

En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ?

- L'état des finances publiques et la relative autonomie des collectivités publiques rendent la question de l'externalisation des moyens plus pertinente.
- Quels critères président aux choix que sont amenées à faire les personnes publiques ? Comment poser les problématiques d'externalisation et quels sont leurs enjeux ?
- Entre le souci d'économie ou le souhait d'échapper aux règles de la gestion publique, les conditions de l'externalisation sont aujourd'hui de plus en plus encadrées.

Auteur

Gilles Le Chatelier, conseiller d'État, directeur général des services de la région Rhône-Alpes, professeur associé à l'université Lyon II.

Mots clés

Régie • Gestion externalisée • Critère de choix • Masse salariale • Dette • Transfert de personnels • Activité de service public • SPA • Spic • Reprise des personnels • Investissement public • Financement privé • PPP •

Une des premières questions qui se pose à un gestionnaire public lorsqu'il doit assumer ses compétences est de savoir s'il doit la gérer par des moyens internes ou s'il doit la confier à un opérateur extérieur. Le choix classique entre régie et gestion externalisée demeure ainsi un invariant des politiques publiques. À cet égard, les contrats passés par les collectivités publiques constituent souvent le support de cette opération d'externalisation comme, par exemple, les marchés publics de services; certaines familles de contrats publics, telles les délégations de service public ou, plus récemment, les contrats de partenariat, traduisent ce souci d'externalisation. Dans ces deux cas, le choix est bien de préférer confier à un opérateur extérieur – qui peut d'ailleurs être aussi bien une personne publique qu'une structure privée (entreprise ou association) – le soin soit de gérer une activité de service public, soit d'assurer un certain nombre de prestations pour le compte d'une personne publique sur la base d'une maîtrise d'ouvrage privée.

Quels critères président aux choix que sont amenées à faire les personnes publiques ? Ceux-ci sont connus : responsabilité de la gestion des risques, vision idéologique de la gestion des « affaires publiques », compétences détenues en interne, expériences – bonnes ou mauvaises – de contrats d'externalisation... Deux considérations sont devenues aujourd'hui plus prégnantes compte tenu de la situation générale des finances publiques et de la volonté qu'ont la plupart des collectivités publiques de conserver des marges de manœuvre financières : la question du poids de la masse salariale des agents employés (I) et celle du poids de la dette (II). Nous examinerons successivement comment jouent ces problématiques d'externalisation et quels sont leurs enjeux aujourd'hui. Pour finir, nous verrons aussi que les collectivités publiques poursuivent des formules

d'externalisation institutionnelle, en grande partie pour échapper aux règles de la gestion publique dans des conditions qui sont aujourd'hui de plus en plus encadrées (III).

I. Problématiques de gestion des personnels à l'aune de l'externalisation

Tout gestionnaire public est confronté à la question des personnels lorsqu'il examine les conditions dans lesquelles l'activité sera gérée. Cette problématique est particulièrement forte dans les contrats de délégation de service public et dans les hypothèses d'externalisation institutionnelle par la voie d'une SEM ou d'une formule associative. La question a souvent été présentée sous l'angle de la réversibilité, c'est-à-dire le point de savoir si le cadre juridique applicable et les règles de gestion des personnels ne constituaient pas un obstacle à un changement de mode de gestion dans le sens de l'externalisation, comme dans celui de la « ré-internalisation »⁽¹⁾.

L'externalisation présente ici l'avantage supposé de réduire le poids des charges salariales supportées par la collectivité publique. S'agissant d'un poste de dépenses incompressibles pour les collectivités, l'enjeu est réel, surtout pour celles dont le poids des dépenses de personnels est particulièrement lourd. En revanche, si la question est examinée sous l'angle plus idéologique du poids du nombre de fonctionnaires, elle doit être prise en compte selon que les activités sont constitutives d'un service public à caractère administratif ou industriel et commercial.

