



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

ministère  
des Transports  
de l'Équipement  
du Tourisme  
et de la Mer



Conseil général  
des Ponts  
et Chaussées

le vice-président

---

## note à

Monsieur le Ministre des Transports, de l'Équipement,  
du Tourisme et de la Mer

La Défense, le **31 AOÛT 2005**

objet : **Evolution du réseau scientifique et technique.**

La nouvelle étape de la décentralisation entraîne une restructuration profonde de votre ministère qui touche principalement les services déconcentrés. En comparaison avec eux, le « réseau scientifique et technique » (RST) est apparu comme un pôle de stabilité. Et ceci d'autant plus que la loi du 13 août 2004 sur les libertés et responsabilités locales a stipulé explicitement que les collectivités territoriales définissent, conjointement avec l'État, les programmes de recherche et de développement du savoir-faire technique dans le domaine routier, mission actuellement assurée par le RST.

Si la mission se trouve ainsi légitimée et pérennisée, il n'en demeure pas moins que le RST doit évoluer pour demeurer en phase avec un contexte fortement transformé.

Votre prédécesseur avait demandé à Pierre CHANTEREAU président de la 7<sup>ème</sup> Section du CGPC de conduire, dans le cadre de la stratégie ministérielle de réforme, le chantier consacré à « l'ouverture du réseau scientifique et technique ». Son rapport vous a été adressé le 4 juillet 2005.

Il préconise de ne pas s'engager dans des évolutions institutionnelles immédiates mais d'adopter une démarche de projet partagé, d'évolution des pratiques, qui vise à créer un changement de culture plus profond.

Le rapport de Pierre CHANTEREAU faisait référence à une expertise juridique demandée par la DRAST au CGPC et qui devait donner un éclairage complémentaire.

Elle vient également d'être achevée. (J'en joins un exemplaire à cette lettre pour compléter le dossier de votre cabinet). L'expertise montre que les problèmes juridiques ne seront vraisemblablement pas des facteurs bloquants et qu'il importe davantage de clarifier les objectifs politiques qu'on veut atteindre.

Il me semble qu'après une période de latence, qui a été en partie voulue, car il ne fallait pas interférer avec la question majeure de l'évolution des services déconcentrés par un problème de nature différente, l'heure est venue de passer à l'action, pour l'évolution du réseau scientifique et technique.

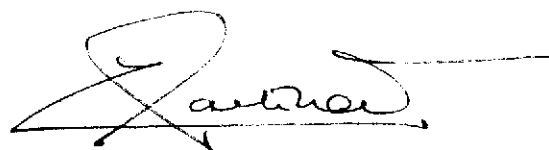
Tour Pascal B  
92055 La Défense cedex  
téléphone :  
01 40 81 21 22  
télécopie :  
01 40 81  
courriel :  
Cgpc  
@equipement.gouv.fr

Le rapport de Pierre CHANTEREAU propose une démarche mais celle-ci ne peut pas se faire sans un message politique de votre part. Les énergies ne se mobiliseront pas, si le « sens » de l'action n'est pas clairement exprimé.

Il me paraîtrait souhaitable que vous vous exprimiez sur quelques points clefs.

- Rappeler que la loi demande l'action conjointe de l'Etat et des collectivités territoriales pour le développement des savoir-faire techniques et préciser si vous entendez en faire une application circonscrite au seul domaine de la route ou si vous souhaitez l'adoption de la même philosophie pour l'ensemble des activités pour lesquelles votre ministère et les collectivités territoriales ont des attributions complémentaires, nécessitant le recours aux mêmes disciplines techniques.
- Préciser si vous souhaitez, comme le rapport CHANTEREAU en a fait l'hypothèse, promouvoir une forme d'interpénétration des fonctions publiques de l'Etat et des collectivités territoriales.
- Indiquer de quelle manière vous envisagez d'associer à la démarche, les associations d'élus représentatives des collectivités territoriales.

J'ai noté que vous avez prévu d'ouvrir les journées du réseau scientifique et technique, qui se tiendront à LYON, les 5 et 6 septembre. Cette manifestation serait évidemment une occasion particulièrement propice à l'expression de votre message, mais, si l'échéance apparaît trop rapprochée pour permettre de procéder aux consultations ou réflexions préalables que vous jugeriez opportunes, la diffusion du résumé des journées pourrait en fournir également le support.



*Claude MARTINAND*

Copies:

- MM. Pierre-Etienne Bisch, Directeur de Cabinet du Ministre  
 Paul Lempereur, Directeur Adjoint de Cabinet  
 Geoges Regnaud, Conseiller Technique  
 Olivier Ou Ramdane, Conseiller Technique  
 Patrick Gandil, Secrétaire Général  
 François Perdrizet, Directeur de la recherche et de l'animation scientifique et technique  
 Mme Hélène Jacquot, Directrice générale du personnel et de l'administration



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

---

## note à

(liste de diffusion du rapport)

ministère  
des Transports  
de l'Équipement  
du Tourisme  
et de la Mer



Conseil général  
des Ponts  
et Chaussées

le vice-president

La Défense, le **31 AOUT 2005**

objet : **Expertise juridique liée à l'organisation du réseau scientifique et technique.**

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint le rapport d'expertise rédigé par Marie-Françoise SIMON-ROVETTO et André LAUER. Il répond à une demande d'expertise sur divers problèmes juridiques liés à l'organisation du réseau scientifique et technique, adressée au Conseil Général des Ponts et Chaussées par le Directeur de la Recherche et des Affaires Scientifiques et Techniques, le 24 septembre 2004.

Je vous joins également copie de la note que j'adresse au Ministre après l'achèvement des réflexions du chantier sur « l'ouverture du réseau scientifique et technique ».

*Claude MARTINAND*

Tour Pascal B  
92055 La Défense cedex  
téléphone :  
01 40 81 21 22  
télécopie :  
01 40 81 23 93  
courriel :  
Cgpc  
@equipement.gouv.fr

**Diffusion du rapport n° 2004-0220-01**

- le secrétaire général du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer 3 ex
- le chef de la mission stratégie (DAEI) 1 ex
- le directeur de la recherche et de l'animation scientifique et technique 3 ex
- la directrice générale du personnel et de l'administration 1 ex
- Le ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer 6 ex
  - M. Etienne BISCH, directeur du cabinet
  - M. Paul LEMPEREUR directeur adjoint de cabinet
  - M. Olivier OU RAMDANE, conseiller technique
  - M. Georges REGNAUD conseiller technique
- la présidente et les présidents de section du CGPC 7 ex
- la secrétaire et les secrétaires de section du CGPC 7 ex
- André LAUER (IGPC) 3<sup>ème</sup> section du CGPC 2 ex
- Marie-Françoise SIMON-ROVETTO (IGF) 2<sup>ème</sup> section du CGPC 2 ex
- archives du CGPC 1 ex

## Expertise juridique liée à l'organisation du Réseau Scientifique et Technique

**Expertise juridique  
liée à l'organisation du  
Réseau Scientifique et Technique**

**Marie-Françoise SIMON-ROVETTO**  
Inspectrice générale de l'équipement

en collaboration avec

**André LAUER**  
Ingénieur général des ponts et chaussées

**Destinataires**

Le secrétaire général du ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer  
Le directeur de la recherche et de l'animation scientifique et technique

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### CHAPITRE I – LES FORMES D’ASSOCIATION ENVISAGEABLES ENTRE LE RESEAU SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE ET LES COLLECTIVITES TERRITORIALES.

	page 6
1.1. – Le service de l’Etat.	page 6
1.2. – L’établissement public.	page 7
1.3. – L’association.	page 11
1.4 – Le groupement d’intérêt public.	page.11
1.5 – La société d’économie mixte.	page.13
1.6 – La fondation.	page.13
1.7 – Ingénierie et partenariat.	page.13

#### CHAPITRE II. – LES CONDITIONS JURIDIQUES PERMETTANT LA COMMANDE DIRECTE PAR L’ADMINISTRATION.

page15

21 – Le caractère extensif du champ d’application des règles de la commande publique.	page 15
2.2 – La délégation de service public.	page 17
2.3 – Les marchés de service de recherche et développement.	Page 18
2.4 – Le régime de la subvention.	page 19
2.5. – La prestation « <i>in house</i> ».	page 19
2.6 – L’exception liée au bénéfice d’un « <i>droit exclusif</i> ».	page 23

#### CHAPITRE III – AVANTAGES COMPARATIFS DES DIFFERENTES FORMES D’ASSOCIATION ENVISAGEES AU REGARD DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

page 29

3.1 – Tableau de synthèse.	page 30
3.2 – Commentaires du tableau.	page 31
3.3 – Avantages comparatifs des formes d’association retenues.	page 32

#### CHAPITRE IV – INCIDENCE DE L’EVOLUTION JURIDIQUE DU RESEAU SUR LA GESTION DU PERSONNEL.

page 35

4.1 – Les modalités de droit commun du détachement et de la mise à disposition.	page 35
4.2 – Le recrutement externe	page 36

#### CHAPITRE V – CONDITIONS D’UNE PRATIQUE D’INGENIERIE CONCURRENTIELLE.

page 37

5.1 – Personne publique et principe de libre concurrence.	page 37
5.2 – Conciliation entre avantages structurels et exercice concurrentiel.	page 37
5.3 – Les restrictions statutaires.	page 38

#### CONCLUSION.

page 39

## INTRODUCTION

La présente expertise répond à la demande exprimée par le directeur de la recherche et des affaires scientifiques dans une lettre du 24 septembre 2004 adressée au vice-président du Conseil général des ponts et chaussées.

Elle a pour mission d'éclairer la réflexion engagée dans le cadre du chantier de modernisation consacré à l'ouverture du réseau scientifique et technique du ministère (ci-après dénommé RST ou Réseau).

Conformément à la commande, elle se concentre sur les aspects juridico-financiers des organisations envisageables pour l'évolution du Réseau et celle des organismes qui le composent.

Elle ne permet pas d'identifier la meilleure option car le choix final suppose la prise en compte d'autres paramètres, en fonction, notamment, du rôle que l'on entend réserver aux différents partenaires du ministère. De plus, nous avons considéré que des modalités d'organisation différentes pourraient être retenues simultanément au sein du Réseau.

Ce rapport poursuit ainsi un objet pratique : dresser l'inventaire des formes d'association possibles avec les collectivités territoriales, voire avec d'autres interlocuteurs publics ou privés, en évaluer les avantages et risques comparatifs, en tenant compte d'une exigence sous-jacente : préserver, dans la sécurité juridique, la capacité du Ministère à demander des prestations au Réseau.

Il faut en effet souligner, d'emblée, combien la réflexion sur l'avenir du RST ne peut ignorer la portée des changements qui affectent le droit de la commande publique. Cette évolution, engagée depuis quelques années, se poursuit rapidement sous nos yeux, comme le rappellent de très récentes décisions judiciaires, communautaires et nationales.

