

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. M. POIARES MADURO

présentées le 24 novembre 2004¹

1. Par le présent recours en manquement, la Commission vise à faire constater que, en réservant à l'article 4 de la loi n° 85-704, du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, telle que modifiée par la loi n° 91-662, du 13 juillet 1991, et par la loi n° 96-987, du 14 novembre 1996², la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste limitative de personnes morales de droit français, la République française a manqué à ses obligations découlant de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services³, et plus particulièrement de ses articles 8 et 9, ainsi que de l'article 49 CE.

2. Ce recours permet de préciser le champ d'application matériel de la directive 92/50 et notamment la notion de marché. En outre, il fait référence à la fois au respect de la directive précitée et au principe de libre prestation de services inscrit à l'article 49 CE, ce qui nécessite de définir une articulation entre ces deux textes.

1 — Langue originale: le portugais.

2 — Respectivement *JORF* du 13 juillet 1985, p. 7914, du 19 juillet 1991, p. 9524 et du 15 novembre 1996, p. 16656, ci-après la «loi n° 85-704».

3 — JO L 209, p. 1.

I — Contexte factuel et réglementaire

3. Il convient à titre liminaire de préciser que l'article 4 de la loi n° 85-704 qui fait l'objet du présent recours est en cours de modification. L'ordonnance n° 2004-566, du 17 juin 2004, amende cet article en autorisant que le mandat soit désormais confié aussi bien à une personne publique qu'à une personne privée⁴. L'ordonnance crée une incompatibilité entre la fonction de mandataire et «toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le mandat» afin d'éviter les situations de conflit d'intérêts⁵. L'incompatibilité est étendue aux entreprises liées au mandataire. Un projet de loi visant à ratifier ladite ordonnance a été présenté à l'Assemblée nationale le 15 septembre 2004 dernier. Toutefois, d'après une jurisprudence constante, le manquement doit s'apprécier à la date de l'expiration du délai de deux mois à compter de l'avis motivé, datant du 27 juin 2002. C'est pourquoi nous ferons référence dans la suite de ces conclusions à la loi française telle qu'elle était en vigueur à ce moment-là.

4 — *JORF* n° 141 du 19 juin 2004.

5 — Une telle incompatibilité était seulement prévue à l'égard des mandataires cités à l'article 4, deuxième tiret, de la loi dans sa version antérieure.

4. Avant d'expliquer les positions respectives de la République française et de la Commission sur ces deux points, exposons brièvement les dispositions nationales et communautaires pertinentes.

5. La directive 92/50 coordonne la passation de marchés publics de services. Elle vise à «supprimer les entraves à la libre circulation des services et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre»⁶. Pour atteindre cet objectif, la directive s'efforce de «garantir que des entreprises d'autres États membres seront en mesure de soumissionner des marchés ou des ensembles de marchés susceptibles de présenter un intérêt pour des raisons objectives tenant à leur valeur»⁷. La directive 92/50 soumet à un régime différent deux catégories de services, classés à ses annexes I A et I B. Conformément à l'article 9 de la directive, les règles applicables aux services inscrits à l'annexe I B portent uniquement sur une exigence de définition des spécifications techniques et la transmission d'un avis concernant le résultat de la procédure d'attribution. En revanche, les services inscrits à l'annexe I A de la directive sont soumis, conformément à son article 8, à des obligations plus complètes: ils doivent par exemple faire l'objet d'une publicité préalable selon des modalités précises et dans des délais fixés.

6. Le principe de libre prestation de services inscrit à l'article 49 CE s'applique à toutes les prestations de services, pour autant que ces dernières ne relèvent pas des exceptions prévues aux articles 45 CE et 46 CE. La directive 92/50 ne s'appliquant qu'aux prestations de services fondées sur un marché public⁸, les services effectués sur d'autres bases sont uniquement soumis au principe de libre prestation de services. Les marchés ne franchissant pas les seuils financiers définis à l'article 13 de la directive 92/50 sont également soumis à l'article 49 CE.

7. La loi faisant l'objet du présent recours organise et régit la maîtrise d'ouvrage publique. Elle a vocation à s'appliquer à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux établissements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont l'État, des organismes publics ou certains organismes privés désignés⁹. Dans ce cadre, le maître de l'ouvrage peut conclure un contrat de mandat conformément aux dispositions de ladite loi.

8 — Huitième considérant de la directive 92/50.

9 — Article 1^{er} de la loi n° 85-704: «Les maîtres d'ouvrage sont 1) l'État et ses établissements publics; 2) les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L.321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes; 3) les organismes privés mentionnés à l'article L.64 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations; 4) les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés».

6 — Arrêt du 10 novembre 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821, point 41).

7 — Arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France (C-16/98, Rec. p. I-8315, point 44). L'arrêt concernait la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84).

8. Les caractéristiques d'un tel contrat sont précisées à l'article 5 de la loi n° 85-704: «Les rapports entre le maître de l'ouvrage et [le mandataire] sont définis par une convention qui prévoit, à peine de nullité: l'ouvrage qui fait l'objet de la convention, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles la condition peut être résiliée [...]».

- préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux;

- versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux;

9. Ladite loi procède, à son article 3, à une énumération des attributions qui peuvent être confiées à un mandataire par le maître d'ouvrage:

- réception de l'ouvrage,

- et l'accomplissement de tous les actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.»

«— définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté;

- préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre;

10. Conformément à l'article 2 de ladite loi, certaines missions ne sont pas susceptibles d'être déléguées par le maître d'ouvrage. Il s'agit de la conception générale de l'ouvrage et de la conduite de sa réalisation.

- approbation des avant-projets et accords sur le projet;

11. Ainsi qu'il ressort des dispositions précitées de la loi faisant l'objet du recours, les attributions qui peuvent être confiées par le maître de l'ouvrage au mandataire sont très larges. Ce qui fait toutefois la spécificité du contrat de mandat est l'identité du mandataire, que le maître de l'ouvrage ne peut

- choisir que parmi les catégories limitativement désignées à l'article 4 de la loi en cause:
- les sociétés d'économie mixtes locales régies par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locale,
- «— les personnes morales mentionnées aux 1° et 2° de l'article 1^{er} de la présente loi [c'est-à-dire l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de villes nouvelles, leurs groupements et les syndicats mixtes], à l'exception des établissements publics sanitaires et sociaux qui ne pourront être mandataires que pour d'autres établissements publics sanitaires et sociaux;
- les personnes morales dont la moitié au moins du capital est, directement ou par personne interposée, détenue par les personnes morales mentionnées aux 1° et 2° de l'article 1^{er} et qui ont pour vocation d'apporter leur concours au maître d'ouvrage à condition qu'elles n'aient pas une activité de maître d'œuvre ou d'entrepreneur pour le compte de tiers;
 - les organismes privés d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, mais seulement au profit d'autres organismes d'habitations à loyer modéré ainsi que pour les ouvrages liés à une opération de logements aidés;
- les établissements publics créés en application de l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme ainsi que les associations foncières urbaines autorisées ou constituées d'office en application des articles L. 322-1 du code de l'urbanisme;
 - les sociétés créées en application de l'article 9 de la loi n° 51-592 du 24 mai 1951 relative aux comptes spéciaux du trésor de l'année 1951, modifié par l'article 28 de la loi n° 62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole;
 - toute personne publique ou privée à laquelle est confiée la réalisation d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme pour ce qui concerne les ouvrages inclus dans ces opérations;
 - les sociétés concluant le contrat prévu à l'article L. 122-1 du code de la construction et de l'habitation pour la réalisation d'opérations de restructura-

tion urbaine des grands ensembles et quartiers d'habitat dégradé mentionnés au I de l'article 1466 A du code général des impôts.»

apportées par les autorités françaises n'ayant pas convaincu la Commission, cette dernière a émis un avis motivé le 27 juin 2002. Bien que la République française ait annoncé la suppression prochaine des dispositions litigieuses, la Commission a choisi de saisir la Cour.

12. Les contrats de mandats conclus en application de la loi n° 85-704 ne sont pas soumis au code des marchés publics français¹⁰. Aucune mise en concurrence préalable n'est imposée au maître de l'ouvrage pour le choix de son mandataire. En revanche, le mandataire lui-même est soumis, pour les contrats qu'il passe au nom du maître de l'ouvrage, au code des marchés publics français¹¹. La question qui se pose est celle de savoir si les contrats de mandat conclus en application de la loi n° 85-704 doivent être soumis aux principes de mise en concurrence et de publicité préalable qui découlent de la directive 92/50 et des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services.

14. Précisons que les griefs de la Commission s'articulent autour de deux aspects. D'une part, le contrat de mandat tel qu'il est décrit par la loi française serait inclus dans le champ d'application de la directive 92/50 et son régime ne serait pas compatible avec les articles 8 et 9 de cette dernière. D'autre part, dans les cas où la directive 92/50 ne serait pas applicable, l'article 4 de la loi en cause, en ce qu'il réserve les contrats de mandats à certaines personnes morales, ne serait pas conforme aux dispositions du traité relatives à la libre prestation de services.

13. Après avoir adressé à la République française une lettre de demande d'information le 31 mai 2000, la Commission, insatisfaite des réponses qui lui étaient parvenues, lui a envoyé une lettre de mise en demeure le 25 juillet 2001. Les réponses

15. Dans la mesure où elle est applicable, le respect de la directive 92/50 sera étudié. Dans un second temps, il conviendra de déterminer si la loi n° 85-704 est conforme à l'article 49 CE pour les cas où la directive n'est pas applicable.

10 — Cela résultait de l'article 3, paragraphe 7, du code des marchés publics, adopté par le décret n° 2001-210, du 7 mars 2001, portant code des marchés publics (JORF du 8 mars 2001, p. 3700). Voir à ce sujet Richer, L., *Le contrat de mandat au risque du droit administratif*, CJEG 1999, p. 127. Il faut noter que cette disposition a été annulée par un arrêt du Conseil d'État (France) du 8 mars 2003. Le code des marchés publics adopté par le décret n° 2004-15, du 7 janvier 2004 (JORF du 8 janvier 2004, p. 703), prend en compte cette annulation: les contrats de mandat lui sont désormais soumis.