Dans le second cas en effet, les agents sont soumis à un statut de droit privé, à l'exception traditionnelle du directeur et de l'agent comptable⁽²⁾. Encore faut-il que soient respectées les dispositions de l'article L. 2221-28 du code général des collectivités territoriales imposant que les Spic exploités en régie le soient sous la forme d'une régie disposant de la personnalité morale, l'omission du respect de cette formalité permettant – dans nombre de collectivités encore aujourd'hui – l'emploi de fonctionnaires titulaires pour la gestion de ces activités. Hormis l'existence de cette anomalie, les opérations d'externalisation comme de ré-internalisation sont normalement neutres pour les personnels qui conservent leur statut de droit privé, les dispositions bien connues de l'article L. 122-12 du code du travail (C. trav.) venant ici garantir, dans les limites posées par la jurisprudence, la continuité du contrat de travail des salariés⁽³⁾.

Les enjeux sont ici principalement sociaux en termes de préparation de la décision et de conduite du processus de transition, comme le montre un récent rapport de l'Institut de la gestion déléguée⁽⁴⁾. Il est à noter que cette problématique – classi-

que dans le domaine des délégations de service public – peut connaître des traductions nouvelles dans la mise en œuvre de contrats de partenariat lorsque l'externalisation se traduit aussi par le transfert de personnels gérant certains services désormais confiés à l'opérateur privé.

Évidemment la question se présente dans des termes différents pour les agents exerçant leur activité dans les services publics à caractère administratif puisque, dans cette hypothèse, l'externalisation se traduit par une privatisation de la gestion des personnels. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence est restée très ferme pour maintenir la solution privilégiant le critère organique dans toutes les hypothèses : les agents employés par une personne privée sont soumis au code du travail, même si la structure qui les emploie est investie d'une mission de service public administratif, voire n'a été constituée que pour cet objet⁽⁵⁾. Il faut espérer que les derniers développements en matière de marchés publics sur les associations transparentes ne viendront pas « polluer » une question aujourd'hui tranchée par des critères robustes qui ont le mérite de la facilité d'application⁽⁶⁾.

La question de la ré-internalisation de ces activités de service public administratif et du sort alors réservé aux personnels a connu en revanche des évolutions récentes importantes ces dernières années. Rompant avec une jurisprudence constante et confirmée de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui considéraient que les salariés de droit privé repris par une personne publique ne pouvaient se prévaloir des dispositions de l'article L.122-12 C. trav. dès lors que la reprise de l'activité impliquait un passage d'un statut de droit commun à un contrat de droit public, la CJCE a jugé le contraire, marquant une nouvelle fois sa faible appétence pour la reconnaissance en matière de gestion de personnels des spécificités de la gestion publique⁽⁷⁾. La Cour de cassation⁽⁸⁾, le Tribunal des conflits⁽⁹⁾ et le Conseil d'État⁽¹⁰⁾ devaient reprendre à leur compte ce changement de jurisprudence et esquisser une définition purement jurisprudentielle des obligations pesant alors sur la personne publique « repreneuse ».

L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 allait clore ce débat en imposant aux employeurs publics de proposer aux personnels repris un CDD ou un CDI selon les cas. La difficulté portera principalement sur le contenu du contrat, et en particulier sur la capacité de l'employeur public à offrir un contrat reprenant les « clauses substantielles » de l'ancien contrat, sans méconnaître les lois et règlements applicables⁽¹¹⁾. On le sait, la question

(5) CE 3 juillet 1968, Dupont (situation d'une association transparente) – TC 2 mai 1988 (employés d'une SEM).

(6) CE 21 mars 2007, Cne de Boulogne-Billancourt, req. n°281796, qui considère que les contrats conclus par une association transparente créée par une collectivité publique pour gérer un SPA sont des marchés publics s'ils sont conclus pour l'exécution de la mission de service public dont elle a la responsabilité.

(7) CJCE 26 septembre 2000, Mayeur c/APIM, aff. C-175-99: Rec. p. I-0755.

(8) Cass. soc. 25 juin 2002, AGS de Paris c/Hamon, Dr. soc., 2002, obs A. Mazeaud.

(9) TC 19 janvier 2004, M^{me} Devun: AJDA, 2004, p.2153, chron. C. Landais, F. Lenica.

(10) CE sect. 22 octobre 2004, Lamblin, Dr. soc., 2005, p.43, concl. É. Glaser.