Jusqu'à la fin des années 90, au nom du principe de l'unicité de l'Etat, les relations entre celui-ci et ses démembrements s'appréciaient encore comme des actes de gestion interne et les collectivités territoriales bénéficiaient du même traitement dans leurs rapports avec leurs établissements.



Mais, avec l'application du principe de concurrence, les relations doivent désormais être fondées sur le respect des procédures propres aux marchés publics et l'emprise croissante de ces prescriptions qui deviennent la règle laissent une place restreinte aux possibilités de s'en exonérer.

Notre étude se focalise sur cet espace dérogatoire, en précise les limites et souligne les contraintes d'organisation et de gestion qui en assortissent la jouissance.

Elle n'implique pas que les options d'organisation à retenir s'inscrivent exclusivement dans ce champ restrictif.

Sont examinés successivement :

- I) Les formes d'association envisageables entre le RST et les collectivités territoriales ;
- II) Les conditions juridiques permettant la commande directe par l'administration ;
- III) Les avantages comparatifs des différentes formes d'association envisagées au regard des règles de la commande publique ;
- IV) L'incidence de l'évolution juridique du Réseau sur la gestion du personnel ;
- V) Les conditions autorisant la pratique d'une ingénierie concurrentielle.

\* \*  
\*

## **I - LES FORMES D'ASSOCIATIONS ENVISAGEABLES ENTRE LE RESEAU SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE ET LES COLLECTIVITES TERRITORIALES**

Les analyses ci-après n'intéressent pas un organisme particulier du Réseau et conservent un caractère théorique. Les termes d'« *organisme* » ou d'« *entité* » qui sont utilisés pourraient donc s'appliquer aussi bien à un CETE qu'à un service technique central existant ou, tout autant, désigner une création nouvelle, résultant d'un regroupement ou d'une réorganisation plus complexe de tout ou partie des organismes actuels.

Nous postulons, en outre, que l'organisme en cause devrait nécessairement exercer, à titre principal, les trois catégories d'activités suivantes :

- des activités scientifiques et techniques d'intérêt général telles que la recherche, le développement méthodologique, la capitalisation des connaissances et la diffusion de la doctrine ;
- des activités scientifiques et techniques répondant à des besoins particuliers de l'Etat, comme des études de projets ;
- des activités scientifiques et techniques répondant à des besoins particuliers de collectivités locales.

En regard de ce critère fondamental, plusieurs statuts juridiques peuvent être évoqués.

### **1.1 – Le service de l'Etat.**

Une dizaine d'organismes du Réseau appartiennent à cette catégorie qui offre des modes d'organisation différenciés puisqu'on y trouve des services déconcentrés, tels les CETE, des services à compétence nationale, comme le CETMET et le STRMTG et des statuts *sui generis*, comme le SETRA et, encore récemment, le CERTU.

1.1.1 - A cet égard, une mention particulière doit être réservée au régime de « **service à compétence nationale** » qui conserve une réelle pertinence dans la perspective du réaménagement des organismes du RST.

De création récente, -elle résulte du décret n° 97-464 du 9 mai 1997- cette modalité d'action représente une réponse nouvelle apportée à l'administration dans la perspective de la réforme de l'Etat.

Elle est destinée à permettre le positionnement au sein d'une administration centrale de missions de gestion, d'études techniques, de production de biens ou de prestations de services, ainsi que de missions à caractère opérationnel, qui n'entrent pas dans le rôle assigné aux services centraux de l'Etat par la réglementation mais qui ne peuvent être déconcentrés en raison du caractère national de leur fonction.

Ainsi qu'il est précisé dans la circulaire d'application du Premier ministre du 9 mai 1997, « *le dispositif fixé par ce texte est pragmatique et ménage toute la souplesse nécessaire* » aux choix de l'administration.

Deux formules alternatives sont prévues.

La première permet de créer un service à compétence nationale directement auprès d'un ministre. Le service dispose alors d'une large autonomie et son responsable peut bénéficier d'une délégation de pouvoir. Sa création est assurée par un décret en Conseil d'Etat.

La seconde autorise le placement d'un tel service auprès d'une direction d'administration centrale, sous l'autorité du directeur, d'un chef de service ou d'un sous-directeur. Le service dispose, en ce cas, d'une moindre autonomie mais son responsable peut recevoir une délégation de signature. La création est assurée par un simple arrêté interministériel.

**1.1.2 - La formule de service de l'Etat ne paraît pas devoir interdire une extension de prestations de service à des collectivités territoriales, fût-ce dans un cadre soumis aux règles de la concurrence.**

Dans un avis de portée générale du 8 novembre 2000 portant sur le point de savoir si un établissement public administratif pouvait se porter candidat à l'attribution d'un marché public, le Conseil d'Etat a précisé « *qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique (dans notre hypothèse, l'Etat, au travers de tel ou tel de ses services) de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* ».

Cette solution, qui contredit la position alors soutenue par la Commission centrale des marchés, est, en revanche, compatible, souligne le Conseil, avec la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes.

**1.1.3 - La configuration précédente du CERTU atteste par ailleurs que le régime de service de l'Etat n'interdit pas l'association de collectivités territoriales au pilotage d'un organisme prenant cette forme juridique, dans cet exemple, par le biais d'un comité d'orientation.**

Il s'agit, certes, d'une simple formule de concertation, non d'un dispositif de codécision. Mais une bonne concertation peut se révéler parfois plus profitable qu'un copilotage déficient.

## **1.2 – L'établissement public.**

Le statut d'établissement public représente actuellement la forme principale d'organisation des entités du RST qui disposent d'une personnalité juridique.

Il se décline en divers régimes :

- administratif (Institut géographique national), avec ses variantes particulières :
  - scientifique et technologique (Laboratoire des ponts et chaussées, Institut national de recherche pour les transports et leur sécurité),
  - scientifique, culturel et professionnel (Ecole Nationale des Ponts et Chaussées),
- industriel et commercial (Centre scientifique et technique du bâtiment).

L'on ne reviendra pas sur les modalités de gestion propres à chacune de ces catégories. En revanche, il convient de tirer, dès à présent, toutes les conséquences utiles du régime juridique qui s'attache à la « *nature* » de l'établissement, entendue, ici, comme l'origine de sa tutelle.

- Rappelons qu'un établissement public s'analyse toujours comme un démembrement juridique de la collectivité publique qui le crée. A côté des établissements nationaux relevant de l'Etat, existe donc une palette diversifiée d'établissements locaux.

- En effet, depuis quelques années et, particulièrement depuis l'intervention de la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, le statut d'établissement public local recouvre non seulement les situations de régies, par lesquelles des collectivités territoriales confient à une personne morale qu'elles créent l'une des missions de service public qui leur incombent, mais aussi les différentes modalités de regroupement, des collectivités territoriales entre elles, de leurs établissements publics ou encore, d'un ensemble de collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de groupements de collectivités ou d'établissements.

- La souplesse de ces modalités de démembrement des collectivités publiques n'a pourtant pas pour effet de modifier leur champ d'intervention car il est de règle de droit qu'une collectivité publique ne peut exercer de compétences **autres que celles qui lui sont attribuées par les textes ni au delà du territoire qui fonde son identité.**

### 1.2.1 - Le principe de spécialité fonctionnelle.

Il est défini par la loi. Or, si l'Etat dispose des prérogatives les plus larges en matière de recherche, il n'en va pas de même pour les collectivités territoriales.

Seule la Région se voit reconnaître une compétence d'attribution générale pour la recherche et le développement technologique, en vertu des articles L. 4252-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales qui instituent, notamment, des comités régionaux consultatifs à cet effet.

La capacité juridique dont disposent les autres collectivités territoriales pour intervenir en ces matières découle de la clause générale de compétences reconnue à une collectivité sur son territoire et, de façon plus explicite, des attributions spécifiques qu'elles détiennent de la loi, principalement, pour le sujet qui nous concerne, dans les domaines de l'urbanisme, de l'aménagement et des infrastructures de transport.

Si le champ restrictif des compétences reconnues aux collectivités territoriales devait nuire à la réalisation de certaines modalités de coopération entre l'Etat et ces dernières, il pourrait être envisagé de faire usage d'une possibilité de partage ou de délégation temporaires de compétences de l'Etat au profit de collectivités déterminées, comparable au dispositif d'expérimentation prévu par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

Par contre, le principe de spécialité s'appliquant avec rigueur aux établissements publics, leur association à une organisation conjointe avec l'Etat, qu'ils émanent de celui-ci ou d'autres collectivités publiques, ne pourrait être retenue qui si elle se révélait compatible avec les missions qui leurs sont légalement dévolues. Dans le cas contraire, il serait nécessaire d'aménager leurs statuts.

### 1.2.2 – Le principe de spécialité territoriale.

Il détermine le champ géographique de la coopération entre les collectivités territoriales et leurs groupements. Cela conduit **à écarter sans appel l'hypothèse de création d'un établissement public mixte entre l'Etat et une ou plusieurs collectivités**, le premier disposant d'une compétence sur l'ensemble du territoire quand les autres n'exercent les leurs que sur une fraction de celui-ci.

On ne manque d'ailleurs pas de s'interroger sur la compatibilité qu'aurait une telle innovation juridique avec le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales.

Dans le respect de ces considérations, deux modalités de coopération peuvent, dès lors, être proposées.

1.2.3 - **La création d'un établissement public local ad hoc** à l'image des « *établissements publics de coopération culturelle* » institués par l'article L. 1431-1 du Code général des collectivités territoriales.

Les conditions de création de ces établissements *sui generis*, chargés de la gestion d'un service culturel, illustrent de manière exemplaire la recherche d'une conciliation des principes évoqués ci-dessus :

- la création ne peut résulter que d'un acte volontaire de **l'ensemble** des collectivités territoriales et groupement intéressés (*libre administration des collectivités territoriales*) ;
- elle doit présenter un intérêt pour chacune des personnes morales en cause (*compatibilité avec leur champ de compétence respectif*) ;
- elle doit contribuer à la réalisation des objectifs nationaux dans le domaine de la culture (*justification de l'intervention de l'Etat*) ;
- mais les services qui, par nature ou par la loi, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même en sont exclus (*principe de spécialité, compétence exclusive*).

L'établissement peut prendre la forme d'un EPA ou d'un EPIC et la majorité des membres de son conseil d'administration doit représenter lesdites collectivités, leurs groupements et l'Etat.

La transposition de cette formule au cas du RST impliquerait nécessairement l'intervention de la loi. D'une part, car il s'agirait d'une nouvelle catégorie d'établissements publics au sens de l'article 34 de la Constitution, d'autre part, parce que seul le législateur peut autoriser l'Etat à se dessaisir d'une partie de sa compétence.

En revanche, une fois que serait instituée une catégorie législative « *d'établissement public local de coopération scientifique et technique* », un acte réglementaire suffirait pour valider la ou les créations concrètes. Dans l'exemple des établissements de coopération culturelle, c'est un arrêté du représentant de l'Etat dans le département du siège de l'établissement qui lui donne sa valeur juridique.