11 — Article 4, dernier alinéa, de la loi n° 85-704.

II — Incompatibilité de la loi n° 85-704 avec la directive 92/50

16. Afin d'établir si, comme le soutient la Commission dans son recours, l'article 4 de

la loi n° 85-704 est incompatible avec les dispositions de la directive 92/50, nous devons dans un premier temps examiner si les situations visées par cette loi entrent dans le champ d'application de la directive.

A — Inclusion du contrat de mandat tel que défini par la loi n° 85-704 dans le champ d'application de la directive 92/50

17. Les parties s'opposent en substance sur la question de savoir si les contrats de mandats tels que définis par la loi n° 85-704 tombent dans le champ d'application matériel de la directive 92/50. Or, le champ d'application de ladite directive est défini à son article 1^{er}. Ainsi, en vue d'établir l'existence d'un éventuel manquement, il y a lieu tout d'abord d'examiner si le contrat de mandat tel que défini par la loi n° 85-704 remplit les critères de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50.

18. Selon la définition qui est donnée par cette disposition, «les marchés publics de services sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur». Ces critères semblent remplis en l'espèce.

19. Premièrement, sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la

directive «l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public». Les organismes de droit public sont définis au même article de manière fonctionnelle comme «tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial» et contrôlé par l'État, que ce soit du fait de la détention majoritaire du capital ou par la possibilité de désigner les organes de gestion de l'organisme concerné. Conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 85-704, les personnes pouvant exercer les fonctions de maître d'ouvrage sont l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes. Peuvent également conclure des contrats de mandat en application de la loi n° 85-704 les organismes privés mentionnés à l'article L. 64 du code de la sécurité sociale et leurs unions et fédérations ainsi que les organismes privés d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés. Il n'est pas douteux que ces organismes sont tous des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive 92/50.

20. Deuxièmement, il découle de l'article 5 de la loi n° 85-704 que tout contrat de mandat doit être passé par écrit. La seconde condition formulée à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50 est donc remplie.

21. Troisièmement, à peine de nullité du contrat de mandat, il est prévu à l'article 5 de ladite loi une rémunération du mandataire. Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est donc un contrat à titre onéreux.

22. Quatrièmement, les attributions conférées au mandataire, telles qu'elles sont décrites à l'article 4 de ladite loi, semblent correspondre à l'exécution de prestations de services.

23. En application de ces critères, il ressort en première analyse que le contrat de mandat au sens de la loi française est un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50.

24. Cependant, la République française avance deux arguments à l'encontre de cette qualification. Elle fait tout d'abord valoir que, au vu de ses multiples spécificités, le contrat de mandat tel que défini par la loi n° 85-704 ne peut être analysé comme un marché public de services. En outre, elle est d'avis que le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*¹², applicable par analogie, aboutirait également à l'exclusion du contrat de mandat au sens de la loi n° 85-704 du champ d'application de la directive 92/50.

1. Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage procède-t-il à un transfert d'autorité publique?

25. Du point de vue de l'État défendeur, le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage se distinguerait d'un contrat de prestations de services à plusieurs titres. L'essence du contrat de mandat serait le pouvoir qu'il confère au mandataire de représenter le maître d'ouvrage. Un lien indissoluble lierait cette fonction de représentation aux autres attributions dévolues au mandataire. Ainsi, le mandataire se trouverait investi d'une mission d'intérêt général et détiendrait même un pouvoir de codécision avec le maître d'ouvrage. Les rapports entretenus par le maître d'ouvrage avec le mandataire seraient tout autres que ceux découlant d'un contrat de nature commerciale. Ces spécificités considérées ensemble empêcheraient d'assimiler un contrat de mandat à un contrat de prestations de services.

26. La Commission conteste chacun des éléments invoqués. Selon elle, le fait qu'une prestation de services soit effectuée en exécution d'un contrat de mandat ne suffirait pas à l'exclusion du champ d'application de la directive 92/50. Ainsi, les contrats de mandat conclus entre un avocat et son client tombent par exemple sous le coup de ladite directive, en application du point 21 de son annexe I B. Une telle analyse serait en outre conforme à celle développée par le Conseil d'État dans son arrêt du 5 mars 2003¹³, aux

12 — Arrêt du 12 juillet 2001 (C-399/98, Rec. p. I-5409).

13 — Affaire n° 233372, Union nationale des services publics industriels et commerciaux, et autres.

termes duquel il a considéré qu'une exclusion générale et systématique des contrats de mandat du code des marchés publics français n'était pas compatible avec la directive 92/50. Enfin, l'existence de considérations d'intérêt général ne serait pas non plus exclusive de la qualification de marché de prestation de services au sens de la directive, de tels éléments étant très souvent présents dans les contrats soumis à la directive¹⁴. Ainsi, aucune des spécificités invoquées par la République française ne paraîtrait de nature à l'exclusion du champ d'application de la directive 92/50.

l'autorité publique, du maître de l'ouvrage au mandataire. Elle tente ainsi d'établir un parallèle entre la jurisprudence rendue en matière de concession et la ligne que pourrait adopter la Cour concernant le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage. Il ressort en effet de l'analyse de la jurisprudence que c'est précisément l'existence d'un tel transfert d'autorité publique au concessionnaire qui justifie de l'exclure du champ d'application de la directive 92/50. Après avoir présenté la jurisprudence communautaire relative aux concessions, voyons si elle est éventuellement transposable au contrat de mandat en cause dans la présente espèce.