(11) Sur les difficultés concrètes que pose cette opérations aux employeurs publics réinternalisant une mission de SPA voir rapport de l'IGD préc., Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, p.24 et s.

(1) C. Babusiaux, C. Lucas de Leyssac, Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?, La documentation française, Institut de la gestion déléguée 2005

(2) TC 22 janvier 1921, Sté commerciale de l'Ouest africain: Rec., p.91 – CE 26 janvier 1923, Robert Lafrégeyre: Lebon, p.67 – CE sect. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau: Lebon, p.158.

(3) Cass. plén. 16 mars 1990, Onet c/Mallet et a.: D. 1990 p.305, note A. Lyon-Caen

(4) Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, Rapport du groupe d'études présidé par G. Le Chatelier, Institut de la gestion déléguée, octobre 2007.

du niveau de la rémunération peut poser problème dans un certain nombre de cas. En revanche, dans le sens inverse de l'externalisation, la CJCE continue de considérer, comme les juridictions nationales, que les dispositions de la directive du 14 février 1977, modifiée par la directive du 12 mars 2001, ne sont pas applicables aux fonctionnaires⁽¹²⁾.

Quels sont aujourd'hui les enjeux principaux des démarches d'externalisation de service pour la gestion des personnels ? Outre les questions à caractère politique et social qui peuvent avoir une très grande importance dans ce domaine – en particulier au niveau de la gestion municipale –, l'enjeu se situera d'abord en termes de dialogue social. De même, certaines modifications de textes pourraient venir faciliter les opérations d'externalisation, en particulier par un recours accru au détachement, la solution de la mise à disposition prévue par la loi du 2 février 2007, posant sans doute plus de difficultés qu'elle ne paraît présenter à première vue d'avantages⁽¹³⁾. Notons à cet égard que la première difficulté de la mise à disposition est celle de ne pas faire baisser la masse salariale de la collectivité publique qui y procède, même si, depuis l'obligation de remboursement posée par la loi du 2 février 2007, l'opération doit être normalement neutre pour la collectivité...

« Les montages contractuels proposés devraient être "déconsolidants", c'est-à-dire effectués sans que la charge de la dette correspondante vienne grever les engagements de la collectivité publique. »

D'autres changements également intervenus récemment peuvent être de nature à faire davantage hésiter les collectivités publiques à procéder à une externalisation de certaines de leurs missions. La multiplicité des positions statutaires possibles (détachement pour la FPT, mise à disposition, disponibilité) peut à terme poser des problèmes sociaux d'équité entre les agents « bénéficiant » d'une mesure d'externalisation. De même, depuis l'intervention de la jurisprudence de la CJCE de 2000 et de la loi du 26 juillet 2005, la collectivité publique qui externalise une activité de SPA sait qu'en cas de changement d'option de gestion, il lui incombera une obligation de reprise des personnels, avec un « statut » de CDI de droit public qui continue d'interroger les gestionnaires publics, en particulier pour ce qui a trait à la gestion des « déroulements de carrière » des intéressés (mobilité professionnelle, évolution des rémunérations...).

En fin de compte, on peut se demander si, s'agissant des SPA, l'externalisation ne révèle pas plus de difficultés que d'avantages pour le gestionnaire public ou pour des gains – notamment

budgétaires – qui sont sans doute mineurs. La problématique est en revanche différente pour les Spic, à la condition que les règles de gestion individualisée et d'application du code du travail aux employés des Spic soient bien respectées.

II. Contrats publics d'externalisation et gestion de dette

Le poids de la dette publique en France ne mérite plus de longs développements et les analyses se sont multipliées ces dernières années pour attirer l'attention de l'ensemble de nos concitoyens sur les limites qui pouvaient exister à une poursuite continue de l'endettement sur les années à venir. Encore faut-il, pour que le débat soit clair, que l'on distingue la mauvaise dette – celle qui intervient pour financer des dépenses de fonctionnement – de la bonne – celle qui permet d'investir à long terme dans des équipements publics dont la durée d'amortissement dépasse souvent largement la durée de la dette qui sert à la financer. On sait aussi que les collectivités territoriales, soumises à l'obligation de voter leur budget en équilibre réel, se trouvent dans une situation où leur dette ne peut qu'être « bonne ». L'honnêteté du débat doit cependant aller jusqu'à rappeler qu'une part importante – sans doute trop importante d'ailleurs – des sections de fonctionnement des dites collectivités est alimentée par des dotations de l'État, ce qui fait que ce dernier s'endette pour permettre aussi aux collectivités locales d'investir...