**1.2.4 - Une seconde solution**, plus légère à mettre en œuvre et déjà largement utilisée, **consiste à ouvrir largement les organes d'un établissement public national à d'autres partenaires.**

*La catégorie des établissements publics d'aménagement* en offrent un exemple pertinent. Ces EPIC, dont l'objet est, par nature, limité à un périmètre foncier précisément identifié, sont des organismes d'Etat laissant une représentation déterminante aux collectivités territoriales ou à leurs établissements.

- La composition des instances délibératives peut être plus ou moins complexe, en fonction du nombre de partenaires concernés.

A titre d'illustration, l'établissement « *Plaine de France* », (créé par le décret n° 2002-477 du 8 avril 2002), comprend un collège de 32 membres composé pour un tiers de représentants de l'Etat et pour deux tiers de représentants des collectivités territoriales, tandis qu'une assemblée spéciale réunit les 59 collectivités qui ne siègent pas au collège. Par contre, le conseil d'administration de « *l'établissement foncier de Provence alpes côte d'Azur* », (créé par le décret n° 2001-1234 du 20 décembre 2001), est composé de 43 membres représentant exclusivement les collectivités territoriales intéressées et des organismes consulaires.

La participation de l'Etat à l'organe exécutif est formellement garantie, soit que des sièges lui reviennent de droit (l'une des trois vice-présidences du bureau dans le cas de l'établissement public « *Plaine de France* ») soit que la faculté de participer à ses travaux soit donnée, de droit, à ses représentants locaux (préfet, DDE).

- La nomination du directeur général de l'établissement demeure l'apanage du ministre compétent.

- Au-delà de ces deux exemples, l'on peut souligner combien l'éventail des possibilités d'organisation paraît étendu. Aussi, pour la clarté de l'exposé, nous retiendrons trois configurations de gouvernance d'établissements publics d'Etat :

- des établissements **sous contrôle exclusif** de l'Etat,

- des établissements à gouvernance partagée entre l'Etat et un **nombre réduit** de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux,
- des établissements à gouvernance partagée entre l'Etat et **un grand nombre** de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux.

### **1.3 - L'association.**

La formule a constitué durablement le mode de partenariat privilégié entre l'Etat, les collectivités territoriales et des organismes privés de toute nature. Cela reste particulièrement vrai dans le domaine de l'urbanisme, comme en portent témoignage l'activité des agences d'urbanisme depuis une quarantaine d'années ou les créations successives de l'INGUL (1981) et de l'Agence des villes (1998).

Toutefois, les critiques formulées depuis plus de vingt ans par la Cour des comptes à l'encontre de cette modalité de prolongement de l'action administrative conduisent à ne retenir le régime de l'association que pour autant que seraient écartés les risques juridiques de gestion de fait ou de prise illégale d'intérêt.

### **1.4 - Le groupement d'intérêt public.**

1.4.1 - C'est en réponse aux fortes critiques qu'à suscité le recours de l'administration à des personnes morales de droit privé pour développer et diversifier ses modes d'intervention que le législateur a institué le groupement d'intérêt public (GIP) qui assure une transposition en droit public de régime de partenariat institué, en droit privé, par le groupement d'intérêt économique.

L'Institut des villes, qui a remplacé l'Agence des villes, ou la possibilité désormais offerte de constituer des agences d'urbanismes sous cette forme juridique reflètent cette évolution.

#### **1.4.2 - Le GIP a été imaginé à l'origine pour répondre aux besoins d'un secteur spécifique, celui de la recherche.**

La loi n° 82.610 du 15 juillet 1982, aujourd'hui insérée dans le Code de la recherche, autorise la création de GIP entre des établissements publics ayant une activité de recherche et de développement, ou « *entre l'un ou plusieurs d'entre eux et une ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé pour exercer ensemble (...) des activités de recherche ou de développement technologique ou gérer des équipements d'intérêt commun nécessaires à ces activités* ».

L'objectif recherché était explicite : offrir un cadre juridique adapté au développement de la coopération entre organismes publics ou entre ces derniers et les entreprises : **il constitue, assurément, la réponse la plus appropriée, dans une perspective de partenariat ouvert non seulement aux collectivités territoriales, mais aussi à des instances privées.**

Les principes fondamentaux qui régissent le GIP sont les suivants :

- une durée déterminée ;
- l'absence de réalisation et de partage de bénéfices ;
- la majorité des voix, à l'assemblée et au conseil, pour les personnes morales de droit public, les entreprises nationales et les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public ;
- la nomination, par le conseil d'administration, d'un directeur qui, sous son autorité, assure le fonctionnement du groupement et l'engage dans ses rapports avec les tiers ;
- le contrôle de l'Etat, par la nomination d'un commissaire du gouvernement auprès du groupement et la compétence de la Cour des Comptes ;
- un mode de constitution original, par convention entre les membres, approuvée par l'autorité administrative qui en assure la publicité. Cette convention détermine les modalités de participation des membres, les conditions dans lesquelles ils sont tenus des dettes du groupement et les conditions dans lesquelles ils mettent à sa disposition des personnels rémunérés par eux.

Les GIP se sont multipliés dans le domaine de la recherche et du développement technologique dans le cadre fixé par cette loi.

#### 1.4.3 – Mais la formule a été progressivement étendue à d'autres domaines,

en particulier ceux de l'éducation, de la santé publique ou de l'environnement, au point de connaître un développement que le Conseil d'Etat n'hésite pas à qualifier de « *considérable* ». Cet élargissement s'est accompagné d'une multiplication de variantes par rapport au schéma initial, au gré des lois qui, chaque fois, ont institué une catégorie nouvelle de GIP<sup>1</sup>.

Ainsi, la durée de vie d'un groupement peut n'être pas limitée dans le temps. Parfois, des formes particulières de partenariat sont prévues : certains groupement n'associent que des personnes morales du secteur public (Agence nationale de recherche sur le Sida), d'autres autorisent la participation d'associations (action sanitaire et sociale). S'agissant des modalités financières, certains bénéficient d'une source unique sous la forme d'une subvention d'Etat quand d'autres parviennent à une répartition équilibrée des contributions de leurs membres et des ressources externes. Il se peut, aussi, que l'Etat apporte des moyens de fonctionnement dans des propositions supérieures à la place qui lui est réservée dans les instances délibératives par la convention constitutive du groupement.

#### 1.4.4 - Le rappel de ces antériorités permet de souligner deux stratégies alternatives dans l'hypothèse d'un recours à un ou plusieurs GIP au service de la réorganisation du RST.

- Le secteur scientifique et technique disposant déjà d'un cadre légal d'accueil avec la loi du 15 juillet 1982, tout nouveau GIP pris sur ce fondement ne requiert que des formalités légères : une simple convention entre les parties, agréée par l'autorité administrative compétente (à savoir le ministre chargé de la recherche).
- La diversification législative qui est constatée à partir de la matrice de la loi de 1982 démontre que le législateur n'hésite pas à adapter le texte fondateur à des conditions ou des objectifs spécifiques. Ainsi, il ne serait pas interdit d'envisager un ajustement ponctuel du GIP recherche-développement technologique si les circonstances

---

<sup>1</sup>Dans un arrêt du 15/10/1985, le Conseil d'Etat a précisé que la création des GIP était assujettie aux mêmes règles que la création des établissements publics.



l'exigeaient. Toutefois, cette hypothèse qui s'analyse comme l'institution d'une nouvelle catégorie de GIP, implique, impérativement, le recours à la procédure législative.

### **1.5- La société d'économie mixte.**

Ce régime juridique, également compris dans le champ de l'étude, n'appelle pas de commentaires à ce stade de l'exposé.

### **1.6 - La fondation.**

La formule, du fait qu'elle implique un transfert patrimonial définitif des moyens mis à sa disposition par les personnes morales qui l'ont créée, n'est pas retenue.

### **1.7 – Ingénierie en partenariat.**

Sont également mentionnées pour mémoire deux modalités spécifiques de partenariat qui prennent place à la périphérie du champ de la présente étude mais pourraient éventuellement offrir une opportunité ponctuelle pour certaines activités du RST.

#### **1.7.1 – L'assistance technique de l'Etat pour raison de solidarité et d'aménagement du territoire.**

Instituée par la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 (dite MURCEF), l'ATESAT est un type particulier de concours de l'Etat au profit des communes et de leurs groupements qui ne disposent pas des moyens humains et financiers nécessaires à l'exercice de leurs compétences, dans les domaines de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat.

On n'exclut pas que, pour cette seule catégorie de collectivités publiques et dans les domaines circonscrits par la loi, des prestations d'ingénierie scientifique et technique puissent relever de la compétence des organismes du RST.

En application du décret du 28 septembre 2002 qui dresse la liste des missions inscrites à l'ATESAT, pourraient éventuellement être concernées :

- des actions d'assistance à la conduite des études relatives à l'entretien des ouvrages d'art intéressant la voirie ou liées à son exploitation ;
- et, dans le cadre de missions nouvelles accompagnant le développement de l'intercommunalité, le conseil pour l'établissement de diagnostics sur l'aménagement du territoire du groupement, l'assistance pour l'élaboration de politiques d'intervention en matière d'habitat, l'assistance à la mise en place d'un service technique.

#### **1.7.2 - Le contrat de partenariat public-privé (P.P.P.).**

Selon les termes retenus dans le Livre Vert produit par la Commission européenne sur ce sujet, le « P.P.P. » se réfère « à des formes de coopération entre les autorités publiques et

*le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion de l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service ».*

L'on retient plus particulièrement de la réflexion communautaire les opérations de P.P.P. de « *type institutionnalisé* » qui impliquent la mise en place d'une entité détenue conjointement par un partenaire public et un partenaire privé.

L'entité commune a alors pour mission de livrer un ouvrage ou de fournir un service public. La coopération directe entre le partenaire public et le partenaire privé permet au premier de conserver un niveau de contrôle important sur le déroulement des opérations et de développer –ou de conserver- une expérience dans le domaine d'activité qui fait l'objet du service, tout en ayant recours au soutien d'un partenaire privé.

La transposition de ces modalités dans le droit national a été assurée par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 qui institue les contrats de partenariat mais limite leur utilisation aux projets complexes présentant un caractère d'urgence.

Le juge administratif a eu rapidement l'occasion de donner son interprétation de ces deux conditions dans le cas de réalisation d'infrastructures (Arrêt du Conseil d'Etat « SUEUR » et autres, 29 octobre 2004). Toutefois, tant que la jurisprudence ne s'est pas intéressée à l'application du contrat de partenariat à une opération de **prestation de service** qui est celle qui nous intéresse, il n'y a pas lieu d'écarter, a priori, l'hypothèse d'une possibilité d'utilisation de ce régime contractuel spécifique.