27. La première interrogation à résoudre concerne la nature du contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et son mandataire. Bien qu'il soit en principe indifférent de savoir quelle qualification le droit national donne au contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services aux fins de la qualification en droit communautaire, il convient toutefois d'observer que la directive ne s'applique qu'aux «marchés» de services, à l'exclusion notamment des concessions de services publics.

29. Alors que les concessions de travaux publics sont expressément soumises à la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux¹⁶, le sort des concessions de services n'est pas réglé par la directive 92/50. Il a été établi qu'elles sont exclues de son champ d'application¹⁷. La directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil, du 31 mars 2004,

28. Sans affirmer que le rapport contractuel en cause serait assimilable à une concession¹⁵, la République française soutient qu'il y aurait néanmoins transfert de l'exercice de

16 — Article 3 de la directive 93/37 (JO L 199, p. 54); directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001, portant modification de l'annexe IV de la directive 93/36/CEE du Conseil, des annexes IV, V et VI de la directive 93/37/CEE du Conseil, des annexes III et IV de la directive 92/50/CEE du Conseil, telles que modifiées par la directive 97/52/CE, ainsi que des annexes XII à XV et des annexes XVII et XVIII de la directive 93/38/CEE du Conseil, telle que modifiée par la directive 98/4/CE (directive sur l'utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marchés publics) (JO L 285, p. 1).

14 — Voir, à cet égard, arrêt du 5 décembre 1989, *Commission/Italie* (3/88, Rec. p. 4035).

15 — Notons que différents types de contrat de délégation de service public existant en droit français peuvent être assimilés en droit communautaire à des concessions. Le terme de concession est plus large en droit communautaire qu'en droit français.

17 — Arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745, point 48), et ordonnance du 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Rec. p. I-4685, points 27 et 28).

relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹⁸, qui remplace notamment la directive 92/50, maintient cette exclusion des concessions de services de son champ d'application.

30. Le critère de la concession, bien qu'il ne soit pas établi par des dispositions de valeur législative, peut être déterminé par comparaison avec la définition inscrite à la directive 93/37¹⁹. Dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire²⁰, la Commission tente aussi d'élaborer une définition de cette notion et retient la présence du risque d'exploitation comme critère déterminant. On peut noter que la directive 2004/18 supprime à cet égard toute incertitude, car elle définit les concessions de services à son article 1^{er}, paragraphe 4, comme «un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix».

31. La Cour a établi dans l'arrêt BFI Holding qu'un contrat qualifié en droit national de concession, qui portait sur la collecte des déchets, pouvait tomber dans le champ d'application de la directive 92/50²¹. En effet, sans s'attacher à la qualification nationale, la Cour s'est uniquement référée aux conditions prévues à l'article 1^{er} de la directive 92/50.

32. Dans ses conclusions dans l'affaire Telaustria et Telefonadress, l'avocat général Fennelly avait proposé de retenir en premier lieu «l'obligation pour le concessionnaire lui-même de supporter le risque économique principal»²². Le fait que le contrat de concession soit conclu pour le bénéfice des tiers usagers serait un critère subsidiaire et l'exigence du caractère d'intérêt public du service concédé devrait, selon lui, être écartée. Dans cette affaire, la Cour ne s'est pas prononcée sur la délimitation précise de la notion, tout en retenant qu'il y avait concession lorsque «la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation»²³.

18 — JO L 134, p. 114. Il est en effet prévu à l'article 17 de cette directive que «la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services».

19 — L'article 1^{er}, sous d), de la directive 93/37 définit les concessions de travaux publics comme «un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a) [c'est-à-dire les marchés publics de travaux] à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix».

20 — JO 2000 C 121, p. 2.

21 — Arrêt précité. L'avocat général La Pergola avait analysé différemment la situation: «En conclusion, à notre avis, en l'espèce ARA n'a pas la nature d'un tiers par rapport aux deux communes, c'est-à-dire qu'elle ne s'en distingue pas en substance. Nous sommes face à une forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative des communes, lesquelles en conférant à ARA les activités en question n'ont en aucune façon eu l'intention de privatiser les fonctions qu'elles assumaient auparavant dans ce secteur. En définitive, selon nous, le rapport qui lie des communes et ARA ne peut pas être considéré comme un marché au sens de la directive» (point 38 des conclusions).

22 — Conclusions présentées le 18 mai 2000 dans l'affaire Telaustria et Telefonadress, précitée, point 30.

23 — Arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, point 58.

33. Alors qu'elle avait à étudier la concession du Loto en Italie²⁴, la Cour a estimé que, en l'absence de transfert d'autorité au concessionnaire, celle-ci devait être considérée comme un contrat soumis à la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures²⁵.

