

Inutile et incertaine : la notion de besoin autre qu'industriel et commercial (directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25)

En matière de marchés publics et concessions les directives européennes reposent sur le présupposé selon lequel un organisme sis dans la sphère d'influence des pouvoirs publics est poussé à privilégier les opérateurs nationaux sans considération de la rationalité économique. Le marché unique ne peut donc fonctionner que si la passation des contrats de ces organismes fait l'objet d'une réglementation imposant la mise en concurrence. D'où l'inclusion dans le champ d'application des directives des organismes dits « de droit public », c'est-à-dire soumis à influence publique à raison soit de leur financement, soit du contrôle de leur gestion, soit de la composition de leurs organes dirigeants. Mais un raffinement a été introduit pour tenir compte de la mixité des économies ; il est ajouté que l'organisme n'est pas de droit public s'il a été créé pour répondre à un besoin industriel et commercial, dans l'idée que si l'organisme a une activité économique, l'influence politique est compensée par les exigences de rentabilité.

Cependant, il s'est avéré difficile de qualifier un « besoin ». Par exemple, un organisme chargé d'aménager une zone d'accueil pour des entreprises satisfait-il ou non un besoin industriel et commercial ?

Aussi, la CJUE s'est-elle éloignée de la lettre du texte en retenant une interprétation fonctionnelle tenant compte de ce que l'objectif est de tenir compte de ce que « dès lors qu'un organisme supporte lui-même le risque économique de son activité, il est en principe tenu de se laisser guider par des considérations économiques et de choisir ses cocontractants en conséquence » (conclusions Siegbert Alber sur CJUE 22 mai 2003, aff. C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonenn Oy*, point 79).

L'arrêt dit pour droit qu'une société détenue par une collectivité territoriale qui acquiert des services visant à promouvoir le développement industriel et commercial répond à un besoin d'intérêt général, qui peut être autre

qu'industriel et commercial en fonction des circonstances, à apprécier par le juge national, et notamment des trois éléments suivants :

- la charge des risques financiers ;
- l'existence d'un but lucratif ;
- le financement public.

Dans le raisonnement, la notion fondamentale est celle de risques financiers qui est conditionnée par la probabilité d'une intervention de la collectivité publique en cas de défaillance.

La proposition de directive adoptée en 2011 codifiait la jurisprudence en prévoyant qu'« un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité n'a pas pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

Mais en fin de compte cette clarification n'a pas été apportée.

Il ne faut pas le regretter. C'est plutôt vers l'abandon de la condition relative à la nature du besoin qu'il faudrait s'orienter.

La référence à cette nature présente un premier inconvénient sur lequel il n'est pas utile de s'étendre : son imprécision.

En second lieu, le présupposé de base paraît fragile car il est loin d'être certain que les responsables de l'organisme dépendant des pouvoirs publics soit réellement en capacité de faire prévaloir l'intérêt purement économique.

Imprécis et irréaliste, a, au surplus, tout d'un oxymore.

En effet, si le caractère industriel et commercial du besoin est exclu quand existe une perspective de sauvetage par une collectivité publique, la dépendance peut être considérée comme incompatible avec le caractère industriel et commercial du besoin, tel qu'apprécié par la jurisprudence.

Cela se vérifie d'abord dans le cas des établissements publics industriels et commerciaux du droit français, puisque selon la Commission européenne « le droit français admet l'existence de garanties implicites et plus particulièrement l'existence d'une garantie de l'État du fait du statut d'établissement public »¹.

La Commission n'étend pas cette solution aux sociétés sous contrôle public, mais il faut aussi tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme car « pour la Cour européenne, l'État est responsable non seulement du paiement de ses dettes sur le fondement de la Convention, mais aussi de celles des autres personnes publiques. Or cette dernière notion est entendue très largement par la Cour de Strasbourg. Elle l'étend, par exemple, aux entreprises d'État, y compris à celles constituées sous la forme d'une personne morale de droit privé, dès lors qu'elles ne disposent pas d'une indépendance institutionnelle et économique »², sur la base de l'article 6 § 1 CEDH, la dette résultant d'une condamnation judiciaire³.

En fin de compte, le mieux ne serait-il pas de renoncer au raffinement de la nature du besoin pour rendre les règles de passation applicables dans la sphère d'influence publique, sous réserve, peut-être, d'introduire des critères précis de garantie d'indépendance?

¹ Commission européenne C(2011) 4483 final, du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État n° C 35/2008 accordée par la France à l'établissement public à caractère industriel et commercial « Institut Français du Pétrole », § 101.

² C Hugon « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *Recueil Dalloz* 2007 p. 545 ; voir aussi M. Schmieder *Les sûretés administratives*, LGDJ, 2024, p. 157 et s.

³ CEDH, 30 nov. 2004, Mykhaylenko et autres c/ Ukraine, 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 et 42814/02; 26 avr. 2005, Sokur c/ Ukraine, n° 29439/02 ; 17 janvier 2006 Volkov c/ Ukraine, 8794/04 ; 14 avril 2006 Savenko c/ Ukraine, 6237/04.