Face à une évolution inquiétante du niveau des investissements publics, ces dernières années ont vu la volonté de mettre en place des formules contractuelles permettant aux collectivités publiques de poursuivre les efforts en ce domaine en ayant un recours plus large aux formules de financement privé des investissements publics. La naissance du contrat de partenariat avec l'ordonnance du 17 juin 2004 répond largement à ce constat⁽¹⁴⁾. Cependant la question réelle est de savoir si chacun des montages contractuels proposés à ce titre est réellement « déconsolidant », c'est-à-dire qu'il peut être effectué sans que la charge de la dette correspondante vienne grever les engagements déjà existants de la collectivité publique au profit de laquelle l'opération est conduite. Or l'examen des différents contrats publics montre à ce titre des disparités réelles entre les formules choisies par les collectivités publiques qui y ont recours.

Dès lors qu'était en cause le niveau de la dette publique, donc le respect par notre pays des critères de Maastricht en matière d'endettement des collectivités publiques, il était normal que les instances communautaires interviennent dans ce domaine pour fixer les critères selon lesquels un montage pouvait être considéré comme « déconsolidant », c'est-à-dire comme n'ayant pas à être comptabilisé dans la dette de la personne publique engageant l'opération. La décision d'Eurostat du 11 février 2004 est venue préciser ces critères qui, même s'ils s'appliquent d'abord aux contrats de partenariat et aux montages complexes

(12) CJCE 14 septembre 2000, Renato Collino et a.

(13) Voir rapport IGD préc.

(14) Voir Les partenariats public-privé, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi, C. Saint-Etienne et V. Piron, IGD-La Documentation française, 2006.

sous maîtrise d'ouvrage privée, ne sont pas sans intérêt pour l'examen des contrats classiques comme les marchés publics et les délégations de service public.

Pour Eurostat, les actifs liés à un partenariat public-privé doivent être classés comme actifs non publics et, par conséquent, ne doivent pas être enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions suivantes sont réunies :

1. le partenaire privé supporte le risque de construction ;
2. il supporte également au moins l'un des deux risques suivants : la disponibilité de l'infrastructure ou la demande.⁽¹⁵⁾

L'analyse de ces critères pose d'abord une question classique de détermination de la maîtrise d'ouvrage. On voit bien que, dès lors que l'opération est conduite sous maîtrise d'ouvrage publique, le contrat ne peut pas avoir d'effet déconsolidant puisque tant le risque de construction que celui de disponibilité reposent sur la personne publique maître d'ouvrage. À cet égard, il convient de souligner que des montages innovants de type crédit-bail, s'ils représentent de réelles opportunités pour les collectivités publiques en termes de gain financier sur le montant de la prestation par l'effet du levier fiscal qui l'accompagne, n'ont pas de réels effets déconsolidants, sinon de manière purement faciale. À ce titre, les agences de notation qui interviennent de plus en plus fréquemment auprès des collectivités publiques réintègrent le montant de ces « engagements hors bilan » dans leur examen de la solidité financière des collectivités.

La décision d'Eurostat est intéressante en ce qu'elle ne se limite pas à la simple analyse de l'identité de la maîtrise d'ouvrage et qu'elle contraint la personne publique à une analyse plus approfondie du contenu du contrat et des clauses principales régissant le partage des risques entre la personne publique et l'opérateur privé ainsi choisi. Autrement dit, le fait de réaliser une opération sous maîtrise d'ouvrage privée ne suffit pas en soi à considérer que le contrat aura nécessairement un effet déconsolidant.