34. Le critère relatif à la rémunération du concessionnaire ne peut être transposé à un raisonnement relatif au contrat de mandat. En effet, il ne peut exister de droit d'exploitation dans le cadre d'un mandat de maîtrise d'ouvrage. En revanche, vérifions si le contrat de mandat procède à un transfert d'autorité publique du maître de l'ouvrage au mandataire. Ce serait un indice qu'un tel contrat ne serait effectivement pas un marché au sens de la directive 92/50. Au contraire, en l'absence d'un tel transfert, l'argument présenté par la République française devrait être rejeté.

35. La difficulté du présent cas réside dans le caractère spécifique du contrat de mandat, aux termes duquel le mandataire représente le mandant. Toutefois, et c'est pourquoi l'argument de l'État défendeur fondé sur cette particularité ne peut prospérer, le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage tel

qu'il est défini par la loi n° 85-704 n'est pas seulement un contrat par lequel le mandataire s'engage à représenter le maître d'ouvrage. Ainsi qu'il ressort de la liste des attributions variées que peut se voir confier le mandataire, conformément à l'article 3 de ladite loi, ce dernier exerce en parallèle des fonctions d'assistance du maître d'ouvrage²⁶.

36. La République française soutient que les deux fonctions exercées par le mandataire seraient indissociables. Cependant, le fait que l'article 3 de la loi n° 85-704 se borne à fournir une liste indicative des fonctions pouvant être confiées au mandataire milite contre l'interprétation de l'État défendeur. D'après cette disposition de la loi en cause, le maître d'ouvrage peut fort bien avoir recours à un prestataire pour exécuter certaines prestations de services et ne confier au mandataire que des fonctions de représentation. Au contraire, il lui est loisible de confier l'intégralité des tâches listées à l'article 3 de ladite loi à une même personne. Sa marge de manœuvre n'est encadrée que par l'article 2 de la même loi qui lui interdit de se démettre de sa fonction de « responsable principal de l'ouvrage ». Le choix laissé au maître d'ouvrage des tâches qu'il souhaite ou non confier au mandataire démontre qu'il est tout à fait envisageable de dissocier les diverses missions qui peuvent lui incomber: d'une part, celles qui correspondent à des prestations de services, d'autre part, celles qui comportent une fonction de représentation du maître de l'ouvrage.

24 — Arrêt du 26 avril 1994, Commission/Italie (C-272/91, Rec. p. I-1409, point 24).

25 — JO 1977, L 13, p. 1, modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62 et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE (JO L 127, p. 1).

26 — Par exemple la définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté, ou la gestion des contrats de maîtrise d'œuvre ou de travaux.

37. Puisqu'il est possible de distinguer deux types d'attributions confiées au mandataire, rien ne s'oppose à ce que ces deux catégories de tâches soient éventuellement soumises à un régime différent. S'agissant des prestations de services exécutées en application d'un contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage, elles correspondent à la notion de marché public de services au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50. Par conséquent, au moins dans la mesure où il comporte des prestations de services, un contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage conclu en application de la loi n° 85-704 sera soumis aux règles de cette directive.

38. Analysons maintenant la seconde catégorie des tâches confiées au mandataire, afin de déterminer si elles peuvent échapper au champ d'application de la directive en ce qu'elles correspondraient à un transfert de l'autorité publique. Le mandataire représente le maître de l'ouvrage dans deux cas: lors de la signature du contrat de maîtrise d'œuvre et lors de la signature du contrat de travaux, d'une part, et lorsqu'il verse aux prestataires et aux entrepreneurs retenus leur rémunération, d'autre part.

39. Bien que le mandataire soit habilité à signer les contrats de maîtrise d'œuvre et de travaux au nom du maître de l'ouvrage, il ne peut le faire qu'après avoir recueilli son accord²⁷. Dans cette hypothèse, il ne saurait exister un réel transfert d'autorité publique, le mandataire n'étant pas en mesure de prendre ces décisions de manière autonome.

40. S'agissant du versement de leur rémunération aux prestataires et aux entrepreneurs, le financement en est assuré par le maître d'ouvrage, si bien que le mandataire ne possède pas non plus de marge de manœuvre en ce domaine. Il se contente d'avancer des fonds, qui lui sont remboursés par le maître de l'ouvrage.

41. Ainsi, bien que le mandataire puisse effectuer certains actes juridiques au nom du maître d'ouvrage, il ne possède pas pour autant une autonomie suffisante dans l'accomplissement de ses actes pour pouvoir être considéré comme bénéficiaire d'un transfert de l'autorité publique²⁸. De ce fait, l'argument avancé par la République française concernant la spécificité du mandat de maîtrise d'ouvrage doit être rejeté et ce contrat soumis, dans son ensemble, à la directive 92/50.

2. L'incidence éventuelle de la jurisprudence *Ordine degli Architetti* e.a.

42. D'après la République française, le raisonnement de l'arrêt *Ordine degli Architetti*

27 — Relevons que le mandataire, au contraire, ne peut s'opposer à une décision adoptée par le maître de l'ouvrage.

