



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE
ET DE L'EMPLOI

MINISTÈRE DU BUDGET, DES COMPTES
PUBLICS, DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT

CJFI

COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE
AVRIL-MAI-JUIN 2009 - N° 56 - 10 euros

ÉTUDE

Les délégations de service public
ou la délicate conciliation des principes d'égal accès
des candidats et de libre choix du délégataire

DROIT ADMINISTRATIF

La publication des circulaires
administratives

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

L'obligation de publicité
dans le cadre des DSP

L'application des principes
de la commande publique aux MAPA

COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

L'attribution d'une quatrième licence
de téléphonie mobile

Services audiovisuels et services de
communications électroniques

DROIT CIVIL

Extension de la responsabilité de l'État
en matière de délai raisonnable

AIDES D'ÉTAT

La redevance audiovisuelle est une aide
d'État compatible avec le marché

Licences UMTS et aides d'État

DROIT EUROPÉEN

La France moins condamnée en 2008
par la CEDH

DOSSIER THÉMATIQUE

Les services à compétence nationale

Les SCN, une organisation au service
de la modernisation de l'État

La création du service des achats de l'État

L'Agence du patrimoine immatériel de l'État

Sommaire

Éditorial

Publication des circulaires sur le site du Premier ministre : quand accessibilité ne rime pas forcément avec simplicité Par Daj-Legis	Page 85
--	---------

Étude

Les délégations de service public – ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire Dossier réalisé par Guillaume Delaloy (Direction des affaires juridiques)	Page 90
--	---------

Droit européen

La France moins condamnée en 2008 par la CEDH Par Frédéric Amérido et Xavier Thiéry (Direction des affaires juridiques)	Page 101
--	----------

Contrats et marchés publics

Le Conseil d'État précise les principes et les modalités de publicité applicables en matière de délégation de service public Par Gabrielle Maubon (Direction des affaires juridiques)	Page 110
La concession autoroutière, l'avenant, la loi et le Conseil d'État Par Didier Le Henaff et Gabrielle Maubon (Direction des affaires juridiques)	Page 119
Que le meilleur gagne : les candidats doivent connaître les critères d'attribution des marchés passés selon une procédure adaptée Par Amélie Marchal (Direction des affaires juridiques)	Page 124

Dossier spécial : les services à compétence nationale Page 131

Les services à compétence nationale, une organisation au service de la modernisation de l'État Par Nathalie Dorosz (Direction des affaires juridiques)	Page 132
La création du service des achats de l'État Par Sébastien de Palmaert (Direction des affaires juridiques)	Page 136
Valoriser le patrimoine immatériel de l'État : une nouvelle ambition pour l'État Par Flavien Errera (Agence du Patrimoine immatériel de l'État)	Page 142

Télécommunications

Communications électroniques – Répartition des fréquences de la bande 900 MHz Par Camille Urlacher (Direction des affaires juridiques)	Page 146
Services de communication audiovisuelle et services de communications électroniques Par Valérie Service (Direction des affaires juridiques)	Page 151

Droit des aides d'État

La redevance audiovisuelle est une aide d'État compatible avec le marché Par Alexandra Cuisiniez (Direction des affaires juridiques)	Page 155
Confirmation par la CJCE des conditions d'attribution par les autorités françaises des licences UMTS octroyées en 2001 Par Anne Leroux et Camille Urlacher (Direction des affaires juridiques)	Page 158

Droit civil

Extension de la responsabilité de l'État en matière de délai raisonnable Par Marjorie Bruneau et Myriam Moubachir (Direction des affaires juridiques)	Page 164
--	----------

Publication des circulaires sur le site du Premier ministre : quand accessibilité ne rime pas forcément avec simplicité

Le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 définit de nouvelles règles en matière de publicité des circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'État. Pour être applicables et opposables aux administrés, les circulaires et instructions, actes par lesquels l'administration interprète le droit positif ou explicite une politique publique, doivent être mises en ligne sur le site « *circulaires.gouv.fr* », et ce, sans préjudice des autres modes de publication existants. Les textes déjà signés sont réputés abrogés si les administrations ne les ont pas téléchargés avant le 1^{er} mai 2009.

Le dispositif d'« *e-publication* » mis en place par le décret du 8 décembre 2008 apporte une première réponse aux critiques récurrentes dénonçant le manque d'accessibilité et de lisibilité du domaine des circulaires et autres instructions. Dans son rapport public 2006, le Conseil d'État relève que les « *circulaires et instructions [...] échappent à l'information du législateur comme du citoyen et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Se développe ainsi un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique* ». Plus récemment, dans son rapport sur la qualité et la simplification du droit¹ remis au début de l'année 2009 au Premier ministre, le député Jean-Luc Warsmann effectue un constat similaire.

C'est notamment pour répondre à ces critiques que le Gouvernement a entrepris cet « *e-chantier* », en poursuivant deux objectifs : d'une part, faciliter l'accès des administrés à l'interprétation du droit et d'autre part, éliminer les textes obsolètes. Les ministères ont alors effectué un important travail de recensement du stock² existant, permettant ainsi d'identifier les textes à conserver. Mais, ce chantier a également eu pour conséquence d'inciter l'administration à édicter de nouvelles règles de procédure interne pour la publication du flux³. C'est dans ce contexte que la Direction des Journaux Officiels, responsable technique de l'opération, a mis en place un guide technique encadrant cette nouvelle forme de publicité (exemple :

attribution obligatoire d'un numéro NOR, champs à renseigner, dont la rédaction d'un résumé, etc.).

Si l'accès et la simplification du droit s'avèrent être des nécessités, il est des domaines où la tâche peut paradoxalement s'avérer difficile. Tel est le cas en l'espèce. Les contours parfois flous de la notion de circulaires, ainsi que les contraintes techniques et de délais liées à la création d'un site internet, expliquent cette relative complexité. Le décret n° 2009-471 du 28 avril 2009, modifiant le décret du 8 décembre 2008, publié au Journal Officiel du 29 avril, ajoute un petit zest de difficulté, tout du moins semble parfois susciter quelques difficultés d'interprétation.

1. La publication des circulaires : un principe trentenaire désormais doublé d'une « *e-publication* » conditionnant leur applicabilité

1.1. Un principe trentenaire

Le principe de l'obligation de publication des circulaires et autres textes idoines a déjà soufflé sa trentième bougie. L'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, modifié par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, dispose en effet que « *font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ».

¹ Consultable sur : www.ladocumentationfrancaise.fr

² Stock : circulaires et instructions signées avant le 1^{er} mai 2009.

³ Flux : circulaires et instructions téléchargées après le 1^{er} mai 2009.

Pour les administrations centrales de l'État, l'article 29 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005, pris en application de la loi de 1978, prévoit que cette publication s'effectue dans des bulletins officiels ministériels, ayant une périodicité au moins trimestrielle⁴. Cependant, dans la pratique, ces dispositions ne sont pas scrupuleusement respectées, entraînant de nombreux textes dans les tréfonds les plus sombres du « *souterrain circulaire* », à savoir l'illégalité.

1.2. Le nouveau principe de l'« e-publication » conditionnant l'applicabilité des circulaires

En profitant des opportunités offertes par les nouvelles technologies, le nouveau dispositif d'« e-publication » prévu par le décret du 8 décembre 2008 permet à l'administration d'améliorer et de moderniser l'accès à ce « *droit souterrain* ».

Le décret établit un nouveau principe : l'« e-publication » conditionne l'applicabilité des circulaires. Pour être applicable, toute circulaire doit dorénavant être mise en ligne sur le site « *circulaires.gouv.fr* ». Les circulaires déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site avant le 1^{er} mai 2009, exception faite des actes visés par le décret du 28 avril 2009 (voir infra). L'« e-publication » s'effectue sans préjudice des autres formes de publicité existantes (Journal Officiel, bulletins officiels papiers, bulletins officiels numériques, etc.). Le nouveau dispositif ne dispense donc pas l'administration de son obligation de publication prévue par la loi de 1978.

Ce nouveau principe a contraint l'administration à effectuer un important ménage de printemps dans cet univers opaque. Il l'oblige aussi, pour l'avenir, à mieux suivre les textes dont elle entend se prévaloir à l'égard des administrés. Mais l'« e-publication » permet surtout d'introduire davantage de transparence au profit du citoyen. En quelques clics, ce dernier peut désormais avoir accès à ce « *droit souterrain* » et bénéficie d'un outil complétant le très riche « *legifrance.gouv.fr* ».

⁴ Certains de ces bulletins officiels ministériels sont déjà entièrement dématérialisés. Exemple : BO du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique et BO du ministère de la défense, respectivement consultables sur les sites internet des ministères.

2. Les difficultés liées à l'« e-publication » des circulaires

2.1. L'opacité de la notion de circulaires et du champ d'application du décret

Pour diffuser l'interprétation qu'elle entend donner à une loi ou à un règlement, sans toutefois modifier l'état du droit, mais également pour préciser la portée d'une politique publique, l'administration utilise divers vecteurs : les circulaires, les instructions, les notes de service, les notes d'information, etc. Cependant, aucun formalisme ne lui est imposé. En pratique, il s'avère que le terme « *circulaire* » est le plus répandu, exception faite du domaine particulier des instructions fiscales.

Si le Conseil d'État juge qu'une circulaire peut être déférée devant le juge administratif, dès lors qu'elle contient des dispositions impératives à caractère général⁵, il n'existe toutefois ni définition jurisprudentielle, ni définition administrative délimitant de manière exhaustive le contenu des différents vecteurs précités.

Lors des travaux de recensement, une des principales difficultés rencontrées par les administrations fut de cerner avec exactitude le champ d'application du décret. Plusieurs questions se sont posées : les actes portant simple organisation des services (exemple : note de service informant de la nomination d'un nouveau chef de bureau, fréquence de l'organisation de réunions, guide de bonnes pratiques, etc.) doivent-ils entrer dans le dispositif ? Les textes ne portant pas la dénomination « *circulaires et instructions* », mais dont l'administration entend se prévaloir, doivent-ils être inclus ? Doit-on appliquer le décret aux actes de gestion des agents publics, c'est-à-dire les circulaires relatives aux ressources humaines, et donc inclure les agents dans la notion d'administrés ?

Les deux premières questions ont très rapidement trouvé une réponse. Le Secrétariat général du Gouvernement a décidé d'exclure du dispositif les actes d'organisation mineurs et d'inclure les actes qui, bien que non dénommés « *circulaire ou instruction* », interprètent le droit et dont

⁵ CE, Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères, req. n° 233618.

l'administration entend se prévaloir à l'égard des administrés. En revanche, la troisième question est longtemps restée en suspens et n'a été tranchée officiellement, en faveur de l'inclusion dans le dispositif, qu'à la fin du mois d'avril, soit quelques jours avant l'expiration du délai imposé par le décret. Cet arbitrage tardif a eu de facto pour effet d'entraîner l'abrogation de nombreuses circulaires relatives à la gestion des ressources humaines.

2.2. Décret du 28 avril 2009 ou le brouillage du champ d'application du dispositif

Le décret n° 2009-471 du 28 avril 2009, modifiant le décret du 8 décembre 2008, publié au Journal Officiel du 29 avril, suscite quelques difficultés d'interprétation. Il dispose que le stock de circulaires signées et publiées avant le 1^{er} mai 2009, et « *dont la loi permet à un administré de se prévaloir* », n'est pas abrogé, même si elles n'ont pas été publiées sur le site dans le délai imposé. Cette rédaction a suscité de nombreuses interrogations chez ceux qui ne possèdent pas les clés du « *dédale circulaire* ».

En se fondant sur l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978, qui impose à l'administration une publication des circulaires dans les bulletins officiels, certains affirment que la modification du 28 avril permet de « *sauver* » les textes non enregistrés dans les délais. Or, l'article 7 de la loi de 1978 impose à l'administration un principe de publication, mais n'établit pas un principe général en vertu duquel les administrés peuvent se prévaloir de toute circulaire adoptée par les pouvoirs publics⁶.

En réalité, la modification opérée par le décret du 29 avril 2009 a pour objet d'exclure deux domaines particuliers du dispositif d'« *e-publication* » du stock d'actes déjà signés avant le 1^{er} mai 2009 : la matière fiscale et la matière sociale.

Ces matières présentent deux particularités remarquables.

⁶ Ce principe d'invocabilité était en revanche prévu par le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, aujourd'hui abrogé.

La première est que, nonobstant le principe de la hiérarchie des normes, le citoyen peut se prévaloir contre l'administration des règles fixées par circulaire, instruction, note de services, etc., même si ces règles sont illégales.

En effet, les articles L. 80 A et L. 80 B du livre des procédures fiscales établissent un principe de protection des contribuables contre les changements de doctrine de l'administration fiscale⁷. Ce mécanisme leur permet également d'opposer à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales.

Un dispositif analogue, prévu aux articles L. 243-6-2 et L. 243-6-3 du code de la sécurité sociale, protège les administrés contre les revirements doctrinaux de l'administration en matière de cotisation sociale.

La seconde particularité remarquable de ces matières est l'abondance de la production administrative.

Le nombre colossal de textes à recenser et à mettre en ligne (plusieurs milliers) n'a pas permis, dans la pratique, de tenir les délais exigeants imposés par le décret du 8 décembre 2008.

Les administrations fiscales et sociales demandèrent à être exemptées de la nouvelle obligation, plaidant l'efficacité de leurs propres modes de publicité. Entre pragmatisme et respect d'un principe jugé essentiel à la transparence de la production normative, le décret du 28 avril 2009 a choisi le compromis. Les circulaires fiscales et sociales signées avant le 1^{er} mai 2009 et publiée sur leurs supports usuels ne sont pas soumises au couperet de l'abrogation du 1^{er} mai : elles demeureront en vigueur, même si elles ne sont pas encore portées sur le nouveau site. En revanche, les

⁷ Art. L. 80 A LPF « *Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente* ».

circulaires postérieures ne seront pas applicables si la formalité de l'« e-publication » sur le site n'est pas remplie.

*

* *

Cet « e-chantier » imposant et contraignant a permis de commencer les travaux permettant de faire voler en éclat les premières couches des parois trop épaisses du « *dédale circulaire* ».

Si le décret impose à l'administration de nouvelles règles et l'invite à l'autodiscipline, il ne règle pas pour autant les difficultés liées à l'absence de définitions en la matière.

Une circulaire émanant du Premier ministre⁸ pourrait être l'occasion de définir précisément le contenu des notions de circulaires, instructions, notes de services et autres directives, et permettrait ainsi à l'ensemble de l'administration d'utiliser le même vocabulaire. Ces définitions pourraient être à leur tour reprises à la rubrique idoine du guide de légistique, outil indispensable de tous les légistes.

Cet exercice de clarification des notions compléterait ainsi le dispositif instauré par le décret du 8 décembre 2008 et permettrait de répondre de manière plus efficace à l'exigence suivante : toujours plus de transparence et de clarté dans les relations administration / administrés.

Daj Legis⁹

⁸ En 1975, une circulaire du Premier ministre avait déjà tenté une définition des circulaires.

⁹ Daj Legis : Sous ce nom générique, les consultants de la DAJ feront part désormais, dans le CJFI, des enseignements qu'ils auront pu tirer de la confection des textes normatifs auxquels ils sont associés.

DÉCRET

Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires

NOR : PRMX0829186D

Version consolidée au 30 avril 2009

Le Premier ministre,

Vu la Constitution, notamment son article 37,

Décète :

Article 1

Les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'État sont tenues à la disposition du public sur un site internet relevant du Premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation.

Une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés.

Cette publicité se fait sans préjudice des autres formes de publication éventuellement applicables à ces actes.

Article 2

Modifié par Décret n° 2009-471 du 28 avril 2009 – article 1

L'article 1^{er} prend effet à compter du 1^{er} mai 2009.

Les circulaires et instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1^{er}.

Les dispositions du précédent alinéa ne s'appliquent pas aux circulaires et instructions publiées avant le 1^{er} mai 2009 dont la loi permet à un administré de se prévaloir.

Article 3

Le présent décret sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 8 décembre 2008.

François Fillon

Les délégations de service public ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire

Si le régime juridique applicable aux délégations de service public semble, depuis la loi du 29 janvier 1993, bien rôdé, la jurisprudence administrative n'en continue pas moins de s'affiner avec une grande précision. Plusieurs décisions récentes fournissent de précieux éclaircissements, notamment sur les irrégularités susceptibles d'entacher la procédure de passation des DSP ainsi que sur la durée de ces contrats. Toutefois, la ligne principale de cette jurisprudence conduit à s'interroger sur une tendance plus profonde révélatrice d'une remise en cause progressive du caractère « *intuitu personae* » des DSP et du principe du libre choix du délégataire par l'autorité délégante.

Les conventions de délégation de service public (DSP) constituent un mode de gestion déléguée, par lequel la collectivité publique confie à un tiers la gestion et l'exécution d'un service public.

Si la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « *loi Sapin* », a posé le régime applicable à cette catégorie de contrats publics¹, elle n'a pas pris le soin de la définir.

La jurisprudence administrative s'est donc employée à préciser les contours de la notion de DSP², avant que le législateur n'intervienne pour clarifier le droit positif. Aux termes de l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (« *loi Murcef* »), « *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* ». Trois éléments cumulatifs permettent donc d'identifier une DSP, y compris dans les cas où la collectivité pensait n'avoir conclu qu'une convention de subventionnement ou une convention d'occupation domaniale³ :

- l'instrument juridique : une convention entre une personne publique et une entreprise⁴,
- l'objet de la convention : l'exploitation d'un service public,
- l'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats.

Si les deux premiers critères ne font guère de difficultés, le troisième a donné lieu à une abondante jurisprudence. Systématisé par le célèbre arrêt « *Préfet du Rhône c/ commune de Lambesc*⁵ », il constitue aujourd'hui le critère déterminant permettant de distinguer les délégations de services publics des marchés publics⁶. Il a été récemment précisé par le Conseil d'État dans ses décisions « *Département de la Vendée* » et « *Société Avenance-Enseignement et Santé* », par lesquelles le juge souligne que, pour être qualifiée de DSP, la convention doit faire peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation⁷. En faisant expressément référence à la notion de risque, la Haute juridiction retient une interprétation de la loi française orientée dans

⁴ Le terme d'entreprise doit être entendu comme désignant « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (voir : CJCE, 23 avril 1991, Höfner, affaire C-41/90).

⁵ CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, précité.

⁶ Voir notamment : CE, 7 avril 1999, Commune de Guilhaumand-Granges, n° 156008, Lebon, tables page 878 ; CE, 30 juin 1999, SMITOM, n° 198147, Lebon, page 229.

⁷ CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794, AJDA 2008, page 2454, note L. Richer ; CE, 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, n° 298641.

¹ Articles 38 à 47 de la loi du 29 janvier 1993, repris aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales pour les délégations de services publics locaux.

² CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc, n° 168325, Lebon, page 137.

³ CE, 11 décembre 2000, Agofroy, n° 202971, Lebon, page 607 ; TA Paris, 21 mars 2009, Société Paris tennis, AJDA 2009, page 1149.

Une définition
des DSP
d'origine
jurisprudentielle

Le principe du libre choix du délégataire découle du caractère « *intuitu personae* » des DSP

le sens de la conformité avec le droit communautaire, qui fait du critère du risque un élément intrinsèque au critère financier⁸.

Définie récemment, la DSP n'est pourtant pas une pratique récente. Ce mode de gestion a accompagné la mise en place de multiples services publics depuis le milieu du 19^{ème} siècle, comme l'éclairage public, la distribution d'eau, de gaz et d'électricité, les transports urbains... S'il connaît un relatif recul dans l'entre-deux guerres, avec l'apparition des grands monopoles nationaux, il connaît un regain d'intérêt avec les lois de décentralisation⁹. Aujourd'hui, la plupart des DSP concernent des services publics locaux.

En raison de l'importance que revêt l'habilitation d'un délégataire à exploiter une activité de service public, la collectivité délégante a toujours disposé d'une grande liberté dans le choix de son cocontractant. La convention est elle-même fortement marquée par un élément personnel (« *intuitu personae* »).

Mais cette liberté n'est pas sans risque. Elle a pu entraîner des dérives, favorisées par l'absence de transparence et l'insuffisance des contrôles de légalité¹⁰. C'est pourquoi, dans un contexte marqué par les « *affaires* » mais aussi, sous l'influence communautaire, par les exigences de la libre concurrence, la « *loi Sapin* » a introduit un minimum de transparence, d'objectivité et de non-discrimination dans la procédure de conclusion des délégations de service public. Toutefois, en adoptant ce texte, l'intention du législateur n'a pas été d'aligner les règles de passation des DSP sur celles applicables à l'attribution des marchés publics. La lecture des travaux parlementaires révèle que les règles nouvelles consistaient uniquement dans une obligation de publicité préalable, destinée à permettre la présentation de plusieurs candidatures, mais qu'en revanche, la

négociation entre l'autorité délégante et son délégataire potentiel demeure au cœur du processus de conclusion des DSP. Plus encore, le principe du libre choix du délégataire, dérivé du caractère « *intuitu personae* » de ces contrats, est expressément rappelé dans la loi¹¹. Il reste l'une des caractéristiques majeures de la DSP, qui justifient un régime dérogatoire à celui des marchés publics.

Pourtant, depuis quelques années, plusieurs indices témoignent de la volonté du juge de ne pas s'en tenir à la simple vérification du respect de règles purement formelles. La publicité, en favorisant une pluralité de candidatures, crée « *un milieu concurrentiel*¹² » et impose à l'administration de procéder au minimum à une comparaison effective des offres (1.). En outre, le principe général d'accès des entreprises à l'octroi d'une délégation, directement issu de l'article 38 de la loi Sapin, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel¹³, conduit nécessairement le juge à exercer un contrôle approfondi sur les modalités de la mise en concurrence (2.).

1. Obligations de publicité : favoriser la concurrence en créant un milieu concurrentiel

En vertu du deuxième alinéa de l'article 38 de la loi et de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), l'autorité délégante est tenue d'organiser « *une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Cette obligation, déterminante pour le respect du principe d'égalité d'accès à la commande publique, vise à favoriser la concurrence et, partant, constitue le gage d'une réponse adaptée aux besoins de la collectivité. Les conditions de sa mise en œuvre sont précisées par le décret n° 93-471 du 24 mars

¹¹ Article 38 de la loi de 1993, repris à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales.

¹² C. Maugué et P. Terneyre, « *Les délégations de service public en question* », CJEG, avril 1997, page 131.

¹³ C. constit., déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, JO du 22 janvier 1993, page 1118 : « *la procédure de publicité préalable prévue à l'article 38 de la loi [...] a précisément pour objet de favoriser un égal accès à l'octroi de délégations de service public* » (considérant 38).

Le contrôle du juge administratif ne se limite pas au respect de règles purement formelles

⁸ CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, affaire C-458/03. Voir L. Richer, « *Délégation de service public : le critère du risque financier* », AJDA 2008, page 2454.

⁹ Voir : C. Boiteau, « *Les conventions de délégation de service public. Transparence et service public local* », Éditions du Moniteur, 2007, pages 10 à 13.

¹⁰ D. Linotte et R. Romi, « *Droit du service public* », Litec, 2007, page 137.

1993 (repris aux articles R. 1411-1 et suivants du CGCT), dont les dispositions font l'objet d'une interprétation rigoureuse par la jurisprudence, tant en ce qui concerne le support de la publicité (1.1.) que son contenu (1.2.).

1.1. Le support de la publicité doit être adapté aux caractéristiques de la convention

1.1.1. Des modalités expressément prévues par les textes

Le décret du 24 mars 1993 impose que la publication de l'avis fasse l'objet de deux insertions¹⁴ :

- L'une dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. La liste des journaux susceptibles de recevoir des annonces légales dans le département est fixée annuellement par arrêté préfectoral, en application des dispositions de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales. Le Conseil d'État a admis que la publication de cette liste ne fait pas obstacle à ce que d'autres publications, tel le Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP), se voient reconnaître, au niveau national, le caractère de publication habilitée à recevoir des annonces légales¹⁵. Il n'est toutefois pas de même pour le Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), réservé à la publication des avis de marchés de seuils communautaires¹⁶.
- L'autre dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Sur ce point, la jurisprudence est attentive à ce que le support choisi soit spécifiquement dédié aux entreprises disposant d'une compétence particulière dans le secteur concerné par la délégation. Lorsqu'il n'existe pas de revue spécialisée dans ce secteur, il appartient à la personne publique de rechercher quelle autre publication, plus

générale, peut assurer une information suffisante des opérateurs économiques de ce secteur¹⁷.

En complément des insertions imposées par les textes, rien ne s'oppose à ce que la collectivité délégante procède à une publication complémentaire sur d'autres supports¹⁸. Elle peut même y être tenue lorsque la délégation envisagée présente un « *intérêt transfrontalier certain*¹⁹ » et que la ou les publications nationales ne sont pas suffisantes pour que la publicité puisse être regardée comme adéquate.

1.1.2. Une publicité adéquate insusceptible d'échapper aux candidats potentiels

Si les directives communautaires relatives aux marchés publics ne sont pas applicables aux DSP, les règles fondamentales du traité CE, et notamment le principe de non discrimination en raison de la nationalité, leur sont opposables. La Cour de justice des Communautés européennes a en effet jugé dans son arrêt « *Telaustria* », à propos d'une concession de services, que le principe de non discrimination implique une obligation de transparence qui consiste « *à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés de services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication*²⁰ ».

Le Conseil d'État a récemment confirmé cette exigence dans sa décision « *Communauté urbaine de Bordeaux* » du 1^{er} avril 2009, par laquelle il apporte une précision importante sur l'ampleur de l'obligation de publicité, lors des procédures de DSP : les dispositions nationales relatives aux DSP, « *qui s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au*

¹⁷ CE, 8 juillet 2005, Société EGS, précité.

¹⁸ Rép. min. n° 32108, JOAN QE, 15 mai 2000, page 3014.

¹⁹ La notion d'« *intérêt transfrontalier certain* », dégagée par la CJCE à propos des marchés de services non prioritaires (CJCE, 13 novembre 2007, Commission c/ Irlande, affaire C-507/03), s'applique aussi aux concessions (CJCE, 17 juillet 2008, Brescia, affaire C-347/06).

²⁰ CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, affaire C-324/98.

¹⁴ Pour les DSP d'un faible montant une seule des deux insertions suffit.

¹⁵ CE, 19 novembre 2004, Commune d'Auxerre c/ Société Saur France, n° 266975, Lebon, tables page 763.

¹⁶ CE, 8 juillet 2005, Société EGS, n° 277554, Lebon, tables page 965.

Le choix du support des publications doit garantir un degré de publicité adéquate

Une DSP ayant un intérêt transfrontalier certain n'implique pas nécessairement une publicité d'ampleur européenne

Le choix du mode de gestion déléguée relève du pouvoir discrétionnaire de l'Administration

nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate, compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer²¹ ».

Ces critères ne sont pas sans rappeler ceux dégagés par la décision du 7 octobre 2005, « Région Nord-Pas de Calais », relative à la publicité des marchés publics passés selon une procédure adaptée (MAPA). Cependant, alors que pour les MAPA, cette circonstance impose à l'acheteur public de procéder à des mesures de publicité suffisamment large pour que tous les opérateurs intéressés la reçoivent, la publicité « adéquate » des DSP paraît moins exigeante. En effet, alors même que la délégation serait « susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne », la Haute juridiction estime qu'en l'absence de disposition exigeant de procéder à une insertion dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne, le strict respect des obligations imposées par la législation nationale peut suffire, dès lors que la publicité ainsi mise en œuvre est « insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés » par la délégation. Le respect des obligations de publicité ne pèse donc pas tant sur la collectivité délégante, que sur les candidats potentiels qui, afin de présenter une candidature crédible à une DSP locale, sont tenus de procéder au minimum à une veille raisonnable des avis relatifs au marché qu'ils souhaitent conquérir.

A contrario, si les mesures de publicité nationale ne permettent pas d'atteindre ce degré de publicité adéquat, le principe de non-discrimination impose à l'autorité délégante de procéder, en outre, à une diffusion d'ampleur européenne.

²¹ CE, 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis, n° 323585 et 323593, AJDA 2009, page 621 ; voir le commentaire de Gabrielle Maubon dans cette revue, page 110.

1.2. Le contenu de la publicité doit permettre aux candidats de connaître les caractéristiques essentielles de la convention

1.2.1. L'information des candidats du choix du mode de gestion

Avant même de permettre l'égal accès des candidats à l'octroi de la délégation, les mesures de publicité imposées par les textes constituent le moyen par lequel l'autorité délégante informe les entreprises de sa décision de déléguer la gestion d'un service public.

En effet, la liberté laissée aux autorités délégantes en matière de DSP porte non seulement sur le choix du délégataire, mais aussi sur le choix du mode de gestion déléguée. À l'exception de quelques services publics qui ne peuvent être délégués, en raison de leur nature ou par la volonté du législateur²², ce choix relève du pouvoir discrétionnaire de la personne publique et il n'appartient pas au juge de se prononcer sur l'opportunité de ce choix²³.

Pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, cette décision fait l'objet d'une délibération de l'organe délibérant qui, aux termes de l'article L. 1411-4 du CGCT « se prononce sur le principe de toute délégation de service public local ». Il statue au vu d'un rapport de présentation et après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux et, lorsque le choix du mode de gestion entraîne des conséquences sur les conditions d'exécution du service, du comité technique paritaire.

Dans l'exercice de ce pouvoir de décision, l'organe délibérant dispose d'une très large liberté d'action, d'autant plus que le juge refuse de vérifier la légalité de cette décision. La délibération décidant du principe d'une DSP ayant la nature d'une mesure préparatoire, elle n'est pas susceptible de recours²⁴.

²² CE, Sect. de l'Intérieur, avis n° 340.609, 7 octobre 1986, « Les grands avis du Conseil d'État », n° 24.

²³ CE, 18 mars 1988, Loupiaz, n° 57893, Lebon, page 975.

²⁴ CAA Marseille, 13 mai 2008, FARE Sud, n° 05MA02420, AJDA 2008, page 1494.

La durée de la DSP est une caractéristique essentielle qui doit être portée à la connaissance des candidats

L'article 40 de la loi Sapin est applicable aux DSP qui ont été conclues avant l'entrée en vigueur de ce texte

1.2.2. L'information des candidats des caractéristiques essentielles de la convention

Si les textes ne renvoient pas à un modèle d'avis d'appel public à la concurrence, le décret du 24 mars 1993 et l'article R. 1411-1 du CGCT fournissent des précisions utiles sur le contenu de l'insertion. Celle-ci doit préciser la date limite de présentation des offres de candidatures – qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication –, les modalités de présentation de ces offres, ainsi que les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature.

Parmi ces caractéristiques essentielles, figure également la durée de la convention²⁵. Toutefois, il est admis que l'absence de mention de la durée dans l'appel à candidatures peut être compensée par l'indication de celle-ci dans le dossier de consultation remis aux candidats sélectionnés²⁶. L'obligation de mentionner la durée de la DSP a également été récemment assouplie par la jurisprudence qui admet que la durée puisse être indiquée de façon approximative. Dans une décision du 4 février 2009, le Conseil d'État a en effet jugé que l'indication d'une fourchette de cinq ans peut constituer une information suffisante des candidats quant à la durée envisagée de la convention dès lors qu'elle n'induit pas « une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leur offre²⁷ ».

Dans les DSP, la durée du contrat est une donnée stratégique qui doit répondre à des exigences contradictoires :

- d'une part, la collectivité doit pouvoir s'engager sur une durée qui ne fige pas pour une période trop longue les modalités d'exploitation du service,
- d'autre part, le délégataire doit pouvoir assumer le fonctionnement du service pendant une durée qui lui permette d'équilibrer, par ses recettes, l'ensemble des investissements et des charges qui pèse sur lui et de dégager un profit.

²⁵ CE, 23 mai 2008, Musée Rodin, n° 306153, CJFI, juillet-août 2008, n° 52, page 227, note G. Delaloy.

²⁶ CE, 25 juillet 2001, Syndicat des eaux de l'Iffernet, n° 231319, BJCP 2001, page 530, concl. Piveteau.

²⁷ CE, 4 février 2009, Communauté urbaine d'Arras, n° 312411, AJDA 2009, page 232.

L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 pose le principe de la limitation de la durée des conventions de DSP. Celle-ci est déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire et ne peut, en principe, excéder la durée « normale » d'amortissement des investissements à réaliser. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, cette durée ne peut être supérieure à vingt ans.

Compte tenu de leur souplesse, ces dispositions laissent aux cocontractants une marge de négociation d'autant plus large que le juge administratif se contente d'effectuer sur ces durées un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁸.

