



DROIT ADMINISTRATIF

DROIT CONSTITUTIONNEL

FINANCES PUBLIQUES

DROIT FISCAL

**Le renouvellement de l'intervention
publique dans l'économie
(CE, ass., 31/05/2006, Ordre des avocats
au Barreau de Paris)**

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
Introduction.....	3
I - Le renouvellement des conditions d'intervention économique des personnes publiques	4
A - Le double fondement à la compétence du Premier Ministre.....	4
1 - La compétence au regard des services de l'État	4
2 - La compétence au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales ...	5
B - Une synthèse des principes applicables à l'intervention économique des personnes publiques.	6
1 - La lente admission des limites de la liberté du commerce et de l'industrie.....	6
2 - Un rappel de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques	6
II - Un principe fondamental circonscrit à l'intervention économique	8
A - Un champ d'application limité aux activités économiques	8
1 - L'inapplicabilité du principe dégagé.....	8
2 - L'inapplicabilité du droit du marché intérieur	9
B - Une solution prolifique	10
1 - L'atteinte à la LCI par les actes réglementaires.....	10
2 - L'ouverture aux personnes publiques des contrats de la commande publique	10
CE, ass., 31/05/2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris	12

INTRODUCTION

Certains arrêts sont destinés à entrer dans la postérité du droit administratif. Déterminer ce qui fait un « grand arrêt » apparaît souvent avec une évidence qui tient à sa structure et à la puissance de son considérant de principe ; lorsqu'une solution est posée de façon pédagogique et présente un champ d'application étendu, les conditions sont réunies pour le ranger parmi eux. C'est le cas de l'arrêt CE, Ass, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, qui renouvelle en profondeur l'approche du droit public économique français.

Le 19 octobre 2004, le Premier ministre a adopté un décret portant création de la MAPPP (Mission d'appui aux partenariats publics-privés), service à compétence nationale chargé d'appuyer les collectivités territoriales en particulier, et toute personne intéressée en général, dans l'évaluation préalable à la conclusion de contrats de partenariats, conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Cette dernière avait autorisé la conclusion par les personnes publiques de contrat par lequel elles confient la construction, l'exploitation, et, surtout, le pré-financement d'infrastructure à des personnes privées. La constitutionnalité de ces dispositions n'avait été reconnue qu'à la condition que cette modalité contractuelle apparaisse comme la seule possible. Aussi, les personnes publiques désireuses d'y recourir étaient tenues d'effectuer une évaluation préalable des modes contractuels à leur disposition. C'est ici qu'intervient la MAPPP, chargée de leur fournir un appui méthodologique à la fois sur le plan juridique et économique, ainsi que des conseils dans la conclusion et le suivi de tels contrats. Mais le cœur du contentieux se situe dans le fait qu'en adoptant le décret contesté, le Premier ministre a, en réalité, étendu les compétences de la MAPPP. L'ordonnance ne prévoyait l'intervention de la MAPPP que pour la phase d'évaluation. Du reste, il aurait été impossible au requérant de contester la légalité de l'ordonnance. C'est donc bien l'extension des compétences de la MAPPP par le décret qui a cristallisé la contestation.

L'ordre des avocats au Barreau de Paris a saisi le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort s'agissant d'un décret du Premier ministre, d'une requête en annulation. Il estimait, en effet, qu'en proposant notamment des services de conseils juridiques, la MAPPP leur faisait concurrence. Le Conseil d'État rejette le recours. Par économie de moyen, il fonde sa solution sur un motif unique tenant à l'absence d'intervention économique de la MAPPP. Mais l'intérêt et la portée de cet arrêt réside dans ce qu'il prend soin de façonner un considérant de principe qui renouvelle l'approche du droit public économique et étend les possibilités d'action économique des personnes publiques.

Par l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, le Conseil renouvelle en profondeur dans le sens d'une libéralisation son appréciation des conditions d'intervention économique d'une personne publique (I). En appliquant cette nouvelle grille de lecture au cas d'espèce, il précise cependant que ces principes économiques ne trouvent à s'appliquer que dans le cadre d'une intervention sur un marché concurrentiel (II).

