

Notion de pouvoir adjudicateur : une entité qui a pour objet d'organiser des foires et expositions n'est pas un « organisme de droit public ».

L'arrêt de la CJCE du 10 mai 2001 (aff. C-223/99 et C-260/99), rendu en matière de marchés de services, apporte d'utiles précisions sur la définition de l'organisme de droit public obligé de passer ses marchés après publicité et mise en concurrence. On sait que les directives sur les marchés publics n'instaurent de contraintes en matière de passation des marchés qu'envers les entités qui sont soumises à l'influence de la sphère politique, plus qu'à celle du marché. Les entités qui sont soumises aux contraintes du marché sont réputées tenir compte naturellement les exigences de la rationalité économique et donc de la concurrence. C'est pourquoi, les directives font figurer au nombre des pouvoirs adjudicateurs les « organismes de droit public ».

Un organisme relève de cette qualification lorsqu'il satisfait à trois critères cumulatifs :

« -créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

-ayant la personnalité juridique

et

-dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

La jurisprudence a déjà apporté des indications au sujet de plusieurs éléments de cette définition (cf. Droit des marchés publics, Moniteur, II.510.1).

L'arrêt Agorà apporte un éclairage au sujet de la composante la plus difficile à appréhender de la notion d'organisme de droit public, qui est celle de besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial.

L'entité en cause a pour objet d'organiser des foires et expositions, et notamment la foire de Milan. C'est une personne morale de droit privé, dont les statuts prévoient que « l'Ente n'a pas de but lucratif et exerce des activités d'intérêt public. Il fonctionne selon les principes du code civil ». et que « la gestion de l'Ente repose sur des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité ».

En l'espèce, le caractère d'intérêt général du besoin était sujet à discussion parce que l'organisateur de foires peut être considéré comme fournissant une prestation de services spécifique et individualisée aux entreprises qui participent à la manifestation. On pouvait aussi mettre en doute le caractère industriel et commercial du besoin au motif que l'entité, selon ses statuts, n'a pas de but lucratif.

La Cour a, pourtant, décidé qu'il ne s'agit pas d'un organisme de droit public, car si le besoin est bien d'intérêt général, en revanche, il n'a pas un caractère industriel et commercial.

INTERET GENERAL

La CJCE a déjà statué à plusieurs reprises au sujet du caractère d'intérêt général d'un besoin (enlèvement et traitement des ordures : CJCE 10 novembre 1998 C-360/96 BFI Holding ; fabrication d'imprimés officiels : CJCE 15 janvier 1998 C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria e.a ; entretien des forêts 17 décembre 1998 C-353/96

Commission/Irlande ; gestion d'une université : 3 octobre 2000, C-380/98 The University of Cambridge ; fourniture de services de télécommunications : 7 décembre 2000 C-324/98 Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH ; logement social affaire 1^{er} février 2001 , C-237/99 Commission/France).

Dans notre affaire, le caractère d'intérêt général est admis de façon plus intuitive que déductive :

« , l'organisateur de telles manifestations, en réunissant en un même lieu géographique des fabricants et des commerçants, n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers, qui bénéficient ainsi d'un espace de promotion pour leurs produits et marchandises, mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général ».

On en infère que le « caractère retreint du cercle des bénéficiaires directs » , selon l'expression de Siegbert Alber, avocat général dans cette affaire, n'est pas exclusif du caractère d'intérêt général du besoin.

L'intérêt poursuivi est ici d'ordre économique, il s'agit d'agir en faveur du développement des activités industrielles et commerciales, mais cela ne suffit pas à déterminer le caractère industriel ou commercial du besoin.

INDUSTRIEL OU COMMERCIAL

La qualification du besoin n'est pas opérée *ex nihilo*. La Cour se réfère à deux sources écrites, qui sont d'une part les listes des organismes de droit public contenue à l'annexe I de la directive 93/37/CEE du Conseil, à laquelle l'article 1er, sous b), de la directive 92/50 fait référence, d'autre part la communication interprétative de la Commission concernant l'application des règles du marché intérieur au secteur des foires et expositions (JO 1998, C 143, p. 2). C'est à partir des principes dont s'inspirent ces deux textes que l'arrêt détermine l'absence de caractère industriel ou commercial du besoin.

Ces indices sont au nombre de trois :

1°) Les besoins sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché,

2°) L'État, pour des raisons liées à l'intérêt général, choisit de satisfaire lui-même ces besoins ou entend conserver une influence déterminante (voir, en ce sens, arrêt BFI Holding, précité, points 50 et 51).

3°) Une concurrence développée est absente.