Les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT répondent à l'impératif d'ordre public de garantir la liberté d'accès des opérateurs économiques à l'octroi des DSP, par une remise en concurrence périodique des contrats. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a jugé, par une décision d'Assemblée du 8 avril 2009, qu'elles s'appliquaient aux contrats en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi²⁹. Après avoir clarifié, les « conditions dans lesquelles une loi qui édicte des normes nouvelles sans prévoir expressément que celles-ci s'appliquent aux situations contractuelles en cours, peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application³⁰ », le juge a déduit des dispositions de l'article 40 deux conséquences pour les délégations en cours. La première est l'obligation, pour les parties qui conviennent d'un avenant relatif à la durée du contrat postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Sapin, de respecter les nouvelles obligations définies par son article 40. La seconde consiste en ceci que les DSP ne peuvent plus être régulièrement exécutés au-delà de la durée maximale désormais fixée par la loi, calculée à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci.

²⁸ Voir par exemple : TA Lille, 23 février 1995, Préfet du Nord, n° 94-2733 ; TA Nancy, 25 janvier 2000, Feidt, n° 981974.

²⁹ CE Ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet, n° 271737 et 271782, AJDA 2009, page 676.

³⁰ A. Ménéménis, « Clarifications sur les DSP », 6 mai 2009, achatpublic.info

2. Mise en concurrence : l'extension progressive du contrôle du juge

Le juge exerce un contrôle sur toutes les phases de la mise en concurrence

La procédure de mise en concurrence des candidats à la délégation, caractérisée par la libre négociation des offres, traduit la volonté du législateur de préserver le principe de la liberté de choix du cocontractant de l'administration³¹. Toutefois, cette liberté ne peut s'exercer que dans le respect des principes généraux de la commande publique, dont la mise en œuvre conduit le juge administratif à étendre son contrôle, non seulement sur la sélection des candidatures (2.1.), mais également sur la phase de négociation (2.2.) et même sur le choix du délégataire (2.3.).

L'élimination des candidats doit s'effectuer dans des conditions respectueuses du principe d'égalité

2.1. La sélection des candidats admis à présenter une offre

2.1.1. La sélection des candidatures

La sélection des candidatures est effectuée dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 38 de la loi de 1993 et de l'article L. 1411-1 du CGCT. Ces dispositions identifient, en des termes généraux, deux critères de sélection : les garanties professionnelles et financières des candidats et leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Pour évaluer les garanties professionnelles et financières de chaque candidat, la collectivité délégante peut demander tout document ou renseignement qu'elle juge utile, à condition que ces informations contribuent véritablement à cette évaluation³². Elle peut, notamment, exiger des « *références d'exploitation similaires* » à l'objet de la DSP envisagée, ainsi que des informations relatives au capital social, au chiffre d'affaires ou bien aux garanties financières dont peut bénéficier l'entreprise. Il convient cependant que la collectivité veille à ne pas faire un

usage discriminatoire de ces informations qui serait susceptible de porter atteinte à l'égalité des candidats³³.

Il a été jugé, par exemple, que l'autorité délégante méconnaît le principe d'égalité, en demandant la production d'un document que les candidats ne sont pas légalement tenus de posséder et qui n'est pas nécessaire pour apprécier leurs capacités³⁴. A été également censuré le fait d'avoir écarté la candidature d'une entreprise, au motif qu'elle n'était pas en mesure d'assurer les obligations liées à la délégation, alors que ce candidat était à même d'établir que ses garanties professionnelles et financières étaient suffisantes³⁵.

Le critère lié à l'aptitude de chaque candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public reste relativement imprécis. Il laisse entendre que les candidats doivent, dès la remise de leur candidature, fournir un certain nombre de précisions à l'autorité délégante, sur la façon dont ils respecteront ces principes essentiels.

Le juge administratif veille donc, notamment dans le cadre du référé précontractuel, à ce que l'élimination des candidats s'effectue dans le respect du principe d'égalité. Il ne fait, toutefois, pas preuve d'un formalisme excessif dans l'exercice de ce contrôle. D'une part, en application de la jurisprudence « *Smirgeomes* », il appartient au juge des référés précontractuels de « *rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser*³⁶ ». D'autre part, par une approche « *in concreto* », il estime que tout manquement n'entache pas nécessairement d'irrégularité le déroulement de la procédure, lorsque ce

Tout manquement aux règles de mise en concurrence ne conduit pas nécessairement à l'annulation de la procédure

³¹ L'article 41 de la loi de 1993 et l'article L. 1411-12 du CGCT énumèrent trois situations dans lesquelles l'obligation de mise en concurrence disparaît. Il s'agit des entreprises en situation de monopole, des établissements publics statutairement compétents et des DSP de faible montant.

³² TA Grenoble, 5 décembre 1995, Rémillat, Lebon, tables page 897.

³³ Voir en ce sens les conclusions de Catherine Bergeal sur : CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, RFDA 2000, page 1031.

³⁴ TA Grenoble, 16 août 1995, Labadie et autres, Lebon, tables page 896.

³⁵ TA Paris, 16 mars 1995, Société Entreprise de gestion et de services, Lebon tables, page 896.

³⁶ CE, Sect., 3 octobre 2008, Smirgeomes, n° 305420, CJFI, novembre-décembre 2008, n° 54, page 371, note N. Duval.

manquement a été sans conséquence sur le choix du délégataire. Le Conseil d'État a, par exemple, récemment jugé que l'admission irrégulière d'un candidat qui ne présente pas toutes les capacités requises n'est pas un motif suffisant d'annulation de la procédure, dès lors que, au moment où le juge statue, l'offre présentée par cette société n'est finalement pas retenue par l'autorité délégante³⁷.

Pour les DSP locales, la rédaction imprécise de la loi Sapin avait entraîné quelques hésitations sur l'autorité compétente pour arrêter la liste des candidats admis à présenter une offre. La loi Murcef du 11 décembre 2001 a mis un terme à ces hésitations en confiant explicitement cette tâche à une commission spécialisée : la commission de délégation de service public.

La composition de cette commission, fixée à l'article L. 1411-5 du CGCT, est une des conditions de l'impartialité de la procédure. Toutefois, les contestations éventuelles relatives aux élections de ses membres relèvent du contentieux électoral³⁸. Par conséquent, le moyen tiré de l'irrégularité de l'élection des membres de la commission ne peut pas être invoqué à l'encontre de la délibération attribuant le contrat, dès lors que l'élection n'a pas été contestée dans le délai prévu à l'article R. 119 du code électoral³⁹.

2.1.2. L'analyse des offres

Aux termes de l'article 38 de la loi Sapin, l'autorité délégante adresse à chacun des candidats sélectionnés, 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* ».

Ce document, qui peut être adressé aux candidats avant même que la collectivité ait sélectionné les entreprises admises à présenter une offre, peut édicter des

spécifications techniques supérieures à celles exigées par la réglementation, à la condition, si elles ont pour effet de limiter la concurrence, d'être justifiées par des nécessités propres au service public⁴⁰.

Le délai dans lequel les candidats doivent remettre leur offre n'est pas précisé par les textes. En conséquence, il appartient à la collectivité de le fixer dans le document de la consultation qu'elle adresse aux entreprises sélectionnées, en leur laissant un temps suffisant pour élaborer leur offre⁴¹.

Après avoir vérifié que les offres répondent aux critères posés par les documents de la consultation, la commission de délégation prépare un rapport « *présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci* » (article L. 1411-5 du CGCT). La commission peut aussi demander des précisions aux candidats, voire les auditionner, dès lors que ces auditions respectent une stricte égalité entre les candidats. L'audition des candidats ne doit toutefois pas empiéter sur les pouvoirs de l'autorité chargée de la négociation.

2.2. La négociation des offres

2.2.1. Le principe de la libre négociation

L'article 38 de la loi Sapin et l'article L. 1411-1 du CGCT disposent que les offres sont « *librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* ». Le dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du CGCT ajoute qu'« *au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé.* »

L'objet de la négociation est double. Il s'agit, d'abord, de faire en sorte que les offres qui ont été proposées correspondent au mieux aux attentes et aux besoins de l'autorité

³⁷ CE, 24 octobre 2008, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte, n° 300034, AJDA 2008, page 2039.

³⁸ CE, 28 septembre 2001, Dabin, n° 231256, Lebon, page 440.

³⁹ CE, 8 avril 2009, Société Sogedo et Commune de Brantôme, n° 301153, AJDA 2009, page 736.

⁴⁰ CE, 15 décembre 2006, Corsica Ferries, n° 298618, Lebon, page 566.

⁴¹ CE, 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et de La Flotte-en-Ré, n° 223481, Lebon, page 265.

La libre négociation est au cœur de la procédure de passation des DSP

La liberté de négocier n'est pas sans limites

délégante. Il s'agit donc de les corriger ou de les adapter. Il s'agit également, pour le délégataire potentiel, de négocier un équilibre financier satisfaisant qui lui permette de gérer le service dans des conditions optimales, tout en s'assurant une rémunération suffisante. Elle vise donc « à finaliser le contrat de délégation, dans le respect du document de consultation et, plus largement, dans le respect de l'égalité de traitement des candidats⁴² ».

Cette phase de la procédure de mise en concurrence est celle qui exprime le mieux le particularisme traditionnel de la délégation de service public, par rapport aux marchés publics. La libre négociation des offres exprime, clairement, la volonté du législateur de maintenir le principe de l'« *intuitu personae* » dans le choix du délégataire.

Les discussions sont menées par l'autorité responsable de la personne publique délégante et sous sa responsabilité exclusive. Celle-ci n'est pas tenue de négocier avec l'ensemble des candidats admis à présenter une offre. Elle peut engager la négociation avec une seule des entreprises, alors même que celle-ci n'aurait pas la préférence de la commission. Pour le juge administratif, les mots « *librement négociées* » doivent être entendus, non seulement, comme permettant à l'autorité délégante de mener librement les discussions en fonction desdites offres à l'issue desquelles elle choisit le délégataire, mais, également, comme donnant toute latitude à l'autorité délégante pour choisir les candidats avec lesquels elle entend négocier⁴³.

La liberté de la collectivité est telle que le Conseil d'État a jugé qu'aucune disposition n'impose au délégant de notifier à un offrant son intention de ne pas entamer de négociations avec lui. La négociation peut, même, être engagée avec une entreprise, dont l'offre n'est pas accompagnée de tous les documents ou renseignements exigés par le règlement de consultation, si cette absence, d'une part, « *ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges*

⁴² S. Braconnier, « *Droit des services publics* », PUF, 2003, page 459.

⁴³ CE, 23 mai 2008, Musée Rodin, précité.

et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation⁴⁴ ».

2.2.2. Une liberté de négocier encadrée dans son étendue et sa portée

Si l'autorité délégante négocie librement le contrat, cette liberté n'est toutefois pas sans limites. La négociation doit être menée dans le respect de l'égalité des candidats.

Le juge administratif sanctionne les collectivités délégantes qui n'informent pas tous les candidats, dans les mêmes conditions, de la date de clôture des négociations avant laquelle doivent être déposées les dernières offres⁴⁵. L'égalité des candidats est également méconnue, si toutes les entreprises admises à négocier ne peuvent bénéficier du même délai supplémentaire de présentation des offres⁴⁶ ou encore lorsque la collectivité reporte la date de validité des offres en ne recueillant l'accord que de certains des candidats admis à présenter une offre⁴⁷.

En outre, si la collectivité peut modifier le projet, elle ne peut le faire que dans des limites justifiées par l'intérêt du service et qui ne présentent pas de caractère discriminatoire pour les entreprises. Le juge a, par exemple, admis que les entreprises pouvaient reformuler leur proposition et présenter une offre très inférieure à l'offre initiale, dès lors que la négociation ayant abouti à la diminution de l'offre a été engagée avec l'ensemble des entreprises qui ont pu ainsi, toutes, compléter leur offre⁴⁸. En revanche, est illégale la modification apportée à une clause de la convention de DSP, dont l'autorité délégante

⁴⁴ CE, 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, précité.

⁴⁵ TA Poitiers, 19 octobre 2004, Société SAUR France-Région Sud-Ouest c/ Commune de Saint-Jean-Angély, n° 0402536.

⁴⁶ CE, 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et la Flotte-en-Ré, précité.

⁴⁷ CE, 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse, n° 169706, Lebon, page 488.

⁴⁸ CE, 9 août 2006, Compagnie générale des eaux, n° 286107, BJCP 2006, n° 49, page 448, concl. D. Casas.

n'avait discuté qu'avec l'un des deux candidats, perturbant ainsi les conditions de la concurrence et rompant l'égalité entre les candidats⁴⁹.

Enfin, les adaptations du projet doivent être limitées à l'objet de la convention. Un bouleversement du contrat durant la négociation porterait atteinte à l'égalité des candidats et entacherait la procédure d'illégalité. Par exemple, il a été jugé que la modification, en cours de négociation, du nombre des ouvrages à réaliser par un délégataire constitue une adaptation de portée non limitée, de nature à fausser les règles de concurrence entre les entreprises et à justifier l'annulation de la convention⁵⁰.

2.3. Le choix du délégataire

2.3.1. Le Conseil d'État accepte désormais de contrôler directement le choix du délégataire

L'article 38 de la loi Sapin et l'article L. 1411-1 du CGCT disposent, in fine, que, au terme des négociations, l'autorité responsable de la personne publique délégante choisit le délégataire. Dans le cas d'une DSP locale, il appartient donc à l'autorité exécutive, habilitée à signer la convention, de retenir le candidat final. Mais c'est l'assemblée délibérante qui doit se prononcer sur le choix du délégataire. L'exécutif ne peut pas signer la convention, sans y avoir été préalablement autorisé par l'assemblée délibérante, dont la délibération ne peut intervenir moins de deux mois après la saisine de la commission de délégation (article L. 1411-7 du CGCT⁵¹). Ce délai, qui a pour objet de garantir l'efficacité de la négociation engagée avec les entreprises, constitue une formalité substantielle⁵².

Afin qu'ils se prononcent en connaissance de cause, les membres de l'assemblée doivent recevoir, quinze jours au moins avant la délibération, les documents sur lesquels ils se prononceront (article L. 1411-7 du CGCT). Parmi ces documents, figurent « *le rapport de la commission, présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat* » (article L. 1411-5 du CGCT).

La sanction de la méconnaissance du droit à l'information des élus entraîne l'irrégularité de la procédure et, partant, son annulation. La sanction est semblable, lorsque l'information n'a pas été transmise en temps utile⁵³ ou lorsqu'il n'a pas été fait droit à une demande d'information complémentaire⁵⁴.

À l'issue de cette procédure, l'assemblée délibérante exprime son accord ou son désaccord sur le choix du délégataire qui lui est proposé, ainsi que sur le contenu du contrat préparé. En cas de refus, elle peut demander à l'autorité exécutive de reprendre les négociations⁵⁵.

Si les juridictions du fond avaient déjà pu censurer pour erreur manifeste d'appréciation le choix fait par l'Administration dans l'attribution d'une DSP⁵⁶, le Conseil d'État s'était, jusqu'à récemment, refusé à exercer tout contrôle sur le choix des délégataires de service public, et ce malgré les invitations de certains commissaires du gouvernement⁵⁷. Cette solution était justifiée par le fait qu'outre le principe de libre choix, nulle part dans le régime des DSP ne sont posées de conditions légales destinées à encadrer ou guider ce choix.

⁴⁹ TA Bastia, 27 avril 2007, Société Corsica Ferries, n° 070390, BJCP 2007, n° 53, page 307.

⁵⁰ CAA Paris, 13 juin 2006, Commune d'Asnières sur Seine, n° 03PA03602.

⁵¹ Ce délai de deux mois commence à courir à la date de saisine de la commission, qui est la date limite de réception des plis contenant les offres des candidats, et non de celle à laquelle cette commission donne son avis sur le ou les candidat(s) avec lesquels la discussion doit s'engager (CE, avis, 15 décembre 2006, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 297846, Lebon, tables page 945).

⁵² CAA Lyon, 24 octobre 2000, Commune de Val d'Isère, n° 96LY01868, BJCP 2001, page 320, concl. F. Bourrachot.

⁵³ CE Ass., 2 décembre 1983, Charbonnel, Lebon, page 474.

⁵⁴ CE Sect., 23 avril 1997, Ville de Caen c/ Paysant, Lebon, page 158.

⁵⁵ CE, 9 août 2006, Compagnie générale des eaux, précité ; TA Bordeaux, 5 mai 2009, Société Aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR), n° 0901595.

⁵⁶ Voir par exemple : TA Nantes, 11 avril 1996, Compagnie des transports de l'Atlantique, n° 94-2277.

⁵⁷ Voir notamment les conclusions de M. Fornacciari sur : CE, 17 décembre 1986, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers, RFDA, 1987, page 21.

L'assemblée délibérante doit se prononcer sur le choix du délégataire

Le Conseil d'État accepte d'exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

Le Conseil d'État est revenu sur cette jurisprudence à l'occasion de l'affaire de la délégation du service public de transports de voyageurs du département de la Vendée, dans laquelle il a accepté d'exercer sur la décision de choix du délégataire un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁸. En encadrant la passation des conventions de DSP, la loi Sapin n'a certes pas fait disparaître la liberté de choix du délégataire, mais elle vise à garantir que ce choix « *ne s'exerce que dans l'intérêt général et sans autre préoccupation que la meilleure adéquation possible entre la capacité du délégataire et les besoins du service*⁵⁹ ». Dès lors, il devenait de plus en plus difficile de maintenir la solution traditionnelle d'absence de contrôle, fondée sur le caractère « *intuitu personae* » de la délégation.

Ceci étant, la portée de ce contrôle reste, en l'état actuel du droit, assez théorique, tant que la loi française continue à ne pas imposer la publication des critères de choix de l'offre. Mais là encore, la jurisprudence est susceptible d'évoluer dans le sens d'un contrôle renforcé du juge.

2.3.2. Vers une obligation de publication des critères de choix ?

Les textes n'imposent pas d'obligation de publier les critères de choix des offres

Si les critères de sélection des candidatures sont définis par la loi elle-même, de sorte que les personnes publiques n'ont a priori pas le choix, il n'en est rien des critères de choix du délégataire. Il découle du principe de la libre négociation des offres que les personnes publiques ne sont pas tenues de rédiger un règlement de la consultation⁶⁰. Elles ne sont donc pas dans l'obligation de se fixer des critères de choix ni, a fortiori, de les faire connaître aux candidats.

La différence entre les DSP et les marchés publics, est particulièrement nette à cet égard : ni la loi de 1993, ni le CGCT ne prévoient de dispositions comparables à celles de l'article 53 du code des marchés

publics qui imposent que les critères sur lesquels se fonde le pouvoir adjudicateur pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse soient indiqués, avec leur pondération ou leur hiérarchisation, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Toutefois, si elle choisit de faire connaître ses critères de choix, l'Administration ne peut ensuite les modifier, sauf à porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux DSP. Il lui est, en revanche, possible de préciser le sens et la portée de ces critères au cours de la consultation, dès lors que ces précisions n'ont ni pour objet, ni pour effet de créer des discriminations injustifiées entre les entreprises candidates⁶¹.

La jurisprudence du Conseil d'État semble bien établie sur ce point. Pourtant, dans ses conclusions sur l'arrêt « ANPE » du 30 janvier 2009, Bertrand Dacosta a plaidé pour l'extension aux délégations de service public de la solution qu'il proposait à la Section du contentieux à propos des marchés passés selon une procédure adaptée. Dans cette dernière décision, conforme aux conclusions du commissaire du gouvernement, la Haute juridiction a jugé que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les critères d'attribution de ces marchés, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, doivent être portés à la connaissance des candidats, dès l'engagement de la procédure, alors même qu'aucun texte ne l'impose expressément⁶².

Il est vrai que le Conseil d'État a déjà reconnu, dans une hypothèse particulière, que la collectivité délégante doit faire savoir aux candidats à une DSP dans quelles conditions elle appréciera les offres qui lui sont présentées, relativisant ainsi le caractère facultatif de la publication des critères de choix. Dans sa décision du

⁵⁸ CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, précité.

⁵⁹ G. Marcou, « *La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993* », RFDA, 1994, page 890.

⁶⁰ CE, 25 juillet 2001, Syndicat des eaux de l'Iffernet, n° 231319, Lebon, tables page 1041.

⁶¹ CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance, n° 287198, Lebon, tables page 946.

⁶² CE Sect., 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236. Voir le commentaire d'Amélie Marchal dans cette revue, page 124.

15 décembre 2008, « *Communauté intercommunale des villes solidaires* », il a été jugé que lorsque la collectivité n'a pas fait connaître la durée de la délégation envisagée, cette omission constitue un manquement aux obligations de publicité, sauf si la collectivité précise selon quels critères elle appréciera les offres au regard de la durée du contrat proposée⁶³. Cette obligation n'est toutefois posée que de manière indirecte, dans le seul but de pallier l'imprécision d'une des caractéristiques principales de la délégation.

Si la liberté laissée à l'autorité délégante par le législateur aux différents stades de la procédure ne semble pas pouvoir s'accommoder aisément d'une telle obligation, la question est désormais posée.

Vers un rapprochement des procédures de DSP et de marchés publics

Le principe de l'« *intuitu personae* » des conventions de DSP est de plus en plus encadré par le juge qui, par la prégnance de plus en plus forte d'un environnement concurrentiel porté par le développement et l'enracinement du droit de la concurrence dans le champ administratif, tend à étendre son contrôle jusqu'au choix du délégataire. De ce point de vue, on assiste à un rapprochement indéniable de la procédure des délégations de service public et de celle des marchés publics. Il reste que l'encadrement du choix du délégataire ne peut conduire à contrôler l'appréciation portée par la collectivité délégante sur les offres des candidats : le contrôle exercé est un contrôle restreint, qui se limite à vérifier que l'entreprise choisie possède bien les capacités techniques et financières nécessaires à la bonne exécution du service, mais non que la collectivité a bien choisi la meilleure offre possible.

Guillaume Delaloy (Direction des affaires juridiques)

⁶³ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 312350, AJDA 2008, page 2421.

La France moins condamnée en 2008 par la CEDH

Ce n'est pas encore la fin de la guerre des juges, mais cela y ressemble. Le dialogue constructif qui s'est instauré depuis plusieurs années entre le Conseil d'État et la Cour de cassation d'une part, et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'autre part, s'est traduit en 2008 par une baisse significative des condamnations prononcées à l'encontre de la France. Au-delà du constat quantitatif, force est néanmoins de constater qu'un certain nombre de divergences demeurent.

Cette chronique de jurisprudence un peu particulière a pour objet de mettre en relief les condamnations que la CEDH a pu prononcer en 2008 contre la France.

À cet égard, le premier constat qui s'impose est quantitatif. En 2008, la France a été moins condamnée par la CEDH que les années précédentes. En effet, seuls 24 arrêts de violation ont été rendus en 2008, contre 39 l'année précédente. Ce résultat place la France au douzième rang des condamnations alors qu'elle occupait, il y a cinq ans seulement, la deuxième place de ce classement.

Pour l'essentiel, ces condamnations concernent le « droit du procès » sur le fondement de l'article 6 de la CEDH, mais aussi les libertés « fondamentales ». Une brève analyse des principales décisions rendues en ces matières laissent apparaître que derrière le fameux arrêt « Ravon », d'autres décisions qui ont fait couler moins d'encre revêtent un intérêt tout aussi majeur.

1. Les condamnations prononcées sur le fondement de l'article 6 § 1

On le sait, l'article 6 § 1 a depuis un certain nombre d'années aidé à refaçonner le visage du procès devant les juridictions nationales. Pour mémoire, rappelons que ce texte stipule que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

En 2008, la Cour a de nouveau condamné la France sur ce fondement à seize reprises.

1.1. La jurisprudence « Ravon¹ »

1.1.1. L'article L. 16 B du livre des procédures fiscales méconnaît l'article 6 § 1 de la CEDH

L'article L. 16 B est devenu en quelques mois l'un des articles les plus célèbres du Livre des procédures fiscales (LPF). Ce texte prévoit un droit de visite et de perquisition des services fiscaux dans les locaux professionnels et privés d'un contribuable soupçonné de sous-imposition ou de fraude en matière d'impôt sur le revenu ou sur les bénéficiaires ou de TVA. Or, l'ordonnance du président du tribunal de grande instance autorisant la visite dite « domiciliaire » n'était, jusqu'à récemment susceptible que d'un seul recours en cassation. C'est sur ce point que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que le dispositif prévu par le LPF entraînait en contradiction avec l'article 6 de la CEDH (cf. CJFI n° 51, page 120, « *Le droit au recours juridictionnel et les perquisitions : la CEDH condamne les procédures françaises* », N. Gay-Sabourdy et J. Sorin).

En l'espèce, M. Ravon avait fait l'objet de perquisitions dans les locaux de son entreprise et à son domicile dans le cadre d'une enquête menée pour fraude fiscale. Contestant la régularité de ces opérations, il avait alors saisi le président du TGI de Paris, qui avait déclaré irrecevable sa requête. Le requérant s'était alors pourvu en cassation.

La Cour de Strasbourg a estimé que « la possibilité de se pourvoir en cassation ne répond pas aux exigences de l'article 6 § 1 dès lors qu'un tel recours devant la Cour de cassation, juge du droit, ne permet pas un examen des éléments de fait fondant les autorisations litigieuses ».

¹ CEDH, 21 février 2008, Ravon et autres c/ France, n° 18497/03, décision confirmée par trois autres décisions ; CEDH, 18 septembre 2008, Kandler c/ France, n° 18659/05 ; CEDH, 16 octobre 2008, Maschino c/ France, n° 10447/03 ; CEDH, 20 novembre 2008, Société IFB, 2058/04.

La France continue d'être essentiellement condamnée sur le fondement de l'article 6 § 1

Elle a considéré que la circonstance que l'autorisation de visites soit délivrée par un juge ne suffisait pas à combler cette lacune².

Par ailleurs, la Cour a constaté que la faculté d'accès au juge semblait plus théorique qu'effective, puisque, la visite achevée, seuls les contribuables qui avaient fait l'objet d'un redressement fiscal pouvaient porter devant le juge la contestation des modalités d'exécution de la visite.

Pour toutes ces raisons, la Cour a jugé que l'article L. 16 B du LPF ne garantissait pas aux contribuables l'accès à un tribunal et méconnaissait ainsi l'article 6 § 1.

Quelques mois après avoir rendu sa décision « *Ravon* », la CEDH a pris une nouvelle décision, par laquelle elle confirme et précise sa jurisprudence³. Se plaçant cette fois sur le terrain de l'article 8, elle juge que la visite domiciliaire d'un cabinet d'avocats, représentant une société faisant l'objet d'un contrôle fiscal, doit être entourée de garanties particulières permettant de préserver effectivement le secret professionnel.

1.1.2. Les conséquences de la jurisprudence « *Ravon* »

Le Gouvernement a rapidement souhaité tirer les conséquences de cette importante décision dans la loi de modernisation de l'économie, alors en cours d'élaboration.

L'article 164 de la LME a modifié non seulement l'article L. 16 B du LPF, mais également l'article 38 du LPF et l'article 64 du code des douanes qui prévoyaient une procédure similaire au profit de l'administration douanière.

Ainsi l'article 164 de la LME habilite le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances, d'une part, afin d'adapter la législation conférant à l'autorité

administrative un pouvoir de visite et de saisie dans le sens d'un renforcement des droits de la défense, et d'autre part, en prenant les dispositions transitoires nécessaires pour régler le sort des procédures contentieuses engagées antérieurement à la publication de l'ordonnance.

C'est ainsi que la législation relative aux pouvoirs de visite et de saisie en matière du droit de la concurrence a été adaptée dans l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. Ce texte a notamment modifié l'article L. 450-4 du code de commerce relatif à la possibilité pour le juge d'ordonner des procédures de perquisition dans le cadre d'enquêtes menées en matière de pratiques anticoncurrentielles.

De même, l'ordonnance n° 2009-233 du 26 février 2009 réformant les voies de recours contre les visites domiciliaires et les saisies de l'Autorité des marchés financiers a été publiée au Journal officiel du 27 février 2009. Ce texte prévoit la possibilité pour les personnes mises en cause de former un recours sur le fond contre l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire, ainsi que contre l'exécution du droit de visite.

Enfin, l'ordonnance n° 2009-375 du 1^{er} avril 2009 réformant les voies de recours contre certaines visites et saisies administratives a procédé à des aménagements dans les procédures concernées prévues dans le code de la santé publique, le code des postes et des communications électroniques.

La décision « *Ravon* » apparaît comme une décision emblématique de l'influence que peut avoir la jurisprudence européenne sur la législation nationale.

1.2. Une nouvelle condamnation de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré

Inutile ici de revenir sur les raisons et les manifestations des « *liaisons dangereuses* » qu'entretiennent depuis plusieurs années la CEDH et le commissaire du gouvernement. Depuis les décisions « *Kress* » de 2001 et « *Martinie* » de 2006, la Cour européenne

La décision « *Ravon* », une décision lourde de conséquences

Une nouvelle rédaction de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales

² « L'on ne saurait considérer que l'instance au cours de laquelle le juge examine la demande d'autorisation est conforme à l'article 6 § 1 alors que la personne visée par la perquisition projetée – qui ignore à ce stade l'existence d'une procédure intentée à son encontre – ne peut se faire entendre ».

³ CEDH, 24 juillet 2008, André et autres c/ France, n° 18603/03.

juge que la seule présence du commissaire du gouvernement au délibéré, que celle-ci soit « active » ou « passive », est contraire à l'article 6 § 1⁴.

En 2008, la Cour faisant une application logique de cette jurisprudence condamne par deux fois la France sur ce fondement⁵.

Dans chacune des deux espèces, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1 dans la mesure où les affaires qui lui étaient soumises ne présentaient pas d'éléments susceptibles de les distinguer des affaires « Kress⁶ » et « Martinie ». Dans les deux affaires, le requérant s'est, en effet, plaint de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation du jugement du Conseil d'État, tandis que le Gouvernement décidait de s'en remettre à la sagesse de la Cour.

À trois reprises, le Gouvernement français a tenté de faire la « part du feu », en diminuant progressivement la place du commissaire du gouvernement à l'audience. D'abord, un décret du 19 décembre 2005 (article R. 731-7 du CJA) avait précisé que le commissaire « assiste » au délibéré, sans toutefois y prendre part. Puis, un décret du 1^{er} août 2006 avait précisé s'agissant des tribunaux et des cours administratives d'appel que « la décision est délibérée hors la présence des parties et du commissaire du gouvernement » tandis qu'au Conseil d'État, « la décision est délibérée hors la présence des parties ». Enfin, le récent décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions modifie la dénomination ambiguë, bien qu'historique, du commissaire du gouvernement, qui devient « rapporteur publics⁷ ».

⁴ Pour une analyse détaillée, voir : « *Du commissaire du gouvernement au rapporteur public* », Anne Breillon, CJFI n° 52, pages 214 et suivantes.

⁵ CEDH, 14 février 2008, Association d'Avenir d'Alet, n° 13324/04 ; CEDH, 10 avril 2008, Bochet, n° 18130/05.

⁶ CEDH, 7 juin 2001, Mme Kress, 39564/98 ; CEDH, 12 avril 2006, Martinie c/ France, 58675/00.

⁷ Pour un commentaire détaillé de ce dernier texte, voir : « *Vers un redéploiement de la contradiction en droit français* », P. Idoux, AJDA 2009 page 637 ; « *Du commissaire au rapporteur, suite... et à suivre !* », B. Pacteau, RFDA 2009, page 67.

Toutefois, ces modifications successives, si elles témoignent d'une certaine prise en compte de la jurisprudence européenne ne suffisent pas à pouvoir parler de concordance des points de vue.

Certes, si la question est réglée en ce qui concerne les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, elle ne l'est pas entièrement en ce qui concerne le Conseil d'État. Dans sa décision « Courty », le Conseil d'État rejetant les recours contre le décret du 1^{er} août 2006⁸ juge que le nouveau mécanisme mis en place – présence du commissaire du gouvernement au délibéré, sauf si l'une des parties demande explicitement son absence – ne porte pas atteinte au procès équitable.

Dans leur commentaire de cette décision, des auteurs du CJFI avaient estimé, en réponse à la question de savoir si la position du Conseil d'État pouvait être considérée comme conforme à la jurisprudence européenne, qu'« une réponse positive ne va pas de soi au vu des exigences européennes⁹ ».

Deux ans plus tard, rien ne vient remettre en cause ce constat.

1.3. La communication de la note du conseiller rapporteur

1.3.1. La question devant la Cour de cassation

Depuis les arrêts « Slimane Kaïd c/ France » du 31 mars 2008 et « Slimane-Kaïd c/ France » n° 29507/95 du 25 janvier 2000, la CEDH considère que la communication aux avocats généraux près la Cour de cassation des notes des conseillers-rapporteurs porte atteinte au principe de l'égalité des armes.