28 — Sur l'absence d'autonomie d'un commissaire agréé vis-à-vis de l'Office de contrôle des assurances, arrêt du 13 juillet 1993, *Thijssen* (C-42/92, Rec. p. I-4047, points 20 à 22). Voir, également, arrêts du 5 décembre 1989 et du 26 avril 1994, *Commission/Italie*, précités.

e.a., précité, serait applicable par analogie et il aboutirait à exclure tous les contrats de mandat du champ d'application des directives relatives aux marchés publics. En l'espèce, la Cour avait été interrogée par une juridiction italienne sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale prévoyant que le demandeur d'un permis de construire peut se voir, partiellement ou totalement, exonéré du versement d'une contribution due au titre de l'octroi dudit permis, en contrepartie de la réalisation directe d'un ouvrage d'équipement (tel que les voies résidentielles, les aires de stationnement ou les réseaux de distribution du gaz).

43. Après avoir analysé la réalisation de tels travaux comme tombant dans le périmètre de la directive 93/37, la Cour conclut à l'incompatibilité d'une disposition nationale telle que celle en cause avec ladite directive, du moment que la valeur de l'ouvrage en cause excède le seuil fixé par cette directive²⁹. En d'autres termes, la Cour estime que le contrat passé entre la commune et le propriétaire d'un terrain demandeur d'un permis de construire tombe dans le champ d'application de ladite directive. Avant de parvenir à cette conclusion, la Cour émet une réserve au point 100 de l'arrêt: «Cela ne signifie pas que, pour que la directive soit respectée en cas de réalisation d'un ouvrage d'équipement, il faut nécessairement que l'administration communale applique elle-même les procédures de passation prévues par cette directive. L'effet utile de celle-ci serait tout aussi observé si la législation

nationale permettait à l'administration communale d'obliger le lotisseur titulaire du permis, par les accords qu'elle conclut avec lui, de réaliser les ouvrages convenus en recourant aux procédures prévues par la directive, et cela pour remplir les obligations qui incombent à cet égard à l'administration communale en vertu de ladite directive. En effet, dans ce cas, le lotisseur doit être regardé, en vertu des accords passés avec la commune qui l'exonèrent de la contribution aux charges d'équipement en contrepartie de la réalisation d'un ouvrage d'équipement public, comme détenteur d'un mandat exprès accordé par la commune pour la construction de cet ouvrage. Une telle possibilité d'application des règles de publicité de la directive par des personnes autres que le pouvoir adjudicateur est d'ailleurs expressément prévue par l'article 3, paragraphe 4, de celle-ci en cas de concession de travaux publics».

44. La Commission et la République française font des interprétations divergentes de ce passage.

45. La République française entend déduire de ce point une théorie générale du mandat³⁰. D'après la lecture qu'elle propose de ce point, il suffirait, pour que les prescriptions contenues dans la directive 93/37 ou dans la directive 92/50 soient respectées, que le mandataire soit lui-même tenu par lesdites

29 — Arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, point 103.

30 — Lors de l'audience, la République française a ajouté que la directive 2004/18 reprendrait à son article 11 cette théorie du mandat en l'appliquant aux centrales d'achat.

directives. La loi n° 85-704 serait par conséquent conforme au droit communautaire, puisqu'elle soumet les contrats conclus par le mandataire aux mêmes obligations que s'ils étaient conclus par le maître de l'ouvrage³¹.

46. La Commission tente d'identifier les différences entre l'affaire au principal et celle qui a donné lieu à l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.* Elle note tout d'abord que des directives distinctes sont en cause. Ensuite, elle souligne que, dans une hypothèse comme celle de l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, la commune n'a pas le choix de son mandataire, qui est nécessairement le contribuable titulaire du permis de construire. Enfin, le contrat conclu entre une commune et le propriétaire d'un terrain demandeur d'un permis de construire se limite à prévoir la déduction d'une charge due en contrepartie de la construction d'équipements, à l'exclusion d'une quelconque autre prestation de services effectuée au profit de la commune.

47. À la lumière de ces éléments, il me semble que l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.* ne peut être interprété comme la République française le suggère. En effet, ainsi que la Commission l'explique, dès lors que les contrats de marchés de travaux passés par le propriétaire sont soumis aux prescriptions de la directive 93/37, l'effet utile de cette

directive est préservé³². En d'autres termes, il est indifférent, pour le respect des objectifs de la directive 93/37, que le maître de l'ouvrage soumis à une obligation de mise en concurrence soit la commune ou le propriétaire demandeur du permis de construire.

48. Or, si l'on admettait, par analogie, que le contrat de prestation de services passé entre le maître d'ouvrage et le mandataire pouvait être exclu du périmètre de la directive 92/50, on irait à l'encontre de l'effet utile de cette directive. En effet, à la différence de l'hypothèse étudiée par la Cour dans l'affaire *Ordine degli Architetti e.a.*, il faut distinguer, d'une part, les missions de représentation comme la signature des contrats conclus au nom du maître de l'ouvrage, et d'autre part, les prestations accomplies à titre onéreux par le mandataire pour le maître de l'ouvrage. L'application éventuelle de l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.* ne pourrait concerner que les premières. Si un transfert d'autorité publique avait lieu du maître de l'ouvrage au mandataire, alors on pourrait considérer que l'application de la directive 92/50 au seul mandataire suffirait à garantir l'effet utile de ce texte. En revanche, pour les prestations de services exécutées pour le bénéfice du maître de l'ouvrage, le simple fait qu'elles soient réalisées dans le cadre d'un contrat de mandat ne peut empêcher leur soumission à ladite directive.