\* \*  
\*

## **II – LES CONDITIONS JURIDIQUES PERMETTANT LA COMMANDE DIRECTE PAR L’ADMINISTRATION**

Ce chapitre vise à fixer le cadre théorique dans lequel une personne publique peut, dans son rôle de donneur d’ordres, légalement échapper aux règles de la commande publique.

Comme il a été dit, de telles possibilités sont réduites et leur application laisse aujourd’hui des marges d’incertitudes qui incitent à la prudence, d’autant que la jurisprudence est rapidement évolutive.

### **2.1 - Le caractère extensif du champ d’application des règles de la commande publique.**

Avant de passer en revue les possibilités d’écarter l’application des procédures de passation des marchés, une précision s’impose : l’évolution du droit tend à élargir les catégories d’acteurs assujettis à ces règles.

2.1.1 – La qualité de « *pouvoir adjudicateur* » qui identifie l’acheteur public dans les directives européennes fixant les procédures des marchés de services, de travaux ou de fournitures, ne s’applique pas seulement aux collectivités publiques mais aussi à leurs prolongements, quelque soit le statut juridique de ces derniers.

En conséquence, la qualification d’ « *acheteur public* », qui déclenche l’application des règles de la commande publique, n’est pas réservée à des marchés passés par des collectivités publiques ou entre des collectivités publiques mais peut aussi s’étendre à des contrats passés par des entités privées.

La loi française a déjà tiré des conséquences de cette nouvelle donne juridique.

La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés a ainsi étendu la notion de marchés publics aux travaux prévus par les groupements privés des collectivités publiques ou par leurs organismes de droit privé créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d’intérêt général.

De même, 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 a introduit dans le champ du code des marchés les achats effectués par des organismes privés d’HLM, des caisses primaires d’assurance maladie, des associations para-administratives et les marchés des SEM lorsqu’ils concourent à un service public.

Comme on la voit dans ces deux textes, l’extension s’effectue en direction d’entités qui concourent à des services d’intérêt général sur lesquels la collectivité publique conserve un droit de regard.

2.1.2 – Cette démarche est conforme au droit communautaire qui attribue le qualificatif « *d'organisme de droit public* » à des entités qui peuvent être de droit public ou de droit privé dans leur pays et auxquelles les collectivités publiques qui les contrôlent confient des missions d'intérêt général.

Est ainsi réputé « *organisme de droit public* », au sens communautaire, tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- doté de la personnalité juridique ;
- dont l'activité est, soit financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres « *organismes de droit public* », soit administrée majoritairement par celles-ci.

2.1.3 – Cette notion qui permet au juge européen d'apprécier la réalité du lien unissant une collectivité publique à l'un de ses prolongements a aussi, pour lui, un autre usage : c'est en ce fondant sur les mêmes critères fonctionnels et en continuant à s'affranchir des données institutionnelles prévues par les droits nationaux qu'il apprécie si un organisme peut légitimement être bénéficiaire d'une relation « *in house* » ou d'« *un droit exclusif* », deux modalités dérogatoires aux règles de la commande publique qui sont examinées plus loin.

**Ainsi, la détermination « *d'acheteur public* » comme la capacité à bénéficier d'une relation « *in house* » ou d'« *un droit exclusif* » n'est pas subordonnée à l'existence d'un statut public pour l'entité concernée.**

Il convient toutefois de garder à l'esprit que cette même qualification « **d'organisme de droit public** » qui permet à l'Etat ou à une collectivité territoriale de bénéficier de l'une ou de l'autre de ces exceptions aux procédures des marchés publics pour les prestations qu'ils obtiennent de l'entité qu'ils ont créée, **confère simultanément à cette dernière le statut d'« *acheteur public* ».** Cela lui impose, en conséquence, de se conformer au code des marchés pour les commandes qu'elle est amenée à passer pour son propre compte, dans l'exercice de son activité.

2.1.4 - En référence à ces dispositions, le terme « *d'administration* », utilisé dans ce chapitre, s'entend au sens de l'expression européenne de « *pouvoir adjudicateur* ». Il concernera donc les DAC, les autres services centraux et les services déconcentrés du ministère qui passeraient commande à une entité du RST, éventuellement les services correspondants des autres départements ministériels (Environnement, par exemple), mais également, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, dès lors qu'ils seraient parties prenantes au Réseau.

**Cinq possibilités juridiques d'exonération sont identifiées dans ce chapitre.**

Les trois premières sont des **exceptions au champ d'application du code des marchés publics** en raison des modalités de la relation contractuelle (délégation de service public), de la matière objet du marché (certains services de recherche et développement) ou de la nature du concours financier (subvention).

Les deux suivantes s'analysent comme des **dérogations à la procédure de passation de marchés**, bien qu'elles concernent des prestations normalement assujetties au code des marchés publics. Elles portent, toutes deux, sur la particularité du lien qui unit le prestataire au pouvoir adjudicateur, d'abord dans le cadre de la prestation « *in house* », ensuite par le biais de la reconnaissance d'un « *droit exclusif* ».

## **2.2 - La délégation de service public.**

Une opération de délégation d'un service public résulte d'une décision de gestion par laquelle la collectivité publique qui a la charge d'un service public en confie la fourniture à un opérateur externe.

Une délégation de service public se présente sous la forme d'un contrat administratif qui règle les modalités d'organisation du service et, comme tout contrat, l'affectation des risques entre les deux partenaires.

Trois modes de délégation sont possibles :

2.2.1 - **La concession** par laquelle la collectivité publique concédante charge le concessionnaire de faire fonctionner le service public moyennant une rémunération perçue sur les usagers et déterminée par les résultats financiers de l'exploitation ;

2.2.2 - **L'affermage** est la convention par laquelle une personne publique charge d'un service public une autre personne qui en assure l'exploitation sous sa responsabilité, grâce aux ouvrages qui lui sont remis et verse, en contrepartie, des redevances à la collectivité publique ;

2.2.3 - « **La régie intéressée** », par laquelle l'exploitation d'un service public est confiée à un opérateur privé qui le gère pour le compte de la collectivité mais dont la rémunération n'est pas, au moins à titre principal, fonction du résultat commercial de l'exploitation.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF » a introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi « SAPIN », une définition de la délégation de service public, reprise fidèlement de la jurisprudence, et qui conserve la caractéristique commune à ces trois modes, à savoir la prise de risque.

Est réputé tel le 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 au résultat de l'exploitation* ».

Ainsi que le précise la circulaire du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics, ce mode de rémunération, tiré principalement de l'exploitation du service, introduit une « *différence fondamentale* » entre la délégation de service public et le marché public dans lequel le contrôle présente un moindre risque pour le bénéficiaire puisqu'il fait l'objet d'un paiement « *intégral et immédiat (...) effectué par l'acheteur public* ».

#### **2.2.4 - Il en résulte que le code des marchés publics n'est pas applicable aux contrats de délégation de service public.**

Observons qu'il présente un intérêt modeste dans le cadre de la présente expertise, compte tenu des conditions de financement du RST.

Nous avons toutefois considéré qu'il était susceptible d'apporter une réponse juridique appropriée, dans l'hypothèse où un ou plusieurs organismes du Réseau serai(en)t chargé(s) d'effectuer des agréments ou des certifications contre rémunération des particuliers, marquage « CE » par exemple.

### **2.3 - Les marchés de service de recherche et développement.**

2.3.1 L'article 1<sup>er</sup> de la directive 92/50 relative aux marchés publics de services introduit une particularité consistant à ne pas qualifier de marchés publics les marchés de services de recherche et développement « *autres que ceux dont le fruit appartient exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur* ».

Ces dispositions sont reformulées dans le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics qui prévoit, en son article 3 paragraphe 6, que ses dispositions ne sont pas applicables « *aux achats de services effectués dans le cadre de programmes de recherche-développement auxquels une personne publique contribue sans les financer intégralement ni en acquérir complètement les résultats* ».

L'on pourrait donc penser que ne sont pas soumis au code des marchés publics les travaux de développement des connaissances et d'établissement de méthodes, réalisés par des organismes du Réseau Scientifique et Technique, lorsque ceux-ci sont financés par plusieurs personnes publiques (aucune d'entre-elles ne les finance intégralement) et lorsque leurs résultats sont rendus publics (il n'y a pas alors de notion de propriété de résultat). Une partie importante des activités auxquelles on s'intéresse dans ce rapport répondrait à cette double condition.

Cependant, ces dispositions ayant connu peu d'applications, on ne peut s'appuyer sur une pratique effective et encore moins sur une jurisprudence pour apprécier toute leur portée et vérifier la validité de l'interprétation formulée ci-dessus.

2.3.2 Le bureau du conseil aux acheteurs publics du Ministère chargé des finances recommande d'en faire une lecture prudente et souligne plus particulièrement deux écueils .

-Lorsque plusieurs personnes publiques distinctes commandent ensemble une prestation à un organisme, le juge administratif pourrait considérer qu'elles forment, ensemble, un collectif public qui finance intégralement et qu'elles ne sauraient donc se prévaloir de cette disposition du code des marchés publics.

Par ailleurs, le fait de publier un résultat de recherche ou une méthodologie peut s'analyser comme une acquisition en pleine propriété suivie d'un don. Pour être certain d'être dans le cas visé par le code des marchés publics, il faudrait qu'il subsiste des éléments de propriété tangibles, non possédés par la personne publique (un brevet au nom de l'organisme serait incontestable, un droit de publication pourrait probablement se défendre aussi.)

Guidée par le principe de précaution, cette analyse ne nous permet pas d'appréhender clairement les possibilités d'utilisation de l'exception définie par la directive 92/50 et le droit interne dans le champ qui nous intéresse.

Ce constat ne devrait cependant pas conduire à écarter définitivement toute probabilité d'application aux commandes que des collectivités publiques passeraient au RST. Il conviendrait, dans cette optique, d'identifier une ou plusieurs hypothèses de nature de commandes et de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence ou du Conseil d'Etat sur le point de savoir si elles entrent ou non dans le cadre de l'exception.

#### **2.4- Le régime de la subvention.**

Le régime de la subvention-exclusif de celui des marchés publics- ne peut s'appliquer que lorsqu'une personne publique apporte un concours financier à un projet d'intérêt général élaboré par un organisme tiers et répondant aux besoins de ce dernier.

Comme le précise la Direction des affaires juridiques du ministère chargé des finances, « *la subvention apparaît comme un soutien financier à caractère facultatif, précaire et conditionnel à un projet dont l'initiative vient de l'organisme* ». Les sommes versées par la personne publique ne s'analysent pas alors comme la contrepartie financière de la fourniture d'un besoin qui lui serait propre et qu'elle demanderait à l'organisme de satisfaire mais comme une contribution sans relation avec le service rendu, au bénéfice d'un projet dont l'organisme conserve de bout en bout la maîtrise. Le critère de l'initiative est en effet déterminant : « *il recouvre non seulement l'impulsion initiale du projet mais aussi la conception et la définition des prestations à financer.* »

L'on voit les avantages que l'on pourrait tirer de cette position jurisprudentielle dans le cadre de l'activité du RST qui se prête particulièrement à un dialogue soutenu entre administration et organismes au point qu'il peut s'avérer parfois difficile de déterminer qui, du « commanditaire » ou du « prestataire » est à l'origine d'un projet d'intérêt général.