I - LE RENOUVELLEMENT DES CONDITIONS D'INTERVENTION ECONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES

L'arrêt commenté offre une grille d'analyse renouvelée de l'intervention économique des personnes publiques. Sa force réside dans la synthèse et l'actualisation qu'il propose de principes dégagés antérieurement (B). La compétence de l'auteur de l'acte, moyen relevant de la légalité externe, appui la solution au fond (A).

A - Le double fondement à la compétence du Premier

Ministre

La compétence constitue un moyen d'ordre public. Cela signifie que le juge administratif est tenu de le relever d'office lorsqu'il s'aperçoit qu'elle peut être violée. De façon assez intéressante, il faut voir dans la solution relative à la compétence un préalable à la solution qui est dégagée au fond. En l'espèce, le Conseil ne se départit pas des règles générales et admet donc, implicitement, la possibilité pour un acte réglementaire de limiter les activités économiques. La solution dégagée est d'autant plus intéressante que le fondement de la compétence du Premier ministre est dédoublé par le juge, selon que le décret est applicable aux services de l'État (1) ou aux collectivités territoriales (2).

1 - La compétence au regard des services de l'État

Le décret du 19 octobre 2004, dans sa version initiale, ne détaillait pas les personnes publiques qui pouvaient recourir aux services de la MAPPP. L'article 1^{er} disposait que la MAPPP agissait « *en liaison avec toute personne intéressée* », et l'article 2, qu'elle agissait au bénéfice des « *personnes publiques qui le demandent* ». L'ordonnance de 2004 avait ouvert la possibilité de recourir aux contrats de partenariats à la fois pour l'État et ses établissements publics (art.1^{er}) et pour les collectivités territoriale (l'art. 14 mentionnait « la personne publique »). Le moyen soulevé par l'ordre des avocats au Barreau de Paris se fondait sur le fait que le décret avait étendu les compétences de la MAPPP, non au regard des personnes publiques pouvant y recourir, mais au regard des missions qu'elle était en droit d'assurer.

Le Conseil d'État distingue le fondement de la compétence. Il rappelle que le Premier ministre a agi dans les limites du « *pouvoir réglementaire qui lui est constitutionnellement reconnu* ». L'article 37 de la Constitution attribue en effet au Premier ministre le pouvoir réglementaire général et d'application des lois. Aux termes de l'article 21 de la Constitution, le Gouvernement, dont le Premier ministre est à la tête « *dispose de l'administration* ». De ce fait, il est compétent pour prendre les mesures qui régissent le fonctionnement de ces services publics. Il était donc en capacité d'une part de créer la MAPPP, en application de l'ordonnance de 2004, mais également de lui attribuer de nouvelles compétences. Il était également en capacité de contraindre les services de l'État et ses établissements publics de recourir aux services de cet organisme. En jugeant de la sorte, le Conseil d'État anticipe en quelques sortes sur le fond. Il laisse ouverte la porte d'une solution dont il n'a pas fait usage. En effet, il est acquis depuis l'arrêt CE, 20 avril 1970 *Société Unipain*, que l'administration peut recourir à ses propres services pour assurer une fonction économique. En supposant même que

la MAPPP ait exercé une activité économique, la requête aurait pu être rejetée. La solution est quelque peu différente s'agissant des collectivités territoriales.

2 - La compétence au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales

L'article 72 al.3 de la Constitution pose le principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce principe signifie, en substance que l'État n'a pas compétence pour imposer des obligations aux collectivités, à tout le moins au-delà de ce que la loi prévoit. Le principe de libre administration des collectivités n'est pas intangible. Il fait partie de ces normes constitutionnelles qui ne se suffisent pas à elles-mêmes mais qui prennent corps par d'autres normes de niveau législatif. Il ne s'écarte donc pas de l'architecture de l'article 34 de la Constitution, qui mentionne d'ailleurs, au titre des « *principes fondamentaux* » que la loi détermine, ceux relatifs à « *la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* ».

C'est cette logique qui préside à la solution de l'arrêt commenté. Le Conseil souligne que « *s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il ne leur a offert qu'une simple faculté qui n'a pu avoir pour effet de restreindre leurs compétences* ». Cette conclusion est tirée de l'article 2 du décret attaqué qui dispose : « *Cet organisme expert fournit aux personnes publiques qui le demandent (...)* » Le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre est tout à fait inopérant puisque le principe de libre administration n'est aucunement limité. La différence essentielle avec la situation juridique de la MAPPP au regard de l'État lui-même réside dans la nature de l'activité exercée. S'il s'agit d'une activité économique, alors la MAPPP doit bien être considérée comme concurrente d'opérateurs privés sur le marché du conseil aux collectivités, là où cette qualification n'aurait eu aucune incidence dans les rapports de la MAPPP aux services et établissements de l'État.

B - Une synthèse des principes applicables à l'intervention économique des personnes publiques

La question de la nature économique de l'activité de la MAPPP offre l'occasion au Conseil d'État de revenir sur une jurisprudence nombreuse et quasi-séculaire relative aux principes encadrant l'intervention économique des personnes publiques. C'est une véritable actualisation et synthèse de sa jurisprudence antérieure que le Conseil propose. Il actualise le principe de liberté du commerce et de l'industrie (1) et synthétise, en prenant en compte le droit de la concurrence, l'ensemble des principes économiques applicables aux personnes publiques (2).

1 - La lente admission des limites de la liberté du commerce et de l'industrie

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie remonte à la Révolution française, et, notamment, au décret d'Allarde qui ouvre les possibilités d'accès aux professions. Il s'agit d'un véritable principe de protection des personnes privées qui souhaitent exercer une activité économique. La conception sociale et économique de l'État l'a empêché, durant tout le XIX^{ème} siècle d'intervenir trop directement dans le monde économique. L'arrêt *Casanova* de 1901 annule par exemple la délibération d'un conseil municipal accordant une rente à un médecin pour soigner les habitants. En 1933, par sa célèbre décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, le Conseil d'État assouplit une première fois sa position. Les nécessités de la reconstruction postérieures à la première guerre mondiale ont amené à l'apparition d'une nouvelle conception du rôle des communes nommée « socialisme municipal ». L'arrêt *Chambre syndicale* admet que les personnes publiques puissent intervenir en prenant directement en charge une activité économique à la condition qu'il existe une carence de l'initiative privée. Cette carence devait être comprise comme une carence quantitative. Seule la défaillance du marché autorisait la commune à proposer un service économique aux particuliers. Cette conception restrictive fut par la suite encore atténuée. Le Conseil admit qu'une personne publique puisse prendre en charge une telle activité y compris lorsque la carence n'était que qualitative (CE, Sect. 20 novembre 1964). L'arrêt commenté s'inscrit dans un mouvement de libéralisation de l'activité économique des personnes publiques. Avec lui, l'intervention publique ne doit plus justifier que d'un intérêt public, et qui résulte « *notamment* », mais non nécessairement, d'une carence de l'initiative privée.

Il faut souligner que le principe issu de l'arrêt *Ordre des avocats* ne vaut que pour les activités facultatives des personnes publiques et en dehors de l'utilisation de prérogatives de puissance publique. Par ailleurs, le principe de compétence ne saurait être remis en cause par une telle décision d'action économique. La compétence n'est pas à la disposition des personnes publiques. Si tel était le cas, elles jouiraient d'une forme de souveraineté.

2 - Un rappel de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques

L'arrêt sous commentaire présente une seconde innovation d'importance. Elle lie l'intervention économique à la préservation de la concurrence sur le marché. Il s'agit d'une reprise de l'arrêt CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*. Dans cette affaire, le groupe public Aéroports de Paris avait accordé des autorisations d'occupation de son domaine public à des sociétés de location de voitures. La société EDA s'était vue refuser le droit d'exercer une telle activité et avait saisi le juge administratif. Dans cet arrêt, le Conseil d'État construit une solution originale : l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes de la puissance publique. L'opposabilité est ainsi définie : « *une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

Le droit de la concurrence est issu, en France, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. En substance, ce principe suppose que la dynamique économique résulte des seules forces du marché. En tant que tel, le droit de la concurrence n'est pas applicable aux actes de puissance publique. En effet,

l'article L.-410-1 du Code de commerce dispose « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Cela signifie que le droit de la concurrence est insensible au caractère public ou privé de l'activité en cause, mais que, face à l'exercice de prérogatives de puissance publique, il devient inopérant (TC, 6 juin 1989, *Préfet de la Région Ile-de-France* ; CE, Sect, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*) . Formellement, il n'est pas intégré de façon verticale au bloc de légalité administrative. En revanche, si les personnes publiques prescriptrices n'ont pas d'obligation positive d'assurer la concurrence, leurs actes doivent éviter de la fausser. C'est tout le sens de l'opposabilité.

L'opposabilité du droit de la concurrence n'intervient qu'en un second temps. L'intervention doit au préalable, au regard de la liberté du commerce et de l'industrie être « *admise dans son principe* ». Le Conseil d'État fait mention de « *la situation particulière* » dans laquelle se trouverait la personne publique. Cette dernière peut provenir, justement, des prérogatives de puissance publique dont elle jouit et qui ne sont pas à la disposition des personnes privées concurrentes.

II - UN PRINCIPE FONDAMENTAL CIRCONSCRIT A L'INTERVENTION ECONOMIQUE

Le Conseil d'État ne fait pas application du principe dégagé dans la mesure où il considère que l'activité de la MAPP ne constitue pas une activité économique (A). Cette méthode est assez commune aux arrêts de principe. Il n'est pas rare, en effet, que le Conseil, après avoir posé un principe fondamental, n'en fasse pas application aux faits d'espèce. On peut comprendre cette situation par le fait que les juges prennent garde à ne pas limiter la portée en le liant trop aux faits d'espèce. On reconnaît toutefois la richesse du considérant par les approfondissements dont il fait ultérieurement l'objet (B).

A - Un champ d'application limité aux activités économiques

Bien que la solution de principe soit fondamentale, le Conseil n'en fait pas application positive au cas d'espèce. Considérant que la création de la MAPPP n'intervient pas sur un marché concurrentiel, il juge inapplicable tant la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence (1) que les règles européennes relatives au marché intérieur (2).

1 - L'inapplicabilité du principe dégagé

Il arrive très souvent qu'un arrêt de principe ne trouve pas d'application immédiate. Certains commentateurs ont pu expliquer cela par la volonté du Conseil de ne pas « polluer », ou plus précisément rigidifier, l'interprétation de l'arrêt et sa réception par la doctrine et la pratique dans les seuls faits de l'espèce.

Dans le cas présent, le Conseil estime qu'en « *chargeant la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du décret attaqué s'est borné à mettre en œuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité* », de sorte que la création de la MAPPP « *n'emporte (aucune) intervention sur un marché* ». Il prend appui notamment sur le fait « *qu'en particulier, en prévoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la négociation des contrats, le décret attaqué n'a pas entendu permettre à cette mission de les négocier en lieu et place d'une personne publique contractante autre que l'Etat* ». En d'autres termes, la MAPPP n'a pas de mission de représentation de personnes tierces à l'État. De ce point de vue, il est exact que la MAPPP n'exerce aucune activité concurrentielle, notamment vis-à-vis des avocats. Dès lors, les principes économiques ne sont pas applicables.

La solution pourrait être contestée. On pourrait en effet estimer que l'existence d'une mission de conseil prive les avocats concurrents d'une part de marché. Les collectivités publiques pourraient avoir plus facilement tendance à se tourner vers le service gratuit mis disposition par l'État que vers un service payant. Pourtant, le Conseil a toujours refusé d'admettre qu'une limitation du marché par la mise à disposition d'un service équivalent gratuit par une personne publique portait atteinte aux principes économiques. Ainsi, a-t-il jugé dans cette optique concernant un service de téléassistance aux personnes âgées, y compris par voie de délégation de service public (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*), ou encore s'agissant de la décision de l'État de prendre désormais lui-même les photos

d'identité gratuitement pour la confection des titres d'identité (CE, Ass, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*).