32 — On parviendrait bien sûr à une conclusion différente si le propriétaire du terrain demandeur d'un permis de construire n'était pas soumis aux obligations de la directive pour les contrats qu'il passe avec des entrepreneurs, car, alors, l'application de la directive serait totalement exclue alors même que les bâtiments à construire sont des «travaux publics» au sens de la directive.

31 — Article 4, dernier alinéa, de la loi n° 85-704.

49. S'agissant des activités de représentation du mandataire, en l'absence de transfert d'autorité publique, on ne peut qu'assimiler ces activités à des prestations de services. En outre, dans la mesure où rien ne s'oppose à ce que le maître de l'ouvrage confie à un prestataire, dans le cadre d'un contrat de marché et non aux termes d'un mandat, des prestations d'assistance identiques à celles qui pourraient être effectuées par un mandataire, aucun doute ne peut exister quant à l'applicabilité de la directive 92/50 au contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage. Or il est constant que la qualification d'un contrat en droit national ne peut avoir pour effet de contourner l'applicabilité du droit communautaire. Il en ressort que la directive 92/50 est applicable aux prestations de services rendues par le mandataire au maître de l'ouvrage, sans que la qualification en droit national du rapport contractuel puisse avoir une quelconque incidence.

50. En tout état de cause, et comme nous le verrons plus précisément dans la troisième partie, quand bien même le contrat de mandat tel que défini par la loi française n'entrerait pas dans le champ d'application de la directive, il demeurerait soumis aux prescriptions relatives à la libre prestation de services.

B — Incompatibilité de l'article 4 de la loi n° 85-704 avec la directive 92/50

51. Dès lors que le contrat de mandat au sens de la loi n° 85-704 tombe dans le champ

d'application de la directive 92/50, voyons si le texte français est compatible avec ladite directive. L'article 4 de la loi n° 85-704, qui fait l'objet de ce recours, réserve le rôle de mandataire à des catégories de personnes publiques de droit français limitativement énumérées.

52. Cela apparaît clairement en contradiction avec l'objectif de la directive 92/50 d'accorder un égal accès de tous les prestataires de services à la commande publique³³. En effet, ainsi que la Cour l'a jugé à propos de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux³⁴, «si la directive ne fait pas expressément mention du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, il n'en demeure pas moins que le devoir de respecter ce principe correspond à l'essence même de cette directive»³⁵. La même affirmation est valable pour la directive 92/50. L'article 4 de la loi n° 85-704 est ainsi clairement en contradiction avec le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires du fait qu'il réserve exclusivement à certaines catégories de personnes morales de droit public le bénéfice des contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage.

33 — Voir, en particulier, le vingtième considérant de la directive.

34 — JO L 185, p. 5.

35 — Arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33). Voir aussi le point 18 des conclusions de l'avocat général Tesouro dans cette affaire: «À cet égard, il est à peine nécessaire de souligner, en effet, que dans le cadre d'une adjudication de marché, justement parce qu'il s'agit d'une procédure de mise en concurrence, il faudra nécessairement garantir l'égalité de tous les participants à cette procédure: autrement il ne s'agirait pas d'une adjudication de marché mais plutôt d'une négociation [...] privée. En somme, l'égalité de traitement est à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés dans la mesure où elle en constitue l'essence même».

53. En outre, la loi n° 85-704 ne prescrit aucune mise en concurrence préalable pour l'attribution d'un contrat de mandat, si bien que le maître de l'ouvrage est entièrement libre dans son choix, à l'intérieur des catégories de personnes publiques désignées à l'article 4 de ladite loi, même si le montant des prestations de services concernées excède le seuil prévu à l'article 13 de la directive 92/50.

54. Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, les obligations de mise en concurrence et de publicité préalable diffèrent selon que les services rendus au pouvoir adjudicateur figurent à la liste de l'annexe I A ou I B de la directive 92/50. La question de savoir si un service appartient à la catégorie I A ou I B a donc une incidence sur le régime qui lui est applicable. Les marchés portant sur des services listés à l'annexe I B sont soumis à des obligations plus réduites que ceux qui portent sur des services visés par l'annexe I A. En cas de contrat mixte, l'article 10 de la directive 92/50 prévoit: «Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe I A et des services figurant à l'annexe I B sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI lorsque la valeur des services figurant à l'annexe I A dépasse celle des services figurant à l'annexe I B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément aux articles 14 et 16».

55. En l'occurrence, et sans même qu'il soit besoin de déterminer quelle procédure devrait s'appliquer au contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage, il suffit d'observer que la

loi critiquée ne prévoit aucune procédure de mise en concurrence du mandataire. Ainsi, que les prestations de services qui lui sont confiées relèvent de l'annexe I A ou de l'annexe I B, il convient de constater que la loi n° 85-704 n'est pas compatible avec les articles 8 et 9 de la directive 92/50.