Cette possibilité pour la collectivité publique d'échapper aux règles de passation des marchés suppose qu'elle accepte de n'exercer qu'une maîtrise relative de l'exécution du projet au profit de l'organisme, lequel gagnerait en autonomie, sans pouvoir, toutefois, déroger aux objectifs convenus

. Elle induit, cependant, que ce type de contributions, s'il est envisageable pour des opérations ponctuelles, ne saurait garantir à l'organisme un mode de financement régulier et pérenne.

#### **2.5 - La prestation « in house ».**

2.5.1 – La notion de prestation « *in house* » ou « *prestation intégrée* » **procède d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) du 18 novembre 1999 (Arrêt TECKAL).**

Dans cette décision, le juge communautaire donnait raison à l'entreprise de chauffage TECKAL qui contestait que la commune italienne de VIANO ait pu confier la gestion du chauffage de bâtiments communaux à l'AGAC, un établissement de coopération intercommunale dont elle était membre, sans procéder à un appel d'offre préalable.

Il estimait, dans cet arrêt de principe, que ce contrat n'aurait pu être exonéré des règles de passation des marchés publics qu'à la double condition suivante :

- la collectivité exerce sur l'établissement un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services,
- cet établissement réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

Ces éléments de doctrine sont désormais intégrés dans le droit national, l'article 3.1° du code des marchés publics prévoyant que ledit code n'est pas applicable « *aux contrats conclus entre une des personnes mentionnées à l'article 2 (c'est-à-dire répondant à la qualification de « pouvoir adjudicateur ») et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle, à condition que, même si le cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévus par le présent code* ».

Notons que le texte consacre incidemment dans le droit positif le principe, évoqué plus haut, selon lequel l'organisme public prestataire est assujéti aux règles de la commande publique pour ses propres achats. Observons aussi que la formulation retenue, malgré l'analogie des termes, laisse place pour une interrogation. L'article 3-1° mentionne, en effet, les contrats conclus entre **une** personne publique et **un** cocontractant, suggérant que la consistance du contrôle exercé par la première sur le second s'accompagne d'une relation strictement limitée à deux partenaires, alors que le juge de l'arrêt « TECKAL », s'il estimait insuffisant le contrôle exercé par la commune de VIANO sur l'établissement AGAC, ne paraissait pas fonder son refus sur le fait que, par définition, dans un cadre intercommunal, cette capacité de contrôle était nécessairement partagée entre les communes membres du même établissement constitué en vue d'une telle coopération.

Nous ne disposons pas d'éléments permettant d'affirmer que le code des marchés publics serait volontairement plus restrictif que la jurisprudence communautaire, d'autant que celle-ci a eu, jusqu'à présent, peu d'occasions d'enrichir la théorie « *in house* ».

Par défaut, nous considérons que l'ambiguïté qui subsiste au plan européen sur le point de savoir si la Cour de justice accepterait de faire une appréciation globale de la prestation intégrée, au profit d'un ensemble de collectivités publiques solidaires et non pas selon le lien effectif constaté entre chacune d'elles et leur partenaire commun, doit profiter aussi, au plan national, aux perspectives d'évolution du RST. Même s'il convient d'assortir cette option, de conditions limitatives, comme il est suggéré plus loin<sup>2</sup>.

On observe, dans le même ordre d'idées, que la circulaire du 8 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics tend à restreindre la portée dérogatoire de l'article 3.1° sur deux points :

- La condition relative au contrôle ne saurait se satisfaire d'une simple relation de tutelle mais l'entité prestataire doit être regardée comme le « *prolongement administratif* » de l'autre.

---

<sup>2</sup> cf. infra page 30



- La notion « *d'activité essentielle* » exige que la part d'activité réalisée au profit d'autres personnes demeure « *marginale* ».

Mais nous considérons, là aussi, que l'appel au principe de précaution ne peut avoir pour dessein ou pour effet de restreindre la portée des décisions jurisprudentielles européennes en droit interne.

Ces considérations, étant faites, dans quel cadre juridique est-il envisageable d'exploiter la notion de « *prestation intégrée* » ?

### **2.5.2 – Le contrôle exercé par une autorité publique sur son prestataire : les apports de l'arrêt « Adolf TRULEY » du 23 février 2003.**

Dans le cas d'espèce, qui ne porte pas sur la jurisprudence TECKAL, la Cour de justice européenne cherchait à déterminer si le lien de dépendance entre l'organisme considéré et l'Etat était suffisamment fort pour lui reconnaître le qualificatif « *d'organisme de droit public* ».

Elle a estimé qu'un simple contrôle a priori ne répondait pas aux conditions exigibles, contrairement à une situation dans laquelle les pouvoirs publics contrôlèrent non seulement les comptes annuels de l'organisme, mais aussi sa gestion en cours, sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité comptable, de la recherche d'économies, de rentabilité et de rationalité.

Elle a aussi fondé son appréciation sur d'autres critères, retenant que la collectivité publique était également autorisée à visiter les locaux de l'organisme et à rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale qui en détenait le capital par le biais d'une autre société.

Il découle de cette jurisprudence que le juge ne se contente pas d'un examen formel pour établir la position de domination qu'une collectivité publique exerce sur un organisme qui lui fournit un service mais cherche à mobiliser les indices de toute nature attestant de l'emprise exercée par elle sur le fonctionnement effectif de son prestataire.

### **2.5.3 - Dans un jugement rendu la même année sur un autre sujet connexe (Royaume d'Espagne contre Commission 8 mars 2003), la CJCE devait confirmer cette approche pragmatique et souple.**

Elle a considéré en effet qu'une société anonyme régie par le droit privé, dotée d'un capital public potentiellement composite (puisque des collectivités autonomes peuvent en prendre des participations en acquérant des actions) et jouissant de l'autonomie financière et comptable devait, malgré tout, être regardée comme l'un des services propres de l'administration espagnole, du fait même que l'exercice de sa mission consistant à jouer un rôle technique pour cette administration la plaçait, de facto, sous l'entier contrôle de l'Etat.

Au demeurant, cet arrêt, même s'il ne permet pas de conforter l'hypothèse d'une applicabilité de la relation « *in house* » à l'ensemble des bénéficiaires de la société prestataire, met en évidence que la composition multiple d'une entité (ici la participation éventuelle de

collectivité autonomes à son capital) ne fait pas obstacle à la reconnaissance du contrôle que continue d'exercer l'administration d'Etat, en raison même de l'objectif poursuivi.

2.5.4 – Ces avancées ne doivent pas être surestimées, ainsi que le démontre l'**arrêt Stadt HALLE, intervenu le 11 janvier 2005 au cœur de la doctrine « in house »**. Ce dernier rappelle la volonté du juge communautaire de préserver une compatibilité entre l'aspiration des collectivités publiques à disposer de modalités de gestion souple et le respect strict des règles de la concurrence.

La municipalité de HALLE avait attribué à la société LOCHAU l'élaboration d'un projet d'écoulement des déchets sans avoir engagé formellement une procédure de passation de marché, considérant qu'il s'agissait d'une opération interne. Cette allégation était motivée par le fait que le capital de la société était détenu majoritairement par une entité dont l'unique actionnaire appartenait à 100 % à la municipalité.

La Cour en a jugé autrement, considérant que la participation - fût-elle minoritaire - d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participait également le pouvoir adjudicateur, excluait que celui-ci puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services.

Le rapport établi entre une autorité publique et ses propres services, poursuivait le juge, est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, alors qu'un placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente.

Un second moyen était invoqué pour fonder cette décision, par référence à l'objectif de libre concurrence. L'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel d'offre lui porterait atteinte, dans la mesure où une telle procédure offrirait à l'entreprise un avantage par rapport à ses concurrents.

**La conclusion qu'en tirait la Cour est claire : lorsqu'une collectivité publique veut conclure un contrat à titre onéreux avec une société juridiquement distincte d'elle, dans le capital de laquelle elle détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, « la procédure de passation de marchés publics doit toujours être appliquée ».**

Cette position est assurément décevante au regard des espoirs d'interprétation extensive qu'avait suscité la notion de prestation « in house ». Le Conseil des communes et régions d'Europe n'a d'ailleurs pas manqué d'exprimer sa réprobation contre une décision qui lui paraît remettre en cause les modes de gouvernance fondés sur l'intercommunalité.

Dès à présent, ce jugement conduit à écarter de notre champ d'étude l'hypothèse d'utilisation d'une prestation « in house » au profit d'un organisme du Réseau qui prendrait la forme d'une Société d'économie mixte, ou d'un GIP ou d'une association comprenant des entités privées.

Sur le fond, il sera très opportun de prendre en compte les décisions relatives à deux affaires pendantes devant la Cour de justice, dès lors que le juge se sera prononcé, pour savoir si la rigueur dont il a fait montre dans l'arrêt « STADT HALLE » s'explique par le seul souci de ne pas favoriser une situation faussant la libre concurrence, puisqu'il y avait intervention d'intérêts privés. Ou bien s'il entend, pour l'avenir, comme l'ont envisagé certains commentateurs, réduire l'application de la doctrine « in house » à des situations

exceptionnelles, dans lesquelles une entité, qui disposerait pourtant de la personnalité juridique et serait, à ce titre, apte à s'engager par des contrats, se trouverait, de droit ou de fait, dépossédée de sa capacité de décision au profit de l'autorité publique qui l'a créée.

## **2.6 - L'exception liée au bénéfice d'un « droit exclusif ».**

Contrairement à la prestation intégrée, la possibilité d'échapper à la procédure des marchés publics liée à l'existence d'un « *droit exclusif* » est ancienne, elle est inscrite dans le droit positif et repose sur des bases interprétatives plus stables. Elle est prévue à l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne qui dispose que les entreprises auxquelles les Etats Membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs ne sont soumis aux règles de la concurrence que « *dans les limites ou l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur est impartie* ».

En application de ce principe, une disposition spéciale aux marchés de services a été introduite dans la directive CEE 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

L'article 6 de la directive exclut formellement de son champ d'application « *les marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* ».

Pour bénéficier de cette exception, l'entité en cause doit répondre aux conditions permettant de la qualifier d'« *organisme de droit public* » au sens communautaire et satisfaire, par conséquent, aux critères déjà mentionnés<sup>3</sup>.

A la différence de la prestation intégrée, ces dispositions ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence qui a décliné avec force détails ce que devaient recouvrir les **conditions cumulatives** :

- de dépendance vis-à-vis de la collectivité publique,
- de « besoin d'intérêt général »,
- « autre qu'industriel et commercial ».