Dans le cas d'espèce, l'application des indices de ce faisceau donne les résultats suivants :

1°) « l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables est une activité économique qui consiste à offrir des services sur le marché » et cela contre versement d'une contrepartie ;

2°) les organisateurs de foires et d'expositions bénéficient de la liberté d'établissement et de prestation de service et l'entité, même si elle ne poursuit pas de but lucratif, « supporte elle-même le risque économique de l'activité », donc, « il ne s'agit pas de besoins que l'État choisit en général de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante ».

3°) l'entité opère dans un environnement concurrentiel.

Au plan de la méthode, les indices ainsi dégagés ne sont pas d'une grande précision : la Cour se réfère au *plerumque fit* – à ce qui est fait généralement –, et s'efforce de définir l'ambiance dans laquelle s'exerce l'activité.

Sur le fond, on remarquera la difficulté qu'il y a à distinguer entre qualification de l'activité et qualification des besoins, ce dont témoignent les conclusions de l'avocat général (cf. point 67 des conclusions : « le fait que les statuts ne prévoient aucune

possibilité de financement des pertes par la collectivité plaide bien en faveur d'une activité à caractère économique ou commercial. Une telle activité implique en effet, parmi d'autres caractéristiques, que l'entrepreneur supporte le risque économique de ses actes »). Doit aussi être relevée la prégnance du critère organique, qui marque, en fin de compte, l'importance des traditions administratives des États.

EXTRAITS DE L'ARRET

« 33.

À cet égard, il convient, d'une part, de constater que les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables satisfont à des besoins d'intérêt général.

34.

En effet, l'organisateur de telles manifestations, en réunissant en un même lieu géographique des fabricants et des commerçants, n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers, qui bénéficient ainsi d'un espace de promotion pour leurs produits et marchandises, mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général.

35.

D'autre part, il y a lieu de s'interroger, à la lumière des informations contenues dans le dossier, sur la question de savoir si les besoins en question ont un caractère autre qu'industriel ou commercial.

36.

À cet égard, il est utile de se référer à l'énumération des organismes de droit public contenue à l'annexe I de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), telle que modifiée par la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 54), à laquelle l'article 1er, sous b), de la directive 92/50 fait référence. Sans être exhaustive, cette liste est destinée à être aussi complète que possible.

37.

L'analyse de cette énumération démontre qu'il s'agit en général de besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché, et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante (voir, en ce sens, arrêt BFI Holding, précité, points 50 et 51).

38.

En outre, si la Cour a jugé que la notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées (arrêt BFI Holding, précité, point 53), elle a également considéré que l'existence d'une concurrence développée, et en particulier le fait que l'organisme concerné agit en situation de concurrence sur le marché, peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (arrêt BFI Holding, précité, point 49).

39.

Or, il importe de constater, tout d'abord, que l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables est une activité économique qui consiste à offrir des services sur le marché. En l'espèce, il ressort du dossier que l'entité en question fournit ces services aux exposants contre versement d'une contrepartie. Par son activité, elle satisfait des besoins de nature commerciale, d'une part, des exposants qui bénéficient ainsi de la promotion des biens ou des services qu'ils exposent et, d'autre part, des visiteurs qui souhaitent se renseigner en vue d'éventuelles décisions d'achat.

40.

Ensuite, il y a lieu de souligner que, même si l'entité en question ne poursuit pas de but lucratif, elle fonctionne, comme cela ressort de l'article 1er de ses statuts, selon des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité. Aucun mécanisme n'étant prévu pour compenser d'éventuelles pertes financières, elle supporte elle-même le risque économique de ses activités.

41.

En outre, il convient de relever que la communication interprétative de la Commission concernant l'application des règles du marché intérieur au secteur des foires et expositions (JO 1998, C 143, p. 2) fournit également un indice confirmant le caractère industriel ou commercial de la tenue de foires et d'expositions. Cette communication a notamment pour objet d'expliquer la manière dont la liberté d'établissement et la libre prestation des services bénéficient aux organisateurs de foires et d'expositions. Il en ressort qu'il ne s'agit pas de besoins que l'État choisit en général de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante.

42.

Enfin, le fait qu'une entité telle que celle en cause au principal opère dans un environnement concurrentiel, ce qu'il appartient au juge national de vérifier en tenant compte de l'ensemble de ses activités qui s'étendent aux niveaux tant international que national et régional, tend à confirmer l'interprétation selon laquelle l'activité consistant à organiser des foires et des expositions ne satisfait pas au critère défini à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive.

43.

Il y a lieu par conséquent de répondre à la question posée qu'une entité

-qui a pour objet d'exercer des activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables,

-qui n'a pas de but lucratif, mais dont la gestion repose sur des critères de rendement, d'efficacité ainsi que de rentabilité,

-et qui opère dans un environnement concurrentiel,

n'est pas un organisme de droit public au sens de l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive ».