

MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE,
DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT

Secrétariat général

La Défense, le

Direction des affaires juridiques

Le directeur des affaires juridiques

à

La ministre

(A l'attention de M. Pascal Berteaud)

s/c de M. le secrétaire général

Objet : Liens financiers entre le futur établissement public regroupant les services techniques de l'Etat et les collectivités territoriales

Il y a en droit deux façons de permettre le financement de certaines tâches du futur établissement public par des collectivités territoriales sans que ce versement ne soit obligatoirement précédé d'une phase de publicité et de mise en concurrence pour désigner le contributeur.

1^{ère} hypothèse : banaliser le recours à l'établissement pour les collectivités en leur confiant un contrôle équivalent à celui exercé par l'Etat.

En matière de droit de la commande publique, le droit communautaire tente de concilier deux principes :

- d'une part, la liberté consentie aux collectivités publiques de s'organiser comme elles l'entendent pour satisfaire leurs besoins ;
- d'autre part, le respect, par ces collectivités, lorsqu'elles décident de faire appel à un tiers pour se procurer des biens ou des services sur un marché économique, du principe de libre prestations de services par les opérateurs économiques, dont découle l'obligation de rendre publique leur intention d'achat pour stimuler la concurrence et l'obligation de comparer les offres qui leur parviennent.

Au nom de la première exigence, le droit communautaire permet ainsi à une collectivité publique de décentraliser une part de son activité dans un établissement public, et de faire appel à lui sans formalité préalable, dès lors qu'elle exerce sur cet établissement un contrôle analogue à celui qu'elle exercerait sur ses propres services et que l'activité de l'établissement est réalisée pour l'essentiel avec sa tutelle. Dans ce cas l'établissement est regardé comme un avatar de sa maison-mère, qu'il convient de traiter comme cette dernière : c'est la théorie du *in-house*, popularisée par un premier arrêt dit « Teckal » de 1999 de la CJUE (CJCE, 18 novembre 1999, affaire C-107/98), qu'elle a décliné sous différentes hypothèses depuis lors.

En revanche, au nom de l'exigence de libre prestation de services, un tel établissement ne peut intervenir au profit d'autres opérateurs, même publics, sans mise en concurrence préalable. Vis-à-vis de ces collectivités, l'établissement a en effet le même statut que les autres opérateurs de droit commun sur le marché. Il ne peut en conséquence revendiquer aucune relation particulière justifiant une absence de formalité préalable à la contractualisation.

Si l'on veut bâtir un établissement intervenant indifféremment pour l'Etat et les collectivités territoriales, il faut ainsi que cet établissement soit à la fois un avatar de l'Etat et de ces collectivités. Cela doit obligatoirement se traduire dans le mode de gouvernance de l'établissement, en prévoyant un contrôle conjoint et de même nature de la part de l'Etat et des collectivités, par exemple en instaurant un contrôle commun du conseil d'administration.

La jurisprudence de la CJUE permet en effet que la théorie du *in-house* puisse jouer en cas de contrôle multiple par la collectivité publique : on trouve deux exemples marquants de cette licence dans la décision du 11 mai 2006, *Carbotermo SpA Consorzio Alisei*, aff. C-340/04 et la décision du 19 avril 2007, *Asemfo c/ Tragsa*, aff. C-295/05.

La difficulté est que la jurisprudence semble exiger la présence individuelle des collectivités au sein du conseil d'administration. Or, ce qui est possible en Espagne avec la vingtaine de communautés autonomes (hypothèse de l'arrêt *Tragsa*) est plus complexe à réaliser si on veut permettre, en France, aux départements, voire aux communes, d'avoir recours à l'établissement.

Une piste consisterait à prévoir une représentation de l'ARF, de l'ADF ou de l'AMF au sein du CA, mais cette forme de représentation n'a, à ce jour, pas été soumise, et donc, à plus forte raison, pas été validée par la CJUE. Il faut ajouter qu'une telle formule s'apparenterait au régime, prohibé par le droit communautaire, qui régissait autrefois l'ingénierie ouverte sans formalité aux collectivités territoriales. Il faut signaler enfin que cette forme particulière de gouvernance impliquerait sans doute le recours à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, car elle reviendrait à créer une catégorie d'établissement à double tutelle inconnu de notre régime juridique, ce qui dépasse la compétence du décret en Conseil d'Etat.

Si cette voie été néanmoins choisie, elle permettrait un recours sans limite des collectivités à l'établissement, sans seuil ni plafond d'activité entre l'Etat et les collectivités territoriales.

2^{ème} hypothèse : prévoir le financement de l'établissement par les collectivités sur des thèmes de recherche partagés, sans connecter la prestation fournie et un besoin précis.

Ce qui est prohibé par le droit communautaire, c'est le recours par une collectivité publique à un tiers sans mise en concurrence préalable, aux fins de satisfaire un besoin précisément défini : l'identification d'une telle situation de droit implique en effet un contrat et donc l'application du principe de la libre prestation de services.

Rien n'interdit en revanche à une collectivité de subventionner un opérateur économique si elle voit un intérêt dans les travaux menés par ce dernier.

Pour illustrer le propos, on peut dire qu'il serait irrégulier pour un département de confier au NOST une étude précise sur la construction d'une route innovante sur son ressort territorial, mais que rien n'interdirait en revanche à un département de subventionner une étude générale sur les routes innovantes.

Il suffit pour cela de prévoir cette possibilité de subventionnement dans les statuts de l'établissement en mentionnant, à l'article décrivant l'objet de ce dernier, que ses missions peuvent faire l'objet de dotations complémentaires de la part des collectivités locales.



Si l'on part du principe que le NOST remplit bien un service d'intérêt économique général au sens du droit communautaire, ce qui lui permettrait ainsi d'échapper à la prohibition des aides publiques aux opérateurs économiques édictée par les articles 106 et 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il n'y aurait alors qu'une seule limite à la participation financière des collectivités aux missions d'un établissement d'Etat.

Celle-ci tient au respect du principe de spécialité de l'établissement.

Fruit d'une décentralisation de l'Etat, le NOST devra continuer à travailler principalement pour l'Etat. Cela n'implique pas que la participation financière des collectivités ne demeure que marginale, mais on peut estimer que le volume de financement hors Etat devrait demeurer limité à environ un tiers des ressources de l'établissement (ce critère est notamment celui utilisé en jurisprudence administrative pour déterminer la part de financement par les tiers permettant de distinguer un marché public d'une délégation de service public – voir en ce sens, par exemple, CE, 30 juin 1999, Smitom centre-ouest seine-et-marnais).

Si on veut s'écarter de cette règle, sans doute l'article 34 de la Constitution imposerait-il là aussi le recours à la loi pour créer un établissement à financement plus largement diversifié.