2 - L'inapplicabilité du droit du marché intérieur

Dans la même logique, et par ricochet, le Conseil juge que le droit du marché intérieur est inapplicable aux faits d'espèce. Le requérant avait soulevé un moyen tiré de la violation de la libre prestation de service protégée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est intéressant de noter la similitude de la conclusion, s'agissant de l'application d'une norme autonome. La notion de service au sens du droit de l'Union correspond à la délivrance d'une prestation contre rémunération (CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*). En l'absence de rémunération, il ne peut y avoir de service au sens du droit de l'Union. Fondamentalement, c'est l'idée que, comme le note le Conseil, l'activité essentielle de la MAPPP est d'assurer le respect du principe de légalité, mission fondamentale de l'État, au travers notamment des Préfets, activité qui ne saurait être monnayée. On pourrait cependant se demander si la restriction du marché ne constitue pas une entrave à la libre prestation de service. Dans ce sens, on reviendrait à une logique d'opposabilité. Le Conseil n'évoque pas directement cette hypothèse. Cependant, la Cour de justice n'a jamais jugé en ce sens. Et quand bien même, l'instauration de la MAPPP aurait pu entraver le développement du marché de conseil juridique, il y a fort à parier qu'elle aurait pu être justifiée au regard des intérêts publics fondamentaux qui s'attachent à faire respecter le principe de légalité. La solution aurait pu être toutefois différente si l'État avait institué un monopole obligatoire en contraignant les collectivités à recourir aux services de la MAPPP, à l'exclusion de toute autre possibilité sur le marché.

Le droit du marché intérieur est également mobilisé sous l'angle du droit de la commande publique. La solution découle là encore des constatations précédentes. N'agissant pas comme un opérateur économique, il ne peut y avoir de restriction au principe de non-discrimination, ni aux règles fondamentales de la commande publique. En l'absence de rémunération, les relations entre la MAPPP – État et les collectivités, ne peuvent être saisies sous l'angle des contrats publics.

B - Une solution prolifique

On reconnaît un arrêt de principe aux approfondissements qu'il impose. L'arrêt *ordre des avocats*, de ce point de vue, est à l'origine d'une jurisprudence prolifique et d'approfondissements importants. Le premier traite de la limitation de la liberté du commerce et de l'industrie par de simples actes administratifs (1), le second décline le raisonnement de l'arrêt commenté à des situations plus spécifiques (2).

1 - L'atteinte à la LCI par les actes réglementaires

L'arrêt CE, 23 mai 2012, *RATP* a été rendu suite au recours d'une soumissionnaire à l'octroi d'une convention d'occupation du domaine public. Les spécificités procédurales de l'arrêt n'importent pas ici (procédure de sursis à exécution d'un jugement de première instance).

Le Conseil y juge que, lorsque la personne publique agit en tant que gestionnaire du domaine public « *la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public* ». On note d'emblée le rappel de la solution de l'arrêt commenté. Mais on note également que le Conseil exclu d'office l'applicabilité de la Liberté du commerce et de l'industrie aux actes de gestion du domaine public. Cette exception est tirée de l'arrêt CE, *Société EDA* préc. Si la LCI, en tant que telle, ne s'applique pas, le droit de la concurrence demeure opposable : « *La personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce* ».

Le Conseil réinterprète la solution de l'arrêt *Ordre des avocats* et ajoute une particularité. Il admet que de simples actes réglementaires ou individuels puissent porter atteinte à la LCI, mais ils demeureront valides tant qu'ils sont « *justifiés par l'intérêt général et proportionnés à l'objectif poursuivi* ». La porte laissée ouverte à la justification *a posteriori* prend appui sur la logique du contrôle des actes de police (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*) et s'aligne également avec la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le contrôle des entraves aux libertés fondamentales de circulation. Cet alignement est d'autant plus nécessaire que l'enchevêtrement des normes internes et européennes est poussé.

2 - L'ouverture aux personnes publiques des contrats de la commande publique

Dans un arrêt du 30 décembre 2015, *Ass, Société Armor SNC*, le Conseil d'État a décliné la logique et la structure argumentative du considérant de principe de l'arrêt commenté afin de l'adapter au cas particulier de la soumission par une personne publique à un appel d'offre de la commande publique organisé par une autre personne publique. La proximité des considérants est flagrante : « *si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ; qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence* ».