### **2.6.1 – La relation de dépendance entre l'organisme et la collectivité publique donneur d'ordres.**

La lecture que la Cour de justice européenne fait de l'article 6 de la directive 92/50 contribue à élargir les possibilités d'éligibilité d'un organisme à cette qualification, ce qui signifie que la condition de domination exercée par la collectivité publique est moins exigeante que dans le cadre de la relation « *in house* » :

- le critère du financement majoritaire s'entend de tout financement supérieur à 50 %,
- le critère alternatif de gestion est lui-même décomposé en deux options **non cumulatives**, pouvant porter :
  - soit sur les modalités du contrôle exercé,

---

<sup>3</sup> cf. supra page 16

- soit sur les conditions de représentation de la collectivité publique dans les instances de l'organisme.

### 2.6.2 - Le besoin d'intérêt général.

Le besoin d'intérêt général est une notion autonome du droit communautaire. Le juge a clairement indiqué qu'elle n'était pas exclusivement liée à des activités réputées non marchandes mais devait être interprétée en tenant compte du contexte dans lequel s'inscrit l'activité en cause.

La notion recouvre des besoins qui, en règle générale, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché, ne serait-ce qu'en raison du rôle qu'y jouent l'Etat ou une autre collectivité publique, du fait que ceux-ci choisissent souvent de les satisfaire eux-mêmes, ou bien, lorsqu'ils en confient le soin à des prestataires externes, parce qu'ils entendent conserver une influence déterminante sur ces derniers.

Il peut s'agir de l'enlèvement et du traitement des ordures ménagères, *« le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement pouvant ne pas être atteint par l'offre de services d'enlèvement totalement ou partiellement faite aux particuliers par des opérateurs économiques privés »* (arrêt Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden, 10 novembre 1998).

Plus récemment, le juge a considéré qu'une société commerciale d'Etat, spécifiquement créée pour exercer toutes les activités nécessaires à la construction, à la gestion et à la liquidation du patrimoine pénitentiaire, était sans conteste d'intérêt général puisque les besoins qu'elle se chargeait de satisfaire constituaient *« une condition nécessaire à l'exercice du pouvoir répressif de l'Etat »* et étaient *« intrinsèquement liés à l'ordre public »* (Commission contre Royaume d'Espagne, Arrêt du 16 octobre 2003).

Il en va de même des activités mortuaires et de pompes funèbres qui sont liées à l'ordre public *« dans la mesure où l'Etat a un intérêt manifeste à exercer un contrôle étroit sur l'établissement de certificats tels que les certificats de naissance et de décès et, d'autre part, des motifs évidents d'hygiène et de santé publique peuvent justifier que l'Etat conserve, sur ces activités, une influence déterminante »*. (Arrêt Adolf Truley, déjà mentionné).

C'est aussi le cas d'une société anonyme détenue par une collectivité territoriale qui acquiert des services de planification et de construction visant à promouvoir le développement d'activités industrielles ou commerciales sur son territoire au moyen de la construction de locaux destinés à être loués à des entreprises. *« De telles activités (étant) en effet susceptibles de donner une impulsion aux échanges ainsi qu'au développement économique et social de la collectivité territoriale concernée, l'implantation d'entreprises sur le territoire d'une commune ayant souvent des retombées favorables pour cette commune en termes d'emplois, d'augmentation des recettes fiscales ainsi que d'amélioration de l'offre et de la demande de biens et de services »*. (Arrêt Korhonen, 22 mai 2003).

### 2.6.3 -La notion d'activité « autre qu'industrielle et commerciale ».

La distinction entre ce critère et celui de besoin d'intérêt général est artificielle. Elle ne se justifie que parce que le juge communautaire reconnaît que peuvent également exister des besoins d'intérêt général assurés par des activités à caractère industriel et commercial.

Le concept de « *besoin d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial* » est celui qui a suscité la jurisprudence la plus étoffée, ce qui a permis à la Cour de dégager progressivement une doctrine charpentée, reposant sur un examen désormais systématique des éléments suivants :

- l'absence de concurrence ;
- l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal ;
- l'absence de prise en charge du risque de l'activité ;
- l'apport d'un financement public.

Cette approche méthodique ne doit pas laisser penser que le juge procède à une analyse en quelque sorte automatique des différents critères. Il persiste, au contraire, à privilégier une approche réaliste, au cas par cas, considérant que « *l'existence ou l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité* ». (Arrêt Adolf Truley, précité).

Dans ce contexte, il est amené à infléchir son appréciation de l'état de concurrence. Dans le cadre de l'arrêt concernant les Communes Arnhem et Rheden, déjà mentionné, il a considéré que les collectivités qui, en vertu de la législation néerlandaise, avaient obligation de veiller à ce que les ordures ménagères soient collectées, n'étaient pas infondées à confier à un opérateur unique le ramassage des déchets, même si plusieurs entreprises étaient localement susceptibles d'assurer cette tâche.

Il estimait, d'une part, que « *le fait qu'il existe une concurrence ne suffit pas à exclure la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques* ». Il en voulait pour exemple l'hypothèse dans laquelle un tel organisme serait conduit à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique d'achat définie par l'entité publique dont il dépend.

Il soulignait, d'autre part, combien cette démarche était commandée par le bon sens, étant donné « *qu'il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées* », sauf à vouloir vider de son contenu l'exception prévue à l'article 6 de la directive.

#### **2.6.4 - Application de ces considérations au cas du RST.**

• Pour analyser l'application de ces considérations au cas du RST, reprenons la typologie d'activités que nous avons énoncée dans l'introduction au chapitre 1 :

- prestations particulières pour l'Etat,
- prestations particulières pour les collectivités locales,
- activités d'intérêt général.

S'agissant des prestations de services particulières commandées par l'Etat, l'attribution d'un « *droit exclusif* » au bénéfice d'un organisme du RST n'est pas sans conséquences organisationnelles fortes. Car elle implique que seul l'organisme attributaire de ce « *droit exclusif* » fournisse à l'Etat les prestations de services faisant l'objet de l'exclusivité. De sorte

qu'en présence d'une offre émanant d'organismes tiers plus compétitifs, l'Etat ne pourrait en profiter, sauf à demander à l'organisme bénéficiaire de ce droit de « *sous-traiter* » les prestations en question. L'on se trouverait alors dans la situation singulière où l'Etat délèguerait en quelque sorte à cet organisme du RST le soin de contracter avec des entités tierces pour satisfaire certains de ses besoins.

Une situation identique se rencontrerait dans le cas des prestations de services particulières aux collectivités territoriales. Le rôle d'intermédiaire entre ces collectivités et des organismes tiers joué par l'organisme du RST bénéficiaire d'un « *droit exclusif* » confèrerait de facto à ce dernier une fonction de service technique commun entre l'Etat et les dites collectivités.

En ce qui concerne les activités d'intérêt général liées aux études de recherche, au développement méthodologique, à la capitalisation et à la diffusion des connaissances, il convient de distinguer clairement l'exclusivité découlant d'un « *droit exclusif* » de nature contractuelle et qui n'est opposable qu'aux collectivités ayant volontairement contracté ce lien d'une exclusivité institutionnelle de portée générale.

En d'autres termes, le fait que l'Etat et un collectif de collectivités publiques décident de commander la définition d'un corps de doctrine technique à un organisme du Réseau en vue de l'appliquer dans leur propre champ d'activité n'emporte pas obligation, pour les autres collectivités existantes, de se conformer aux mêmes prescriptions.

Il ne pourrait en aller autrement qu'en vertu d'une mesure légale expresse. Conformément aux dispositions de l'article 90 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, aux fins d'alléger la tutelle technique exercée sur ces collectivités, les seules prescriptions et procédures techniques qui peuvent leur être opposées sont celles prévues par une loi ou un décret pris en application d'une loi « *applicables à l'ensemble des personnes physiques comme des personnes morales de droit privé ou de droit public* », ou encore celles qui sont prévues par une loi ou le décret d'application d'une loi spécialement applicables à ces collectivités territoriales.

**Sous les réserves énoncées ci dessus, le « *droit exclusif* » présente une sécurité juridique mieux établie que celle de la prestation intégrée dite « *in house* », à la lumière des quatre autres remarques ci-après.**

- De même qu'il est parfois difficile pour le juge de détacher les éléments d'appréciation du besoin d'intérêt général de ceux portant sur la nature « *autre qu'industrielle et commerciale* » de l'activité faisant l'objet du « *droit exclusif* », l'attribution d'un tel droit est souvent consécutive d'une prestation intégrée de type « *in house* ».

**Il y aurait donc lieu de conjuguer autant que possible les notions de « *prestation intégrée* » et de « *droit exclusif* », la seconde confortant la solidité juridique de la première.**

- Le juge ne s'est pas, à ce jour, prononcé sur la notion de « *droit exclusif* » lui-même. Il ressort cependant de la jurisprudence qu'il n'entend pas assortir l'exclusivité d'une clause d'interdiction d'activités annexes ;

- L'exercice du « *droit exclusif* » s'inscrit dans le cadre général du droit de la concurrence, tel que rappelé à l'article 86 § 2 du Traité instituant la Communauté économique Européenne. Ce dernier pose le principe que l'octroi d'un « *droit exclusif* » en faveur d'un service d'intérêt

général se traduit par un avantage économique qui doit être exactement proportionné aux contraintes de l'activité. Il peut ainsi créer une position dominante qui n'est pas condamnable en soi, dès lors que l'avantage économique conféré par ce « *droit exclusif* » n'est pas acquis au détriment de l'objectif d'intérêt général qui a justement incité la collectivité publique à contracter ce droit.

- La dévolution d'un « *droit exclusif* » fait l'objet d'un acte formel, (inscrit dans le texte instituant l'entité par exemple), nécessairement distinct de la commande de prestations.

**Ainsi que le rappelle la circulaire du 07/01/04, « *pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une personne préalablement à toute relation contractuelle* ».**

Il conviendrait d'être particulièrement attentif au respect de cette règle dans l'hypothèse où l'ouverture d'une entité du Réseau à des collectivités territoriales s'effectuerait après que les missions de l'entité aient été définies, ou serait étalée dans le temps.

\* \*  
\*





### **III – AVANTAGES COMPARATIFS DES DIFFERENTES FORMES D’ASSOCIATION ENVISAGEES AU REGARD DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

Le présent chapitre confronte les différentes formes d’association qui ont été retenues dans le chapitre I et les éléments de la problématique développée au chapitre II, afin d’identifier les conditions dans lesquelles « *l’administration* », au sens retenu plus haut<sup>4</sup> peut éviter l’application des règles de passation des marchés publics dans les commandes qu’elle effectue auprès d’un « *organisme* » du RST.