Il faudra entrer dans l'examen approfondi des clauses du contrat, en particulier pour ce qui a trait au risque de construction (délai de livraison, non-respect de normes de construction en particulier en matière de sécurité ou d'environnement, existence de surcoût et mode de compensation de ceux-ci en cas de dépassement par rapport au montant arrêté lors de l'adoption du programme, déficiences techniques, clauses d'indemnisation des faits extérieurs aux parties tels que ceux relevant de l'imprévision, voir de cas de force majeure) et au risque de disponibilité (réponse de l'ouvrage aux impératifs définis dans le programme, conformité aux éléments techniques imposés...). Dès lors que de tels risques restent à la charge du cocontractant privé, avec éventuellement l'application de pénalités lourdes par la personne publique et – bien évidemment

– sans compensation de sa part, il y aura alors transfert du risque et possibilité d'opération déconsolidante. Compte tenu du nombre de paramètres pouvant entrer en ligne de compte, l'analyse pourra s'avérer sans doute complexe. On ne peut pas non plus exclure un risque de « requalification du contrat » par le juge des comptes, conduisant au final à une modification du niveau de la dette de la collectivité publique considérée.

S'agissant du risque de demande ou de fréquentation, c'est sans doute celui pour lequel l'apport recherché d'un partenaire privé peut être le plus important pour la collectivité publique dès lors que sa démarche d'externalisation poursuit un objectif d'augmentation de la performance de gestion des services publics. À l'inverse, c'est sans doute le risque pour lequel l'opérateur privé aura le plus de réticences à s'engager pour la totalité du risque à prendre. Les formules de partage à élaborer peuvent poser de réelles difficultés d'analyse quant au point de savoir si le risque a été transféré au sens de la décision d'Eurostat du 11 février 2004.

« L'intérêt du PPP est plus à attendre
en termes de performance et de
développement de la qualité du service
rendu aux usagers qu'en termes
de marges de manœuvre financières. »

L'examen détaillé de l'ensemble de ces critères vient apporter une confirmation bienvenue du caractère déconsolidant des montages concessifs. Nul doute que le transfert de risque est bien avéré dès lors que le risque de construction est transféré au concessionnaire qui assure une maîtrise d'ouvrage pleine et entière des travaux et que le risque de demande est un des critères d'identification des délégations de service public depuis l'intervention de la loi du 29 janvier 1993, telle qu'interprétée par la jurisprudence et confirmée par l'intervention de la loi Murcef du 11 décembre 2001.

Nous retrouvons ici une des supériorités des délégations de service public au regard de leur capacité de financement déconsolidant des équipements publics. Encore faut-il que les autres conditions posées par les textes soient remplies pour que l'on puisse recourir à un tel montage. En particulier, il faut qu'il y ait exploitation d'un véritable service public, la jurisprudence du Conseil d'État excluant qu'il en soit ainsi pour une simple mission d'exploitation d'un ouvrage public ou d'un équipement public⁽¹⁶⁾. C'est la raison de la création des contrats de partenariat pour couvrir justement les hypothèses où l'application d'une DSP n'est pas possible pour répondre à la demande d'externalisation.

Nous manquons encore de recul sur le caractère déconsolidant des contrats de partenariat et, plus largement, des montages complexes assis en particulier sur un titre domanial (BEA, BEH et autres AOT) qui se caractérisent par un transfert de maîtrise d'ouvrage à une personne privée⁽¹⁷⁾. Toute l'analyse de cette question repose sur les transferts de risque, sans que l'on

(16) CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat* ; Lebon, p.19 (anciens METP) – CE ass. 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux (gestion des mobiliers urbains)*.

(17) Loi du 29 août 2002 pour les besoins de la police et de la gendarmerie ; loi du 9 septembre 2002 pour la justice ; loi du 27 janvier 2003 pour les armées.

(15) Sur l'analyse détaillée de la décision d'Eurostat voir Les nouveaux contrats de partenariat public-privé, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, Éditions Le Moniteur, 2005

puisse absolument exclure des montages qui pourraient être considérés comme partiellement déconsolidants, une partie de la charge étant imputée à la dette de la collectivité publique. De plus, il ne faut pas oublier l'engagement porté en section de fonctionnement au titre des loyers dus par la collectivité publique et la nature de l'analyse de cette charge en termes de comptabilité publique. À ce titre, l'obligation figurant au 9° de l'article L. 2113-1 du CGCT issu de l'article 17 de l'ordonnance du 17 juin 2004 rappelle que les engagements pris sous la forme de contrats de partenariat doivent figurer dans les documents comptables de la collectivité territoriale et permettre ainsi de mesurer le niveau consolidé de ses engagements financiers.