Depuis ces décisions, la Cour de cassation a modifié les modalités d'instruction et de jugement des affaires. Le rapport du conseiller rapporteur comporte désormais deux volets : le premier volet contient un rappel des faits et de la procédure, tandis que le second contient l'avis personnel du rapporteur.

⁸ CE, 25 mai 2007, Courty, n° 296327.

⁹ Voir : « *La légalité du décret relatif au commissaire du gouvernement* », Stéphane Dhers et Julien Sorin, CJFI n° 46, pages 192 et 193.

Le commissaire du gouvernement demeure la principale « pomme de discorde » entre la France et la CEDH

La jurisprudence « Slimane Kaïd » s'applique t'elle à la justice administrative ?

Si le premier volet est transmis, en des termes identiques, à l'avocat général et aux parties, le second volet n'est transmis ni aux parties, ni au parquet.

Ce nouveau dispositif, mis en place depuis le 1^{er} février 2003, permet aux parties qui ne sont pas représentées par un avocat aux Conseils d'accéder, par principe, aux informations de procédure qui les mettent à égalité avec les parties représentées et l'avocat général. En outre, elles reçoivent en principe une note qui leur rappelle les différentes étapes de la procédure et leur indique qu'elles peuvent, à leur demande, librement consulter le rapport du conseiller rapporteur et s'enquérir de la date d'audience.

Prenant acte de ces mesures, la Cour n'en a pas moins condamné la France à cinq reprises en 2008. À chaque fois, elle a pris soin de rappeler que l'absence de communication au requérant ou à son conseil, avant l'audience, du premier volet du rapport du conseiller rapporteur, alors que ce document avait été transmis à l'avocat général, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable¹⁰.

Dans chacune des espèces¹¹, le demandeur au pourvoi n'avait pas été informé du dépôt du rapport du conseiller rapporteur. De fait, il n'a pas pu le consulter en temps utile. Il y avait donc bien violation de l'article 6 § 1, au sens de la juridiction de la Cour.

1.3.2. La question devant le juge administratif

La décision « *Alet* » précitée laisse songeur. Comme l'a justement noté Fabrice Melleray dans son commentaire¹², la Cour rappelle – ce qu'elle avait déjà observé dans une décision précédente¹³ – que le rapport du conseiller rapporteur devant le Conseil

¹⁰ Confirmant sa décision du 24 mai 2006, Bertin c/ France, n° 38615/02.

¹¹ CEDH, 22 mai 2008, Rémy Garnier c/ France, 38984/04 ; CEDH, 22 mai 2008, Beloff c/ France, n° 24252/04 ; CEDH, 24 juillet 2008, Arouette c/ France, 42122/04 ; CEDH, 2 octobre 2008, Leroy c/ France, n° 36109/04 ; CEDH, 16 octobre 2008, Fonfrede c/ France, n° 44562/04.

¹² « *Communication de la note du rapporteur au commissaire du gouvernement* », F. Melleray, DA n° 4, avril 2008, comm. 59.

¹³ CEDH, Flament, n° 28584/03.

d'État ne contient qu'un « *simple résumé des pièces* » du dossier. Elle en déduit « *qu'il ne saurait valablement être soutenu que la lecture par le commissaire du gouvernement, ou même la possession, de ce document puisse fournir davantage d'informations que de posséder les pièces elles-mêmes et qu'aucune situation de net désavantage eu égard à l'une ou l'autre des parties ne pouvait être constatée de ce fait* ».

Cette observation de la Cour pose question. D'abord, question la plus sérieuse, comment la Cour peut-elle avoir une telle méconnaissance du véritable contenu du rapport ? Ensuite, question d'avenir, lorsque la Cour aura « *découvert* » le véritable contenu de ce rapport, élargira-t-elle la jurisprudence « *Slimane* » à la procédure suivie devant le Conseil d'État ?

Il serait souhaitable que ces questions reçoivent une réponse circonstanciée dans les mois à venir.

1.4. Le principe de l'égalité des armes

Le principe de l'égalité des armes, au sens de la jurisprudence de la CEDH, requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à une autre partie.

1.4.1. L'article 505 du code de procédure pénale méconnaît l'article 6 § 1

L'article 505 du code de procédure pénale prévoit qu'en matière correctionnelle « *le procureur général forme son appel par signification, soit au prévenu, soit à la personne civilement responsable du délit, dans le délai de deux mois à compter du jour du prononcé du jugement* ».

Or, l'article 498 du même code prévoit que « *sauf dans le cas prévu à l'article 505, l'appel est interjeté dans le délai de dix jours à compter du prononcé du jugement contradictoire* ».

Le code de procédure pénale prévoit donc deux délais d'appel : un délai de droit commun qui est de dix jours, un autre au seul bénéfice du procureur général qui s'étend sur deux mois.

Une procédure pénale davantage respectueuse du principe de l'égalité des armes

Dans une décision « *Ben Naceur c/ France* », n° 63879/00 du 3 octobre 2006, la Cour avait déjà eu l'occasion de juger que, malgré la possibilité pour le requérant de faire appel ou de rediscuter sa culpabilité, la différence entre les délais d'appel accordés aux différentes parties constituait une rupture de l'égalité des armes.

Dans sa décision « *Gacon*¹⁴ », après avoir constaté que la présente espèce se rapproche de l'affaire « *Ben Naceur* », la Cour considère que « *le déséquilibre, engendré par la prolongation de l'appel dont a bénéficié le parquet en l'espèce, a mis le requérant dans une position de net désavantage par rapport au ministère public, contraire au principe de l'égalité des armes* ».

Par conséquent, la Cour juge que l'article 505 du code de procédure pénale méconnaît l'article 6 § 1.

1.4.2. La Cour de cassation tire les conséquences de la décision « *Gacon* »

Quelques semaines seulement après la décision « *Gacon* », la Cour de cassation décide d'opérer un revirement de jurisprudence. Par une décision du 17 septembre 2008, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge d'abord que « *le principe de « l'égalité des armes » tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits et qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours* ». Puis, elle en déduit que « *l'article 505 du code de procédure pénale ouvre au procureur général un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code ; que, dès lors, les dispositions de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel* ».

Abandonnant ainsi sa jurisprudence antérieure¹⁵, la Cour de cassation s'aligne, avec une remarquable rapidité, sur la dernière jurisprudence de la CEDH.

¹⁴ CEDH, 22 mai 2008, *Gacon c/ France*, n° 1092/04.

¹⁵ Cass. Crim., 29 février 2000.

1.5. Les autres décisions

1.5.1. Le délai raisonnable¹⁶

Faisant application du droit à l'exécution dans un délai raisonnable de toute décision de justice, consacré par l'arrêt « *Hornsby c/ Grèce* » du 19 mars 1997, la Cour condamne deux fois la France en 2008. Dans la première espèce, la France (et la Roumanie) est condamnée du fait de la lenteur dans l'exécution d'un jugement soumis à une procédure d'exequatur¹⁷. Dans la seconde espèce, la Cour relève que la durée de la procédure litigieuse s'est étendue sur près de neuf ans pour trois degrés de juridiction, alors même que l'affaire ne présentait pas un degré de complexité de nature à justifier cette durée « *non raisonnable*¹⁸ ».

1.5.2. L'aide juridictionnelle

Par une décision « *Blandeau*¹⁹ », la CEDH juge que « *la seule omission du secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'État de notifier à la requérante les deux ordonnances rejetant ses requêtes visant à l'octroi de l'aide juridictionnelle a atteint dans sa substance même le droit d'accès à un tribunal* ».

2. Les condamnations relatives aux libertés fondamentales

2.1. Violation du droit à la vie (article 2) et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (article 3) : CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde*, n° 5608/05

Après la publication du rapport d'Alvaro Gil-Roblès, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, le 15 février 2006, la question de l'état des prisons et des conditions de détention en France ressurgit au niveau européen avec l'affaire

¹⁶ Sur cette question, voir le commentaire dans ce numéro de la récente décision de la Cour de cassation du 25 mars 2009.

¹⁷ CEDH, 4 novembre 2008, *Dinu c/ France*, 6152/02.

¹⁸ CEDH, 20 novembre 2008, *Gunes c/ France*, n° 32157/06.

¹⁹ CEDH, 10 juillet 2008, *Blandeau*, n° 9090/06.

Les États ont l'obligation positive de protéger les détenus contre eux-mêmes

« *Renolde* ». L'arrêt, rendu sur le fondement des articles 2 et 3 de la Convention, s'inscrit dans la problématique plus générale des conditions de vie des détenus et de leur accès aux soins médicaux. Certes, les juges strasbourgeois refusent de faire peser sur les États un « *fardeau insupportable ou excessif* », eu égard aux « *difficultés qu'ont les forces de l'ordre à exercer leurs fonctions dans les sociétés contemporaines, [à] l'imprévisibilité du comportement humain et [aux] choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources* ». Mais ils exigent de celles-ci qu'elles s'acquittent de leurs tâches d'une « *manière compatible avec les droits et libertés de[s] individu[s] concerné[s]* », et que leur comportement soit adapté à la « *vulnérabilité* » des détenus.

En l'espèce, la Cour constate qu'un individu souffrant de troubles mentaux, fut placé en détention provisoire et fit une première tentative de suicide. À la suite de celle-ci, il se vit prescrire un traitement antipsychotique et fut placé seul dans sa cellule. Sa prise régulière de médicaments ne fut toutefois pas contrôlée. À la suite de l'agression physique d'une surveillante, trois jours plus tard, il fut condamné à quarante-cinq jours de mise en cellule disciplinaire. Un surveillant le découvrit pendu deux semaines plus tard.

2.1.1 Première condamnation d'un État en raison du suicide d'un détenu sur le fondement du droit à la vie

La Cour relève que les autorités savaient ou devaient savoir que le détenu présentait des tendances suicidaires, considère que l'administration n'a pas fait tout ce qui pouvait être « *raisonnablement* » attendu d'elle pour prévenir les risques d'atteinte à la vie du détenu. De plus, elle se dit « *frappée* » par le fait qu'aucune hospitalisation n'ait jamais été discutée et souligne que la prise de médicaments n'était pas surveillée.

Or, la Cour, depuis l'arrêt « *Tanribilir* » (CEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c/ Turquie*) considère que les autorités sont tenues d'une « *obligation positive de prendre des mesures d'ordre pratique* », pour protéger l'individu contre autrui et contre lui-même. Elle a eu l'occasion de rappeler ce principe dans son fameux arrêt « *Keenan* » (CEDH, 3 avril 2001,

n° 27229/95). La portée de cette obligation est néanmoins atténuée par la Cour, consciente de la nécessité, pour les autorités, de trouver un équilibre entre les paramètres de sécurité et les exigences de soins.

L'arrêt « *Renolde* » est le premier arrêt à reconnaître la responsabilité d'un État pour le suicide d'un détenu dans une de ses prisons. Rompant avec sa jurisprudence établie dans des circonstances semblables²⁰, la Cour condamne la France « *pour permettre une avancée significative de la protection des détenus aux facultés mentales détériorées*²¹ ».

Enfin, la position de la Cour sur la notion « *d'autonomie individuelle* » représente également un intérêt. Les juges affirment que des précautions générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation « *sans empiéter sur l'autonomie individuelle* », eu égard, en l'espèce, à la vulnérabilité du détenu.

2.1.2 Violation de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants

La Cour a consacré, à l'occasion de sa célèbre jurisprudence « *Kudla* » (CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96), le droit du détenu à un cadre de vie conforme à la dignité humaine. Elle rappelle ici que ces conditions de détention ne doivent pas excéder « *le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* ». Si elle accepte de prendre en compte les difficultés du milieu carcéral, elle exige que la santé des détenus soit protégée et prête une attention particulière aux malades mentaux, notamment depuis la jurisprudence « *Aerts* » (CEDH, 30 juillet 1998, *Aerts c/ Belgique*). Ainsi contrôle-t-elle, par exemple, la nature et la nécessité des traitements médicaux forcés (CEDH, 10 février 2004, *Naoumenko c/ Ukraine*, n° 42023/98).

En l'espèce, les autorités ont condamné ce dernier à la « *sanction maximale pour une faute du premier degré, sans aucune prise*

²⁰ CEDH, 5 juillet 2005, *Trubnikov c/ Russie*, n° 4979/99.

²¹ Jean-Pierre Marguénaud, « *Du suicide dans les prisons de France* », *Revue de sciences criminelles* 2009, page 173.

Le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens conventionnel

en compte de son état psychique et alors qu'il s'agissait du premier incident ». Selon la conviction que s'est forgée la Cour, une sanction disciplinaire aussi longue, infligée à un détenu malade mental, est de nature à le déstabiliser davantage : elle est constitutive d'un traitement inhumain et dégradant.

À cet égard, comme le signale Béatrice Belda²², le juge administratif français, saisi d'un référé, a suspendu une sanction de mise en cellule disciplinaire en considérant que l'urgence était caractérisée. En effet, la durée de la sanction portait « *une atteinte grave et immédiate à la situation [du détenu] en menaçant sa santé physique ou psychique* » (TA Melun, 1^{er} avril 2008, n° 0802164/6, Khider).

2.2. Violation du droit à la liberté et à la sûreté (article 5 § 1)

2.2.1. L'arrêt « Medvedyev et autres » (CEDH, 10 juillet 2008, n° 3394/03)

Un bateau, battant pavillon cambodgien et transportant de la drogue, fut arraisonné par un navire de guerre français, avec l'accord du Cambodge, et dérouté vers Brest. Ses membres d'équipage furent détenus à bord pendant treize jours. Ils introduisirent une requête devant la Cour, sur le fondement de l'article 5 § 1, arguant avoir été victimes d'une privation arbitraire de liberté dépourvue de base légale, ainsi que sur le fondement de l'article 5 § 3, en ce qu'ils n'auraient pas été « *aussitôt traduit[s] devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ».

La Cour démontre que la privation de liberté des requérants n'était prévue ni par le droit international ni par le droit interne. Elle précise, par ailleurs, qu'elle juge de la qualité de la loi, c'est-à-dire qu'elle détermine si la loi était « *accessible* » aux requérants et suffisamment précise pour empêcher tout arbitraire. En revanche, elle tient compte des circonstances exceptionnelles des affaires, comme une arrestation a eu lieu en haute mer par exemple, pour apprécier le délai de présentation des personnes concernées à un juge (CEDH, 12 janvier 1999, Rigopoulos c/ Espagne, n° 37388/97) : il n'y a pas violation de l'article 5 § 3.

²² Béatrice Belda, JCP G 2008, II, 10196.

Par ailleurs, la Cour avait dégagé la jurisprudence selon laquelle un procureur a la qualité de magistrat au sens de la Convention, dans la mesure où son indépendance n'est pas discutable « *à l'égard de l'exécutif et des parties* » (CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c/ Suisse, n° 7710/76). Or, elle considère ici que tel n'est pas le cas du procureur français, comme avant lui de ses homologues italien²³ et roumain²⁴. Elle déclare en effet que « *force est de constater que le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens de la jurisprudence de la Cour : [...] il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* ».

Cet arrêt paraît difficilement compatible avec la décision du Conseil constitutionnel du 2 mars 2004²⁵ qui énonce le « *principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet* ».

Cet arrêt pourrait emporter des conséquences importantes, si celui-ci venait à être confirmé par la Grande Chambre, qui a tenu une audience sur cette affaire le 6 mai 2009. La doctrine n'hésite pas à parler de « *tempête sur le Parquet*²⁶ » à son sujet. La procédure pénale serait très certainement bouleversée à bien des égards, pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention.

2.2.2. L'arrêt « Maire d'Église » (CEDH, 20 novembre 2008, n° 20335/04)

En permettant qu'une personne puisse continuer à être privée de liberté, entre la fin de sa garde à vue et sa présentation à un magistrat instructeur, pour des raisons d'organisation matérielle notamment, la France n'a pas respecté, selon la Cour, les exigences de l'article 5 § 1. Les juges rappellent l'importance du droit à la liberté et à la sûreté dans une « *société démocratique* », affirment que les exceptions, que pose l'article 5 § 1, revêtent un

²³ CEDH, Brincat, 26 novembre 1992, n° 13867/88.

²⁴ CEDH, Pantea, 3 juin 2003, n° 33343/96.

²⁵ Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492.

²⁶ Jean-Pierre Marguénaud, « *Tempête sur le Parquet* », Revue de sciences criminelles 2009, page 176.

Toute détention doit être prévue par des textes clairs

caractère exhaustif et qu'ils en font une interprétation étroite (CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas).

Pour être conformes à la Convention « *les voies légales* » internes qui prévoient la détention doivent être claires et la loi prévisible dans son application. Or, ici, la Cour considère qu'aucun texte ne régissait la détention d'une personne dans le laps de temps considéré.

Cette jurisprudence se veut protectrice des droits individuels, parce qu'elle touche à la détention sans jugement préalable de personnes présumées innocentes. Elle oblige les autorités à les présenter, sans délai, à un magistrat instructeur à la fin de leur garde à vue ou contraint le Législateur à adopter un texte pour régir cette période de latence.

2.2.3. L'arrêt « *Garriguenc c/ France* » (CEDH, 10 juillet 2008, n° 21148/02)

Le requérant se plaint de la durée excessive de sa détention provisoire, qui a duré quatre ans, six mois et dix-huit jours. La Cour condamne la France sur le fondement de l'article 5 § 3. Elle rappelle que la persistance de « *raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée est une condition sine qua non de la régularité du maintien en détention, mais [qu']au bout d'un certain temps, elle ne suffit pas* ». Si la Cour admet que les motifs du maintien en détention étaient pertinents, elle juge, en l'espèce, que les autorités n'ont pas agi avec « *toute la promptitude nécessaire* ». Il y a donc violation de l'article 5 § 3, qui veut que la personne concernée soit « *aussitôt* » traduite devant un magistrat instructeur.

La Cour ne pouvait que condamner la France dans les circonstances de l'espèce. En effet, elle avait déjà jugé, dans l'arrêt « *Brogan c/ Royaume-Uni* » (CEDH, 29 novembre 1988), qu'une détention de cinq jours et onze heures, sans l'intervention d'un magistrat, méconnaissait les exigences du texte conventionnel. Analysant les nuances sémantiques des différentes versions de la Convention, elle avait fait prévaloir le sens, plus favorable aux personnes détenues, de l'adverbe français « *aussitôt* » sur sa traduction anglaise « *promptly* » (paragraphe 59 de l'arrêt suscité).

2.3. Violation de la liberté d'expression (article 10) : « *July et SARL Libération* » (CEDH, 14 février 2008, n° 20893/03) ; « *Brunet-Lecomte et SARL Lyon MAG'* » (CEDH, 20 novembre 2008, n° 13327/04) ; « *Chalabi* » (CEDH, 18 septembre 2008, n° 35916/04)

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France à trois reprises sur le fondement de l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression. Les requérants furent condamnés pour des propos diffamatoires à l'endroit de fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions et d'un particulier. Dans l'arrêt « *July* », par exemple, l'article de journal litigieux avait repris des propos tenus lors d'une conférence de presse, remettant en cause le travail des magistrats dans l'affaire Borrel. Conformément à une jurisprudence déjà établie (CEDH, 7 novembre 2006, Mamère c/ France, n° 12697/03), la Cour fait prévaloir une interprétation étroite des exceptions à la liberté d'expression prévues par l'article 10 § 2. Ce texte oblige au cumul de trois éléments pour restreindre la libre expression. Si, dans les trois espèces, les deux premiers, l'existence d'une base légale et d'un but légitime de la condamnation par les juges nationaux, ne posent pas de difficultés particulières, la Cour a l'occasion d'illustrer sa conception de la « *nécessité* » de l'ingérence qui implique l'existence d'un « *besoin social impérieux* ».

2.3.1. La base légale et le but légitime, deux éléments objectifs

Pour qu'une ingérence ait une « *base légale* », il faut, selon la Cour, qu'existe une norme de qualité, c'est-à-dire « *accessible* » aux personnes qu'elle vise. Celles-ci doivent être en mesure de connaître les conséquences de leurs actes. Les dispositions de la loi du 29 juillet 1881, relative à la liberté de la presse, ont déjà été reconnues conformes aux exigences conventionnelles (CEDH, 11 avril 2004, Brasillier c/ France, n° 71343/01).

De plus, les mesures prises par les autorités doivent répondre à l'un des objectifs « *légitimes* », énumérés par l'article 10 : la sécurité nationale, l'intégrité

Le maintien d'un individu en détention provisoire impose d'agir promptement

territoriale, la protection de la santé ou de la morale par exemple. Dans les trois espèces, la Cour reconnaît que les condamnations des requérants avaient pour but la défense de la réputation et des droits d'autrui.

disproportionnée à la liberté d'expression » (CEDH, 11 octobre 2007, Kanellopoulou c/ Grèce, n° 28504/05).

*

* *

2.3.2. La reconnaissance subjective de l'existence d'un « *besoin social impérieux* »

Entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} juin 2009, la CEDH a rendu dix décisions concernant la France et l'a condamnée à seulement cinq reprises. À ce rythme là, le record atteint en 2008 devrait être battu en 2009...

Frédéric Amérgo et Xavier Thiéry
(Direction des affaires juridiques)

Toute restriction à la libre expression doit être nécessaire dans une société démocratique

La liberté d'expression « *constitue l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ». Toute entorse à celle-ci doit donc être « *nécessaire* » et reposer sur des motifs « *pertinents et suffisants* », appréciés par la Cour : elle doit répondre à un « *besoin social impérieux* ». Or, il n'en existe aucun, dans chacune des trois espèces.

Ce besoin est déterminé par le juge, notamment par l'existence ou non d'un « *intérêt général* ». Si un tel intérêt est reconnu, la Cour accepte d'autant moins les entraves à la liberté d'expression. La presse, en effet, ne doit pas être dissuadée « *de participer à la discussion d'un intérêt général légitime* ». La Cour distingue ici l'intérêt du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et le fonctionnement de la justice (arrêt « *July* »), sur le financement et la gestion d'un lieu de culte (arrêt « *Chalabi* »), et enfin, sur le fonctionnement et la qualité de l'enseignement universitaire (arrêt « *Brunet* »).

Par ailleurs, elle rappelle des principes qui guident son interprétation de l'article 10 § 2. Ainsi la presse se voit-elle reconnaître la possibilité de publier des propos volontairement provocateurs tout en restant dans un juste exercice de sa liberté d'expression, « *les limites de la critique admissible sont plus larges pour des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour de simples particuliers* », la nature et la gravité des sanctions doivent être proportionnelles aux faits reprochés. À cet égard, la Cour a, par exemple, déjà jugé que « *l'existence même d'une sanction pénale peut être considérée comme une ingérence*

Le Conseil d'État précise les principes et les modalités de publicité applicables en matière de délégation de service public

La décision Communauté urbaine de Bordeaux du Conseil d'État du 1^{er} avril 2009 apporte une confirmation en même temps qu'un assouplissement des obligations de publicité applicables aux délégations de service public. Confirmation de l'existence d'une obligation de publicité adéquate, issue des principes communautaires, dans le cas où la délégation est susceptible d'intéresser un opérateur européen ; assouplissement par la reconnaissance au profit de l'autorité délégante d'une liberté pour déterminer les modalités de la publicité appropriées, et l'exigence d'une vigilance raisonnable de la part des destinataires de cette publicité.

CE, 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux c/ société Kéolis, n° 323585 et 323593

Un référé précontractuel contre la procédure de passation d'une délégation de service public

L'exigence d'une publicité adéquate

La communauté urbaine de Bordeaux (« CUB »), compétente en matière de transports publics urbains de voyageurs, a engagé en 2007 une procédure, afin de renouveler le contrat de délégation du service de transports publics sur son territoire. Elle a rendu publique cette procédure, par l'insertion d'un avis dans plusieurs publications. La procédure menée a abouti au choix d'un nouveau délégataire. Mais, avant la signature du contrat, une société allemande a mis en cause la procédure devant le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, par la voie du référé précontractuel. Le juge des référés¹ a annulé la procédure de passation du contrat, au motif que la « CUB » a méconnu l'obligation de transparence, découlant des principes communautaires de libre concurrence et de non-discrimination, qui est applicable à une procédure de passation d'une délégation de service public. Il a considéré que la publicité mise en œuvre était insuffisante, et qu'une publication à l'échelle européenne était également nécessaire. La communauté urbaine, ainsi que l'entreprise pressentie pour se voir octroyer la délégation, ont déposé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État contre l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif.

Il s'agissait donc pour le Conseil d'État de déterminer d'une part dans quelle mesure les principes communautaires de libre concurrence et de non discrimination étaient applicables à une procédure de passation d'une délégation de service public, d'autre part si l'appréciation rigoureuse des modalités de publicité choisies opérée par le juge des référés du tribunal administratif était justifiée.

Quels principes s'appliquent et quelles modalités s'imposent en matière de publicité pour la passation d'une convention de délégation de service public susceptible d'intéresser des opérateurs situés hors de France ?

Par sa décision du 1^{er} avril 2009², rendue en sous-sections réunies, le Conseil d'État précise dans un premier temps et dans un considérant de principe les obligations de publicité auxquelles est soumise la passation d'une convention de délégation de service public ; dans un second temps, il applique cette grille de lecture à l'espèce et estime que la publicité mise en œuvre, malgré l'absence de diffusion à l'échelle européenne, était suffisante. En l'absence de jurisprudence établie de la CJCE sur ce sujet, cette décision du Conseil d'État apporte de précieux renseignements sur les modalités de publicité de la procédure de passation des délégations de service public.

1. Le principe de transparence impose une procédure de publicité « adéquate » mais n'implique pas une obligation systématique de publicité à l'échelle européenne

1.1. Pour la procédure de passation d'une délégation de service public, une « publicité adéquate », découlant de l'application de principes communautaires, est nécessaire

La décision confirme une jurisprudence désormais bien établie : les délégations de service public sont soumises aux principes

¹ TA Bordeaux, ordonnance du 10 décembre 2008, Société DB Mobility Logistics AG.

² CE, 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux c/ société Kéolis, numéros 323585 et 323593.

fondamentaux de la commande publique, à la fois communautaires et français. Les directives « *marchés publics* » ne leur sont pas applicables, puisque les délégations de service public sont considérées en droit communautaire comme des concessions de services³, qui sont expressément exclues de l'application des règles prévues par les directives communautaires pour la passation des marchés publics⁴. En revanche les règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne s'y appliquent, et notamment le principe de non discrimination en raison de la nationalité⁵. La CJCE a jugé dans son arrêt « *Telaustria*⁶ », à propos d'une concession de services, que le principe de non discrimination implique une obligation de transparence qui « *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* ».

Le Conseil d'État confirme cette exigence de publicité adéquate, et précise comment elle s'articule avec les dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) concernant la publicité des délégations de service public. Il pose ainsi que : « *les dispositions précitées, qui s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer* ».

Le Conseil d'État avait déjà fait application de principes généraux du droit de la commande publique à des délégations de service public, mais c'était à propos de la

fixation de critères de sélection⁷, qui n'est pas une obligation en vertu du CGCT. Il avait également déjà utilisé ces principes fondamentaux à propos de modalités de publicité, mais il s'agissait de marchés, passés selon la procédure adaptée⁸. Surtout, dans ces deux arrêts, c'étaient les principes issus du droit français de la commande publique qui étaient mobilisés⁹. Dans la décision « *CUB* », c'est le traité instituant la Communauté européenne qui est visé, et expressément mentionné dans le considérant de principe. Il s'agissait en effet d'interpréter les dispositions de la loi « *Sapin* » (codifiées dans le CGCT), qui ont valeur législative, donc supérieure à celle de l'article 1^{er} du code des marchés publics. La technique de l'interprétation conforme, que le juge des référés du tribunal administratif avait utilisée lui aussi, permet de valider la législation française au regard des exigences communautaires.

Même si l'articulation des dispositions législatives et réglementaires en cause y incitait, cette utilisation directe des principes communautaires, par la généralité de ses termes, pourrait constituer un changement de politique jurisprudentielle notable. Le Conseil d'État ne semble en effet pas cantonner l'interprétation conforme des dispositions du CGCT aux seules hypothèses où le droit communautaire est applicable (en considération des caractéristiques du contrat, voir infra), la formulation est générale, et c'est seulement dans la suite du considérant que le Conseil d'État vise expressément la situation où le contrat en cause revêt une dimension transnationale. Cependant on pourrait aussi estimer que le cantonnement de l'application des principes communautaires aux situations intéressant le marché intérieur est implicite dans le raisonnement du Conseil d'État.

³ Pour les délégations de service public qui sont qualifiables de concessions de travaux, des exigences de publicité allégée, issue des directives communautaires, s'appliquent.

⁴ Article 17 de la Directive 2004/18 du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁵ Article 12 du traité instituant la Communauté européenne.

⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98.

⁷ CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance, n° 287198, T. page 946.

⁸ CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas de Calais, n° 278732, page 423.

⁹ Respectivement le principe « *de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public* », et ceux de l'article 1^{er} du code des marchés publics, qui dispose que « *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* ».

Sur cette question le juge des référés du tribunal administratif et le Conseil d'État ont la même conception, et quasiment la même rédaction : les délégations de service public sont soumises à une obligation de publicité adéquate, et les dispositions de la loi « Sapin » doivent être mises en œuvre de manière à respecter cette obligation.

1.2. Les modalités de publicité prévues par la loi « Sapin » peuvent être suffisantes

Toutes les délégations de service public sont soumises à des exigences particulières en termes de publicité, et ce depuis 1993 et l'adoption de la loi « Sapin¹⁰ », codifiée dans le code général des collectivités territoriales. L'article L. 1411-1 du CGCT exige « une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ». L'article R. 1411-1 du CGCT¹¹ précise que cette exigence est satisfaite « par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ».

Ainsi, dès 1993, le droit français veillait à garantir la transparence et l'efficacité des procédures de passation des contrats publics.

Si la publicité des délégations de service public locales, qui sont les plus fréquentes, semble assurée par les modalités prévues par le CGCT, la question se posait de savoir s'il en est de même pour des délégations de service public de plus grande ampleur comme celle du service des transports d'une importante métropole française. C'est sur cette question que le juge des référés du tribunal administratif et le Conseil d'État en cassation divergent. En l'espèce la « CUB » avait respecté les exigences du CGCT, avec la publication dans un journal d'annonces légales local et dans une publication spécialisée dans le secteur des transports. Cependant le juge des référés de première instance annule la procédure

de passation : il considère que, dès lors que la délégation de service public est susceptible d'intéresser des opérateurs à une échelle internationale, ces publications ne suffisent pas, la « CUB » aurait dû les compléter soit par un avis au Journal officiel de l'Union européenne, soit par une insertion dans un journal économique d'audience internationale. Ici le Conseil d'État censure une erreur de droit : le juge des référés ne pouvait exiger une publication bénéficiant d'une diffusion européenne sans rechercher si la publicité mise en œuvre était « insusceptible d'échapper à l'attention de l'ensemble des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation ».

Ainsi les modalités prévues par le droit français ne deviennent pas par principe insuffisantes lorsque les caractéristiques de la délégation en font un contrat susceptible d'intéresser des entreprises non françaises. Le Conseil d'État précise bien que « une procédure de publicité adéquate peut être assurée par une insertion dans un support de référence pour les annonces concernant les procédures de délégation de service public lancées en France dans le domaine concerné ». Cependant il précise que lorsque le contrat en cause est, compte tenu de ses caractéristiques, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés hors de France, la publicité ne sera considérée comme adéquate qu'à la condition sus exposée qu'elle soit insusceptible d'échapper à une veille raisonnablement vigilante des opérateurs intéressés.

L'exigence d'une publicité « adéquate » est équilibrée par une responsabilisation des acteurs économiques à la délégation. C'est l'articulation de ces deux logiques qui va faire en sorte que les procédures prévues par le droit français pourront être considérées comme suffisantes même pour une délégation de dimension communautaire. Il reste à déterminer, dans ces conditions, et pour chaque cas concret, la procédure de publicité adéquate. C'est à la personne délégante de l'apprécier, sous le contrôle du juge administratif. Tout dépend des caractéristiques du contrat.

¹⁰ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹¹ Issu du décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public.

Les obligations de publicité en droit français peuvent constituer une publicité adéquate

2. Le juge contrôle les modalités de publicité de la procédure de passation choisies

2.1. Le champ et l'intensité de la procédure de publicité exigée pour les délégations de service public varient selon les caractéristiques du contrat

Une analyse concrète des caractéristiques du contrat

La passation de toutes les délégations de service public doit être précédée d'une « *procédure de publicité adéquate* », et le caractère adéquat de la publicité s'apprécie « *compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer* », pose le Conseil d'État. L'autorité délégante peut donc être amenée à ajouter à la procédure prévue par le droit français dans certaines hypothèses, notamment « *lorsque la délégation de service public en cause est, compte tenu de ses caractéristiques, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne* ».

Une absence d'obligation de publication à l'échelle européenne

Le Conseil d'État semble adopter ici une logique similaire à celle de l'« *intérêt transfrontalier certain* » utilisé par la CJCE pour limiter le champ d'application de la jurisprudence « *Telaustria* » : des obligations de publicité supplémentaires s'appliquent seulement si les « *caractéristiques* » de la délégation le justifient. Cette solution a l'avantage de s'adapter de manière optimale à des situations différentes, d'éviter d'imposer de manière automatique des obligations de publicité qui, si elles constituent une publicité adéquate dans certaines circonstances, ne présenteraient aucun intérêt dans d'autres. Elle a en contrepartie l'inconvénient d'instaurer une certaine incertitude juridique sur la liste de ces caractéristiques, et sur la manière dont le juge va les apprécier.

Chacune des institutions ou juridictions chargées de contrôler le respect des obligations de publicité à l'échelle européenne s'est prononcée pour essayer de fixer des critères de nature à identifier les contrats pour lesquels une publicité à l'échelle européenne est nécessaire. La CJCE utilise le concept d'intérêt transfrontalier certain¹² comme élément

¹² Voir : CJCE, 13 novembre 2007, Commission c/ Irlande, C-507/03, pour une première utilisation [Suite en bas de colonne suivant]

déclencheur de l'application de la jurisprudence « *Telaustria* » sur l'obligation de publicité adéquate. Dans deux arrêts récents¹³, elle entend de préciser les critères de cet « *intérêt transfrontalier certain* ». Est évoquée notamment la « *valeur estimée* » du marché, « *en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers*¹⁴ » ; ainsi que « *son lieu d'exécution et son enjeu économique*¹⁵ ». La Commission a énuméré des critères tels que l'objet du contrat, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur et du marché, son lieu d'exécution¹⁶. Le Conseil d'État utilise ici des critères similaires : objet, montant financier et enjeux économiques de la délégation de service public¹⁷.

Ces critères vont permettre d'identifier les situations dans lesquelles la délégation est « *susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne* » : dans cette hypothèse, une publication au JOUE se justifierait : c'est ce qu'a considéré le juge des référés du tribunal administratif.

Cependant le Conseil d'État tempère cette exigence de publicité adéquate à l'échelle européenne : la procédure de publicité utilisée doit être « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être*

[Suite du bas de colonne précédent]

de ce concept, à propos d'un marché public de services non prioritaires ; ainsi que : CJCE, 29 novembre 2007, Commission c/ Italie, C-119/06, à propos d'un marché public de services d'un montant inférieur aux seuils communautaires.

¹³ CJCE, 15 mai 2008, SECAP, C-147/06 ; CJCE 17 juillet 2008 ASM Brescia SpA, C-347/06.

¹⁴ CJCE, 15 mai 2008, SECAP, précité, paragraphe 4, à propos d'un marché public de travaux inférieur aux seuils communautaires.

¹⁵ CJCE, 17 juillet 2008, ASM Brescia SpA, précité, à propos d'une concession de services.

¹⁶ Communication interprétative de la Commission européenne relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « *Marchés publics* » (Comm. CE communication 2006/C-179/02, JOUE n° C 179, 1^{er} août 2006, page 2) du 23 juin 2006, paragraphe 1.3.

¹⁷ Dans la décision « *Région Nord-Pas de Calais* » (CE, 7 octobre 2005) précité, pour un marché public passé selon la procédure adaptée, étaient cités l'objet, le montant, le degré de concurrence et les conditions de passation du marché.

intéressés ». C'est ainsi que les modalités prévues par le droit français peuvent suffire. Une logique de responsabilisation (des destinataires de la publicité) vient compléter la logique d'adaptation (au contrat de la publicité mise en œuvre par l'autorité déléguée).

La publicité « *adéquate* » apparaît ainsi moins exigeante pour les délégations de service public que pour les marchés publics, même si c'est la même logique qui s'applique : pour les marchés passés selon une procédure adaptée il faut une publicité suffisamment large pour que tous les opérateurs intéressés la reçoivent (décision « *Région Nord-Pas-de-Calais* »), pour les délégations de service public il faut une publicité suffisamment visible pour que tous les opérateurs intéressés qui la cherchent raisonnablement puissent la trouver facilement (décision « *Communauté urbaine de Bordeaux* »). La différence peut tenir à la nature des contrats : si la candidature à un marché public peut être rapide, dans la mesure où c'est le cœur de métier de l'entreprise, celle à une délégation de service public doit être réfléchie ; l'entreprise s'engage sur le moyen ou le long terme, elle va avoir un contact régulier avec les usagers du service. Cela justifie qu'elle se renseigne sur le type de délégations qui l'intéresse. La différence peut aussi s'expliquer par le fait que les délégations de service public ne sont pas soumises à des obligations de publicité régies de manière précise par des directives communautaires. Si la Commission souhaite voir cet état de choses changer, il faut constater que les États membres de l'UE ont toujours refusé de réglementer les concessions de service public. Instaurer une obligation de publication au JOUE aurait été aller à l'encontre de la volonté des États.

2.2. Une application souple en l'espèce, qui ne préjuge pas de la jurisprudence à venir

La décision est intéressante, non seulement pour la précision qu'elle apporte en termes de principes applicables, mais également pour les enseignements qu'on peut en tirer en termes de modalités pratiques à mettre en œuvre. Le Conseil d'État ayant annulé l'ordonnance, il est amené à apprécier lui-même, en tant que juge du référé précontractuel, si la publicité mise en œuvre était suffisante.

Pour faire connaître son intention de renouveler le contrat de délégation de service public de transports, la « *CUB* » avait fait paraître un avis dans trois publications : le magazine « *Ville et Transports* », bimensuel spécialisé dans les transports à diffusion nationale, « *Les Échos judiciaires girondins* », journal habilité à recevoir des annonces légales à diffusion locale et le « *Le Moniteur des Travaux publics* », hebdomadaire spécialisé dans le bâtiment et les travaux publics, à diffusion nationale et partiellement internationale, notamment grâce au site Internet « *Marchés on line* ». La « *CUB* » avait a priori respecté les exigences du CGCT, en publiant l'avis dans un journal d'annonces légales (*Les Échos judiciaires girondins*) et dans une publication spécialisée dans le secteur économique concerné par la délégation (*Ville et transport et le Moniteur*). Mais il était nécessaire de vérifier que la procédure de publicité était adéquate, et qu'elle était insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation, y compris ceux implantés sur le territoire d'un autre État membre, dans la mesure où on se trouvait dans une hypothèse où le contrat est susceptible d'attirer l'attention d'opérateurs situés hors de France.

En l'espèce le Conseil d'État considère, en désaccord avec le juge des référés du tribunal administratif, que la publicité mise en œuvre était suffisante. Après avoir rappelé l'objet du contrat (service public des transports de personnes), la taille du marché (territoire d'une agglomération de près de 700.000 habitants), le montant du contrat (750 millions d'euros) et sa durée (période 2008-2013), il examine les supports de publication (autres que le journal d'annonces légales local). Pour la revue « *Ville et Transport* », qui correspond à la publication spécialisée exigée par le droit français, il prend en considération son audience auprès du secteur économique concerné et son contenu en termes d'annonces concernant les délégations de service public de ce secteur. Il mentionne ensuite le site Internet « *Marchés on line* », en soulignant sa large fréquentation et sa notoriété. Il cite seulement « *au surplus* » l'insertion dans la revue « *Le Moniteur* ». Après avoir bien précisé que la « *CUB* » « *n'était pas tenue de procéder systématiquement à une insertion dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne* », le Conseil d'État considère qu'elle a mis en œuvre une

Une publicité dans des supports de référence français jugée suffisante pour informer des opérateurs étrangers

procédure de publicité adéquate et « *n'a ainsi ni méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ni porté atteinte à l'égalité de traitement entre les opérateurs* ».

L'appréciation du Conseil d'État est relativement souple. Il n'est pas contesté qu'en considération de l'objet du contrat autant que de son montant, une telle délégation intéressait des opérateurs situés hors de France. Si l'on peut saluer le refus d'imposer une publication au Journal officiel de l'Union européenne systématique pour les délégations d'incidence européenne, qui aurait introduit une rigidité handicapante et parfois inutile, on a davantage de mal à envisager comment, en l'espèce, les opérateurs étrangers intéressés par la délégation auraient pu avoir connaissance du contrat. Certes le critère de l'opérateur raisonnablement vigilant amène à abaisser les exigences en termes d'audience de publicité. Cependant on peut estimer que la récolte d'informations sur ce contrat depuis l'étranger nécessitait non une veille raisonnable, mais plutôt une surveillance acharnée. On objectera que c'est une société allemande qui a introduit le premier recours, manifestant sa connaissance de la procédure en cours. Cependant il a été jugé que les modalités de publicité à contrôler pour apprécier si elles ont été adéquates sont celles mises en œuvre par la personne publique, et non celles qui ont été faites indépendamment de sa volonté¹⁸. On peut à ce titre s'interroger sur l'utilisation de la publication sur le site Internet « *Marchés on line* » comme un des éléments déterminants de l'appréciation du juge : en effet la mise en ligne sur ce site ne résulte pas d'une volonté de la personne publique, il s'agit seulement d'une reprise des insertions figurant dans la revue « *papier* ».

La jurisprudence des tribunaux administratifs, à l'image de celui de Bordeaux dans la présente affaire¹⁹, était jusqu'ici plus exigeante ; à présent que le Conseil d'État a statué et s'est livré à une appréciation compréhensive de la notion de procédure de publicité adéquate, on peut envisager

une évolution de la jurisprudence, vers davantage de souplesse pour les pouvoirs publics, et de responsabilité pour les opérateurs économiques.

Cette souplesse dans l'appréciation du caractère adéquat de la publicité mise en œuvre est appréciable, dans un domaine, celui des délégations de service public, où le montant du contrat n'est pas nécessairement proportionnel à son intérêt pour les opérateurs économiques situés à l'étranger. Mais la contrepartie en est l'incertitude quant aux critères que doit appliquer la personne publique, afin de savoir si la publicité qu'elle a mise en œuvre est suffisante. Même si des critères, tels que l'objet ou le montant du contrat, commencent à se dégager de la jurisprudence (voir supra), et que le Conseil d'État semble en avoir une appréciation souple, le problème n'est pas réglé par la décision « *CUB* » : chaque contrat a des « *caractéristiques* » différentes, qui vont impliquer des procédures de publicité particulières. La liberté dont disposent les personnes publiques doit être tempérée par la prudence dont elles devraient faire preuve afin d'éviter tout contentieux inutile. Même si aucun texte ne l'impose, ajouter une publicité à diffusion européenne aux publications imposées par le droit français semble le meilleur moyen d'éviter tout risque au regard du principe de transparence, pour les délégations susceptibles d'intéresser des opérateurs étrangers.

*

* *

En refusant d'imposer une obligation de publication au JOUE, tout en exigeant le respect du principe de transparence par la mise en œuvre d'une procédure de publicité adéquate, cette décision s'inscrit dans une tendance récente et générale d'une responsabilisation accrue des décideurs publics en matière de commande publique, en contrepartie d'une liberté plus grande qui leur est offerte.

En exigeant des opérateurs économiques intéressés qu'ils soient raisonnablement vigilants, cette décision révèle un souci de pacification et de subjectivisation du référé précontractuel, et semble se placer dans

¹⁸ CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas de Calais, précité.

¹⁹ Ordonnance précitée en note 1.

la lignée de la décision « *Smirgeomes*²⁰ » : les requérants contestent-ils la procédure de passation, parce qu'ils en ont été illégalement mis écartés, ou simplement parce qu'ils ont été insuffisamment diligents ou vigilants pour pouvoir y participer ?

Plus largement, on peut saluer la participation de cette décision à la construction d'un droit de la commande publique harmonisé, gouverné par les principes fondamentaux de libre accès, d'égalité de traitement, de transparence, principes tempérés par un souci de responsabiliser les opérateurs économiques acteurs de la commande publique.

Gabrielle Maubon (Direction des affaires juridiques)

²⁰ CE S°, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (*Smirgeomes*), n° 305420.

Conseil d'État

N° 323585 et 323593

7ème et 2ème sous-sections réunies

Publié au recueil Lebon

Lecture du mercredi 1^{er} avril 2009

Considérant [...] que l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dispose que : « *Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code 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'État* » : qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du même code : « *L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. [...]* » ;

Considérant que les dispositions précitées, qui s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer ; que lorsque la délégation de service public en cause est, compte tenu de ses caractéristiques, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne, une procédure de publicité adéquate peut être assurée par une insertion dans un support de référence pour les annonces concernant les procédures de délégation de service public lancées en France dans le domaine concerné, à la condition toutefois qu'elle soit insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation, y compris ceux implantés sur le territoire d'un autre État membre ;

Considérant que pour annuler la procédure litigieuse en raison d'une méconnaissance des principes de transparence et de non discrimination à l'égard des opérateurs établis hors de France, le juge des référés a estimé que, compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés hors de France, une insertion devait nécessairement être assurée dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne ; qu'en annulant ainsi la procédure litigieuse sans rechercher si, en dépit de leur diffusion limitée sur le plan international, les publications spécialisées retenues par la communauté urbaine de Bordeaux ne constituaient pas des supports de référence pour les annonces concernant les procédures de délégation de service public lancées en France dans le domaine du transport public urbain de voyageurs, insusceptible d'échapper à l'attention de l'ensemble des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation, le juge des référés a commis une erreur de droit ; qu'il en résulte, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que la communauté urbaine de Bordeaux et la société KEOLIS sont fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société DB Mobility Logistics AG ;

[...]

Considérant que la délégation de service public que la communauté urbaine de Bordeaux entendait passer concernait le service public des transports de personnes sur le territoire d'une agglomération de près de 700.000 habitants, et pour un montant prévisionnel de 750 millions d'euros, au titre de la période couvrant les années 2008 à 2013 ; que la communauté urbaine de Bordeaux a publié un avis d'appel public à la concurrence dans les « *Échos judiciaires girondins* », journal local d'annonces légales, et dans la revue bimensuelle « *Ville et Transports* » ; qu'elle a complété cette publicité par une insertion dans le « *Moniteur du Bâtiment et des Travaux publics* » et sur le site Internet « *Marchés on line* » ;

Considérant que la revue « *Ville et Transports* » est en France l'une des revues de référence dans le domaine des transports publics de voyageurs, recueillant un nombre élevé d'annonces concernant des délégations de service public passées dans ce secteur ; que le site « *Marchés on line* » constitue par ailleurs un site largement fréquenté, avec plus de deux millions de pages vues par mois, environ 14.500 entreprises inscrites, et une source d'information reconnue pour les avis concernant les marchés de travaux publics, mais aussi les marchés de service et les délégations de service public passés sur le territoire français ; que compte tenu des publications intervenues dans ces deux supports, complétées, au surplus, par une insertion dans la revue « *Moniteur du Bâtiment et des Travaux publics* », la communauté urbaine de Bordeaux, qui, à défaut d'une disposition l'exigeant, n'était pas tenue de procéder systématiquement à une insertion dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne, a mis en œuvre, conformément aux exigences du code général des collectivités territoriales rappelées ci-dessus, une procédure de publicité adéquate, insusceptible en l'espèce d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par la délégation de service public en cause, y compris ceux implantés dans d'autres États membres de l'Union européenne, et n'a ainsi ni méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ni porté atteinte à l'égalité de traitement entre les opérateurs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il y ait lieu de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle, la demande présentée par la société DB Mobility Logistics AG doit être rejetée ;

[...]

D É C I D E :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 10 décembre 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société DB Mobility Logistics AG devant le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux est rejetée.

Article 3 : La société DB Mobility Logistics AG versera à la communauté urbaine de Bordeaux une somme de 4.000 euros et une somme du même montant à la société Keolis au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la communauté urbaine de Bordeaux, à la société Keolis et à la société DB Mobility Logistics AG.

La concession autoroutière, l'avenant, la loi, et le Conseil d'État

La décision « *Association Alcaly et autres* » du Conseil d'État est intéressante à deux titres. Il est précisé d'une part qu'une loi ne peut pas rétroactivement faire obstacle à la contestation d'une décision faisant l'objet d'un procès, sauf impérieux motif d'intérêt général. D'autre part il est fait application d'une possibilité de dérogation à l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence, via la notion d'entreprise pressentie.

CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, n° 290604

En 1992, a été conclue une concession entre l'État et la société Autoroutes du Sud de la France chargeant celle-ci de la construction et de l'exploitation d'autoroutes, dont l'A89.

Le 31 janvier 2006, un avenant à la convention a été signé, sans procédure de publicité et de mise en concurrence, entre les parties ayant un double objectif : confier au cocontractant la construction et l'exploitation d'un nouveau tronçon de l'autoroute A89, permettre une augmentation des péages sur l'ensemble des autoroutes gérées par la société. Les concessions d'autoroutes sont régies par l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, qui prévoit que le contrat et ses avenants doivent être approuvés par un décret en Conseil d'État. Dans le souci de parer à une éventuelle annulation contentieuse de la décision de signer l'avenant et des clauses réglementaires de celui-ci, c'est une loi¹ qui a approuvé la teneur de l'avenant au contrat de concession de 1992.

Les requérants, deux associations et trois habitants de l'agglomération lyonnaise, ont invoqué, à l'appui de leurs conclusions dirigées contre la décision de signer l'avenant et ses clauses réglementaires, la violation par celui-ci des directives communautaires du 18 juillet 1989 et du 14 juin 1993 fixant les règles applicables à la conclusion de certains marchés ainsi que de la loi Sapin du 29 janvier 1993 en ce qu'elles ont trait aux mesures de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État va écarter la loi du 1^{er} mars 2006 comme contraire à la garantie d'un procès équitable prévue au I de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH). Puis, il va

analyser la décision attaquée au regard des directives communautaires et de la loi Sapin susmentionnées, pour lesquelles il va faire application de la notion d'entreprise pressentie. Celle-ci permet une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence que ces textes posent.

1. La loi du 1^{er} mars 2006 approuvant l'avenant litigieux ne pouvait pas rétroactivement faire obstacle à la contestation de celui-ci

1.1. La loi visait à se substituer au juge dans la résolution du litige

Le Conseil rappelle le contenu du droit au procès équitable, dont le respect s'impose à l'État, et en tire comme conséquence, énoncée dans des arrêts antérieurs (CE, 8 février 2007, Gardedieu, n° 279522), l'impossibilité pour le législateur d'intervenir au cours d'un procès, en modifiant de façon rétroactive le droit applicable, afin de donner au litige la solution qui lui convient.

Or, tel était bien la portée de la loi du 1^{er} mars 2006. Ainsi que l'explique le commissaire du gouvernement, M. Boulouis, qui se réfère aux travaux parlementaires, la proposition de loi visait clairement à prémunir l'avenant à la concession contre une annulation que pourrait prononcer à son encontre le Conseil d'État, qui serait fondée sur l'absence de mesures de publicité et de mise en concurrence ayant prélué à sa passation.

Cet arrêt confirme que pour que l'on soit en présence d'une ingérence du législateur dans une instance en cours, les requêtes doivent être enregistrées avant la date de promulgation de la loi : c'est la raison pour laquelle ceux des requérants étant intervenus postérieurement à cette date ne pouvaient plus invoquer la violation par ladite loi de leur droit à un procès équitable.

Un avenant à une concession autoroutière... approuvé par une loi

La censure d'une loi ayant pour objet de faire obstacle aux instances en cours

¹ Loi n° 2006-241 du 1^{er} mars 2006 relative à la réalisation de la section entre Balbigny et La Tour-de-Salvagny de l'autoroute A89.

L'interdiction faite au législateur de s'immiscer dans le déroulement d'une instance juridictionnelle est énoncée en termes similaires par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans sa jurisprudence².

1.2. La loi n'était pas justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général

La règle de non ingérence du législateur dans des instances en cours comporte une exception précisée par le Conseil dans l'arrêt commenté et que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : une telle intervention sera admise, si elle est justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général (Cour Européenne des Droits de l'Homme, 28 octobre 1999, Zielinsky, précité).

Pour décider si les motifs impérieux d'intérêt général invoqués par le Gouvernement peuvent justifier l'application d'une loi visant à interférer dans le règlement d'un litige en cours, le Conseil d'État confronte ces motifs avec le droit de toute personne à un procès équitable institué au I de l'article 6 de la CEDH (CE, 21 décembre 2007, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 29846 3).

Dans cette affaire, le Conseil avait écarté l'article 74 d'une loi du 21 décembre 2006 validant un arrêté du 27 septembre 2006 qui instituait une baisse des tarifs applicable aux établissements de santé privé, en tant qu'il avait violé la procédure consultative instituée à l'article L. 162-22-10 du code de la sécurité sociale. Malgré l'argumentation du Gouvernement, qui soutenait notamment que l'annulation de cet arrêté risquait d'aggraver le déséquilibre financier de l'assurance maladie, que la consultation était malaisée à réaliser compte tenu des difficultés de mise en œuvre de la nouvelle réforme concernant les tarifs des prestations médicales, le juge a considéré que de tels motifs ne présentaient pas un intérêt général impérieux susceptible de permettre à l'État de mettre en cause le droit au procès équitable.

² CEDH, 28 octobre 1999 Zielinsky et Pradal c/ France n° 24846/94 paragraphe n° 57 : « La Cour réaffirme que [...] le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ».

C'est au vu d'une confrontation de cette nature que la Haute juridiction, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, a estimé que la construction et l'exploitation du tronçon de l'autoroute A89 ne constituait pas un motif impérieux d'intérêt général, de nature à faire obstacle à la garantie du procès équitable.

La prééminence de cette garantie implique l'incompatibilité de la loi du 1^{er} mars 2006 avec le I de l'article 6 de la CEDH et, en conséquence, le caractère inapplicable de cette disposition législative au contentieux relatif à l'avenant du 31 janvier 2006.

Après avoir écarté la loi du 1^{er} mars 2006, le Conseil allait comparer l'avenant litigieux aux dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 et des directives européennes relatives à la conclusion des marchés publics.

2. La passation de l'avenant litigieux ne nécessitait pas de mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, l'entreprise ayant été pressentie avant l'entrée en vigueur des textes imposant de telles obligations

Une fois réglées les questions préalables, le Conseil d'État examine les conclusions à fins d'annulation, dirigées contre la décision de signer l'avenant. Les requérants invoquaient les obligations de publicité et de mise en concurrence résultant de la directive n° 89/440/CEE du 18 juillet 1989 relative aux marchés publics de travaux³, reprises par la directive n° 93/38/CEE du 14 juin 1993, ainsi que les obligations de portée équivalente contenues dans la loi dite Sapin du 29 janvier 1993⁴. Le Conseil d'État écarte toutefois ces moyens en faisant application d'une disposition transitoire qui exempte de publicité et de mise en concurrence la passation des contrats dont le titulaire était déjà pressenti avant l'entrée en vigueur de ces textes.

³ Transposée par un décret du 31 mars 1992 en ce qui concerne les contrats de l'État.

⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Une atteinte injustifiée au droit à un procès équitable

2.1. La passation ou la modification substantielle d'une concession autoroutière sont, en principe, soumises à une procédure de publicité et de mise en concurrence

Les concessions d'autoroutes sont régies par des dispositions de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, issu de l'article 4 de la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes. Ces dispositions permettent de conclure un contrat de « *délégation des missions du service public autoroutier* », dénomination qui se substitue en 2004 à celle de « *contrat de concession* » issue de la loi de 1955.

L'évolution dans le temps du vocabulaire employé par ces articles est révélatrice du statut un peu particulier des concessions d'autoroutes : elles sont, à la fois, des délégations de service public et des concessions de travaux. Des délégations de service public, puisqu'elles sont des contrats par lesquels l'État confie à un tiers l'exécution d'un service public, le service public autoroutier, reconnu comme tel par la jurisprudence⁵, et qu'elles répondent donc à la définition de la délégation de service public introduite dans la loi Sapin⁶ en 2001. Des concessions de travaux, puisqu'elles consistent pour l'État à confier à une entreprise la construction et l'exploitation d'une autoroute, l'entreprise se rémunérant sur les péages prélevés sur les usagers de l'autoroute, et qu'elles répondent ainsi également à la définition communautaire des concessions de travaux⁷.

Il en résulte pour la personne publique (en l'occurrence l'État) qui veut conclure une concession d'autoroute l'obligation de mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence qui soit conforme aux dispositions régissant ces deux types de contrats.

⁵ CE, 6 juillet 1994, Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF), n° 156708, confirmé par des décisions du Tribunal des conflits du 20 novembre 2006, notamment société des autoroutes Esterel Côte d'Azur Provence Alpes (ESCOTA), n° 3569.

⁶ Voir article 38.

⁷ C'est-à-dire présenter les mêmes caractéristiques que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux à effectuer consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Les délégations de service public doivent répondre aux exigences de la loi dite Sapin et de son décret d'application. L'article 38 de la loi Sapin prévoit la soumission « à une *procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État* », lequel⁸ précise que sont nécessaires « une *insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné* ».

Les concessions de travaux sont régies par des dispositions de droit communautaire dérivé depuis la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Ces dispositions figurent aujourd'hui dans le titre III de la directive 2004/18/CE⁹, qui prévoit, pour les concessions de travaux qui dépassent un certain montant, la publication d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne. Ces dispositions ont été transposées en droit français par une loi du 3 janvier 1991¹⁰. Les obligations de publicité sont fixées par le décret du 31 mars 1992¹¹, qui rappelle l'exigence de publication au JOUE au moyen d'un avis conforme au modèle européen. Ce décret ne préjuge pas de « *la publication sur le plan national, lorsqu'elle s'avère nécessaire* », et précise que celle-ci « *ne peut être antérieure à l'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles des communautés européennes et ne peut fournir de renseignements autres que ceux qui sont publiés au Journal officiel des communautés européennes* ».

⁸ Décret n° 93471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public.

⁹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

¹⁰ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

¹¹ Décret n° 92-311 du 31 mars 1992 soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Le statut particulier des concessions d'autoroutes

En l'espèce, aucune formalité préalable de publicité ou de mise en concurrence n'a été respectée. Le Conseil d'État écarte toutefois les arguments des requérants, en se fondant sur la notion d'entreprise pressentie.

La notion d'entreprise pressentie : une mesure transitoire... qui peut durer !

2.2. La notion d'entreprise pressentie permet d'échapper à l'application des procédures de publicité et de mise en concurrence prévues pour les concessions de travaux et les délégations de service public

Les requérants ont invoqué les dispositions des directives du 18 juillet 1989¹² et du 8 février 1993¹³, ainsi que celles de la loi Sapin. Ils soutiennent que l'avenant litigieux, signé le 31 janvier 2006 et approuvé par la loi n° 2006-241 du 1^{er} mars 2006, qui attribue à ASF la concession du tronçon de l'A89 entre Balbigny et la Tour-de-Salvagny, aurait dû être soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Pour les concessions de travaux comme pour les délégations de service public, les textes comportent des dérogations à ces formalités. En ce qui concerne les concessions de travaux, l'article 6-1 du décret d'application de la loi de 1991¹⁴ prévoit que « *les dispositions du présent titre ne sont pas applicables aux contrats dont le titulaire a été pressenti avant le 22 juillet 1990 et a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires* ». De même en ce qui concerne les délégations de service public, l'article 47 de la loi Sapin¹⁵ dispose que « *les dispositions des articles 38 et 42 à 46 de la présente loi [...] ne sont pas applicables lorsque, avant la date de publication de la présente loi, l'autorité habilitée a expressément pressenti un délégataire et que celui-ci a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires* ». Ainsi, aucun manquement à une obligation de publicité et de mise en concurrence ne peut être

reproché pour une concession de travaux passée avec un opérateur pressenti avant 1990, et pour une délégation de service public passée avec un opérateur pressenti avant 1993.

Le Conseil d'État a jugé précédemment que ces mesures transitoires ne sont pas incompatibles avec les objectifs des directives transposées, dès lors que la dérogation à l'obligation de publicité qu'elles comportent ne concerne que des situations constituées avant la date à laquelle la directive devait produire ses effets¹⁶. Elles ne méconnaissent donc pas le principe selon lequel les autorités nationales ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis par une directive pour que soient prises les mesures nécessaires à sa transposition en droit interne, édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par cette directive¹⁷.

Le décret d'application de la loi du 3 janvier 1991 et la loi dite Sapin du 29 janvier 1993 posent deux conditions pour qu'un contrat puisse être dispensé des règles de publicité et de mise en concurrence qu'ils fixent : d'une part, qu'avant la date qu'ils déterminent, le titulaire du contrat ait été « *pressenti* » et, d'autre part, qu'il ait engagé, en contrepartie, des études et travaux préliminaires.

Cette seconde condition a déjà été précisée par le Conseil d'État. Dans sa décision « *Ville de Vaucresson*¹⁸ », il avait annulé un décret approuvant la construction et l'exploitation de l'A86 entre Versailles et Rueil-Malmaison, jugeant que l'entreprise n'avait pas engagé en contrepartie de la décision du ministre (lui communiquant son intention de lui attribuer la concession) « *des études ou travaux préliminaires autres que ceux qu'elle avait engagés et financés de sa propre initiative* ». Dans la décision *Alcaly*, le Conseil d'État constate qu'ASF a réalisé « *d'importants travaux et études préparatoires* » en contrepartie des engagements de l'État ; cette condition est donc remplie.

¹² Précitée.

¹³ Directive 93/4/CEE du Conseil, du 8 février 1993, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

¹⁴ Précité en note 7.

¹⁵ Précitée en note 1.

¹⁶ CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson*, n° 159496.

¹⁷ CE, 5 / 3 SSR, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, numéros 41971 et 41972.

¹⁸ Précitée en note 12.

La décision « *Alcaly* » est l'occasion de préciser la condition tenant au « *pressentiment* ». Le Conseil d'État constate successivement un engagement de l'État de confier à ASF dès l'année 1988 la concession de l'autoroute A89 entre Balbigny et la Tour de Salvagny, la circonstance que, même si dix-huit ans se sont écoulés, ce projet n'a jamais été complètement abandonné, et ajoute que, malgré les modifications rendues nécessaires par des difficultés techniques et environnementales, le projet qui fait l'objet de l'avenant litigieux « *ne diffère pas substantiellement de celui pour lequel la société ASF avait été retenue* ». Pour en arriver à de telles conclusions, le Conseil d'État aura tenu compte – de manière probablement déterminante – de la position exprimée par la Commission européenne dans une lettre du 12 avril 2005, qui estime compatible avec les règles communautaires l'attribution du tronçon à ASF. Il conclut qu'ASF doit être regardée comme ayant été pressentie pour la concession dès 1988. Il écarte alors les moyens tirés du non respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et rejette les requêtes.

Un souci de sécurité juridique

Cette notion d'entreprise pressentie, qui permet d'attribuer sans les formalités de publicité et de mise en concurrence préalables un contrat dont le titulaire autant que les caractéristiques avaient été déterminées avant l'entrée en vigueur des normes imposant ces formalités, s'inscrit dans une logique de sécurité juridique des contrats publics, fortement valorisée aujourd'hui¹⁹.

Didier Le Hénaff et Gabrielle Maubon
(Direction des affaires juridiques)

¹⁹ Récemment : CE Ass 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, n° 271737 : « *Considérant que, dans le cas où elle n'a pas expressément prévu, sous réserve, le cas échéant, de mesures transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et que s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle* ».

Que le meilleur gagne : les candidats doivent connaître les critères d'attribution des marchés passés selon une procédure adaptée

Par une décision de Section « Agence Nationale pour l'Emploi » du 30 janvier 2009, le Conseil d'État a jugé que les critères d'attribution d'un marché et, le cas échéant, leurs « modalités de mise en œuvre », doivent être portés à la connaissance des candidats dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché.

CE Sect.,
30 janvier 2009,
ANPE, n° 290236

Les marchés passés selon une procédure adaptée sont soumis aux principes fondamentaux du droit de la commande publique

Une solution cohérente au regard de la jurisprudence antérieure

L'Agence Nationale pour l'Emploi (ANPE) avait lancé, en 2002, une procédure de publicité et de mise en concurrence, pour un marché de services de qualification et d'insertion professionnelle, en faveur des demandeurs d'emploi. À cette fin, elle a publié un avis d'appel public à la concurrence dans le quotidien « *Le Parisien* ». L'association Pacte, candidate malheureuse, a contesté la décision de la direction régionale d'Ile-de-France de l'ANPE, devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, qui a rejeté sa demande. L'association a interjeté appel de ce jugement et obtenu gain de cause, devant la cour administrative d'appel de Versailles.

Suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand Dacosta, la Haute juridiction a confirmé la solution dégagée par l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel le 6 décembre 2005.

Dans cette affaire, la section du contentieux du Conseil d'État s'est prononcée sur la question de l'application des principes fondamentaux du droit de la commande publique aux marchés relevant de l'article 30 du code des marchés publics 2001, applicable en l'espèce. Ces marchés, dits de services « *non prioritaires* », pouvaient être passés « *sans formalités préalables* ». Le code des marchés publics 2004 a supprimé la possibilité de passer de tels marchés et l'a remplacée par la procédure adaptée. Le Conseil d'État a rappelé que les marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA) étaient bien soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures fixés à l'article 1^{er} du code des marchés publics. Il a déduit de ces principes des obligations « *non écrites* », en matière de publicité. Par cette décision importante, le Conseil d'État précise la détermination du contenu de la publicité.

1. Les marchés passés selon une procédure adaptée « rattrapés » par les principes fondamentaux du droit de la commande publique

1.1. Le Conseil d'État rappelle une jurisprudence établie

Le marché de qualification et d'insertion professionnelle, en faveur des demandeurs d'emploi, lancé par l'ANPE relevait de l'article 30 du code des marchés publics 2001. À ce titre, il n'était soumis qu'« *aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution* ». Il aurait pu être estimé qu'en dehors de ces deux seules exigences, le pouvoir adjudicateur pouvait se dispenser de toute mesure de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État a jugé, au contraire, que les marchés de l'article 30, malgré leurs spécificités, étaient soumis aux principes définis à l'article 1^{er} du code précité aux termes duquel « *quelque soit leur montant, 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*¹ ».

Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence constante, tant nationale qu'européenne. Le Conseil d'État avait, en effet, déjà jugé que les marchés conclus sans formalités préalables demeuraient « *soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1^{er} du code*² ». Quant à la Cour de

¹ Principes dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier la loi.

² CE, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, publié au recueil Lebon.

justice des Communautés européenne, elle a défini un ensemble de règles fondamentales pour la passation des marchés publics résultant directement des règles et principes du traité instituant la Communauté Européenne. À propos d'une concession de service, elle a jugé que le principe de non discrimination en raison de la nationalité implique une obligation de transparence, qui « *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*³ ». Elle a, ensuite, précisé que ces normes fondamentales étaient applicables aux marchés, dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives « *Marchés publics*⁴ », mais aussi aux marchés de services non prioritaires⁵.

C'est donc logiquement que la Haute juridiction a soumis les marchés de l'article 30 aux principes fondamentaux du droit de la commande publique.

1.2. Une réponse aux inquiétudes des acheteurs publics

Le contexte, dans lequel le Conseil d'État a eu à se prononcer, n'est pas anodin.

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics a relevé le seuil, en-dessous duquel les marchés publics de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée⁶. Une grande partie des marchés sera, désormais, passée selon cette procédure. Celle-ci se caractérise par la liberté laissée au pouvoir adjudicateur, dans la détermination des modalités de publicité et de mise en concurrence, qui lui semblent à même de garantir le respect des principes fondamentaux

³ CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, affaire C-324/98.

⁴ CJCE, 3 décembre 2001, Bent Moustén Verstergaard, affaire C-59/00.

⁵ CJCE, 27 octobre 2005, Contse, affaire C-234/03.

⁶ Les marchés d'un montant inférieurs à 133.000 euros pour les fournitures et services de l'État, 206.000 euros pour les fournitures et services des collectivités territoriales et 5.150.000 euros pour les travaux peuvent à présent être passés selon une procédure adaptée.

de la commande publique. Le relèvement du seuil des marchés de travaux vise, en effet, à faciliter et à accroître la commande publique, en accordant plus de souplesse et d'autonomie aux acheteurs. Cette liberté et cette responsabilité nécessitent de fixer des repères aux acheteurs publics. Ces derniers craignent, en effet, qu'une omission en matière de publicité ne soit source de contentieux. Ils n'en attendent donc que plus de précisions sur les modalités de la procédure et sur les obligations en matière de publicité.

Le Conseil d'État n'a, sans doute, pas été insensible à leurs inquiétudes.

La Haute juridiction a profité de la décision « *Agence Nationale pour l'Emploi* » du 30 janvier 2009, pour préciser les implications de la soumission des MAPA aux principes fondamentaux du droit de la commande publique, en matière de publicité. En effet, bien que cette décision porte sur un marché de services de qualification et d'insertion professionnelle relevant de l'article 30, les conséquences qui en découlent en matière de publicité ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des marchés, passés selon une procédure adaptée.

2. Contenu de la publicité : le Conseil d'État donne le mode d'emploi

La question de la détermination des modalités de la publicité se pose essentiellement pour les achats compris entre 20.000 euros hors taxes et 90.000 euros hors taxes, puisque en dessous de 20.000 euros hors taxes, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalables⁷, et qu'à partir de 90.000 euros hors taxes, sont imposées des modalités de publicité précisément définies. Elle est également pertinente pour les marchés de services, dits « *non prioritaires* », pour lesquels ce seuil de 90.000 euros n'est pas applicable (marchés de l'article 30).

⁷ Le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 a relevé à 20.000 euros le seuil en-dessous duquel les marchés publics peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Le Conseil d'État précise le contenu de la publicité des MAPA

2.1. L'information appropriée sur les critères d'attribution quel que soit le support de publicité utilisé

Une information obligatoire quel que soit le support

Quel que soit le support de publicité utilisé, des informations minimales doivent être obligatoirement portées à la connaissance des candidats potentiels.

Il était déjà admis que devaient toujours être mentionnés l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, ainsi que le délai dans lequel les candidatures doivent être déposées.

Obligation de communiquer les critères de choix des offres

La décision ANPE ajoute que doivent également être communiqués aux candidats, les critères d'attribution du marché, et en cas de critères multiples, leurs conditions de mise en œuvre.

La notion de « modalités de mise en œuvre » utilisée par le Conseil d'État mérite quelques explications. Le débat était de savoir si la publicité devait préciser, en cas de critères multiples, la pondération de ces critères. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Bertrand Dacosta invite le Conseil d'État à ne pas « donner un contenu prédéterminé à cette notion », afin d'éviter d'enserrer la procédure adaptée dans un carcan contraire à son principe. Cette obligation résulte de l'article 53-II du code des marchés publics, aux termes duquel les marchés à procédure adaptée ne sont pas soumis à l'obligation de pondération des critères de choix, applicable aux marchés passés selon une procédure formalisée. Pour autant, en application du principe de transparence des procédures, les marges de manœuvre, dont disposent les acheteurs publics dans l'organisation de la procédure adaptée, sont limitées. Le pouvoir adjudicateur pourra choisir soit de pondérer, soit de hiérarchiser les critères (par ordre d'importance décroissant) et il devra indiquer cette méthode dans sa publicité. M. Dacosta fait encore référence à une réponse ministérielle conseillant aux pouvoirs adjudicateurs, dont les achats s'approchent du seuil de 90.000 euros, d'employer la méthode de la pondération, afin d'éviter tout risque contentieux⁸.

La même question se pose, lorsque le pouvoir adjudicateur choisit de recourir à des sous-critères d'attribution, pour affiner son analyse. La présence et la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères doivent, alors, être indiquées dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation⁹.

La Haute Juridiction précise que ces informations doivent être communiquées aux candidats « dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ». Cette obligation s'impose à l'acheteur public, qu'il décide ou non de faire paraître une publication.

L'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006, fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres, impose, en effet, l'utilisation du modèle national d'avis d'appel public à la concurrence pour toute publication, et ce même en dessous du seuil de 90.000 euros. Le pouvoir adjudicateur devra alors remplir les zones obligatoires de ce document et notamment la rubrique 20 « Critères d'attribution ». Celle-ci comprend la mention des critères d'attribution, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation. On peut relever, cependant, que ce modèle obligatoire ne prévoit pas de rubrique spécifique pour les sous-critères. La rubrique « Autres informations » permet d'en faire mention le cas échéant.

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide de ne pas faire paraître de publication, il devra faire figurer ces renseignements sur le support de publicité utilisé (par exemple, dans le document, le message ou le courrier transmis aux opérateurs consultés) ou dans le règlement de la consultation.

2.2. Une solution de bon sens pour obtenir des offres adaptées au besoin du pouvoir adjudicateur

Les critiques de cette décision pourront avancer qu'un tel cadrage va à l'encontre de l'esprit de la procédure adaptée, qui laisse liberté au pouvoir adjudicateur, pour

⁸ Rép. Min n° 25201 : JO Sénat Q, 11 janvier 2007, page 76.

⁹ CE, 1^{er} avril 2009, Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, n° 321752.

déterminer les modalités de publicité et de mise en concurrence préalables les mieux à même de garantir le respect des principes fondamentaux. Elle a, cependant, le mérite de clarifier le contenu de la publicité en procédure adaptée.

D'un point de vue juridique, la solution retenue découle des dispositions de l'article 42 du code des marchés publics 2006, qui précise que « *pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix des offres* ». Or, à n'en pas douter, les critères d'attribution du marché constituent une caractéristique principale du choix de l'offre.

Mais elle relève, aussi, du bon sens. Toute compétition nécessite de poser au préalable les règles du jeu. Or, s'il en est une essentielle, c'est bien celle qui consiste à savoir comment les offres seront jugées. Plus les candidats auront connaissance des détails de la procédure, de l'importance accordée par l'administration aux dimensions qualitatives et financières des propositions, plus ils seront en mesure de proposer des offres adaptées au besoin du pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne s'en trouvera que mieux servi.

Par ailleurs, ainsi que le relève le commissaire du gouvernement, il est bon que le pouvoir adjudicateur ne lance pas une procédure, sans savoir de quelle manière il jugera les offres qui lui seront remises.

Reste à savoir si l'obligation posée par la décision ANPE sera étendue aux délégations de service public. En l'état actuel de la jurisprudence et des textes, rien n'impose à l'autorité délégante de faire connaître les critères de sélection des offres, dès le lancement de la procédure. La procédure de passation de la délégation de service public se caractérise, en effet, par la liberté laissée à l'autorité délégante, tant dans le choix des candidats retenus pour la négociation, que dans celui du délégataire. Cependant, le Conseil d'État a assujéti ces contrats aux principes de transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public¹⁰. Il a précisé récemment que

¹⁰ CE, 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance, n° 287198.

le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix d'un délégataire¹¹. Voilà qui semble aller dans le sens d'une extension de la jurisprudence ANPE aux délégations de service public¹².

Amélie Marchal (Direction des affaires juridiques)

Des offres de meilleure qualité

¹¹ CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794.

¹² À ce sujet, voir l'étude de Guillaume Delalay sur les Délégations de services publics, cette revue page 90.

Conseil d'État

N° 290236

Publié au recueil Lebon

Section du Contentieux

Lecture du vendredi 30 janvier 2009

Considérant que, par des décisions en date du 22 novembre 2002, le directeur régional Ile de France de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) a rejeté les demandes d'habilitation pour la réalisation de prestations en faveur de l'emploi dans la région Ile de France, que l'association Pacte (Promotion-Action-Transculturalité-Emploi) avait présentées dans le cadre de la procédure d'appel à la concurrence engagée par l'ANPE sur le fondement de l'article 30 du code des marchés publics alors en vigueur ; que l'ANPE se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui avait rejeté la demande de l'association Pacte tendant à l'annulation de ces décisions, et a fait droit à cette demande ;

Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} de ce code dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, applicable en l'espèce, selon lequel : « *quel que soit leur montant, 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 [...]* » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du même code des marchés publics : Les marchés publics qui ont pour objet : [...] 4° [...] des services de qualification et d'insertion professionnelles, sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution. [...] ;

Considérant que la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les marchés de service passés par l'ANPE selon la procédure de l'article 30 du code des marchés publics étaient soumis, malgré leurs spécificités, aux dispositions générales de l'article 1^{er} de ce code, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci ;

Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé, que l'ANPE avait méconnu les principes rappelés à l'article 1^{er} du code des marchés publics, faute d'avoir, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats les critères d'attribution des marchés qu'elle se proposait de conclure et les conditions de leur mise en œuvre, selon des modalités appropriées à leur objet, leurs caractéristiques et leurs montants ;

Considérant que la cour a pu, sans dénaturer les pièces du dossier, estimer que l'ANPE n'avait pas fait connaître aux candidats les critères d'attribution du marché, dès lors que les cahiers des charges spécifiques à chacune des prestations objets de l'appel à la concurrence ne pouvaient être regardés comme suffisants pour assurer cette information ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ANPE n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ; que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence, être rejetées ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le pourvoi de l'Agence nationale pour l'emploi est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'institution prévue à l'article L. 5312-1 du code du travail venue aux droits de l'Agence nationale pour l'emploi et à l'association Pacte.

Copie en sera adressée pour information au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique.

Dossier thématique

Les services à compétence nationale

**Les services à compétence nationale :
une organisation au service de la modernisation de l'État**

La création du service des achats de l'État

L'Agence du patrimoine immatériel de l'État

Les services à compétence nationale : une organisation au service de la modernisation de l'État

Dotés d'une certaine autonomie et d'une compétence spécifique, les services à compétence nationale ont été consacrés par les textes en 1997 et ont connu depuis lors un formidable essor démontrant que ce mode d'organisation des services de l'État répondait à un réel besoin. Leur succès est tel que, dans le cadre de la révision générale des politiques publiques engagée dix ans après, ils apparaissent encore comme un véritable outil de modernisation de l'administration de l'État.

Les services à compétence nationale (SCN) sont des services de l'État qui sont dénués de la personnalité morale et disposent d'une autonomie plus grande que les administrations centrales.

Ils ont été créés par le décret n° 97-463 du 9 mai 1997¹, qui a ajouté aux dispositions du décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de déconcentration :

- Un article 1^{er}-1 comprenant un premier alinéa ainsi rédigé : « *Placées sous l'autorité du Premier ministre et de chacun des ministres, les administrations civiles de l'État se composent, d'une part, d'administrations centrales et de services à compétence nationale, d'autre part, de services déconcentrés.* »
- Un article 2-1 comprenant un premier alinéa ainsi rédigé : « *Les services à compétence nationale peuvent se voir confier des fonctions de gestion, d'études techniques ou de formation, des activités de production de biens ou de prestation de service ainsi que toute autre mission à caractère opérationnel et correspondant aux attributions du ministre sous l'autorité duquel ils sont placés.* »

Le décret n° 97-464 du même jour précise les modalités de création et d'organisation des SCN.

1. La genèse des SCN

1.1. Une consécration pragmatique

Jusqu'à l'intervention de ces décrets, la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République et le décret

portant charte de la déconcentration de 1992 ne mentionnaient que deux types de services de l'État : les services d'administration centrale et les services déconcentrés.

Une centaine de services de l'État ne relevaient pourtant d'aucune de ces deux catégories, ayant une compétence nationale excédant la compétence territoriale des services déconcentrés et des missions de production et d'application ne correspondant pas au rôle de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle dévolu aux administrations centrales.

Il importait donc de donner à ces entités hybrides existantes une base légale, ce qui fut l'objet des deux décrets du 9 mai 1997 précités.

- Le premier décret a consacré leur existence. Il ne s'est cependant pas expressément prononcé sur leur appartenance ou non à l'une des catégories de service de l'État existantes.

Certes, à la lecture de l'article 2-1 ajouté au décret de 1992, les SCN semblent constituer avec les services d'administration centrale une catégorie commune². Le professeur Chapus définit, d'ailleurs, les SCN comme des « *excroissances de l'administration centrale*³ ». Ceci étant, compte tenu de leurs spécificités et de leur caractère hybride, une partie de la doctrine considère que les SCN s'insèrent mal dans cette distinction binaire traditionnelle et obligent plutôt « *à repenser, en*

¹ Décret modifiant la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et le décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration.

² Cela semble résulter en effet du positionnement des locutions « *d'une part* » et « *d'autre part* ».

³ Voir : Chapus, « *Droit administratif général* », tome 1, 15^{ème} édition, n° 186.

Des missions à
caractère
opérationnel

La nécessité
d'une base
légale

partie, l'architecture de nos institutions administratives selon une perspective ternaire⁴ ».

- Le second décret du 9 mai 1997 a fixé un « *cadre général stable* » et « *pragmatique* » à leur action, afin « *de ménager toute la souplesse nécessaire permettant aux administrations de choisir, pour les services centraux qu'elles décideront d'ériger en service à compétence nationale, la formule la plus adaptée aux objectifs poursuivis⁵* ». Dans le cadre de ce dispositif, l'autonomie conférée aux SCN peut ainsi être plus ou moins importante, selon qu'ils sont rattachés directement à un ministre ou bien à un directeur d'administration centrale ou un sous-directeur, que leur responsable reçoit une délégation de pouvoir ou une délégation de signature, ou que ce dernier se voit attribuer la qualité d'ordonnateur secondaire titulaire ou celle d'ordonnateur principal délégué.

Leur statut est donc extrêmement souple et adaptable au cas par cas.

- Enfin, la circulaire du 9 mai 1997 relative aux règles d'organisation des administrations centrales et des services à compétence nationale et de délégation de signature des ministres⁶ a prévu que ceux des services de l'État qui présentaient déjà les caractéristiques des SCN « *constituent des SCN au sens du dispositif du décret n° 97-464[...]* », et ce quelle que soit leur dénomination.

L'idée était donc bien d'instaurer un cadre juridique autonome et unique pour l'ensemble des services de l'État qui pouvaient d'ores et déjà avoir une compétence nationale, mais sans être incorporés dans les administrations centrales.

⁴ Voir : B. Delaunay, « *Les services à compétence nationale* », DA n° 4, avril 2009, étude 7. En ce sens aussi J. Ferstenberg, « *Une troisième catégorie de services de l'État* », AJDA, 20 avril 1997, pages 315 et suivantes.

⁵ Voir le rapport du ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation sur ce décret.

⁶ JO, 10 mai 1997, pages 7067 et suivantes.

1.2. Un formidable essor

Depuis 1997, et durant ces trois dernières années surtout, de nombreuses entités ont été érigées en SCN au sein des différents ministères, au point qu'il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive.

Peuvent être cités à titre d'exemples :

- Au ministère de la culture, les Archives nationales (arrêté du 26 décembre 2006), ainsi que différents musées (le Musée Picasso, le musée de la Renaissance...).
- Au ministère de la justice, le Casier judiciaire national (arrêté du 9 juillet 2008 abrogeant l'arrêté du 13 octobre 1994 qui le qualifiait déjà de « *service extérieur à compétence nationale* ») ou le service de l'emploi pénitentiaire (arrêté du 4 septembre 1998).
- Au ministère de l'écologie, le service d'études sur les transports, les routes et leurs aménagements (arrêté du 9 juillet 2008) ou le service technique de l'aviation civile (arrêté du 25 février 2009).
- Au ministère de l'enseignement supérieur, le pôle de contractualisation et de financement des établissements de formation et de recherche (arrêté du 16 mars 2009).
- Pour le seul ministère de l'économie, en cinq ans, ont été créés notamment : l'agence des participations de l'État (décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004) ; l'agence centrale des achats (arrêté du 26 novembre 2004) le service des études et des statistiques industrielles du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (arrêté du 26 janvier 2005) ; le service des systèmes d'information budgétaire, financière et comptable de l'État communément appelée l'Agence pour l'informatique financière de l'État (décret n° 2005-122 du 11 février 2005) ; le service commun des laboratoires du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (arrêté du 14 mars 2006) ; le service TRACFIN, anciennement « *cellule TRACFIN* » (décret n° 2006-1541 du 6 décembre 2006) ; l'agence du patrimoine immatériel de l'État (arrêté du

Un statut souple et adaptable

Un essor commun à tous les ministères

23 avril 2007⁷) ; l'opérateur national de paye (décret n° 2007-903 du 15 mai 2007) ; ou encore l'agence de gestion du réseau international des finances (arrêté du 28 octobre 2008).

Une très grande diversité de services

Les SCN sont donc marqués par une très grande diversité, tant pour ce qui est de leurs domaines d'intervention, leur intitulé, leur rattachement (à un ministre, à un ou deux directeurs⁸ ou à un sous-directeur) ou leur localisation (de nombreux SCN en effet sont délocalisés, la nature de leurs tâches ne nécessitant pas de proximité avec le ministre ou son équipe de direction).

Un ensemble cohérent

Ils n'en constituent pas moins un ensemble cohérent, puisqu'ils ont en commun :

- De se voir confier des missions opérationnelles dans des domaines qui requièrent un savoir-faire ou une technicité spécifique (la formation, l'informatique ou la statistique par exemple) ou pour des fonctions spécialisées (comme la production d'actes tels que les bulletins de casier judiciaire ou les actes d'état civil). Ces missions sont, en principe, exclusives de tout pouvoir de conception et de décision.
- D'exercer leur compétence au niveau national, c'est-à-dire au-delà d'un cadre territorial déterminé.
- D'avoir une certaine autonomie de gestion, financière et en matière de personnel.

2. L'avenir des SCN

2.1. L'expérimentation avortée des agences de service public

Dans le cadre de la réforme de l'État et de la révision générale des politiques publiques (RGPP), le Conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007

a préconisé d'expérimenter un nouveau mode d'organisation des services de l'État : les « *agences de service public* ».

Ces « *agences de service public* » devaient être des SCN d'un type nouveau.

Il devait toujours s'agir d'entités autonomes dénuées de la personnalité morale et chargées d'exécuter des politiques publiques dans un domaine déterminé. L'idée était cependant de pousser plus loin la logique d'autonomie et de responsabilisation, au travers d'une tutelle allégée et de la mise en place d'un contrôle de performance (fixation d'objectifs, engagement pluriannuel des responsables d'agences sur ces objectifs et sur les ressources dédiées). En outre, à la différence des SCN, les agences de services publics devaient pouvoir disposer de représentations locales.

S'inspirant ainsi du modèle européen des « *agences* », structures phares du mouvement managérial qui a caractérisé les réformes administratives des pays membres de l'OCDE depuis les années 80⁹, ces « *agences de service public* » devaient concrétiser l'évolution continue de l'organisation de l'administration de l'État depuis la charte de déconcentration.

À terme, et si l'expérimentation s'avérait fructueuse, il était même question que ces agences remplacent les « *classiques* » SCN existants¹⁰.

Un décret modifiant le décret relatif à la création et à l'organisation des SCN devait mettre en place ces agences courant 2008. L'agence des achats devait en constituer le premier exemple.

Ce projet a été finalement abandonné faute de trouver une place spécifique entre les deux outils existants qui offrent déjà de très riches possibilités : le SCN et l'établissement public. Le service des achats de l'État a été créé sous la forme d'un SCN classique rattaché au ministre du budget (décret n° 2009-300 du 17 mars 2009).

⁷ À ce sujet, voir article de Flavien Errera page 142

⁸ C'est le cas notamment de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État qui est rattachée conjointement au directeur général de la comptabilité publique et au directeur général du trésor et de la politique économique – À ce sujet, lire page 142 la présentation de ce SCN.

⁹ Le « *New public management* ».

¹⁰ Voir les réflexions de la Direction générale de la modernisation de l'État (DGME), chargée de mener ce chantier.

Quel avenir pour les SCN ?

2.2. Les SCN : de véritables outils d'avenir pour la modernisation de l'administration de l'État ?

Les SCN restent donc le vecteur utilisé pour la modernisation de l'administration de l'État :

- Finalement le décret n° 2008-772 du 30 juillet 2008 modifiant le décret n° 97-464 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale – qui devait initialement consacrer les agences – a seulement modifié le régime des SCN.

Lorsqu'ils sont rattachés à un ministre ou exercent des compétences par délégation du ministre, les SCN peuvent désormais être créés par décret simple (et non plus par décret en Conseil en d'État). Ceux qui sont placés sous l'autorité d'un directeur, chef de service ou sous-directeur continuent de relever d'un arrêté¹¹.

- La création du service des achats sous la forme d'un SCN a été présentée comme s'inscrivant dans le cadre de la révision générale des politiques publiques et destinée à doter l'État d'une organisation plus efficace pour réaliser les achats courants au meilleur coût¹².

Les quelques auteurs de la doctrine qui ont écrit sur les SCN depuis leur origine s'accordent d'ailleurs pour les présenter comme des entités intermédiaires très intéressantes pour l'État, en ce qu'elles lui permettent de conférer une autonomie et une souplesse que les services de l'État ne pouvaient pas avoir jusque là, mais sans créer de nouvelle personne morale.

Pour le professeur Delaunay, les SCN constituent à cet égard une solution au démembrement de l'administration d'État¹³,

¹¹ Un décret n° 205-124 du 14 février 2005 avait déjà modifié et simplifié les modalités de création des SCN prévues par le décret de 1997, en n'exigeant plus, pour la création des SCN qui ne relevaient pas directement d'un ministre, d'arrêté conjoint du ministre concerné, du ministre chargé de la réforme administrative et du ministre chargé du budget.

¹² À ce sujet, voir l'article de Sébastien de Palmaert page 136.

¹³ Voir étude précitée en note n° 4.

répondant aux préoccupations que le Conseil d'État avait énoncé dès 1971, dans l'un des ces rapports. Le Conseil d'État y soulignait que les avantages procurés par la technique des établissements publics « *pourraient être obtenus, sans qu'il soit toujours nécessaire de créer une personnalité juridique distincte de l'État, par la constitution, au sein de l'Administration, de centres de gestion ou [...] centres de décisions et de responsabilité*¹⁴ ». Les SCN pourraient constituer la forme adéquate de ces centres de décisions et de responsabilité.

Le professeur Delaunay propose même de transformer nombre d'établissements publics en SCN, lorsque leurs missions sont des missions opérationnelles spécifiques telles que celles assurées par les SCN et qu'il conviendrait mieux qu'elles relèvent de la même personne que l'État (eu égard à leur prolongement régalien notamment). Il pourrait en être ainsi par exemple des musées ou des écoles nationales qui ont été constitués sous la forme d'établissements publics plutôt que sous celle de SCN (comme le château de Versailles ou l'école nationale de la magistrature). Une telle proposition paraît excessive. On imagine, en effet, assez difficilement de retirer leur personnalité morale à la plupart de ces établissements publics, alors que continuent à s'en créer chaque année de nombreux nouveaux.

Le Conseiller d'État Jean-Ludovic Silicani, ancien commissaire à la réforme de l'État, considérait il y a dix ans déjà que les SCN permettent d'« *exercer de la façon la plus efficace possible les fonctions opérationnelles [...] dont l'État a besoin au niveau national* » et qu'ils constituent à cet égard « *un véritable outil de modernisation de l'État*¹⁵ ».

L'essor des SCN et les perspectives d'avenir que les textes récents leur ont offertes semblent bien lui avoir donné raison.

Nathalie Dorosz (Direction des affaires juridiques)

¹⁴ CE, « *La réforme des établissements publics* », rapport 1971, 1972, page 19.

¹⁵ Voir: J.-L. Silicani, « *Les services à compétence nationale* », Cahiers de la fonction publique juillet-août 1999, pages 6 et suivantes.

La création du service des achats de l'État

L'État dépense chaque année plus de 10 milliards d'euros au titre de ses achats courants. Depuis 2004, l'agence centrale des achats s'est efforcée d'harmoniser les besoins des services de Bercy et de mutualiser les achats afin de les rendre plus performants. La RGPP a décidé d'étendre cette politique à tous les services de l'État.

L'achat public peut-il à la fois être légal et performant ?

Il est parfois observé que la priorité des acheteurs soumis au droit de la commande publique ne serait pas d'acheter au meilleur rapport qualité-prix, mais d'effectuer un achat juridiquement sûr, en conformité à la réglementation et à une jurisprudence administrative vigilante et parfois sévère. Pour ne pas risquer une annulation du juge administratif, voire une condamnation du juge pénal, l'administrateur ou l'élu met souvent son énergie à respecter un formalisme rigoureux, même dans des cas où il ne s'impose pas, plutôt qu'à poursuivre l'objectif d'un achat public économiquement et socialement performant.

En 2006, l'audit de modernisation sur l'optimisation des achats de l'État révélait que les achats de l'État s'élevaient à environ 15 milliards d'euros, dont 5 milliards d'achats « métiers¹ » et 10 milliards d'achats de fonctionnement², et qu'une économie d'un milliard d'euros pouvait être réalisée avec une rationalisation des achats de fonctionnement. Il est apparu que les ministères achètent sensiblement les mêmes types de biens, mais qu'ils se présentent souvent en ordre dispersé face aux fournisseurs.

L'audit préconisait la poursuite de trois objectifs :

- réduire les dépenses, grâce notamment à une harmonisation plus grande des besoins, une globalisation et une mutualisation des commandes, et une détermination du niveau d'achat le plus adapté (national, régional, local, ministériel ou interministériel) ;
- professionnaliser les acheteurs de l'État ;
- simplifier les formalités pour les gestionnaires.

¹ Achats très spécifiques (matériel médical, matériel de voirie, armement...).

² Quatre ministères (défense, finances, intérieur, justice) représentent 76 % des 10 milliards d'euros d'achats de fonctionnement. 60 % des achats se font dans les services déconcentrés de l'État.

Des actions avaient déjà été engagées pour optimiser les achats de l'État : rationalisation de la gestion du parc automobile, réforme de l'économat des armées, création de la mission interministérielle France achats, chargée d'assurer au niveau interministériel le pilotage d'ensemble du plan de modernisation des achats de l'État, création de l'Agence centrale des achats (ACA), service à compétence nationale des ministères économique et financier, chargé de standardiser les besoins et mutualiser certains marchés.

Souhaitant étendre l'action de l'ACA à l'ensemble des ministères, le Conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007 a décidé la création d'une nouvelle agence des achats de l'État, aux compétences étendues. Cette décision a été concrétisée par le décret n° 2009-300 du 17 mars 2009, portant création du « service des achats de l'État » et un arrêté du même jour des ministres chargés de l'économie et du budget.

Chargée de définir, de mettre en œuvre, et d'optimiser la politique des achats courants de l'État (2.), cette nouvelle entité a été créée sous forme de service à compétence nationale (1.).

1. Un service à compétence nationale particulier

L'article 1^{er} du décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 constitue le service des achats de l'État en service à compétence nationale (SCN), mais le dote en réalité du statut qui avait été envisagé pour les agences de service public.

1.1. Un service à compétence nationale institué par décret

Le service des achats de l'État (SAE) succède à l'agence centrale des achats de Bercy. Outre les ressources humaines et matérielles, il en reprend le statut juridique de service à compétence nationale.

Dépasser la culture administrative de l'achat légal

Une agence des achats à vocation interministérielle

Un SCN plus proche de l'établissement public que de la régie

Placée sous l'autorité du secrétaire général des ministères économique et financier, l'ACA avait pu être créée par simple arrêté ministériel³. Le SAE étant quant à lui rattaché au ministre chargé du budget⁴, il devait être institué par décret. Le décret du 17 mars 2009 est un décret simple, un décret en Conseil d'État n'étant plus nécessaire depuis que le décret n° 97-464 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des SCN a été modifié en 2008⁵.

Entité intermédiaire entre l'administration centrale et l'établissement public⁶, le service à compétence nationale a une vocation plus opérationnelle que les services d'administration centrale, qui assurent des missions de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle⁷. Non doté de la personnalité morale et intégré à la hiérarchie administrative, le service à compétence nationale dispose, toutefois, d'une relative autonomie et de certaines facilités de gestion. Cette formule rencontre un certain succès et habille juridiquement quantité de services les plus divers : France domaine, l'agence des participations de l'État, l'opérateur national de paye, Tracfin, l'IGPDE, la direction nationale d'enquêtes fiscales, le service central d'état civil, les archives nationales, le service d'études sur les transports, les routes et leurs aménagements...

Souhaitant renforcer l'autonomie et la souplesse de gestion de ces services, tout en les soumettant à un contrôle accru de leurs performances, le Conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007 avait décidé d'instituer une nouvelle catégorie de SCN : les « *agences de service public* ». Le décret du 9 mai 1997 devait être modifié à cet effet⁸.

³ Arrêté du 26 novembre 2004 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « *Agence centrale des achats* », abrogé par l'article 5 de l'arrêté du 17 mars 2009.

⁴ Décret n° 2009-300 du 17 mars 2009, article 1^{er}.

⁵ Par le décret n° 2008-772 du 30 juillet 2008.

⁶ « *Les services à compétence nationale* », Benoît Delaunay, Droit administratif, n° 4, avril 2009, étude 7.

⁷ Décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992, article 2.

⁸ Par un décret examiné le 28 octobre 2008 par la section de l'administration du Conseil d'État.

Ce projet de création d'une nouvelle entité administrative ayant finalement été abandonné, le SAE n'est pas une agence de service public. Il en a pourtant les caractéristiques statutaires.