3.1 – **Le tableau ci-après présente une synthèse** de ces situations, en introduisant trois paramètres :

- **la nature des prestations** fournies par l’« *organisme* », correspondant aux trois types de missions que nous avons identifiées par hypothèse<sup>5</sup>, à savoir :

- des activités d’intérêt général,
- des commandes particulières de l’Etat,
- des commandes particulières des collectivités territoriales ;

- **le mode de financement de « *l’organisme* » ;**

- **le mode de gouvernance de « *l’organisme* »**, selon le rôle donné à la participation de collectivités territoriales ou de partenaires privés.

---

<sup>4</sup> cf. supra page 16

<sup>5</sup> cf. supra page 6

### SYNTHESE DES POSSIBILITES DE COMMANDE DIRECTE

		Activités d'intérêt général exclusivement financées par l'Etat	Commandes particulières de l'Etat	Commandes particulières de collectivités territoriales	Activités d'intérêt général à financement mixte
1	Service de l'Etat	- commande interne naturellement directe	- commande interne naturellement directe	- pas de commande directe (sauf cas exceptionnels tels que monopôle)	- droit exclusif (N3) - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle
2	Organisme sous contrôle Etat assurant des prestations ponctuelles pour des collectivités territoriales	- droit exclusif (N1) - "in house" - recherche et développement sous réserve	- droit exclusif (N1) - "in house"	- pas de commande directe (sauf cas exceptionnels tels que monopôle)	- droit exclusif (N3) - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle
3	Organisme sous contrôle Etat assurant des prestations substantielles pour des collectivités territoriales	- droit exclusif (N1) - recherche et développement sous réserve	- droit exclusif (N1)	- droit exclusif (N3)	- droit exclusif (N3) - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle
4	Organisme sous contrôle partagé Etat nombre restreint de collectivités territoriales	- droit exclusif (N2) - "in house" sous réserve - recherche et développement sous réserve	- droit exclusif (N2) - "in house" sous réserve	- droit exclusif (N2) - "in house" sous réserve	- droit exclusif (N2) - "in house" sous réserve - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle
5	Organisme sous contrôle partagé Etat/nombre important de collectivités territoriales	- droit exclusif (N3) - recherche et développement sous réserve	- droit exclusif (N3)	- droit exclusif (N3)	- droit exclusif (N3) - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle
6	Organisme associant des intérêts privés	- droit exclusif (N3) si contrôle public majoritaire - recherche et développement sous réserve	- droit exclusif (N3) si contrôle public majoritaire	- droit exclusif (N3) si contrôle public majoritaire	- droit exclusif (N3) si contrôle public majoritaire - recherche et développement sous réserve - subvention occasionnelle

### 3.2 – Quelques précisions sont nécessaires à la compréhension de ce tableau.

• **S'agissant de l'application de la théorie du « droit exclusif »**, on a considéré que les précautions préconisées au paragraphe 2.6.4 étaient prises et les conséquences organisationnelles assumées.

Pour faciliter l'utilisation nous avons nuancé le tableau en y rappelant l'existence de ces contraintes organisationnelles que nous avons classées en trois catégories selon leur intensité:

- niveau 1: pour les commandes de l'Etat lorsque l'organisme est sous contrôle de l'Etat (lignes 2 et 3);
- niveau 2: pour l'ensemble des activités de l'organisme, lorsqu'il y a une organisation en "club" (ligne 4);
- niveau 3: lorsque le droit exclusif est accordé à un organisme sans qu'il y ait contrôle équivalent à celui des niveaux 1 et 2.

• **En ce qui concerne la prestation « in house »**, elle s'applique à l'évidence pour les commandes de l'Etat à un organisme qu'il contrôle et qui travaille majoritairement pour lui (ligne 2).

Elle ne peut s'appliquer si l'organisme est contrôlé par l'Etat mais travaille dans une proportion importante pour d'autres utilisateurs (ligne 3) ou si l'organisme est contrôlé par un ensemble de collectivités publiques tellement nombreuses que ce contrôle ne peut avoir de consistance réelle (ligne 5).

Par contre, elle serait envisageable dans le cas du fonctionnement en club (ligne 4) sous réserve qu'il n'y ait pas d'évolution de la jurisprudence dans un sens restrictif (cf. supra §2.5.4). Il serait également bon de prendre la précaution de rendre plus explicite le code des marchés pour éviter la possibilité d'interprétation plus restrictive que le sens de la jurisprudence européenne.

Enfin, le recours à la prestation intégrée a été écarté de l'hypothèse 6, quelle que soit l'importance relative de la participation d'intérêts privés, conformément à la jurisprudence Stadt HALLE de la Cour de justice des communautés européennes.

• **S'agissant des activités de recherche et de développement méthodologique**, nous avons considéré que, malgré l'avis très prudent du ministère des finances, leur exclusion du champ d'application du code des marchés publics pouvait être envisagée. Mais si cette possibilité devait devenir un motif de choix, il y aurait lieu de faire l'approfondissement préconisé plus haut (avis du Conseil d'Etat ou du Conseil de la concurrence)

Par ailleurs le recours à la subvention (au sens administratif actuel de ce mot) est possible pour les interventions à caractère occasionnel. C'est la raison pour laquelle nous ne l'avons fait figurer dans le tableau que pour le financement d'activités de recherche et de développement par les collectivités territoriales.

3.3 – Dans ce cadre général, **les avantages comparatifs ci-après peuvent être dégagés pour chacune des formes d’association retenues.**

### 3.3.1 – **Le service de l’Etat.**

Il présente la situation la plus contrastée, offrant une sécurité juridique incontestable pour les commandes de l’Etat mais n’apportant que très peu d’ouverture concernant la commande éventuelle de collectivités territoriales.

Une commande directe serait envisageable au profit de ces dernières dans le cadre d’une convention conclue entre le service d’Etat et les collectivités concernées, qui s’analyserait alors comme un droit exclusif. Cette convention devrait ,bien sûr, <sup>6</sup>intervenir antérieurement à la commande.

### 3.3.2 – **L’établissement public.**

En dépit des contraintes du statut évoquées au chapitre II, l’établissement public offre la plus large déclinaison de possibilités assurant une participation conjointe de l’Etat et des collectivités territoriales. Cette souplesse d’organisation ne fait pas obstacle à la recherche d’un « *droit exclusif* » puisque la jurisprudence admet une décomposition du critère de contrôle entre plusieurs entités publiques, les unes pouvant disposer d’une représentation majoritaire alors que d’autres se chargent d’en assurer majoritairement le financement.

### 3.3.3 – **L’association.**

Le recours à l’association s’avère incompatible avec le bénéfice d’une relation « *in house* ». En effet, au delà de l’objection qui résulterait d’une participation d’intérêts privés en son sein, il existe une véritable antinomie entre le fait qu’une telle entité devrait s’apprécier comme le prolongement administratif de la collectivité publique, pour pouvoir jouir d’une « *prestation intégrée* » et les exigences formulées par la Cour des comptes qui dénonce les associations transparentes ou para-administratives comme étant un prolongement fictif et illégal de l’Etat.

Compte-tenu des critiques faites par la Cour des comptes, il convient d’écarter l’hypothèse d’une représentation directe et massive de l’Etat dans les organes d’administration d’une association et lui préférer un mode de participation plutôt de nature financière. Dans une telle hypothèse, la mise en œuvre, d’un « *droit exclusif* » pourrait être concevable, si la participation de l’Etat est majoritaire.

En tout état de cause, il serait préférable d’opter pour la formule du GIP, précisément conçue pour éviter les écueils juridiques liés au statut de l’association.

---

<sup>6</sup> cf. supra page 27

### 3.3.4 – Le groupement d'intérêt public.

Comme il a été dit, il constitue la formule la plus appropriée en cas de participation associant non seulement des collectivités territoriales mais aussi leurs établissements publics, des établissements publics de l'Etat et des intérêts privés.

Il paraît aussi tout particulièrement approprié pour concrétiser des formules de coopération du type club (ligne 4), associant uniquement des entités publiques.

La recherche d'une relation de type « *in house* » serait confortée si la réglementation française était mieux explicitée pour lui donner une portée identique à celle de la jurisprudence dégagée au niveau européen. L'on ne peut exclure, toutefois, que le principe constitutif du GIP reposant sur une mise en commun des moyens de chacun présente une incompatibilité avec le respect des critères de reconnaissance d'une relation « *in house* », si la construction faite ne permet pas à chaque membre d'exercer "un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ces propres services".

Sous réserve de ces restrictions, le régime du GIP s'affirme à l'évidence comme l'une des formes les plus appropriées d'évolution juridique d'organismes du Réseau.

### 3.3.5 – La Société d'économie mixte

directement ciblée dans l'arrêt Stadt HALLE, n'est désormais plus compatible avec la recherche du bénéfice d'une relation « *in house* ». Elle se prête toutefois, elle aussi, à la définition d'un « *droit exclusif* » si les collectivités publiques intéressées détiennent au moins la moitié de son capital.

\* \*  
\*



## IV - INCIDENCE DE L'EVOLUTION JURIDIQUE DU RESEAU SUR LA GESTION DU PERSONNEL

Les hypothèses d'évolution du Réseau conduisent à explorer la possibilité de concilier trois objectifs :

- Favoriser la mobilité des agents de l'Etat et des collectivités territoriales au profit des organismes du RST,
- Préserver leur statut de fonctionnaire d'Etat ou de fonctionnaire territorial dans les nouvelles structures d'accueil,
- Pouvoir procéder à des recrutements externes complémentaires.

### **4.1 - Les modalités de droit commun du détachement ou de la mise à disposition paraissent devoir recouvrir largement les deux premiers objectifs.**

4.1.1 - Le transfert d'agents de l'Etat (ou de fonctionnaires territoriaux) à des entités autonomes ne paraît pas devoir poser de problème de principe, même s'il s'agit d'organismes de droit privé.

Dans un avis du 18 novembre 1993 concernant France Télécom, le Conseil d'Etat, déduisant de la législation en vigueur le principe selon lequel des corps de fonctionnaires de l'Etat ne peuvent être constitués ou maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public, a jugé « *constitutionnellement possible* » de placer des corps de fonctionnaires de l'Etat auprès d'une société anonyme de droit privé, dès lors que cette société assurait de telles missions.

Il conviendrait cependant, si une telle occurrence se rencontrait dans le cadre de la réorganisation du Réseau, de définir précisément les missions de service public confiées à l'organisme considéré et à les faire figurer dans son objet social.

4.1.2 - Il est en outre possible d'envisager **un prolongement des positions de mise à disposition ou de détachement au delà des règles statutaires** par l'intervention d'un texte exprès.

- Comme dans la circonstance de la transformation de France Télécom en société anonyme, le législateur peut prévoir le maintien de la position de détachement sans limitation de durée.
- Pourrait aussi être imaginée l'introduction d'un droit d'option comparable à celui qui est prévu au bénéfice des fonctionnaires de l'Etat transférés dans le cadre de la loi de décentralisation du 13 août 2004.