Par conséquent l'intérêt des formules de ce type est plus à attendre en termes de performance et de développement de la qualité du service rendu aux usagers qu'en termes de marges de manœuvre financières ainsi retrouvées par les collectivités publiques y recourant.

III. Externalisation institutionnelle, « in house » et contrats publics

Une des raisons les plus souvent invoquées pour procéder à une externalisation, même si celle-ci est rarement ouvertement revendiquée, est sans doute la volonté d'échapper aux contraintes des règles de gestion publique traditionnelles. On est alors en présence d'une forme d'externalisation institutionnelle, la collectivité publique constituant une structure de droit privé chargée de gérer une mission de service public incombant normalement à la dite collectivité. Cette démarche a semblé pendant longtemps ne pas poser de difficultés en tant que telle, la liberté des collectivités publiques ne pouvant connaître comme limite dans ce champ que celle résultant de la liberté du commerce et de l'industrie. Cependant, la jurisprudence est aujourd'hui si libérale pour admettre la légitimité d'une action publique que cette clause d'interdiction avait fini par jouer un rôle assez réduit dans la pratique.

A) La théorie du « in house »...

La question des relations entre la collectivité publique et la structure dédiée que celle-ci a créée est en revanche devenue plus complexe dans les dernières années. En particulier, dans un contexte où l'intervention au profit d'une collectivité publique ne pouvait se faire qu'après mise en concurrence, on pouvait douter de la possibilité d'une forme d'investissement unilatérale par la collectivité publique, au regard en particulier des règles et principes posés par le droit communautaire. Il a fallu une décision prétorienne de la CJCE⁽¹⁸⁾ pour considérer que les « commandes » au sens le plus large du terme adressées par une collectivité publique à une structure « in house » échappaient à l'obligation de mise en concurrence, donc à la nécessité de la présence d'une base contractuelle pour intervenir. On sait aussi que la qualification de structure « in house » doit répondre à deux conditions : d'une part, l'autorité publique doit exercer

sur l'entité distincte un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, d'autre part, cet organisme doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent.

La CJCE a eu postérieurement l'occasion de préciser certains points de sa jurisprudence. Elle a d'abord considéré que la présence d'une personne privée au capital de la structure écartait la qualification de structure « in house », compte tenu des intérêts divergents pouvant exister entre les partenaires au dit capital. Cette solution condamne toute reconnaissance d'une SEM comme pouvant bénéficier de l'exception du « in house »⁽¹⁹⁾. En revanche, la pluralité de personnes publiques est admise⁽²⁰⁾.

Le Conseil d'État a repris ce mode de raisonnement dans sa décision de section du 6 avril 2007 Commune d'Aix-en-Provence, abondamment commentée. Le Conseil d'État y rappelle d'abord deux éléments fondamentaux : d'abord, le fait qu'une collectivité publique peut toujours décider d'externaliser la gestion d'un service public « dès lors que la nature de ce service n'y fait pas obstacle » ; ensuite, que cette investiture doit être faite par contrat – délégation de service public ou marché public selon le mode de rémunération du cocontractant de l'administration –, après mise en concurrence préalable. C'est bien le rappel du primat de la forme contractuelle du contrat pour procéder à une opération d'externalisation. Cependant l'arrêt a plus impressionné les commentateurs sur l'exception qu'il admettait : la possibilité de confier unilatéralement et sans mise en concurrence préalable le soin de gérer le service public à une structure qui répond aux conditions d'un organisme « in house » et exerce une activité dans des conditions ne permettant pas d'être regardée comme « un opérateur sur un marché concurrentiel ». L'exception admise au profit des structures associatives exerçant dans le domaine culturel donne ainsi la première expression positive de cette nouvelle « veine jurisprudentielle ».