1.2. Des caractéristiques certaines

Il était envisagé de donner à l'agence de service public une autonomie d'action accrue, contrebalancée par un renforcement du contrôle de son activité, faisant de cette nouvelle entité un établissement public sans personnalité juridique.

Le responsable de l'agence devait recevoir de son autorité de rattachement une lettre de mission définissant les objectifs assignés et les résultats attendus. Un contrat pluriannuel entre l'agence et l'autorité de rattachement aurait été conclu, et les résultats présentés dans un rapport annuel de performance.

Il était prévu de doter l'agence de service public d'un « *conseil d'orientation* », organe équivalent à un conseil d'administration d'établissement public, chargé de décider des grandes orientations du service. Ce conseil aurait pu comprendre des représentants des usagers, du secteur associatif, d'organismes socioprofessionnels, et de personnalités qualifiées choisis par le ou les ministres dont aurait relevé l'agence. Et pour les agences à vocation interministérielle, la représentation des ministères concernés pouvait être assurée au sein du conseil d'orientation ou au sein d'une autre instance de l'agence créée à cet effet.

Enfin, le responsable de l'agence pouvait demander au préfet territorialement compétent d'assister l'agence dans l'exercice de ses missions.

Le statut du service des achats de l'État ressemble finalement à celui qui avait été envisagé pour ces agences de service public :

- Le directeur du SAE met en œuvre les orientations fixées par un conseil d'orientation et rend compte des résultats (article 7-I).

Pas une centrale d'achat mais un coordonnateur imposé

- Le conseil d'orientation du SAE arrête les orientations générales de la politique d'achat de l'État et examine ses résultats (article 5-I). Il est composé de trois hauts fonctionnaires, de deux parlementaires, de cinq représentants des ministères, d'un représentant des PME, d'un représentant du secteur de l'insertion et de deux responsables des achats de grandes entreprises privées ou publiques. Ces membres sont nommés pour une durée de cinq ans par arrêté du ministre chargé du budget. Leur mandat est renouvelable (article 5-II).
- Le comité des achats est essentiellement composé des personnes désignées par chaque ministère en qualité de responsable des achats courants (article 6-II). Il examine les stratégies et les projets d'achat du service des achats de l'État et toutes les questions intéressant la programmation de ses démarches d'achat. Il formule toutes propositions de nature à améliorer les modalités et la performance de l'achat public (article 6-I).
- Les préfets de région mettent en œuvre la politique des achats définie et conduite par le service des achats de l'État (article 4).
- Un comité composé du secrétaire général et de dix directeurs des ministères économique et financier arrête les orientations relatives aux achats autres que courants effectués pour les services de ces deux ministères. Il en examine les résultats (arrêté du 17 mars 2009, article 4).

Rattaché au ministre chargé du budget mais doté d'organes d'administration reflétant la diversité des ministères et des métiers de la commande publique, le service des achats de l'État peut exercer, avec une certaine autonomie et une réelle autorité, sa compétence de coordonnateur et d'acheteur.

Une compétence exclusive sur les achats courants

2. Une compétence étendue et exclusive pour optimiser l'ensemble des achats courants de l'État

Le service des achats de l'État définit et met en œuvre la politique des achats courants de l'État.

Seul habilité à conclure les marchés relatifs aux achats courants de l'État, il s'assure que ces achats sont effectués dans des conditions économiquement les plus avantageuses, dans le respect des objectifs de développement durable et dans des conditions favorisant le plus large accès des PME à la commande publique.

2.1. Les missions du service des achats de l'État

Bien que certaines de ses missions s'en rapprochent, le service des achats de l'État n'est pas une centrale d'achat, au sens de l'article 9 du code des marchés publics, l'organisme n'étant pas un pouvoir adjudicateur distinct de l'État. Le dispositif relève de la coordination de commandes, une coordination que le SAE est en droit d'imposer à tous les services de l'État pour leurs achats courants.

Selon l'article 2-II du décret du 17 mars 2009, le service des achats de l'État :

- détermine le niveau auquel les besoins sont évalués au sens de l'article 5 du code des marchés publics ;
- élabore les stratégies d'achat en recourant, notamment, à l'analyse du marché économique, aux modes de contractualisation les plus efficaces, à la standardisation des besoins et à la globalisation des procédures d'achats au niveau approprié ;
- conclut les marchés, accords-cadres, ou toutes autres catégories de contrats destinés à répondre aux besoins des administrations de l'État en matière de travaux, services et fournitures courants.

Le SAE ne conclut pas nécessairement lui-même tous les marchés et accords-cadres, il peut en confier la passation à d'autres services de l'État ou à l'UGAP (D.,

article 2-II-4°). Il s'assure de la bonne exécution des marchés qu'il conclut ou qu'il a fait conclure.

Le SAE conçoit, met en place et exploite le système d'information des achats courants de l'État, et veille à la prise en compte des processus d'achats courants dans le système d'information budgétaire, financière et comptable de l'État.

Conformément à l'objectif de professionnaliser l'achat public, le SAE participe, en liaison avec la DGAFP⁹, à la définition des filières professionnelles concernant l'achat public et des carrières ouvertes aux acteurs de la fonction achat, il participe à la définition des politiques de formation des acteurs de la fonction achat, il veille à la diffusion de bonnes pratiques d'achat au sein de l'ensemble des administrations de l'État et impulse des actions concourant à la professionnalisation des acheteurs. Il pilote les groupes d'études des marchés chargés de l'élaboration des guides et de documents techniques d'aide à la passation des marchés publics.

Le SAE est également compétent pour formuler toute proposition, dans les domaines budgétaire, juridique, économique ou comptable, de nature à améliorer les modalités et les performances de l'achat public.

2.2. Une compétence étendue et exclusive

La compétence du service des achats de l'État s'exerce sur tous les achats courants des services de l'État. Cette compétence peut être étendue aux établissements publics dont le conseil d'administration a décidé de participer à cette politique d'achat (D, article 2-II).

Le décret dresse une liste d'achats courants, qui peut être modifiée ou complétée par arrêté du ministre chargé du budget pris après avis du comité d'orientation. Sont aujourd'hui définis comme des achats courants :

1. Les fournitures, mobiliers et matériels de bureau ;

2. Les matériels informatiques, les logiciels et services associés ;

3. Les matériels et les services de télécommunication ;

4. Les services de transports de biens et de personnes ;

5. L'entretien et les aménagements immobiliers, les maintenances d'installations techniques ;

6. Les véhicules non spécialisés, les carburants et lubrifiants ;

7. Les matériels et services d'impression, expéditions, affranchissements et routages ;

8. Les énergies, les fluides ;

9. Les services financiers, services d'assurances et services bancaires, à l'exception des services mentionnés au 5° de l'article 3 du code des marchés publics.

Une compétence exclusive est octroyée au SAE, qui est seul habilité, sauf délégation de sa part, à conclure les marchés, accords-cadres et contrats qualifiés d'achats courants (D., article 2-IV). La compétence des services de l'État n'est plus que subsidiaire. Ils ne peuvent conclure des marchés pour des achats courants que lorsque ceux-ci ne sont pas couverts par un marché du SAE (D., article 2-IV alinéa 2).

Pour les autres catégories d'achats que les achats courants, les ministres concernés définissent et mettent en œuvre eux-mêmes une politique d'achat. Leurs services doivent toutefois coordonner leurs objectifs et leurs méthodes d'achat avec ceux du SAE (D., article 3-I).

S'agissant des besoins des ministères chargés de l'économie et du budget, la compétence du SAE s'étend aux achats autres que les achats courants¹⁰. L'arrêté du 17 mars 2009 précise les modalités d'application de cette compétence.

⁹ Direction générale de l'administration et de la fonction publique.

¹⁰ À l'exception des opérations d'investissement immobilier et des achats dont la spécificité propre à une direction est avérée.

La politique des achats définie et conduite par le SAE est notamment mise en œuvre par les préfets de région chargés (D., article 4) :

- de contribuer à la mutualisation, au recueil d'information et à l'expression des besoins,
- de suivre l'exécution des marchés passés par le SAE ou pour son compte,
- et de conclure les marchés répondant à un besoin évalué au niveau régional lorsque ce niveau est considéré comme le plus pertinent par le SAE.

Au sein de chaque ministère, un directeur des achats, dénommé « *responsable ministériel des achats* » (RMA) est chargé d'animer les achats en interne. Tous les RMA siègent au comité des achats du SAE.

Il ne serait donc pas exact de considérer le SAE comme une tutelle de Bercy sur les achats des autres ministères, la vocation interministérielle du SAE étant largement prise en compte dans la composition de ses organes d'administration.

2.3. Pour des achats moins coûteux, durables et accessibles aux PME

Si l'objectif premier de la modernisation de l'achat public est bien de réaliser des économies, l'État n'entend pas pour autant se comporter en « *cost-killer* » en se concentrant sur le seul rapport qualité-prix.

L'article 5 du code des marchés publics oblige à prendre en compte, dans la définition des besoins, des objectifs de développement durable. Comme l'impose la circulaire du 3 décembre 2008¹¹, l'État se veut à cet égard exemplaire :

« Les dépenses de fonctionnement des administrations peuvent, en effet, apporter une contribution significative face aux défis environnementaux et sociaux que nous devons relever. L'utilisation de ce levier permettra d'assurer une plus grande efficacité des politiques sectorielles en faveur du développement durable. Il s'agit

¹¹ Circulaire relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics.

aussi d'une question de responsabilité et de crédibilité. L'État ne peut ignorer dans sa gestion quotidienne les objectifs de développement durable qu'il souhaite voir prendre en compte par les entreprises et les consommateurs. »

L'accès des PME à la commande publique est également une priorité gouvernementale mise en œuvre aussi loin que le permet le principe d'égalité. À la suite du rapport de M. Stoléru sur le sujet¹², le code des marchés publics a récemment été enrichi de dispositions favorisant l'accès des PME aux marchés publics¹³.

Il n'est donc guère surprenant que le service d'achat soit tenu, ainsi que le dispose l'article 2-II de son décret statutaire, de s'assurer que « *les achats de l'État sont effectués dans des conditions économiquement avantageuses, respectent les objectifs de développement durable et de développement social et sont réalisés dans des conditions favorisant le plus large accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique* ».

L'optimisation des achats par sa mutualisation peut paraître contradictoire avec l'objectif d'accessibilité aux PME des marchés publics. Mais, ainsi que le précise monsieur Jacques Barailler, directeur du SAE, l'optimisation de l'achat public ne passe pas nécessairement par une massification généralisée :

« Nous éviterons de massifier certains marchés pour donner toutes leurs chances aux PME. Nos efforts porteront également sur l'allotissement, le dialogue avec les grandes entreprises pour qu'elles recourent aux PME par une sous-traitance responsable, et la pédagogie auprès des PME pour qu'elles s'associent sous forme de groupement, par exemple¹⁴ ».

L'achat public groupé n'est pas forcément hors de portée des PME. 68 % des titulaires des marchés de l'UGAP sont des petites

¹² « *L'accès des PME aux marchés publics* », rapport remis au président de la République le 5 décembre 2007.

¹³ Suppression de la double enveloppe dans les procédures d'appel d'offres, réduction progressive à trente jours des délais de paiement, augmentation des avances.

¹⁴ Le Moniteur, 3 avril 2009, page 93.

Une politique d'achat relayée au niveau central et au niveau local

Acheter moins cher mais responsable

et moyennes entreprises, à hauteur de 28 % du chiffre d'affaires¹⁵ de cette centrale d'achat qui, par ailleurs, a signé le Pacte PME en juin 2008.

La création du SAE marque une nouvelle étape dans la politique de rationalisation des achats de l'État. Testée avec succès par de grandes entreprises et des États étrangers, cette organisation groupée des achats est la clé de toute amélioration. Elle permet de parvenir à des achats plus performants, moins coûteux et plus responsables, car optimisés et plus simples pour les services acheteurs¹⁶.

Plus proche de l'établissement public que de la régie, le SAE pourra tirer partie de l'autonomie qui lui est donnée pour exercer les compétences étendues qui lui sont reconnues, s'imposer auprès des services pour, finalement, générer les économies budgétaires attendues¹⁷.

Recruté dans le secteur privé où il a exercé les fonctions de responsable des achats pour plusieurs groupes internationaux, son premier directeur devra, sans renier la culture administrative de l'achat légal, insuffler à l'achat public un souci accru de la performance.

Sébastien de Palmaert (Direction des affaires juridiques)

¹⁵ Chiffres de l'année 2007.

¹⁶ Discours du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, rencontre des responsables des achats de l'État, Bercy le 19 mai 2009.

¹⁷ Attendues notamment par la Cour des comptes. Voir : rapport public annuel 2009, « *Les audits de modernisation : un dispositif novateur aux effets limités* », page 231.

Valoriser le patrimoine immatériel de l'État : une nouvelle ambition pour l'État

Service à compétence nationale, l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) a été créé par un arrêté du 23 avril 2007. Rattachée conjointement au directeur général des Finances publiques et au directeur général du Trésor et de la politique économique, l'APIE a pour mission essentielle de valoriser le patrimoine immatériel de l'État.

Une approche inspirée du secteur privé

Dans sa démarche de modernisation, l'État affiche des objectifs d'efficacité et d'optimisation des processus de production, faisant siennes, en les adaptant, des pratiques et méthodes jusqu'alors plus familières aux entreprises. La LOLF, les audits de modernisation, indicateurs de performance, comparaisons entre services, partenariats public-privé transforment les concepts, le vocabulaire, les instruments de l'action publique en les rapprochant du secteur privé.

Selon la même orientation, mais sans jamais perdre de vue les exigences irréductibles propres à l'action publique, la valorisation du patrimoine immatériel est mise en œuvre par une structure originale, l'APIE, qui aborde des champs d'action nouveaux et forge le plus souvent des instruments novateurs.

1. Une démarche entrepreneuriale

La démarche s'inspire de la conviction que les richesses immatérielles constituent « *les clés de la croissance future* », selon les termes du rapport de la commission pour l'économie de l'immatériel¹ mise en place en 2006 par Thierry Breton, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Présidée par Maurice Levy, président du directoire du groupe Publicis et Jean-Pierre Jouyet, alors chef du service de l'inspection générale des finances, cette commission constatait que l'État possède des actifs considérables dont il tire peu de profit, parce qu'il ne sait ni les identifier, ni les faire fructifier.

Alors que les entreprises protègent leurs créations intellectuelles par des brevets, défendent leurs marques, soumettent à

licences la commercialisation des produits qu'elles créent, utilisent leur image, leur savoir faire, leur expertise comme sources de profit, l'État s'en exonère au prétexte que ce qu'il crée est public, donc gratuit.

Or, l'amalgame de ce qui est dû gratuitement au public avec ce qui, dans des partenariats commerciaux ou de coopération internationale, peut légitimement justifier l'exigence de contreparties, éventuellement financières, n'est pas fondé. L'exemple emblématique de la valorisation de la marque « *Louvre* » à l'occasion de la création d'un musée prestigieux dans l'Émirat d'Abu Dhabi montre que non seulement la cession de droits d'usage de la marque n'altère pas le service public rendu par ce grand établissement, mais encore que les ressources qui en résultent favorisent l'accomplissement de sa mission au-delà de ce que permettrait son budget ordinaire.

Par ailleurs, à l'occasion d'un litige dans lequel était contesté le tarif appliqué par un hôpital à un médecin qui exerçait ses activités privées dans des locaux publics, le Conseil d'État a jugé qu'une redevance peut retenir le prix de revient de la prestation ou du service, mais aussi tenir compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire².

On définit généralement un actif comme un capital, une immobilisation, devant produire une valeur ajoutée. Il est toujours tentant, et pratique, de réduire cette création de valeur à une dimension purement financière. Sur ce plan d'ailleurs, un actif détenu par l'État, c'est-à-dire par la collectivité, qui ne produit ni valeur pour l'État, ni valeur pour ladite collectivité, c'est un coût qui ne se voit pas, mais n'en est pas moins réel, et qu'en économie on nomme « *coût d'opportunité* ».

L'État ne sait ni identifier ni faire fructifier ses actifs immatériels

¹ Rapport : http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immatériel/immatériel.pdf

² Conseil d'État, assemblée, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine, 16 juillet 2007.

« *Valoriser pour mieux servir* »

Mais il ne s'agit pas que d'argent. L'enjeu ne se réduit pas à identifier de nouvelles sources de recettes pour l'État. Ce qui importe pourtant, c'est que l'actif considéré contribue à servir l'ambition que se donne celui qui le possède, au-delà de sa traduction en cash-flow. Pour une entreprise, cela dépend de sa proposition de valeur et de son métier. S'agissant de l'État, l'enjeu est simple : c'est celui du service public.

Mieux exploiter le capital immatériel de l'État, avant de se préoccuper des recettes qu'il est susceptible de générer, c'est faire en sorte qu'il contribue à la modernisation du service public et, par là-même, à ce que la puissance publique assure mieux encore ses missions, au service de la collectivité. Une préoccupation que l'on retrouve d'ailleurs dans la signature de l'APIE : « *valoriser pour mieux servir* ».

2. Une structure de mission originale : l'APIE

La création d'un service dédié³, chargé de valoriser les actifs immatériels de l'État, est une première mondiale. Rattachée à la direction générale du Trésor et de la politique économique et à la direction générale des finances publiques, l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) est dirigée par Claude Rubinowicz, inspecteur général des finances⁴.

L'APIE dispose de vingt-six collaborateurs, dont plus de la moitié est issue du secteur privé : juristes en propriété intellectuelle, spécialistes de marketing, experts venant de cabinets d'avocats et de consultants. Les fonctionnaires assurent notamment les liaisons avec les ministères et veillent à la neutralité de l'État en matière de concurrence.

Le brassage et la confrontation des cultures sont voulus, pour porter un regard neuf sur l'administration et en faire jaillir les potentialités. L'organigramme a-hiérarchique stimule les échanges et la créativité.

L'APIE travaille sur un mode interministériel incitatif, en respectant pleinement l'autonomie de gestion des ministères, en favorisant le

³ Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « *Agence du patrimoine immatériel de l'État* ».

⁴ Arrêté du 14 mai 2007 portant nomination d'un directeur général de service à compétence nationale.

partage des bonnes pratiques et en fournissant des instruments opérationnels sécurisés, comme par exemple des modèles de licences pour la réutilisation commerciale d'informations publiques.

3. Des champs d'action nouveaux

Le patrimoine immatériel de l'État ne se laisse pas aisément définir. La doctrine comblera probablement cette lacune. Dans l'immédiat, de manière pragmatique, l'on ne peut qu'énoncer en quoi consiste l'essentiel de l'immatériel public, à l'instar du décret n° 2009-151 du 10 février 2009, pris en Conseil d'État, dont tous les ministres sont signataires⁵.

Il peut s'agir de cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle, ou de participation à la création de tels droits. L'État possède des noms d'une telle notoriété qu'ils sont de véritables marques. Protégés, ils peuvent faire l'objet de stratégies de valorisation et justifier des rétributions. C'est ainsi que « *Saint-Cyr* » et « *IGF* » sont désormais des marques déposées.

L'APIE assiste, par ailleurs, les institutions publiques dans la valorisation de leurs savoir-faire, en France aussi bien qu'à l'étranger. Cela se traduit, par exemple, par l'assistance à l'INAO pour la création d'une offre de formation, ou encore la protection des rapports publics de l'administration.

Il peut également s'agir d'informations publiques (bases de données) ou d'actifs relevant du patrimoine audiovisuel (fonds photographiques et vidéographiques). Une des plus importantes barrières à la réutilisation des données publiques par les agents économiques est la méconnaissance de la nature des informations disponibles, de leurs détenteurs et des possibilités d'utilisation. L'APIE œuvre d'une part pour faciliter l'accès aux informations publiques, notamment en demandant aux ministères de faire figurer sur leurs sites Internet un répertoire de ces données et en engageant un ambitieux portail unique des informations publiques de l'État. D'autre part, l'APIE cherche à assister les administrations et notamment à faciliter l'usage de modèles de

⁵ Publié au JORF du 12 février 2009.

L'APIE, une structure originale et innovante

Une sensibilisation des gestionnaires publics à la protection et la valorisation des actifs immatériels

licences de réutilisation conçus par ses soins, qui permettent la mise à disposition des informations publiques auprès des acteurs économiques dans des conditions juridiques sécurisées. L'APIE souligne enfin qu'une redevance peut être exigée en cas de mise à disposition ou de cession de telles informations.

Les bâtiments ministériels, très recherchés en raison du prestige que leur confèrent les activités qui s'y déroulent, peuvent également faire l'objet d'actions de valorisation, en accueillant des événements privés et des tournages. L'APIE a développé une méthodologie pour l'usage privé des lieux publics, qui inclut la définition de l'offre de location, l'établissement d'une grille tarifaire et l'élaboration de contrats. Cette méthodologie est déjà utilisée par plusieurs ministères.

Enfin, l'APIE mène plusieurs chantiers transversaux, allant de l'ouverture d'un portail « *www.france.fr* » à l'évolution du cadre juridique avec notamment la révision des clauses générales des marchés publics visant à une meilleure prise en compte des droits de propriété intellectuelle, en passant par la réflexion sur l'éventuelle ouverture des sites publics à la publicité, sous certaines conditions.

Parallèlement, l'APIE conduit de nombreuses actions de sensibilisation des gestionnaires publics aux actifs immatériels, à leur protection et à leur valorisation. Elle encourage les initiatives en conviant mensuellement les ministères, ainsi que certains établissements publics, à des ateliers thématiques. Cela favorise l'émergence d'une culture commune, tandis que le partage des bonnes pratiques permet de forger des instruments opérationnels.

4. Des dispositions budgétaires incitatives

Pour inciter les administrations à jouer le jeu de la valorisation de leur patrimoine immatériel, l'APIE a mis en place un système spécifique de « *retour sur investissement* ». D'abord prévue à 80 %⁶,

⁶ Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, publiée au JORF du 27 avril 2007.

la rétribution des services rendus a été portée à 100 % par le décret n° 2009-157 du 10 février 2009⁷.

Ce texte crée un véritable « *intéressement* ». Il offre, en effet, aux services la possibilité d'abonder leurs dotations budgétaires par des recettes qui ne résultent que de leurs efforts, comme le font déjà certains établissements publics.

Le dispositif est simple : les ministères demandent à l'APIE d'attester que leurs initiatives entrent bien dans le périmètre du décret n° 2009-151 du 10 février 2009, en sollicitant son avis. Cet avis leur est délivré dans les trente jours. Ils peuvent ensuite s'en prévaloir pour demander à la direction du budget une attribution de produits, c'est-à-dire une augmentation de leurs crédits, équivalente aux recettes perçues par le Trésor grâce à leurs initiatives.

Les ministères peuvent solliciter des avis se rapportant à des actions ponctuelles, ou des avis de principe, portant sur un nombre indéterminé d'opérations de même nature, pour une période donnée.

Les crédits sont affectés aux programmes budgétaires choisis par le ministère bénéficiaire.

Les directeurs généraux de France Domaine et de l'APIE ont, en outre, signé une circulaire aux termes de laquelle ils précisent que les recettes résultant de la mise à disposition temporaire de lieux à forte valeur immatérielle sont assujetties au régime juridique décrit ci-dessus, et non à celui de la domanialité publique⁸.

Cela favorise les locations d'espaces et l'accueil des tournages. Ainsi, par exemple, les salons du ministère des affaires étrangères, particulièrement prestigieux et recherchés, sont-ils désormais régulièrement loués, dans la mesure où, bien sûr, l'accomplissement de la mission diplomatique le permet.

⁷ Publié au JORF du 12 février 2009.

⁸ Circulaire du 23 mars 2009, relative à la valorisation des mises à disposition de lieux et espaces du domaine de l'État.

5. Les exigences irréductibles de l'action publique

Un triple enjeu

La valorisation des actifs immatériels publics représente un triple enjeu politique.

À l'égard des entreprises, il s'agit de leur donner accès à des ressources dont l'usage commercial est créateur d'initiatives, de richesses, d'emplois, au premier rang desquelles on trouve les informations publiques, de leur donner de la sécurité juridique dans leur relations avec les administrations, notamment par le biais de licences, et enfin de leur donner de la prévisibilité économique grâce à des tarifs « affichés » et homogènes entre les administrations.

À l'égard de l'administration et des fonctionnaires, l'enjeu consiste à reconnaître la valeur économique de leurs productions : l'administration occasionne certes une charge, mais elle constitue aussi une source de valeur qu'il faut apprendre à mesurer et à inscrire dans la présentation des comptes de l'État. La publication des derniers états financiers de la France recèle deux innovations mondiales en matière de comptabilisation des actifs immatériels avec l'apparition à l'actif de son bilan du spectre hertzien, pour 4,1 millions d'euros, et des droits d'émission de gaz à effet de serre attribués à la France dans le cadre du protocole de Kyoto, pour 8,1 millions d'euros. La comptabilisation de ces deux actifs fait bondir le montant des actifs immatériels de l'État de 0,5 millions d'euros en 2007 à 13 millions d'euros en 2008.

Sur le plan international, enfin, il s'agit de valoriser les partenariats et les transferts de savoir-faire (Le Louvre, ENM, INAO), que ce soit entre États ou entre l'État et le secteur économique.

Ainsi, l'État apporte sereinement la preuve que le patrimoine immatériel public recèle bien les richesses de demain.

Flavien Errera (Chef de projet à l'Agence du patrimoine immatériel de l'État)

Communications électroniques – Répartition des fréquences de la bande 900 MHz

Les conditions fixées par l'ARCEP pour la restitution de fréquences de la bande 900 MHz au profit d'un nouvel entrant ne faussent pas la concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile.

**Conseil d'État,
27 avril 2009,
Société
Bouygues
Telecom,
n° 312741**

L'arrêt du Conseil d'État du 27 avril 2009, « *Société Bouygues Telecom* », illustre la complexité technique des dossiers de téléphonie mobile et leur enjeu politique et économique.

Relatif à la restitution par la société Bouygues Telecom d'une partie des fréquences de la bande 900 MHz dont elle dispose, cet arrêt est étroitement lié à l'attribution de la quatrième licence de téléphonie mobile 3G¹, puisque cette restitution est prévue au profit d'un éventuel nouvel entrant.

La possibilité pour ce nouvel entrant d'accéder au spectre à 900 MHz participe, en effet, des conditions d'une concurrence équitable sur le marché de la téléphonie mobile 3G.

Concernant Bouygues Telecom, les conditions de la restitution ont été précisées par la décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) du 4 décembre 2007, fixant les conditions du renouvellement de son autorisation d'utilisation des fréquences dans les bandes 900 et 1.800 MHz².

Cette décision conditionne la réutilisation de la bande 900 MHz pour les services 3G, à la restitution d'une partie de ces fréquences.

Considérant que cette contrainte « *présente un caractère discriminatoire et fautive, à son détriment, les conditions de la concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile*³ », Bouygues Telecom demandait l'annulation de la décision du

¹ Le lancement, avant la fin de l'année 2009, de la procédure d'attribution de la quatrième licence de téléphonie mobile 3G a été annoncé par le Gouvernement dans un communiqué du 12 janvier 2009.

² Décision n° 2007-1114 du 4 décembre 2007 de l'ARCEP fixant les conditions de renouvellement de l'autorisation d'utilisation de fréquences de Bouygues Telecom dans 900 et 1.800 MHz.

³ L'égalité de concurrence est notamment protégée par les articles L. 31-1 et L. 42-1 du code des

4 décembre 2007 au Conseil d'État. Celui-ci rejette sa requête, estimant que ni le schéma de la rétrocession, ni son calendrier ne présentent un caractère discriminatoire.

1. La décision du 4 décembre 2007 conditionne la réutilisation de la bande 900 MHz pour les services 3G à la restitution d'une partie de ces fréquences

Outre les autorisations d'exploitation qu'ils détiennent dans la bande 2,1 GHz, les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Telecom bénéficient depuis 1991 (concernant Orange France et SFR) et 1994 (concernant Bouygues) d'autorisations d'exploitation dans les bandes 900 et 1.800 MHz. Ces autorisations ont été accordées pour une durée de quinze ans. Concernant France Telecom et SFR, leur renouvellement a eu lieu le 26 mars 2006⁴.

En 1991 et 1994, ces autorisations avaient été attribuées, pour permettre la fourniture de services de communications mobiles 2G. Répondant aux sollicitations des opérateurs de téléphonie mobile, l'ARCEP a cependant

[Suite du bas de colonne précédent]

postes et communications électroniques (CPCE). Aux termes de l'article L. 31-1 CPCE, l'ARCEP et le ministre chargé des postes et communications électroniques veillent « à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ».

Aux termes de l'article L. 42-1 CPCE, l'ARCEP « attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire ».

⁴ Décision n° 2006-0140 du 31 janvier 2007 autorisant la Société française du radiotéléphone à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1.800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public.

Décision n° 2006-0239 du 14 février 2006 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1.800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public.

L'accès au spectre à 900 MHz participe d'une concurrence équitable

annoncé, le 5 juillet 2007, que ces opérateurs seraient autorisés, dès l'année 2008, à réutiliser le spectre 900 MHz pour l'exploitation de services de téléphonie mobile 3G⁵.

Ces nouvelles orientations se sont traduites par la modification des autorisations attribuées à Orange France et SFR⁶. Concernant Bouygues Telecom, les orientations de l'ARCEP ont été prises en considération au sein de la décision du 4 décembre 2007 fixant les conditions du renouvellement de son autorisation⁷.

Conformément aux orientations du 5 juillet 2007, la décision du 4 décembre 2007 conditionne l'autorisation d'exploitation des bandes 900 MHz, pour des services 3G, à la rétrocession d'une partie de ces fréquences au profit d'un éventuel quatrième opérateur sur la bande 2,1 GHz.

Les conditions et le calendrier de cette restitution sont prévus par l'annexe 5 de la décision du 4 décembre 2007, dont la Société Bouygues Telecom demande l'annulation. Cette annexe, précisée par une lettre du 8 février 2008 du directeur général de l'ARCEP à la société Bouygues, prévoit ainsi la restitution de 4,8 MHz de fréquences dans la bande 900 MHz sur les 14,8 MHz dont la société Bouygues est assignataire, dans la partie du territoire national, dite hors zone, très dense. Cette restitution est inscrite dans un délai de dix-huit mois suivant l'attribution de la quatrième licence sur la bande 2,1 MHz. De leur côté les sociétés France Telecom et SFR restitueront chacune

⁵ Orientation retenues et publiées par l'ARCEP le 5 juillet 2007 relatives à l'introduction de la 3G dans les bandes de fréquences mobiles à 900 et 1.800 MHz en France métropolitaine.

⁶ Décision n° 2008-0228 de l'ARCEP en date du 26 février 2008 modifiant la décision n° 2006-0140 autorisant la Société française du radiotéléphone à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1.800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public.

Décision n° 2008-0229 de l'ARCEP en date du 26 février 2008 modifiant la décision n° 2006-0239 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1.800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public.

⁷ Bouygues Telecom bénéficiait également de la possibilité de faire modifier son autorisation avant son renouvellement. Elle n'y a cependant pas recouru.

2,4 MHz des 12,4 MHz dont elles disposent en zone très dense, et ceci à la date plus lointaine du 31 décembre 2012.

Bouygues Telecom conteste aussi bien le schéma de la rétrocession, que le calendrier qui lui est associé.

2. Ni le schéma de la rétrocession, ni son calendrier ne sont contraires au principe d'égalité entre les opérateurs de téléphonie mobile

Concernant le schéma de la rétrocession des fréquences de la bande 900 MHz, le Conseil d'État constate qu'il aura pour conséquence l'attribution de la même quantité de fréquences, à savoir 10 MHz, à chacun des opérateurs existants dans la bande 900 MHz et que le nouvel opérateur disposera de 5 MHz, en complément des 5 MHz qui lui seront attribués dans la bande 2,1 GHz.

Il considère, dès lors, que les différents opérateurs bénéficient d'un traitement équivalent et que le schéma de rétrocession ne viole pas le principe d'égalité entre les opérateurs⁸.

Concernant le calendrier de la rétrocession, le Conseil d'État estime que la différence de traitement entre Bouygues Telecom et ses concurrents est justifiée, à la fois, par la différence de situation entre les opérateurs de téléphonie mobile et par l'intérêt général qui s'attache à l'entrée du quatrième opérateur, dans des conditions équitables. D'une part, « *les contraintes de trafic pesant, à court terme, sur Bouygues Telecom [sont] moindres que celles qui*

⁸ L'égalité de concurrence est notamment protégée par les articles L. 31-1 et L. 42-1 du code des postes et communications électroniques (CPCE). Aux termes de l'article L. 31-1 CPCE, l'ARCEP et le ministre chargé des postes et communications électroniques veillent « à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ».

Aux termes de l'article L. 42-1 CPCE, l'ARCEP « attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire ».