4.1.3 - Le Conseil d'Etat n'écarte pas non plus une **modalité exceptionnelle de prolongation de la mise à disposition de fonctionnaires**. Il a notamment estimé, dans son avis du 23 septembre 1993 relatif à la transformation de la Caisse nationale de prévoyance en société anonyme, que, bien que le nouvel organisme ne remplisse pas de missions de service public, le principe constitutionnel évoqué plus haut ne faisait pas obstacle à ce que la loi proroge la période transitoire déjà prévue dans le texte organisant la transformation juridique de la CNP.

Cette prorogation, précisait-il, pouvait consister à reconduire la mise à disposition des agents ou encore à prévoir un détachement d'office auprès de la CNP, qui ne devrait pas excéder un délai raisonnable. Il recommandait, dans ce cas, une période maximale de 4 ans.

La loi seule peut déterminer ces exceptions. Toutefois, dans le même avis, le Conseil d'Etat affirmait encore que *« rien n'interdit (au législateur) de renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les modalités de cette situation dérogatoire au statut général, à condition que les garanties du statut soient maintenues aux agents concernés »*.

#### **4.2 - Le recrutement externe.**

Il s'effectuerait conformément aux règles applicables à chaque catégorie d'organismes, GIP ou établissements publics compris.

\* \*  
\*



## V - CONDITIONS D'UNE PRATIQUE D'INGENIERIE CONCURRENTIELLE

Le chapitre II ci-dessus s'attache à identifier les modalités selon lesquelles l'activité du RST pourrait déroger aux règles de la concurrence. Mais cette problématique suscite une interrogation : le bénéfice de ces exceptions, qui repose sur une affirmation du particularisme de l'action des collectivités publiques au regard des activités industrielles et commerciales est-il conciliable avec le maintien ou le développement de prestations d'ingénierie à caractère concurrentiel ?

### **5.1 - Personne publique et principe de libre concurrence.**

Les juridictions françaises se sont montrées durablement hésitantes sur la portée des règles de concurrence dans le champ de l'activité publique. Sur ce point, le retournement de jurisprudence du Conseil d'Etat déjà indiqué (Avis du 08.11.2000) clarifie la situation en énonçant que rien n'interdit à une personne publique de se porter candidate à un marché public.

**Ainsi, quelque soit le statut de l'entité prestataire de services et l'étroitesse de ses liens avec l'administration, sa participation à des appels d'offres nationaux paraît possible.**

### **5.2 - Conciliation entre avantages structurels et exercice concurrentiel.**

Le juge administratif français, se référant au principe communautaire selon lequel l'avantage économique conféré à une personne publique en contrepartie de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général (et ce, dans le cadre ou non d'un droit exclusif) doit rester proportionné à l'assujettissement qu'implique cette mission, a précisé les conditions dans lesquelles la personne publique en cause peut exercer une activité annexe dans le secteur concurrentiel, sans tirer un « *avantage structurel de sa situation* ».

Dans cette voie, le Conseil d'Etat a estimé que le statut d'établissement public administratif ne présentait pas, par nature, un avantage exorbitant susceptible de fausser la concurrence (Arrêt du 28 avril 2003).

De même, il a jugé que le statut public des personnels ne mettait pas l'organisme dans « *une situation nécessairement avantageuse par rapport aux entreprises privées* ».

Il a enfin confirmé l'approche désormais classique selon laquelle une entité publique peut pratiquer une activité commerciale à la condition qu'elle soit distincte des missions de service public. C'est alors à l'entité que revient la charge de prouver qu'il n'y a pas détournement des moyens et ressources alloués au service public qu'elle est chargée d'assurer et ce, par tout moyen d'information appropriée.

### 5.3 - Les restrictions statutaires.

L'exercice concurrentiel ainsi autorisé est cependant assorti de restrictions dans le cas où il concerne des organismes ayant la personnalité morale publique, c'est-à-dire les établissements publics et les groupements d'intérêt public. Le respect du principe de spécialité mentionné plus haut limite alors la perspective d'activité concurrentielle de la personne publique au domaine dans lequel s'inscrit sa mission.

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a pu affirmer qu'EDF ne s'écartait pas illégalement de sa mission en se consacrant à une ingénierie d'éclairage public, liée à sa mission principale de production de transport et de distribution d'énergie.

En revanche, il n'a pas admis le développement de fonction de domotique et de télésurveillance, considérant que ces activités nouvelles conduiraient à une transformation profonde des rapports de l'établissement avec ses clients et feraient appel à des techniques qui n'ont qu'un rapport lointain avec celles qu'il emploie dans le cadre de sa mission publique (Section des travaux publics, Avis n° 355 089 du 07/07/1994).

Cet avis de principe permet d'énoncer les règles à respecter.

- La mission d'un établissement public, comme celle d'un GIP étant définie par le législateur ou le pouvoir réglementaire, l'établissement, ou le groupement, ne peut s'écarter de ce champ sans un acte positif de l'autorité qui l'a créé. **Il est donc indispensable de formuler avec précision et précaution la mission impartie à cet organisme dans l'acte qui l'institue.**
- Le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un établissement public ou un GIP se livre à d'autres activités économiques à la double condition suivante :
  - Ces activités annexes sont techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire,
  - Elles doivent présenter à la fois un intérêt général et une utilité directe pour l'organisme. Par exemple dans le cas d'EDF, « *pour son adaptation à l'évolution technologique, le savoir-faire de ses personnels, la rigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal* ».

L'on conviendra que ces propos trouveraient une application tout aussi pertinente pour caractériser le besoin de maintenir la pratique d'une ingénierie de base au sein du RST afin d'alimenter sa faculté à développer une ingénierie des travaux méthodologiques.

\* \*  
\*

## CONCLUSION

L'analyse juridique qui vient d'être faite montre que la réglementation existante à pris en compte, dans une large mesure, l'impératif de donner une certaine autonomie à des organismes qui doivent développer des compétences particulières intéressant les collectivités publiques, tout en permettant à celles ci de conserver des relations pérennes avec eux.

Néanmoins, le contexte de fond est celui de la stimulation de la compétitivité par la concurrence. Le dispositif qui en résulte est inévitablement complexe.

Les données juridiques nécessaires à la prise de décision ont été mises en évidence dans le rapport et synthétisées dans le tableau de la page 30.

Plusieurs dispositions du droit sont ainsi utilisables, selon les circonstances, pour permettre à des collectivités publiques d'avoir un lien privilégié avec de tels organismes et tout particulièrement, dans le contexte du RST, par le moyen d'un « *droit exclusif* », d'une relation intégrée de type « *in house* » ou du versement d'une subvention à projet.

Leur limite de validité ne sont pas cernées avec une précision intangible et quelle que soit la formule concernée, il subsiste un certain risque juridique.

La meilleure manière de le conjurer est peut être de faire passer les considérations juridiques au second plan et de s'interroger d'abord sur les objectifs de fond que l'on veut donner aux organismes, portant sur la nature des activités, le bénéfice ou non d'une exclusivité ou l'instauration ou non d'un partenariat.

Ces choix ouvriront ou fermeront certaines options.

La meilleure sécurisation des options ouvertes sera alors la clarté des intentions et leur mise en évidence sans ambiguïté dans les statuts des organismes plutôt que des explications a posteriori après ouverture d'action contentieuse.

\* \*  
\*

André LAUER

Marie-Françoise SIMON-ROVETTO



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

2004 - 0220 - 01

ministère  
de l'Équipement  
des Transports  
de l'Aménagement  
du territoire  
du Tourisme  
et de la Mer



direction  
de la Recherche  
et des Affaires  
scientifiques et  
techniques

## note pour

le Vice-président  
du Conseil général des ponts et chaussées

La Défense, le 24 SEP. 2004

objet : expertise juridique de l'organisation du réseau scientifique et technique

Dans le cadre du chantier de modernisation consacré à l'ouverture du réseau scientifique et technique, il est demandé de « dégager les dispositifs institutionnels adaptés pour que les maîtres d'ouvrage, y compris les départements, puissent participer au pilotage du réseau, passer leurs commandes directement ou dans le respect du droit de la commande publique et du droit de la concurrence, et contribuer au financement global du réseau ».

Or, depuis maintenant plus d'une dizaine d'années, les nouvelles règles mises en place par le droit européen de la concurrence et de la commande publique ont modifié significativement le contexte des relations entre l'État, les collectivités territoriales et les organismes publics et privés. De ce fait, l'articulation des acteurs du réseau scientifique et technique avec leurs clients et commanditaires pose un certain nombre de questions juridiques et organisationnelles.

L'expertise du CGPC est souhaitée pour apporter une réponse juridiquement fiable aux principales questions qui se posent, dont la liste est donnée ci-après :

1. Quelles sont les organisations compatibles avec le maintien de la possibilité, pour les DAC, de passer leurs commandes directement et sans formalité ? Des perspectives fondées sur la création de droits exclusifs ou l'application de la jurisprudence « in house » sont-elles pertinentes ?
2. Quelles sont les formes envisageables d'association avec les collectivités territoriales – y compris sur le plan financier –, et quelles interférences ont-elles avec le problème de la commande directe ?

Tour Pascal B  
92055 La Défense cedex  
téléphone :  
01 40 81 63 40  
télécopie :  
01 40 81 63 96  
mél. jean-michel.etienne  
@equipement.gouv.fr

3. Si une nouvelle organisation implique le changement de statut d'un organisme, quelles en sont les conséquences, notamment en terme de gestion des personnels ?
4. La réponse aux questions ci-dessus peut-elle varier selon la nature de l'activité ou de la prestation effectuée ?
5. Pour faciliter la relation des organismes du RST avec leurs bénéficiaires, des améliorations de la réglementation peuvent-elles être suggérées au niveau français ou européen ?

A l'occasion de cette expertise, pourraient également être clarifiées les règles juridiques ou déontologiques selon lesquelles un CETE et/ou un service « tête de réseau » (SCN, EPA, EPST,...) peuvent choisir un ou des partenaires publics ou privés pour mener à bien un projet commun (prestation d'étude, promotion d'une innovation, réponse à un appel d'offres européen).

Je vous serais obligé de bien vouloir désigner la ou les personnes chargées de cette expertise qui devra intégrer les contraintes française et européenne du droit de la concurrence, du droit de la commande publique et du droit budgétaire et financier.

Il serait souhaitable que ce travail puisse être disponible, au moins dans une première étape, pour le 30 novembre 2004, afin de pouvoir être utilement pris en compte dans le cadre des travaux du chantier de modernisation.

Le Directeur de la Recherche et des Affaires  
Scientifiques et Techniques

François PÉRDRIZET

copie à : P. CHANTEREAU

Secrétariat général  
Bureau  
Rapports  
et Documentation  
TOUR PASCAL B  
92055 LA DEFENSE CÉDEX  
Tél. : 01 40 81 68 12/ 45