La liberté du commerce et de l'industrie est cependant remplacée par la règle de compétence. Mais le critère utilisé pour apprécier ce respect, l'intérêt public, est le même que celui mobilisé pour

apprécier la justification d'une intervention publique économique directe sur le marché. La solution provient de ce que le Conseil a toujours refusé de considérer que la seule soumission à l'attribution d'un contrat de la commande publique par une personne publique constituait une activité économique (CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*). L'arrêt apporte également des précisions quant aux « situations particulières » dans lesquelles une personne publique pourrait porter atteinte au droit de la concurrence. Il mentionne « en particulier » le fait que « le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération » doit « être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public ». La personne publique doit être en mesure de le justifier « par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ». Il s'agit ici d'éviter le phénomène dit des « subventions croisées », par lequel la personne publique utilise des ressources spéciales accordées au titre d'une mission de service public en particulier au profit d'une mission exercée sur le marché concurrentiel. De cette façon, elle est mesurée de proposer des prix sous-évalués qui ne reflètent pas la réalité du coût engendré par l'exercice de cette activité.

CE, ASS., 31/05/2006, ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 décembre 2004 et 20 avril 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS, dont le siège est 11, place Dauphine à Paris cedex 01 (75053) ; l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS demande au Conseil d'Etat d'annuler le décret du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ;

Vu les autres pièces du dossier ;
 Vu la Constitution, notamment ses articles 21 et 37 ;
 Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne devenue la Communauté européenne ;
 Vu le code des marchés publics ;
 Vu le code général des collectivités territoriales ;
 Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;
 Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;
 Vu la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ;
 Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :
 - le rapport de Mme Nathalie Escaut, Maître des Requêtes,
 - les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS,
 - les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir soulevée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Considérant que l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ratifiée par la loi du 9 décembre 2004 de simplification administrative, dispose dans son article 2 que : Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : a) Montre ou bien que, compte-tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ; b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct./ L'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : Il est créé un organisme expert chargé de procéder en liaison avec toute personne intéressée à l'évaluation prévue à l'article 2 de l'ordonnance

susvisée. Il est rattaché au ministre chargé de l'économie et des finances ; que selon l'article 2 du même décret : Cet organisme expert fournit aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. A ce titre, il peut, en fonction de chacune des demandes : - rendre une expertise sur l'économie générale des projets de contrats ; - assister les personnes publiques dans le cadre de l'élaboration des projets de contrat. Cette assistance peut porter sur la négociation des contrats. / Il élabore un rapport annuel ainsi que tout document utile organisant un retour d'expériences. / Il propose au ministre chargé de l'économie et des finances, en tant que de besoin, les évolutions de textes qui lui paraissent nécessaires ;

Considérant que, si les dispositions de l'article 2 du décret attaqué qui autorisent la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat à assister les personnes publiques qui le lui demandent dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat vont au delà des termes de l'habilitation donnée par l'ordonnance du 17 juin 2004, le Premier ministre pouvait légalement, dans l'exercice du pouvoir réglementaire qui lui est constitutionnellement reconnu, attribuer de nouvelles compétences à cet organisme dès lors que d'une part, s'agissant de l'Etat et de ses établissements publics, il s'est borné à organiser le bon fonctionnement des services et que, d'autre part, s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il ne leur a offert qu'une simple faculté qui n'a pu avoir pour effet de restreindre leurs compétences ;

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Considérant qu'en chargeant la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du décret attaqué s'est borné à mettre en oeuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité ; qu'en particulier, en prévoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la négociation des contrats, le décret attaqué n'a pas entendu permettre à cette mission de les négocier en lieu et place d'une personne publique contractante autre que l'Etat ; qu'ainsi, aucune des attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marché ; que par suite, les dispositions de l'article 2 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ; qu'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'égal accès à la commande publique ; qu'enfin, dès lors qu'elles ne portent pas sur des prestations de services au sens du droit communautaire, elles n'ont pu ni introduire de restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne prohibées par les stipulations de l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne, ni méconnaître l'égalité de traitement entre les candidats à la commande publique issue du droit communautaire ;

Considérant qu'il résulte de tout de ce qui précède que l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS n'est pas fondé à demander l'annulation du décret du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS, au Premier ministre et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.