Une décision conforme au principe d'égalité entre opérateurs

affectent ses concurrents, du fait de son moins grand nombre de clients », et d'autre part, « la nécessité de fournir au futur attributaire de la quatrième licence de téléphonie mobile un accès aux fréquences de la bande 900 MHz dans un délai au-delà duquel il ne serait pas en mesure de déployer son réseau dans des conditions de concurrence loyale et efficace ». Ainsi que l'a souligné le rapporteur public dans ses conclusions, la viabilité économique du nouvel opérateur nécessite qu'il puisse avoir accès à la bande 900 MHz à brève échéance en zones non denses, l'accès aux zones très denses – permis par les restitutions de fréquences dont disposent SFR et Orange France – étant moins décisif.

Le Conseil d'État relève en outre que, bien que les opérateurs aient été mis en mesure d'anticiper la nécessité de procéder à la rétrocession et que la décision du 4 décembre 2007 ait été précédée d'une concertation, Bouygues Telecom n'a pas proposé de schéma ou de calendrier alternatif, permettant de palier les risques qu'elle invoque.

Enfin, les risques spécifiques de dégradation de la qualité du service en norme 2G, invoqués par Bouygues Telecom, doivent être imputés à la politique commerciale suivie par la société, au cours des dix dernières années et ne peuvent, en aucun cas, être attribués au calendrier des rétrocessions.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le Conseil d'État rejette la requête de Bouygues Telecom. Seule l'attribution tardive de la quatrième licence permettrait désormais aux opérateurs existants d'échapper à leur obligation de restitution dans la bande 900 MHz. En effet, tant les conditions du renouvellement de l'autorisation de Bouygues Telecom, que les autorisations renouvelées détenues par Orange France et SFR conditionnent cette obligation à l'attribution d'une quatrième licence avant le 30 juin 2010. En février 2009, le Gouvernement a cependant annoncé que le lancement de la procédure d'attribution aurait lieu avant la fin de l'année.

Camille Urlacher (Direction des affaires juridiques)

Conseil d'État

N° 312741

2ème et 7ème sous-sections réunies

Lecture du lundi 27 avril 2009 (extraits)

Sur le schéma futur de répartition de fréquences retenu par l'ARCEP dans la bande 900 MHz :

Considérant que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché de la téléphonie mobile dans des conditions techniques et économiques susceptibles de lui permettre de concurrencer les opérateurs existants dans des conditions équitables n'est pas contesté ; que le schéma d'ensemble de rétrocession, par les opérateurs existants, de fréquences dans la bande 900 MHz, dans lequel s'inscrit la décision attaquée, aura pour conséquence, s'il est réalisé, l'attribution, à partir du 31 décembre 2012, de la même quantité de fréquences à chacun de ces opérateurs dans la bande autour de 900 MHz, soit 10 MHz en zones très denses et 10 MHz hors zones très denses ; [...] qu'ainsi, la rupture alléguée de l'égalité de la concurrence entre Bouygues Télécom et les autres opérateurs ne pourrait, en tout état de cause, être la conséquence de ce schéma, mais ne pourrait résulter que de difficultés particulières liées au calendrier différent dans lequel s'inscriront, pour Bouygues Télécom et pour ses concurrents, les restitutions de fréquences imposées par l'ARCEP en contrepartie de l'autorisation de réutiliser pour le réseau 3G une partie des fréquences dont ils sont assignataires dans la bande 900 MHz ;

Sur le caractère discriminatoire du calendrier des rétrocessions de fréquences dans la bande 900 MHz et son absence de lien avec le motif d'intérêt général invoqué par l'ARCEP :

Considérant que Bouygues Télécom estime que l'obligation dans laquelle elle se trouverait de restituer, au plus tard dix-huit mois après la décision qui attribuera le cas échéant cette quatrième licence, 4,8 MHz sur les 14,8 MHz dont elle dispose aujourd'hui, hors zones très denses, alors que ses deux concurrents n'auront à restituer que le 31 décembre 2012, et chacun pour leur part, 2,4 MHz sur les 12,4 MHz dont ils disposent à l'heure actuelle en zones très denses, constitue une discrimination susceptible de fausser, à son encontre, le jeu de la concurrence ; [...]

Considérant, en premier lieu, que si Bouygues Télécom soutient qu'aucun motif d'intérêt général ne justifiait que les restitutions de fréquences qui lui sont imposées le soient dans un délai différent de celui qui est imposé à ses concurrents, il ressort des pièces du dossier et des indications fournies lors de l'enquête à laquelle a procédé la deuxième sous-section de la section du contentieux que ce choix, et le calendrier qui lui est associé, sont motivés, d'une part, par la nécessité de fournir au futur attributaire de la quatrième licence de téléphonie mobile un accès aux fréquences de la bande 900 MHz dans un délai au-delà duquel il ne serait pas en mesure de déployer son réseau dans des conditions de concurrence loyale et efficace et, d'autre part, par le fait que les contraintes de trafic pesant, à court terme, sur Bouygues Télécom sont moindres que celles qui affectent ses concurrents, du fait de son moins grand nombre de clients ;

Considérant, en deuxième lieu, que les décisions prises par l'ARCEP depuis l'année 2000 et les consultations qui les ont précédées ont mis chacun des opérateurs en mesure de se préparer à restituer, le moment venu et le cas échéant, certaines des fréquences qui leur avaient été assignées dans la bande 900 MHz ; [...]

Considérant, enfin, que dans la partie du territoire dite « hors zones très denses », seule concernée par les rétrocessions demandées à Bouygues Télécom, cette société met en avant les risques spécifiques de dégradation de la qualité de son service en norme 2G qui résulteraient pour elle du calendrier des rétrocessions ; [...] qu'il ressort de l'enquête et des pièces du dossier que les difficultés prévues par Bouygues Télécom, qui trouveraient notamment leur origine dans le moindre taux d'équipement de ses clients en terminaux compatibles avec la norme 3G, résulteraient principalement de la politique commerciale suivie par cette société au cours des dix dernières années, pendant lesquelles chaque opérateur a été mis en mesure, ainsi que cela a été relevé plus haut, de faire ses choix concernant le déploiement plus ou moins rapide de son réseau 3G et la préparation d'éventuelles restitutions de fréquences dans la bande 900 MHz en conséquence de l'utilisation de celle-ci, éventualité qui était clairement annoncée par l'ARCEP à l'ensemble des opérateurs depuis plus de sept ans à la

date de la décision attaquée ; qu'il suit de là que les difficultés techniques alléguées par Bouygues Télécom [...] ne sauraient, en tout état de cause, être attribuées à une rupture, à son détriment, de l'équité des attributions des fréquences entre l'ensemble des opérateurs de réseaux mobiles de deuxième et troisième génération ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que Bouygues Télécom n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ;

[...]

D É C I D E :

Article 1^{er} : L'intervention de la société Free est admise.

Article 2 : La requête de la société Bouygues Télécom est rejetée.

Services de communication audiovisuelle et services de communications électroniques

Les services de communications électroniques et les services de communication audiovisuelle sont légalement distincts. Les obligations pesant sur les opérateurs varient donc, en fonction de la nature des services fournis.

Au travers des obligations nouvelles qu'il impose aux opérateurs de communications électroniques, le droit de la consommation donne l'occasion de s'interroger sur l'existence ou non d'une distinction entre les services de communications électroniques et les services de communication audiovisuelle.

Les opérateurs tentent de se soustraire aux obligations posées par la loi Chatel

Depuis la loi Chatel n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, les opérateurs de communications électroniques ont l'obligation de recueillir le consentement exprès du consommateur, avant de facturer des « services accessoires à un contrat principal de communications électroniques¹ ». Certains de ces opérateurs considèrent qu'ils ne sont pas soumis à cette obligation lorsque les services accessoires proposés sont des services audiovisuels. De même, les éditeurs de services audiovisuels, alors même qu'ils utilisent les plates formes de distribution des fournisseurs d'accès internet, estiment ne pas être soumis aux règles du droit de la consommation régissant les services de communications électroniques.

Une définition des « communications électroniques » commune aux deux secteurs

Déterminer le champ d'application de ces nouvelles obligations législatives impose de savoir si les services de communications électroniques comprennent ou non les services audiovisuels (1.). Du fait de la distinction légale de ces deux catégories de services, les obligations pesant sur les opérateurs dépendent de la nature des services fournis (2.).

1. Communication électroniques et communications audiovisuelles

Les services de communications électroniques et les services de communication audiovisuelle utilisent le même procédé des « communications électroniques » et peuvent emprunter des infrastructures

¹ Article L. 121-84-4 du code de la consommation : « La poursuite à titre onéreux de la fourniture de services accessoires à un contrat principal de communications électroniques comprenant une période initiale de gratuité est soumise à l'accord exprès du consommateur à qui ces services sont proposés ».

identiques. Cependant, ces deux types de services restent légalement distincts.

1.1. La technique des « communications électroniques » est commune au secteur des communications électroniques, régi par le code des postes et des communications électroniques, et à celui de la communication audiovisuelle, régi par la loi n° 86-1067 modifiée relative à la liberté de communication.

Depuis les lois n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, les deux secteurs définissent d'ailleurs les « communications électroniques », dans des termes strictement identiques. Dans les deux cas, il s'agit des « émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique² ».

Également, les infrastructures de transport utilisées peuvent être communes aux deux secteurs. Les réseaux sont, en effet, capables de distribuer tout type de contenu, de telle sorte que les infrastructures sont interchangeable et que leurs spécificités fonctionnelles ne sont plus affirmées. C'est la raison pour laquelle, sous l'influence conjuguée du droit européen et de la convergence technologique, l'article L. 32 2°

² Article 2, alinéa 1, de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée : « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ».

Article L. 32 1°, du code des postes et des communications électroniques : « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ».

Une distinction des deux secteurs maintenue en 2004 par le législateur

du code des postes et des communications électroniques, dans sa version issue de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, donne la définition suivante du « réseau de communications électroniques » : « On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage.

Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle. »

Cette définition est directement inspirée des directives 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « Cadre ») et 2002/77/CE du 16 septembre 2002, relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques. Cette dernière directive justifie cette définition large par les motifs suivants : « La présente directive utilise les termes « services de communications électroniques » et « réseaux de communications électroniques » au lieu des termes « services de télécommunications » et « réseaux de télécommunications » utilisés précédemment. Ces nouvelles définitions sont indispensables pour tenir compte du phénomène de convergence, en regroupant sous une même définition tous les services et / ou les réseaux de communications électroniques intervenant dans le transport de signaux par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques (c'est-à-dire les réseaux fixes, mobiles, de télévision par câble ou de satellites). La transmission et la diffusion de programmes de radio et de télévision doivent donc être reconnues comme un service de communications électroniques et les réseaux utilisés à cette fin comme des réseaux de communications électroniques. [...] » (voir considérant n° 7).

La communication audiovisuelle, un sous-ensemble de la communication au public par voie électronique

La convergence des techniques et des réseaux n'a cependant pas abouti, en droit national, à l'absorption juridique des services de communication audiovisuelle par les services de communications électroniques, le législateur ayant clairement distingué ces deux catégories de services.

1.2. Les services de communications électroniques et de communication audiovisuelle sont légalement distincts.

Le 6° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques dispose : « On entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique ».

Ces dispositions distinguent donc les « services de communications électroniques » des « services de communication au public par voie électronique ».

La définition de la « communication au public par voie électronique » ne figure pas dans le code des postes et des communications électroniques, mais dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, dite loi Léotard.

L'article 2 de cette loi définit successivement :

- Les « communications électroniques » (voir **chapitre 1.1.** ci-dessus).
- La « communication au public par voie électronique » : « On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ».
- La « communication audiovisuelle » : « On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de

télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ».

Cette série de définitions, qui va du général au particulier, fait de la communication audiovisuelle un sous-ensemble de la communication au public par voie électronique.

Comme l'indiquent les travaux parlementaires sur la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 qui a modifié l'article 2 de la loi Léotard, cet article a créé « une nouvelle catégorie générique, la « communication au public par voie électronique », qui se définit en creux par rapport à la correspondance privée. Cette nouvelle catégorie se subdivise, d'une part, en « communication audiovisuelle », essentiellement constituée par la radio et la télévision sur tout support, y compris Internet, et, d'autre part, en « communication au public en ligne », [...] » (Débats Sénat, 8 avril 2004, discussion sur l'amendement n° 2 présenté par messieurs Hérisson et Sido, sénateurs, au nom de la commission des affaires économiques et du plan).

Ainsi, il résulte de la combinaison de l'article L. 32 6° du code des postes et des communications électroniques et de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée que les services de communication audiovisuelle ne sont pas compris dans les services de communications électroniques.

2. Les obligations pesant sur les opérateurs dépendent de la nature des services qu'ils fournissent à leurs clients

2.1. Les offres de services audiovisuels passant par des réseaux de communications électroniques relèvent des dispositions de l'article L. 121-84-4 du code de la consommation seulement si ces services audiovisuels sont une prestation accessoire d'un contrat portant à titre substantiel sur des services de communications électroniques.

2.1.1. Les dispositions de la loi Chatel relatives au « secteur des communications électroniques³ » précisent quasiment toutes que les obligations qu'elles instituent pèsent sur « les fournisseurs de services de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32 du code des postes et des télécommunications électroniques ».

Cette précision, importante, lève tout doute quant au champ d'application de ces dispositions. Le renvoi à la définition des « services de communication électroniques », donnée par le 6° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, permet d'exclure du champ d'application de ces dispositions les fournisseurs des « services de communication au public par voie électronique », et donc notamment les fournisseurs des services audiovisuels (voir **chapitre 1.** ci-dessus).

La circonstance que le fournisseur de services audiovisuels utilise un réseau de communications électroniques est indifférente. Seul doit être pris en compte le contenu de la prestation substantielle fournie.

2.1.2. Les dispositions de l'article L. 121-84-4 du code de la consommation sont les suivantes : « La poursuite à titre onéreux de la fourniture de services accessoires à un contrat principal de communications électroniques comprenant une période initiale de gratuité est soumise à l'accord exprès du consommateur à qui ces services sont proposés ».

Le législateur n'a pas précisé la nature des services accessoires fournis. Les travaux parlementaires ne donnent pas davantage de précision sur ce point. Face au silence de la loi, il convient d'interpréter dans un sens large ces dispositions dont l'objectif est de favoriser le consommateur⁴.

³ Il s'agit des articles 12 à 22 de cette loi, codifiés aux articles L. 121-84-1 à L. 121-84-10 du code de la consommation.

⁴ La loi est, en effet, relative au « développement de la concurrence au service des consommateurs ». Au cours de la discussion sur cet article issu d'un amendement proposé par un député, le ministre chargé de la consommation a notamment indiqué : « [...], le Gouvernement est favorable à la proposition de Mme de La Raudière, qui constitue une avancée en faveur des consommateurs. [...] » (voir le compte rendu des débats à l'Assemblée nationale, séance du mardi 27 novembre 2007).

La loi Chatel exclut de son champ d'application les fournisseurs des services audiovisuels

Par suite, le fournisseur de service de communications électroniques est soumis aux dispositions cet article même si le service accessoire fourni est une prestation de service audiovisuel.

2.2. Les services audiovisuels distribués par un opérateur de communications électroniques ne sauraient être considérés comme des services de communications électroniques.

Les services de communications électroniques et ceux de communication audiovisuelle sont, on l'a vu, deux catégories de services légalement distinctes.

La circonstance que les services audiovisuels soient distribués par un opérateur de communications électroniques n'est pas de nature à leur faire changer de catégorie juridique. En effet, ce qui est déterminant dans la qualification du service n'est pas la qualité de la personne qui transmet le service, mais le contenu de la prestation fournie.

Dans ces conditions, tant que le contenu du service fourni est un service de radio ou de télévision, il doit être qualifié de service de communication audiovisuelle.

Cela est confirmé, s'il en était besoin, par les travaux parlementaires sur la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Ainsi, dans le rapport n° 244 établi par messieurs Hérisson et Sido, sénateurs, il est indiqué : « [...] *si tous les réseaux de communications électroniques relèvent indifféremment du nouveau code des postes et communications électroniques, les services fournis sur ces réseaux ne relèvent pas du même cadre juridique. Ceux proposant essentiellement une prestation de fourniture de communications électroniques sont qualifiés de services de communications électroniques et relèvent du code, tandis que ceux consistant à éditer ou distribuer des services de communication audiovisuelle n'en relèvent pas.* [...] »

Cette distinction conduit à ce que les câblo-opérateurs relèvent d'une double réglementation puisqu'ils assurent à la fois une prestation de fournitures de communications

électroniques et une distribution de services audiovisuels » (voir le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat et déposé le 30 mars 2004, examen des articles).

En conclusion, même si les deux secteurs n'en font, techniquement et économiquement, plus qu'un, ils continuent d'en faire deux juridiquement. Cette distinction juridique est clairement affirmée au niveau des autorités de régulation, le secteur des communications audiovisuelles relevant du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), et celui des communications électroniques relevant de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

Valérie Service (Direction des affaires juridiques)

Les services audiovisuels accessoires à un contrat principal de communications électroniques relèvent de la loi Chatel

La qualification du service dépend du contenu de la prestation fournie

La redevance audiovisuelle est une aide d'État compatible avec le marché

Dans son arrêt en date du 11 mars 2009, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) valide la décision de la Commission européenne analysant le système français de redevance audiovisuelle comme une aide d'État, compatible avec le marché commun.

1. Les faits et la procédure

Les faits remontent au 10 mars 1993. Télévision Française 1 SA (TF1) avait saisi d'une plainte la Commission, en soutenant que le reversement de la redevance audiovisuelle par la France aux chaînes de télévision publique, France 2 et France 3, constituait une aide d'État incompatible avec le marché commun. Dans le cadre de l'examen permanent des aides existantes, la Commission a, par lettre du 10 décembre 2003, indiqué aux autorités françaises que des modifications devaient être apportées au système de la redevance audiovisuelle, afin de garantir sa compatibilité. Les recommandations proposant l'adoption de mesures utiles de la Commission portaient principalement sur la nécessité d'assurer la proportionnalité de la compensation de l'État, par rapport au coût du service public.

Sur la base des engagements pris par les autorités françaises, la Commission a estimé, par décision en date du 20 avril 2005, que le régime français était compatible avec l'article 86 § 2 du traité CE et a décidé de clore la procédure concernant ce régime portant sur une aide existante. C'est contre cette décision que TF1 a engagé un recours en annulation.

Après s'être prononcé sur la recevabilité d'un tel recours au regard des délais d'action, de l'intérêt à agir de la requérante et de la nature de l'acte attaqué pour conclure à l'affirmative, le TPICE s'est prononcé sur le fond de cette affaire et confirme en substance l'analyse de la Commission.

Rejetant assez rapidement les moyens tirés de la violation des droits de la défense et du détournement de pouvoir, le TPICE s'est principalement attaché à se prononcer sur les moyens tirés de l'erreur de droit qu'aurait commis la Commission, de la violation de l'obligation de motivation et de la portée insuffisante des engagements mis en œuvre par la France.

2. La Commission n'a pas commis d'erreur de droit dans l'application des critères de la jurisprudence Altmark

Selon la requérante, la Commission aurait commis une erreur de droit, en recherchant si une mesure étatique de compensation des coûts du service public pouvait être justifiée au titre de l'article 83 § 2 du traité CE, alors qu'elle aurait elle-même constaté que cette mesure ne remplissait pas les conditions de la jurisprudence Altmark¹ permettant d'échapper à la qualification d'aide d'État.

La Commission soutenue par la République française et par France Télévision estime que la requérante confond deux questions distinctes. La première étant de savoir si l'on est ou non en présence d'une aide d'État et la seconde, si une telle aide peut être considérée comme compatible avec le marché commun.

Le Tribunal énonce, en substance, qu'il convient de distinguer la question de la qualification d'une mesure d'aide, de celle de sa compatibilité.

Dans son arrêt Altmark, la Cour de justice avait rappelé qu'une mesure était qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 87 § 1 du traité CE, dès lors que quatre conditions étaient remplies (intervention étatique ou ressources d'État, affectation des échanges entre États membres, existence d'un avantage à un bénéficiaire et existence ou simple menace de fausser la concurrence). Selon la Cour, lorsqu'une intervention étatique vise à compenser des prestations effectuées par une entreprise exerçant des obligations de service public, elle ne profite alors pas d'un avantage financier. Une telle intervention ne tombe alors pas sous le coup de l'article 87 § 1 du traité CE.

¹ CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, affaire C-280/00.

TPICE, 11 mars 2009, TF1, T-354/05

La Cour de justice rappelle la distinction entre la qualification d'une aide et sa compatibilité

Les conditions issues de la jurisprudence « Altmark » permettent d'échapper à la qualification d'aide d'État

Et la Cour de justice d'ajouter qu'afin qu'une telle compensation échappe à la qualification d'aide d'État, quatre conditions cumulatives devaient être remplies :

- 1 l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;
- 2 les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;
- 3 la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
- 4 lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Le TPICE juge que les critères issus de cette jurisprudence ont pour seul objet la qualification d'une mesure d'aide d'État et ne concernent pas la question de la compatibilité, au titre de l'article 86 § 2 du traité CE.

3. La Commission a suffisamment motivé sa décision

Selon la requérante, la décision de la Commission ne donnerait aucune indication permettant de comprendre son choix de subordonner la compatibilité de la mesure en cause aux engagements proposés par la France. En outre, une motivation dans laquelle la Commission se contenterait d'un rappel formel des critères d'appréciation de l'existence d'une aide d'État, pour ensuite constater que la deuxième condition posée

par la jurisprudence Altmark n'est pas remplie ne saurait être considérée comme suffisante, dès lors que ce défaut de motivation affecterait la possibilité d'apprécier la pertinence des engagements pris par la France.

Rappelant une jurisprudence constante, le Tribunal considère que la motivation exigée à l'article 253 du traité CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution auteur de l'acte. Cette exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce. Or, dans le cadre de la décision de la Commission en cause, la motivation fait clairement ressortir le raisonnement de la Commission.

4. La Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation

Selon la requérante, les engagements de la République française seraient inaptes à garantir la compatibilité du système français de la redevance, avec les règles en matière d'aides d'État. Ces engagements seraient formels et se limiteraient à un toilettage législatif, ils ne comporteraient aucune amélioration, par rapport aux instruments existants.

Le TPICE a jugé que les engagements proposés par les autorités françaises visent bien à répondre aux préoccupations et aux propositions de mesures utiles de la Commission.

Le premier engagement répond à la préoccupation de la Commission relative à la surcompensation des coûts nets du service public. La France s'est engagée à ce que les moyens financiers qu'il est proposé d'allouer à France Télévision ne couvrent que le coût d'exécution des obligations de service public, à ce que les éventuels bénéfices soient intégralement réinvestis dans les activités des chaînes publiques et soient pris en compte dans l'élaboration du budget de l'exercice suivant. De plus, les autorités françaises inscriront dans la réglementation, dans les deux ans à venir, le principe de l'absence de surcompensation des coûts du service public.

Le second engagement répond à la préoccupation de la Commission portant sur le comportement commercial des chaînes publiques. La France s'est engagée à faire contrôler annuellement, par un organisme d'audit indépendant, dont le rapport est transmis au Parlement, le respect par les chaînes publiques de leur obligation d'exercer leurs activités commerciales aux conditions du marché.

Le Tribunal constate que ces engagements sont en correspondance avec les recommandations non erronées de la Commission et que c'est, donc, à juste titre que celle-ci a considéré que le régime de la redevance était compatible avec le marché commun.

Le Tribunal rejette par conséquent le recours introduit par TF1 contre la décision de la Commission.

Alexandra Cuisiniez (Direction des affaires juridiques)

Confirmation par la CJCE des conditions d'attribution par les autorités françaises des licences UMTS octroyées en 2001

La CJCE confirme l'arrêt rendu par le TPICE le 4 juillet 2007 : la modification rétroactive des redevances dues par SFR et Orange France, au titre des licences UMTS attribuées en 2001 ne constitue pas une aide d'État incompatible avec le droit communautaire.

CJCE, 2 avril 2009, C-202/07, Bouygues Télécom

Confirmation de la décision du TPICE

Dans son arrêt Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission du 2 avril 2009, la CJCE se prononce sur la conformité au droit communautaire des aides d'État de la modification rétroactive des redevances dues par SFR et Orange France¹ au titre des licences UMTS attribuées en 2001. Cette modification, issue de deux arrêts du 3 décembre 2002, avait permis l'alignement du montant de ces licences, sur celui de la licence nouvellement attribuée à Bouygues Telecom.

À la veille de l'attribution de la quatrième licence UMTS, cet arrêt est d'un intérêt tout particulier en ce qu'il confirme l'arrêt du TPICE du 4 juillet 2007² et ses développements relatifs à l'évaluation du montant des redevances des licences UMTS.

Le 28 juillet 2000, le ministre en charge des communications électroniques lançait un appel à candidature, en vue de l'attribution de quatre licences de téléphonie mobile 3G, le montant de chacune d'entre elle s'élevant à 4,95 milliards d'euros. Le 18 juillet 2001, deux licences furent attribuées à Orange France et SFR, seules entreprises ayant déposé un dossier de candidature. La présence de ces deux seuls opérateurs sur le marché ayant été jugée insuffisante, au regard des nécessités de la concurrence, un second appel à candidatures fut lancé cinq mois plus tard, le 14 décembre 2001. Celui-ci permit l'entrée de la société Bouygues sur le marché de la téléphonie mobile 3G le 3 décembre 2002. Considérant que le caractère moins élevé du montant de la redevance – 619 millions d'euros concernant la part fixe et une part variable calculée en pourcentage du chiffre d'affaires – demandé à cet opérateur constituait une atteinte au traitement

équitable des opérateurs, le Gouvernement modifia, le même jour, les dispositions relatives aux licences attribuées en 2001, de manière à aligner l'ensemble des redevances sur un montant identique.

Considérant que cet alignement constituait une aide d'État au sens de l'article 87 § 1, Bouygues et Bouygues Telecom déposèrent une plainte auprès de la Commission. Celle-ci décida de ne pas soulever d'objections à l'encontre de la mesure litigieuse³ et les sociétés requérantes saisirent le TPICE à l'encontre de sa décision.

Dans son arrêt du 4 juillet 2007, le TPICE, se référant à l'exception tirée de « *la nature et de l'économie du système* », considéra que la mesure attaquée échappe à la notion d'aide d'État incompatible avec le droit communautaire et rejeta le recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission. Les requérants firent appel.

L'arrêt de la Cour du 2 avril 2009 confirme l'arrêt du TPICE. Parmi les différents moyens soulevés par les requérants, deux soulèvent plus particulièrement l'attention en ce qu'ils permettent à la Cour de se prononcer à la fois sur le recours à l'« *exception basée sur la nature et l'économie du système* » et sur l'application du principe de non-discrimination au cas d'espèce. La question de l'« *unicité de la procédure* » est, quant à elle, considérée par la Cour comme une question de fait, sur laquelle elle ne peut revenir. Il en découle que l'arrêt n'apporte pas d'élément complémentaire concernant la définition du concept de « *procédure unique* », qui avait permis au TPICE de considérer que les deux appels à candidatures lancés en 2000 et en 2001 ne constituaient, en réalité, qu'une seule et unique procédure.

¹ France Telecom Mobiles devenue Orange France SA.

² TPICE, Bouygues et Bouygues Telecom c/ Commission, T-475/04.

³ Décision du 20 juillet 2004.

1. La CJCE confirme l'application par le TPICE de l'exception basée sur la nature et l'économie de l'encadrement communautaire des télécommunications, pour écarter la qualification d'aide d'État au sens de l'article 87 § 1 TCE⁴

L'un des intérêts de l'arrêt du 2 avril 2009 est qu'il se réfère à l'exception tirée de l'économie du système, jusqu'alors développée et utilisée par la jurisprudence dans le seul domaine des systèmes nationaux de charges publiques⁵.

Or, comme le fait remarquer l'avocat général dans ses conclusions au point n° 110, l'utilisation de cette exception ne va pas de soi en l'espèce, dans la mesure « [...] où il ne s'agit ni d'une différence de traitement résultant de la logique d'un système de charges publiques, ni d'une différence résultant d'un système national ». Au vu des spécificités du litige, madame V. Trstenjak a d'ailleurs écarté l'application de l'exception, tirée de la nature et de l'économie d'un système national de charges publiques. En revanche, elle a considéré, au point n° 116, qu'il était nécessaire d'examiner « si, en renonçant partiellement aux créances sur Orange France et SFR, les autorités françaises n'ont fait qu'exécuter leurs obligations résultant de l'encadrement communautaire [...] ». Dans ce cas, découlant d'un acte du législateur européen, cette mesure ne serait pas imputable à l'État français et pas soumise à l'article 87 § 1 TCE. L'avocat général conclut, sur ce point, à la possibilité d'appliquer, en l'espèce, « une exception basée sur l'inévitabilité d'une mesure nationale, due à la nature et à l'économie de l'encadrement communautaire ». La démarche du TPICE, examinant si la renonciation partielle des autorités françaises à leurs créances sur Orange

France et SFR résultait inévitablement de l'encadrement communautaire des télécommunications, est approuvée au point n° 117 des conclusions.

Sur le fond, la CJCE reprend la démonstration du TPICE.

1.1. Tout d'abord, l'encadrement communautaire des télécommunications⁶ (voir : directive 97/13/CE du 10 avril 1997⁷ et décision n° 128/1999 du 14 décembre 1998⁸) repose sur l'égalité de traitement entre les opérateurs pour l'attribution des licences UMTS et pour la détermination des redevances éventuelles. Il laisse aux États membres la liberté de choix de la procédure d'octroi des licences, si les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement des opérateurs (compte tenu du moment auquel chacun accède au marché) sont respectés. La CJCE, appelée à interpréter l'article 11§ 2⁹ de la directive 97/13/CE du 10 avril 1997 a souligné dans un arrêt *Connect Austria*¹⁰, que les redevances imposées aux différents opérateurs doivent être équivalentes en termes économiques.

Après avoir constaté que le premier appel à candidatures, ouvert le 28 juillet 2000, avait permis de sélectionner seulement deux opérateurs (Orange France et SFR), ce qui était insuffisant pour assurer une concurrence effective dans le secteur, les

⁶ Dans sa version en vigueur au moment du litige.

⁷ Relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications. Cette directive a été ensuite abrogée par la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

⁸ Relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération. Cette décision est restée en vigueur jusqu'en janvier 2003.

⁹ Selon lequel, « [...] dans le cas de ressources rares, les États membres peuvent autoriser leurs autorités réglementaires nationales à imposer des redevances afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource. Ces redevances sont non discriminatoires et tiennent compte de la nécessité de promouvoir le développement de services innovateurs et de la concurrence ».

¹⁰ Voir : CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, affaire C-462/99, points n° 116 à 118.

Des conclusions éclairantes

⁴ Voir les analyses du premier moyen et de la première branche du quatrième moyen du pourvoi.

⁵ Voir : CJCE, 14 avril 2005, *AEM et AEM Torino*, affaire C-128/03 et C-129/03, point n° 39 : « toutefois, la notion d'aide ne vise pas des mesures introduisant une différenciation entre entreprises en matière de charges lorsque cette différenciation résulte de la nature et de l'économie du système de charges en cause [...] ».

autorités françaises disposaient de trois options : reprendre au départ la procédure d'attribution des licences UMTS, lancer un appel à candidatures complémentaires sans modifier rétroactivement le montant des redevances UMTS dues par Orange France et SFR ou encore lancer un tel appel assorti d'une modification rétroactive de ces redevances.

Le TPICE, conforté par la CJCE, a constaté que, dans les circonstances de l'espèce, l'application des deux premières options n'aurait pas permis de respecter les exigences du droit communautaire des télécommunications, notamment l'introduction coordonnée et progressive des services UMTS sur le territoire français le 1^{er} janvier 2002 au plus tard, date prévue par l'article 3 § 1 de la décision n° 128/1999/CE, et l'exclusion de toute discrimination entre les opérateurs sélectionnés.

Par conséquent, afin de se conformer aux principes précités de l'encadrement communautaire des télécommunications, les autorités françaises étaient tenues de retenir la troisième solution. Dans ce cadre, l'alignement rétroactif du montant des redevances dues par Orange France et SFR sur celui de la redevance imposée à Bouygues Télécom et l'abandon des créances correspondantes, étaient inévitables. En effet, les caractéristiques des trois licences UMTS étant identiques, le maintien du montant initial des redevances dues par Orange France et SFR aurait nécessairement comporté une violation, à leur détriment, des obligations relatives à l'égalité de traitement spécifiquement posées par le droit communautaire des télécommunications.