B) ... Continue d'avoir un champ d'application limité

Ce rappel de la possibilité de « l'investissement unilatéral » a certainement frappé les esprits. Rappelons toutefois qu'elle est loin d'être isolée, puisque la loi admet parfois de tels systèmes dont la jurisprudence rappelle périodiquement qu'ils ne relèvent pas du champ d'application de la loi Sapin⁽²¹⁾. On sait aussi que la Commission européenne a un autre point de vue sur cette question, traitant de la même manière dans ses écrits les investitures unilatérales et contractuelles, ce qui fragilise d'autant ces systèmes législatifs dans toutes les hypothèses où l'exception du « in house » n'est pas invocable.

(19) CJCE 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03 : Rec., p. I-1 – CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH : AJDA, 2005, p. 1983.

(20) CJCE 11 mai 2006, Carbotermo SpA, aff. C-340/04 : AJDA, 2006, p. 1013 – CJCE 19 avril 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), aff. C-295-05 : AJDA, 2007, p. 1759, note E. de Fenoyl.

(21) À propos des autorisations données aux entreprises de transport des voyageurs par le Stif, avis CE du 9 mars 1995 et CE 13 juillet 2007, Cne de Rosny-sous-Bois, req. n° 299207 : C. Cabanes et B. Neveu, « Les exploitants des transports publics franciliens exemptés de mise en concurrence ? », CP-ACCP, n° 70, octobre 2007, p. 66. Sur les habilitations de transport de gaz, voir avis du CE du 28 septembre 1995 ; voir aussi CE 3 mai 2004, Fondation assistance aux animaux.

(18) CJCE 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98 : Rec., p. I-8121.

Par ailleurs, on le sait, la reconnaissance d'une situation « in house » impose à la structure considérée de respecter pour la passation de ses propres contrats les règles de mise en concurrence auxquelles est soumise la ou les personnes publiques qui l'ont constituée⁽²²⁾. Le Conseil d'État vient d'ailleurs d'appliquer le même raisonnement aux contrats conclus par les associations transparentes⁽²³⁾. Ce qui limite, on le voit bien, la réduction de la sphère contractuelle et donc concurrentielle admise par l'exception du « in house ».

Néanmoins la lecture libérale qui est souvent faite de la décision Commune d'Aix-en Provence est peut-être finalement en décalage avec son apport réel en termes de conséquences pratiques. Le rappel des principes auquel procède cette décision avec sa référence à la théorie communautaire du « in house » vient finalement nous dire que la voie de l'investiture unilatérale sera sans doute à l'avenir réservée à un nombre particulièrement réduit d'exceptions. Outre les conditions très strictes posées par le juge communautaire qui finalement n'est susceptible de l'admettre, en droit français, que pour les associations, le Conseil d'État est venu ajouter une condition

nouvelle avec l'ajout du critère de la nature de l'activité et des conditions de son exercice.

En effet, par là même, la Haute Assemblée semble avoir exclu la possibilité de reconnaître l'existence d'une structure « in house » chaque fois que cette dernière intervient dans le champ concurrentiel. Compte tenu d'une évolution, elle-même largement issue du droit communautaire, qui étend chaque année davantage les activités publiques soumises au droit de la concurrence, on peut se demander quelles activités pourront réellement bénéficier de cette exception. Sans doute quelques activités de service public administratif dans la sphère culturelle (mais sans doute pas toutes) et dans la sphère sociale, voire éducative et sportive. Quoi qu'il en soit, dans toutes ces activités, la marge sera sans doute étroite.

Cela signifie certainement que nous sommes dans une situation où la voie du contrat public est reconnue comme le modèle dominant – sinon exclusif – pour permettre aux collectivités publiques d'externaliser les activités d'intérêt général que la loi leur confie. Cela peut aussi remettre rapidement en cause la liberté des collectivités publiques pour créer ces structures dédiées, sauf à aboutir à des mises en concurrence purement faciales qui seraient certainement censurées par le juge. C'est bien ici la liberté des collectivités publiques d'organiser leurs propres activités qui risque à terme d'être remise en cause. ■

(22) CJCE 18 novembre 1999, *Teckal*, préc. Voir art. 3-1° CMP.

(23) CE 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt*, req. n° 281796 : dossier collectif, « Contrats des associations », CP-ACCP, n° 68, juillet-août 2007, p. 29.