit d'empêcher qu'une trop grande portée soit donnée au raisonnement analogique aux fins d'étendre l'obligation de mise en concurrence.

Cet apparent paradoxe appelle une explication.

Rien n'obligeait le juge, on l'a dit, à décider que les entités placées sous un contrôle (plus ou moins) « analogue » à celui qui s'exerce sur les services internes peuvent fournir des prestations dans les mêmes conditions que lesdits services. Mais ne pas retenir cette solution aurait pu avoir par analogie un effet en retour sur l'auto-prestation : si le choix du quasi *in house* n'était pas libre, pourquoi celui du véritable *in house* le serait-il ?

Il aurait pu être soutenu que les pouvoirs adjudicateurs, s'ils doivent mettre en concurrence un opérateur économique qu'ils contrôlent, ne peuvent s'engager par eux-mêmes dans une activité économique sans avoir mis leurs propres services en concurrence avec le secteur privé.

Le droit des Etats - Unis montre comment le choix entre « *in house* » et « *outsourcing* » peut être précédé d'une mise à l'épreuve sur le marché en vue d'identifier la « MEO » (*Most Efficient Organization*). En effet, le système est fondé sur la célèbre circulaire A-76 de l'Office of Management and Budget qui prévoit que « *to ensure that the American people receive maximum value for their tax dollars, commercial activities should be subject to the forces of competition. In accordance with this circular, including Attachments A-D, agencies shall: ...use a streamlined or standard competition to determine if government personnel should perform a commercial activity* ».

A cette fin est définie une procédure de mise en compétition¹ et il est même possible aux représentants de l'administration de contester les

¹ Section 739(a) of Division D of Public Law 110-161 SEC. 739(a) Requirement for Public-Private Competition

décisions prises dans ce cadre devant le GAO (General Accountability Office).

Une telle procédure a incontestablement une rationalité économique, qui est celle de la « théorie de la firme »² : quand une firme choisit entre l'utilisation de ses propres moyens ou le recours à des prestataires extérieurs, elle procède à une comparaison des coûts d'organisation et des coûts de transaction pour aboutir à une décision rationnelle.

Un tel système va à l'encontre de nombreuses traditions nationales en Europe et il n'appartient pas au juge, aussi créatif soit-il, de l'imposer. Cependant, si la Cour avait refusé d'exonérer du droit des marchés publics les contrats conçus avec des entités en situation de quasi-régie, certains n'auraient pas manqué de faire valoir que ce qui vaut pour la quasi-régie vaut pour la régie.

La jurisprudence Teckal empêche que le raisonnement par analogie puisse aboutir à imposer la mise en concurrence entre le public et le privé au motif qu'un opérateur économique pourrait n'être pas doté de la personnalité morale

¹ Ronald J. Coase "La nature de la firme" (1937), in *La firme, le marché et le droit*, Diderot éditeur, 1997, p. 43