En l'espèce, la CJCE a indiqué au point n° 98 que le TPICE « *n'a commis aucune erreur de droit, en jugeant que l'encadrement communautaire des services de télécommunications et, notamment, le principe de non-discrimination, exigeait que les autorités françaises alignent les redevances dues par Orange France et SFR sur celles dues par Bouygues Télécom* ».

1.2. Compte tenu de la spécificité du droit communautaire des télécommunications, au regard du droit commun des aides d'État, la réduction des redevances dues par Orange France et SFR et l'abandon correspondant des créances sur celles-ci

ne peuvent être considérés comme une aide d'État incompatible avec le marché commun.

Selon une jurisprudence constante, la qualification d'aide requiert que toutes les conditions mentionnées à l'article 87 § 1 TCE soient remplies : une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, accordant un avantage à son bénéficiaire, susceptible d'affecter les échanges entre États membres, ainsi que de fausser ou menacer de fausser la concurrence.

Or, en l'espèce, le renoncement aux ressources d'État correspondant à l'alignement des redevances dues par Orange France et SFR sur celles de Bouygues Télécom n'est pas susceptible de caractériser l'existence d'une aide d'État, puisque l'abandon des créances sur Orange France et SFR est inévitable, en application de l'économie du système prévu par l'encadrement communautaire des télécommunications.

S'appuyant sur l'absence de la première condition nécessaire à la qualification d'une aide d'État, la CJCE a confirmé l'analyse du TPICE, pour écarter l'existence d'une aide d'État en l'espèce, sans examiner le moyen portant sur l'existence d'un avantage en faveur d'Orange France et SFR.

2. La CJCE suit le TPICE dans son analyse du respect du principe de non-discrimination au cas d'espèce¹¹

Pour les requérantes, le TPICE aurait commis une erreur de droit dans l'application du principe de non-discrimination, selon lequel des règles différentes ne peuvent être appliquées à des situations comparables et une même règle ne peut régir des situations différentes. Elles soutiennent que les trois attributaires des licences UMTS (Orange France et SFR d'une part, Bouygues Télécom d'autre part) n'étaient pas dans la même situation, au moment de l'alignement des redevances, car les licences ont été délivrées à Orange France et SFR à une date antérieure à celle de Bouygues Télécom.

¹¹ Voir la troisième branche du quatrième moyen du pourvoi.

Du fait de l'économie de l'encadrement communautaire, la qualification d'aide d'État est écartée

Les trois attributaires de licences UMTS étaient dans une situation identique

Sur ce point, la CJCE rappelle au point n° 115 que « l'antériorité des licences UMTS attribuées à Orange France et SFR n'aurait pu justifier, voire exiger, la fixation des redevances y afférentes à un montant supérieur à celui de la redevance due par Bouygues Télécom que si la valeur économique de ces licences pouvait être considérée, du seul fait de cette antériorité, comme supérieure à celle de la licence attribuée à cette dernière société ».

Or, conformément à la démonstration du TPICE, ce n'est pas le cas en l'espèce.

À la date de l'attribution de la licence à Bouygues Télécom, le 3 décembre 2002, Orange France et SFR n'avaient pas pu utiliser et exploiter leurs licences, pour des raisons indépendantes de leur volonté dues à des problèmes liés à la technologie UMTS et à un contexte économique peu favorable à son développement. La valeur économique des licences accordées à Orange France et à SFR n'était pas supérieure à celle de la licence octroyée à Bouygues Télécom, du seul fait de leur attribution à une date antérieure (le 18 juillet 2001). Les trois opérateurs concernés étaient donc dans la même situation, au regard de l'objectif de la directive 97/13/CE d'assurer que les opérateurs accèdent au marché de l'UMTS dans les mêmes conditions, malgré l'attribution de leurs licences à des dates différentes.

Par conséquent, la CJCE juge que les trois opérateurs concernés se trouvaient dans la même situation.

3. Considérant qu'il s'agit d'une question de fait, la CJCE ne se prononce pas sur la question de l'« unicité de la procédure »

Une difficulté soulevée par l'application du principe de non-discrimination, au cas d'espèce, réside dans l'application de ce principe à deux procédures distinctes. Le TPICE apprécie, en effet, la situation des opérateurs au regard des deux procédures lancées en 2000 et en 2001, ces deux procédures étant envisagées globalement.

Le TPICE observe qu'« en dépit de son organisation matérielle, la procédure d'attribution des licences UMTS, initiée au

mois de juillet 2000 par les autorités françaises, a constitué en réalité une procédure unique tendant à l'attribution de quatre licences pour l'introduction du système UMTS en France » (point 134). Il en découle que le principe de non-discrimination doit être apprécié au regard de ces deux procédures considérées globalement et que le traitement identique des opérateurs au regard de chacune des procédures envisagées séparément est insuffisant.

Aux yeux des requérants, une telle appréciation constitue une erreur dans la qualification juridique des faits au regard de l'article 11 de la directive 97/13 aux termes duquel « les redevances sont non discriminatoires ». Considérant cependant que la question de l'« unicité de la procédure » est une question de fait, la Cour déclare cet argument irrecevable. Elle ne suit pas les recommandations de l'avocat général, selon lequel la question de l'« unicité de la procédure » constitue bien une question de droit relative à l'interprétation du principe de non-discrimination visé à l'article 11 § 2 de la directive 97/13.

Les incertitudes encadrant le recours au critère de l'« unicité de la procédure » persistent donc avec cet arrêt. Le TPICE était resté relativement succinct sur ce point, puisqu'il s'était contenté d'observer que « l'ouverture d'un appel complémentaire » avait été commandée par « le caractère partiellement infructueux du premier appel à candidatures » (point 134).

Parmi les questions en suspens se pose ainsi celle du terme de la procédure entamée en juillet 2000. Doit-on considérer que cette procédure ne prendra fin qu'avec l'attribution de la quatrième licence ? Ou l'infructuosité de l'appel à candidature annoncé en janvier 2009 pourrait-elle être considérée comme mettant un terme à cette procédure ? Dans la première hypothèse, serait-il possible de recourir à une procédure d'enchères pour l'attribution de la quatrième licence en cas d'infructuosité de l'appel d'offre à venir ? Le principe de non-discrimination s'opposerait-il à un tel changement ?

Les interrogations soulevées par l'arrêt de la CJCE se posent avec d'autant plus d'acuité que le montant de la quatrième

L'unicité de la procédure est une question de fait

licence UMTS suscite aujourd'hui toutes les attentions. La division du spectre non attribué lors des premiers appels à candidature en trois lots distincts introduit une source de difficulté supplémentaire, concernant l'évaluation de la valeur économique des licences. Par ailleurs, si en 2002, les licences octroyées à Orange France et à SFR n'avaient pas encore été exploitées, et qu'il était ainsi possible de considérer que l'antériorité d'attribution de ces licences ne constituait pas un avantage pour leurs titulaires, ce raisonnement ne peut plus être tenu aujourd'hui.

Afin de garantir la sécurité juridique de la procédure à venir, le Gouvernement a saisi la Commission des participations et des transferts sur le montant de la 4^{ème} licence. Dans son avis rendu le 15 juin 2009, celle-ci a évalué ce montant à 240 millions d'euros, soit 34 millions de plus que les 206 millions d'euros annoncés en février par Luc Chatel devant le Parlement. Il revient désormais au gouvernement de trancher et de fixer le prix définitif auquel il compte attribuer la 4^{ème} licence.

Anne Le Roux et Camille Urlacher
(Direction des affaires juridiques)

ARRET DE LA COUR (1^{ère} CHAMBRE)

2 avril 2009 (extraits)

90. S'agissant du bien-fondé de ces arguments, il y a lieu de rappeler que le Tribunal a constaté, au point 108 de l'arrêt attaqué, que la directive 97/13 et la décision n° 128/1999 laissent aux États membres une marge d'appréciation quant au choix de la procédure d'octroi des licences, dès lors que sont respectés les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement.
91. Le Tribunal a déduit de cette constatation, sans être contesté par les requérantes à cet égard, que les États membres pouvaient opter pour une procédure de sélection comparative, l'essentiel étant que les opérateurs se voient appliquer le même traitement, notamment en matière de redevances.
92. En l'espèce, les autorités françaises, dans la mise en œuvre de ladite marge d'appréciation, ont décidé d'attribuer les licences UMTS au moyen précisément d'une procédure de sélection comparative. Ainsi que l'a relevé le Tribunal au point 12 de l'arrêt attaqué, ce n'est qu'en raison de l'échec partiel du premier appel à candidatures, qui n'avait pas permis d'octroyer un nombre de licences suffisant pour qu'une véritable concurrence soit assurée sur le marché des services de télécommunications, que ces autorités se sont trouvées dans la nécessité de rechercher d'autres attributaires.
93. Or, dans une telle situation, trois options s'offraient auxdites autorités, ainsi que l'admettent les requérantes elles-mêmes, à savoir reprendre la procédure ab initio, lancer un appel à candidatures complémentaires sans modifier rétroactivement le montant des redevances UMTS dues par Orange et SFR ou encore lancer un tel appel assorti d'une modification rétroactive desdites redevances.
94. Dans les circonstances de l'espèce, ainsi que l'a retenu le Tribunal au point 141 de l'arrêt attaqué, l'option de reprendre ab initio la procédure aurait compromis le respect de la date du 1^{er} janvier 2002 fixée à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999 comme étant celle à laquelle la directive 97/13 devait être mise en œuvre par les États membres en ce qui concerne l'introduction coordonnée et progressive des services UMTS sur leur territoire. De même, comme le juge de première instance l'a relevé à bon droit aux points 144 et 145 dudit arrêt, l'option consistant à exiger d'Orange et de SFR le paiement de redevances largement supérieures à celles demandées à Bouygues Télécom, alors qu'aucun des trois opérateurs n'avait encore, pour des raisons ne relevant pas uniquement de leur volonté, accédé au marché et que les caractéristiques de ces licences étaient identiques, aurait constitué une discrimination à l'encontre d'Orange et de SFR.
95. En d'autres termes, l'application de l'une de ces deux options n'aurait pas permis aux autorités françaises de respecter les exigences du droit communautaire.
96. Dans ces conditions, dans le cadre de l'option finalement retenue par lesdites autorités, l'abandon des créances en cause résultant de la mesure d'alignement rétroactif des redevances UMTS dues par Orange et SFR sur celles imposées à Bouygues Télécom présentait un caractère inévitable.
97. En effet, seule une telle option était susceptible, à l'époque des faits, d'une part, de réduire les risques d'un lancement tardif des services UMTS, étant donné qu'elle permettait de s'assurer qu'au moins deux licences soient attribuées à la date prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999. D'autre part, cette option permettait également d'exclure que les trois opérateurs subissent une discrimination, compte tenu du fait que l'alignement des redevances avait pour but précis de prendre en compte la circonstance que, au moment de l'attribution de la licence à Bouygues Télécom, aucun des trois opérateurs n'avait encore, pour des raisons indépendantes de leur volonté, accédé au marché, de sorte que leur situation était, de ce fait, comparable.
98. Il s'ensuit que, dans ces circonstances, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que l'encadrement communautaire des services de télécommunications et, notamment, le principe de non-discrimination, exigeait que les autorités françaises alignent les redevances dues par Orange et SFR sur celles dues par Bouygues Télécom.

Extension de la responsabilité de l'État en matière de délai raisonnable

Pour la première fois, dans un arrêt du 25 mars 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation a statué sur les modalités d'appréciation du délai déraisonnable constitutif du déni de justice prévu à l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire (ancien article L. 781-1 du COJ).

Cet article oblige l'État à réparer le dommage né d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice. La responsabilité de l'État est conditionnée par l'existence d'une faute lourde ou d'un déni de justice. Ce dernier est, notamment, constitué par la constatation de la durée anormalement longue d'une procédure judiciaire, qui s'est déroulée dans un « *délai déraisonnable* ».

**Cass. Civ. 1^{ère},
25 mars 2009,
n° 07-17575**

La question des modalités de calcul du délai déraisonnable affleure dans la quasi-totalité des contentieux relatifs à un dysfonctionnement constitué par un déni de justice. Toutefois, jusqu'au 25 mars 2009, la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point pourtant capital, tant l'appréciation de ce délai peut avoir des conséquences sur des questions collatérales comme celle du point de départ de la prescription quadriennale.

La décision, rendue le 25 mars 2009, fait évoluer sensiblement la jurisprudence en la matière. D'une appréciation au cas par cas, on s'achemine vers une constatation plus objective de la durée d'une procédure.

1. L'appréciation traditionnelle du caractère déraisonnable du délai de la procédure

La CEDH a fait évoluer sa jurisprudence d'une interprétation concrète du délai déraisonnable fondée sur les circonstances particulières de l'espèce, à une conception plus objective.

Les magistrats français ont maintenu cette interprétation subjective du délai déraisonnable de la procédure initiée par la CEDH jusqu'à l'arrêt du 25 mars 2009.

1.1. La CEDH juge que la durée raisonnable d'une procédure doit prendre en compte la totalité des procédures qui se succèdent

Très tôt, la CEDH a été appelée à se prononcer, sur le fondement de l'article 6.1 de la Convention Européenne des droits de l'homme, sur la notion de délai raisonnable.

Cette règle de célérité des procédures est particulièrement surveillée par la CEDH en matière de droit du travail. Elle a jugé en 2003 que « *les conflits du travail, qui portent sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité toute particulière* » (CEDH, 8 avril 2003).

Initialement, et par différents arrêts fondateurs, la CEDH a dégagé quatre critères à l'aune desquels elle interprète le caractère raisonnable de la procédure : complexité de l'affaire¹, nature et importance du litige pour l'intéressé², comportement des autorités judiciaires et nationales³, comportement du requérant⁴.

Par ailleurs, elle a limité son appréciation du délai raisonnable à la durée de la procédure juridictionnelle proprement dite.

Ainsi, en 1991, elle a estimé que le point de départ de la période à considérer pour apprécier le caractère raisonnable de la durée d'une procédure civile était la date de l'assignation des requérants devant le TGI, le terme étant la date du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation (CEDH, 20 février 1991, D. 1992, Somm. 333, obs. Renucci).

Dans un second temps, et par un arrêt du 16 avril 2002, la CEDH a inclus dans le calcul du délai raisonnable l'ensemble des procédures administrative et judiciaire ayant traité de l'affaire, et, en l'espèce, le délai de départage devant le conseil des prud'hommes⁵.

¹ CEDH, 1^{er} août 2000, CP c/ France.

² CEDH, 31 mars 1992, X. c/ France.

³ CEDH, 23 septembre 1998, P. c/ France.

⁴ CEDH, 28 février 2001, L. c/ France.

⁵ CEDH, 16 avril 2002 : D. 2002. Somm. 2573, obs. Fricero.

**Vers une
conception
objective de la
durée d'une
procédure**

En 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a renforcé les obligations positives de l'État en matière de délai raisonnable des procédures civiles, en intégrant dans le procès les phases antérieures à la saisine du juge (CEDH, 29 juillet 2003, S. c/France, D. 2003, somm. 2269, obs. Fricero).

1.2. Le juge français a fondé l'appréciation du caractère raisonnable de la durée d'une procédure sur les seuls critères objectifs.

L'application par les juges français des critères posés par la CEDH

Le délai déraisonnable est apprécié par les tribunaux français, en fonction des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Un tribunal a ainsi considéré que « *le délai raisonnable de la procédure s'apprécie notamment en fonction du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes ; les retards dont se plaint le requérant résultent principalement de quatre changements d'avocats désignés par l'aide juridictionnelle pour l'assister, et également des demandes qu'il a adressées au Procureur Général de PAU puis au Procureur Général près la Cour de cassation pour solliciter le renvoi à une autre juridiction de l'information suivie sur sa plainte avec constitution de partie civile ; le demandeur n'établit pas dans ces conditions l'existence des fautes lourdes qu'il invoque et sera débouté de ses prétentions à l'encontre de l'État* » (TGI Paris, 18 décembre 2002).

Par ailleurs, il a été « *jugé que les délais observés par les juridictions judiciaires avaient été raisonnables au regard de la complexité du litige laquelle résultait tant des mesures d'instruction et des demandes de sursis à statuer, sollicitées par monsieur V., que de l'imbrication des procédures civiles, pénales et administratives et des voies de recours exercées par les parties [...] que par ces constatations objectives des raisons expliquant la longueur de la procédure [...] elle a légalement justifié sa décision* » (Civ. 1^{ère}, 22 mars 2005, V., Bull. n° 149.)

De même, « *monsieur K. ne justifie d'aucune initiative concernant la production des documents demandés par la cour d'appel, ni d'aucune diligence par lui faites pour accélérer le cours de l'instance. Eu égard aux multiples voies de recours*

exercées par le demandeur, à l'absence de justification de ses diligences, alors qu'aux termes de l'article 2 du nouveau code de procédure civile, les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent, la preuve du déni de justice qu'il invoque n'est pas établie » (TGI Paris, 20 septembre 2006).

La même solution a été adoptée :

- pour une procédure de liquidation judiciaire qui avait connu un délai d'achèvement particulièrement long au motif que « *cette procédure collective a été soumise à des aléas hors du commun ayant consisté en l'inculpation, dans le cadre d'un dossier d'instruction, du couple de mandataires judiciaires* » (TGI Périgueux, 12 septembre 2006) ;
- pour une instruction ayant duré plus de quatorze années, les juges ayant estimé qu'il n'y avait pas déni de justice dès lors qu'« *il ressort de l'énumération de ces éléments de procédure que l'instruction a été menée sans discontinuer depuis son ouverture dans le respect des droits de plus de cent victimes et de ceux des douze mis en examen qui ont multiplié les recours et incidents* » (TGI Paris, 20 décembre 2006) ;
- pour une affaire de tutelle qui a présenté d'importantes difficultés eu égard aux circonstances particulières : conflits entre deux enfants, comportement d'obstruction à contrôle et à visite (TGI Paris, 14 novembre 2007).

Cependant, certaines juridictions ont, au cours des trois dernières années, considéré que le délai écoulé peut excéder le délai raisonnable, et ce, même en tenant compte des difficultés inhérentes à certaines affaires (TGI Lyon, 7 décembre 2005, confirmé par CA Lyon, 24 mai 2007 ; TGI Paris, 2 mai 2007), ébauchant ainsi la solution adoptée aujourd'hui par la Cour de cassation.

2. Vers une appréciation plus objective de la notion de « délai déraisonnable »

2.1. Les faits de l'espèce

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 mars 2009, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur le caractère

excessif des délais des procédures par lesquelles deux des victimes (M. D. et M. G.) avaient obtenu réparation de leur préjudice à la suite d'un incendie et d'une explosion du port pétrolier.

Dans un premier temps, l'information judiciaire dans laquelle l'un des requérants, M. D., s'était constitué partie civile, a été clôturée par une ordonnance de non-lieu le 1^{er} juillet 1996 pour insuffisance de charges.

M. D. choisissait alors la voie civile. Toutefois, en raison d'une nouvelle action pénale diligentée, par la voie de la citation directe, pour les mêmes faits contre les sociétés impliquées dans l'accident par d'autres victimes, les consorts G., le juge civil ordonnait le sursis à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal.

Le 27 janvier 2000, le tribunal correctionnel de Lyon condamnait la société Shell et le chef d'établissement local à indemniser l'ensemble des parties civiles, notamment les consorts G. Cette décision était confirmée par la cour d'appel.

Le 24 juin 2002, le TGI de Lyon faisait enfin droit à la demande de dommages-intérêts de M. D.

En 2003, celui-ci assignait l'État en invoquant un dysfonctionnement de la justice constitué par une instruction ayant duré près de dix ans et par une expertise anormalement longue, soit sept ans.

Le 7 décembre 2005, le TGI de Lyon estimait excessive les quinze années de procédure et indemnisait le requérant au titre de ses préjudices moral et économique.

Le 24 mai 2007, sur appel de l'AJT, la cour d'appel confirmait le jugement.

L'agent judiciaire du Trésor formait alors un pourvoi en cassation.

Il faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu que le délai raisonnable avait été méconnu et d'avoir alloué des réparations sur le fondement d'un déni de justice, sans isoler les différentes procédures successives entre elles.

À ce titre, il faisait valoir que les juges auraient dû déterminer si le délai respectif de chacune des procédures en cause était

ou non raisonnable, au regard de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de cassation juge que « *la procédure pénale et la procédure civile qui se sont succédé ayant le même objet, de sorte qu'elles devaient être considérées dans leur ensemble, et la période les séparant étant de courte durée, la cour d'appel a pu estimer qu'un délai de quinze années écoulé entre l'accident et la consécration des droits de M. D. à indemnisation excédait le délai raisonnable visé par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

Sur le motif soulevé par l'AJT reprochant à la cour d'appel d'avoir statué comme elle l'a fait, sans se prononcer de façon concrète sur les difficultés de l'affaire, la Cour de cassation répond que « *même en tenant compte des difficultés inhérentes à ce type d'affaire, le délai écoulé était manifestement excessif* ».

La Cour de cassation ne sanctionne pas la cour d'appel, pour avoir omis de statuer sur les difficultés de l'affaire et justifie sa position, par le motif que la durée de la procédure était, en tant que telle, trop longue.

Elle semble ainsi réduire la portée des circonstances de l'affaire.

2.2. Si la solution retenue par la Cour de cassation marque sa volonté de sanctionner les dysfonctionnements du service public de la justice, elle n'est pas sans susciter certaines réserves

2.2.1. La solution choisie par la Cour de cassation marque une volonté certaine de sanctionner les dysfonctionnements du service public de la justice

Elle considère qu'indépendamment des diligences faites par le juge et de la complexité de l'affaire, une durée de la procédure de quinze ans est, en l'espèce, excessive.

Elle semble ainsi adopter un examen de l'affaire en deux phases. Elle recherche d'abord si la durée de la procédure est objectivement excessive. Pour ce faire, elle

La particularité de l'affaire tient à la pluralité des procédures engagées

La durée d'une procédure est appréciée au regard de différents critères

définit trois règles permettant aux juges de se prononcer sur l'existence d'un « *délat déraisonnable* ».

2.2.1.1. Tout d'abord, la Cour de cassation introduit une nouvelle méthode pour déterminer la durée d'une procédure

Elle se prononce en faveur d'une appréciation globale de la procédure dans toutes ses instances, y compris lorsqu'elles sont de nature différente.

La Cour cantonne cependant ce mode de calcul aux procédures successives qui ont le même objet.

En l'espèce, le requérant avait engagé une procédure pénale suivie d'une procédure civile qui visait toutes deux à l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'explosion et de l'incendie, dont il avait été victime.

Il ressort de l'arrêt D. que, dès lors que plusieurs procédures, notamment pénale et civile, se succèdent aux mêmes fins, les magistrats ne doivent pas prendre en compte isolément le délai de chaque procédure, mais apprécier les deux procédures dans leur globalité.

2.2.1.2. Pour appliquer cette règle de calcul, la Cour de cassation exige toutefois que les procédures engagées aux mêmes fins soient proches dans le temps

Elle laisse toutefois aux juges du fond la liberté d'apprécier souverainement le délai qui sépare ainsi les actions entreprises. À cet égard, on voit mal comment elle pourrait fixer un délai précis, tant tout ceci doit s'apprécier au cas par cas.

2.2.1.3. La Cour de cassation retient comme point de départ pour le calcul de la durée de la procédure, la date de l'accident

En cela, elle adopte la position de la CEDH, quant à la détermination du point de départ du *délat de la procédure*.

En l'espèce, après avoir appliqué ses modalités d'appréciation du délai, elle constate que celui-ci est manifestement excessif, « *même en tenant compte des difficultés inhérentes à ce type d'affaire* ».

Sans affirmer pour autant que les circonstances entourant l'affaire sont indifférentes à l'appréciation de la durée raisonnable, elle atténue, en l'espèce, la portée de ces critères d'appréciation.

On peut imaginer que, si elle avait considéré que le délai ainsi calculé n'apparaissait pas excessif, elle serait passée à la seconde phase d'examen consistant à apprécier si les critères dégagés par la jurisprudence (complexité, nature et importance de l'affaire, comportement des autorités et du requérant dans la procédure) trouvaient à s'appliquer.

2.2.2. Un arrêt qui peut susciter des réserves

La recherche, par la CEDH et la Cour de cassation, d'un point de départ toujours plus en amont de la date de l'introduction d'une action en justice, entraînent des conséquences non négligeables pour l'État responsable.

- Tout d'abord, la solution adoptée par ces deux juridictions favorise les demandes d'indemnisation des victimes à l'encontre de l'État, puisqu'elle adopte une interprétation extensive de la notion de procédure qui englobe l'ensemble des actions juridictionnelles ayant le même objet et qui se sont succédées dans un court délai. Cette appréciation élargit incontestablement le champ des contentieux.
- Ensuite, en considérant les deux procédures, pénale et civile, comme un tout indissociable, cette solution a une incidence sur l'application de la prescription quadriennale dont peut se prévaloir l'État. En effet, elle a pour conséquence de retarder le point de départ de la prescription quadriennale jusqu'à la fin de l'ensemble des procédures engagées aux mêmes fins. Le fait générateur de la créance de M. D. pourrait être l'issue de l'ensemble des procédures, pénale et civile. (Cass. Ass.

Le point de départ du délai est la date de l'accident

Plén, 6 juillet 2001 ; Cass. Civ.1^{ère},
28 janvier 2003, Bull.civ. 2003, I, n° 25,
page 19).

Un principe critiquable qui conduit à une responsabilité accrue de l'État

La solution adoptée par la Cour de cassation n'est pas exempte de critique. En effet, il apparaît contestable de retenir la date de l'accident et non pas la date de l'assignation comme point de départ du délai de la procédure. On met ainsi à la charge de l'État le délai qui s'écoule entre l'accident et l'assignation qui ne lui est pas imputable, dès lors que c'est le demandeur qui déclenche l'action judiciaire. On voit mal pourquoi l'État supporterait les conséquences d'une carence ou d'un retard de ce dernier.

*

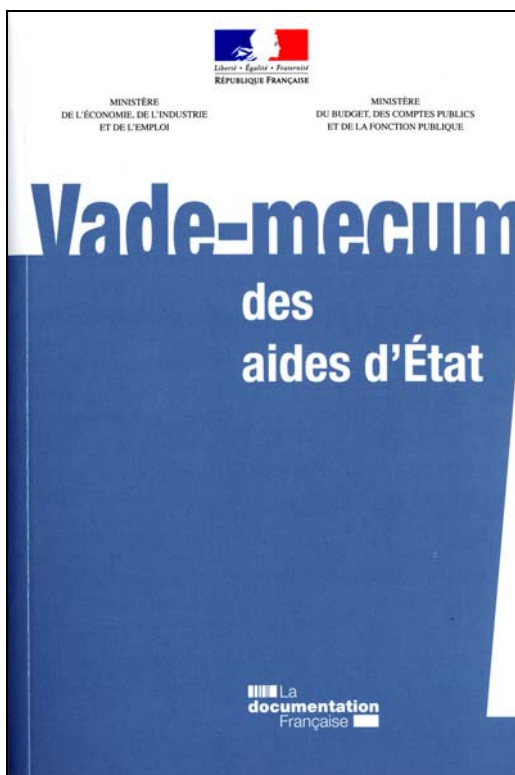
* *

Cet arrêt marque une étape importante dans l'appréciation que les juges ont du calcul du délai raisonnable d'une procédure parce qu'il ouvre la voie vers une responsabilité accrue de l'État en raison de la durée excessive des procédures.

Néanmoins, un arrêt de principe en la matière aurait le mérite de faire la lumière sur des notions encore imprécises.

Marjorie Bruneau et Myriam Moubachir
(Direction des affaires juridiques)

VADE-MECUM DES AIDES D'ÉTAT



Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie
Réf. : 9782110075499 - 18 euros

Tout sur les aides d'Etat !

La direction des affaires juridiques de Bercy publie, à la Documentation française, un « Vade-mecum des aides d'État ».

Élaboré par des praticiens du droit communautaire, cet ouvrage fait le point, sous un angle pratique, sur une matière essentielle mais peu connue du grand public : le droit des aides d'État.

Il traite principalement des domaines relevant des ministères chargés de l'économie et du budget.

Il est à jour des évolutions de ce droit en 2009

www.ladocumentationfrancaise.fr

La Documentation française
Service Commandes
124, rue Henri Barbusse
93308 Aubervilliers cedex
Téléphone : 33(0)1 40 15 68 88
Télécopie : 33(0)1 40 15 68 00

LE COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

Publication trimestrielle de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministère du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, le *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie* apporte un éclairage sur des thèmes juridiques d'actualité, au travers d'articles de synthèse et d'analyse des jurisprudences constitutionnelle, judiciaire, administrative et européenne.

Fruit d'une expertise pluridisciplinaire, portant sur tous les domaines du droit (droit privé et public, droit européen et international, droit des sociétés, droit économique et financier, droit des participations de l'État et droit des marchés publics), cet outil a vocation à permettre, avec ses quatre numéros annuels, de mieux saisir les enjeux juridiques de la société actuelle.

Le *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie* est également disponible sous forme numérisée accessible en ligne (au format PDF ou mode texte) par téléchargement payant, sur le serveur internet de la Documentation française, en vente au numéro ou par abonnement. Plus d'information sur www.ladocumentationfrancaise.fr



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Maquette : D.A.J. - bureau
Ressources Informatiques,
Documentaires et
Communication interne -
RIDC

Impression : direction de la
documentation française
29-31, quai Voltaire
75344 Paris cedex 07

Imprimé en France
Dépôt légal : à parution
ISSN 1621-0263

Prix au numéro : 10 €
Abonnement (4 numéros) :
France 29,50 €
Europe 31 €
DOM-TOM 30 €
Autres pays 32 €
Supplément avion 8,80 €

Comité éditorial

Directeur de la publication
Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques

Membres externes

Frédéric Ancel, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, **Claudie Boiteau**, professeur d'université, **Hubert Gasztowtt**, conseiller juridique du directeur général du Trésor et de la Politique économique, **Marie-José Palasz**, chef de mission au contrôle général économique et financier

Membres de la DAJ

Jean-Guirec Le Noan, chef de service
Michèle Hourt-Schneider, sous-directrice
Nicole Planchon, sous-directrice
François Schoeffler, sous-directeur
Michel Lejeune, sous-directeur

Rédacteur en chef
Annick Biolley-Coornaert
Rédaction
Frédéric Amérigo

Direction des affaires juridiques :
bâtiment Condorcet - Télédéc 353 - 6, rue Louise Weiss - 75703 Paris Cedex 13
adresse courriel : cjfr@finances.gouv.fr

En vente en librairie et sur www.ladocumentationfrancaise.fr (par paiement sécurisé)

Pour mieux vous connaître, merci de nous signaler vos centres d'intérêt

<input type="checkbox"/> administration	<input type="checkbox"/> droit, justice	<input type="checkbox"/> éducation, formation	<input type="checkbox"/> santé, protection sociale
<input type="checkbox"/> culture	<input type="checkbox"/> institutions, vie politique	<input type="checkbox"/> emploi, travail	<input type="checkbox"/> Europe, international
<input type="checkbox"/> communication, nouvelles technologies	<input type="checkbox"/> défense	<input type="checkbox"/> société	<input type="checkbox"/> autres
<input type="checkbox"/> économie, finances	<input type="checkbox"/> environnement, territoires		

bulletin
d'abonnement

à retourner à

La documentation
française

À l'attention
du service commande
124, rue Henri-Barbusse
93308 Aubervilliers
Cedex France

Téléphone : 33 (0) 1 40 15 70 00
Télécopie : 33 (0) 1 40 15 68 00

www.ladocumentationfrancaise.fr

Abonnement pour quatre numéros

France métropolitaine (TTC)
Dom-Tom (HT, avion économique)
Europe (TTC)
Autres pays (HT, avion économique)
Supplément avion rapide

Version numérisée

Le numéro
Abonnement à quatre numéros

Prix unitaire TTC	Nombre	Total
29,50 €		
30,00 €		
31,00 €		
32,00 €		
8,80 €		
8,00 €		
22,00 €		
montant total à payer		

Nom

Prénom

Profession

Adresse

Code postal

Localité

MéI

Ci-joint mon règlement

Par mandat administratif (réservé aux administrations)
 Par chèque bancaire ou postal : à l'ordre de l'Agent comptable du B.A.P.O.I.A. - La Documentation française

Par carte bancaire. Date d'expiration UUUU

N° UUUUU UUUUU UUUUU UUUUU

N° de contrôle UUUU (notez les 3 derniers chiffres du numéro inscrit au dos de votre carte, près de votre signature)

Date

Signature

Informatique et libertés - Conformément à la loi du 6 janvier 1978, vous pouvez accéder aux informations vous concernant et les rectifier en écrivant au Service Promotion et Action commerciale de La Documentation française. Ces informations sont nécessaires au traitement de votre commande et peuvent être transmises à des tiers, sauf si vous cochez ici

La documentation Française