56. Même si la classification des prestations accomplies par le mandataire a peu d'incidence au regard de l'incompatibilité de la loi nationale avec la directive 92/50, une clarification s'impose, les parties défendant des points de vue opposés³⁶. L'État défendeur soutient, à titre subsidiaire, que les prestations accomplies par le mandataire correspondent essentiellement à des services juridiques, tels que mentionnés au point 21 de l'annexe I B de la directive 92/50, et accessoirement à des missions administratives, telles que la préparation des procédures de mise en concurrence et de passation des marchés ainsi que les aspects comptables, relevant de la catégorie 27 (autres services) de la même annexe. La Commission est d'avis que le mandataire fournit majoritairement des services d'architecture et d'ingénierie, classés au point 12 de l'annexe I A. Les fonctions purement représentatives du mandataire pourraient relever, selon la Commission, du point 27 de l'annexe I B de la directive 92/50, intitulé «Autres services».

36 — En outre, cette question n'est pas dépourvue d'implication concernant la conformité de la loi n° 85-704, telle qu'elle a été amendée par l'ordonnance n° 2004-566, avec la directive 92/50.

57. À la lecture de l'article 3 de la loi n° 85-704, cité au point 9 des présentes conclusions, qui décrit les missions pouvant être attribuées au mandataire, il paraît difficile d'affirmer, comme le fait la Commission, que les missions confiées au mandataire consistent uniquement en des services de conception de plans d'architecture ou de services d'ingénierie figurant à la catégorie 12 de l'annexe I A, même si la «définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté»³⁷ ainsi que «la réception de l'ouvrage»³⁸ semblent relever de cette catégorie. Il ne peut, à cet égard, être fait l'économie d'un examen au cas par cas. Conformément à l'article 10 de la directive 92/50, le maître de l'ouvrage sera en mesure d'établir quel est le régime applicable au contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage en cause, car il ne semble pas possible, du fait de la diversité de l'objet de tels contrats, de les soumettre à un régime uniforme³⁹.

58. Au regard de ces considérations, il convient de constater l'incompatibilité de l'article 4 de la loi en cause avec les articles 8 et 9 de la directive 92/50⁴⁰. Pour les cas où la directive ne s'applique pas, il reste à déterminer si l'article 4 de la loi n° 85-704 est conforme au principe de libre prestation de services.

III — Incompatibilité de l'article 4 de la loi n° 85-704 avec l'article 49 CE

59. La question pourrait se poser de l'intérêt d'une application cumulative des articles du traité relatifs à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement avec les directives régissant les marchés publics, et en l'espèce la directive 92/50. Toutefois, pour tous les marchés publics échappant au champ d'application des directives, les dispositions du traité relatives à la libre circulation ont naturellement vocation à s'appliquer⁴¹. De même, les contrats hors du champ d'application de la directive 92/50, tels que les contrats de concession, restent soumis aux règles générales du traité⁴². Ainsi, pour l'hypothèse où le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage n'atteindrait pas les seuils financiers de la directive 92/50⁴³ ou s'il pouvait bénéficier d'une exception à ladite directive, il convient de déterminer si l'article 4 de la loi en cause est conforme à l'article 49 CE.

60. Selon la République française, l'article 49 CE ne serait pas applicable à la présente espèce, car le mandataire n'effec-

37 — Article 3, premier tiret, de la loi n° 85-704.

38 — Article 3, sixième tiret, de la loi n° 85-704.

39 — Arrêt du 14 novembre 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec. p. I-10567).

40 — Notons à cet égard que, en application de l'article 2, paragraphe 2, du code des marchés publics français, tel qu'il a été adopté par le décret n° 2004-15, «les marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article» sont soumis aux dispositions dudit code.

41 — Arrêt du 9 juillet 1987, CEI e.a. (27/86 à 29/86, Rec. p. 3347, point 15), et ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505, points 19 à 21).

42 — Arrêts du 9 septembre 1999, RLSAN. (C-108/98, Rec. p. I-5219, point 20), et Telaustria et Telefonadress, précité, point 60. Voir également Cassia, P., *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTDEur. 2002, p. 413.

43 — Article 7 de la directive 92/50.

tuerait pas de prestation de services. À la différence d'un prestataire de services, le mandataire participerait à une mission d'intérêt général, exercerait une fonction de représentation d'une personne publique et bénéficierait d'un transfert d'attributions s'accompagnant d'un pouvoir de décision.

61. Ainsi qu'il a été développé plus haut, rien ne semble devoir s'opposer à la qualification de prestations de services des tâches effectuées par le mandataire.

62. Par ailleurs, l'État défendeur réitère son argumentation fondée sur l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, et considère que sa législation est en conformité avec l'article 49 CE dès lors que le mandataire est soumis aux règles des marchés publics pour les contrats qu'il passe au nom du maître de l'ouvrage.

63. La lecture de cet arrêt qu'effectue la République française n'emporte pas la conviction. En effet, ainsi qu'il a été expliqué plus haut, le mandataire ne se contente pas de conclure des contrats pour le compte du maître de l'ouvrage, mais effectue aussi pour ce dernier de nombreuses prestations de services rémunérées. Les critiques de la Commission visent exclusivement cette relation contractuelle dans laquelle le mandataire est en réalité un prestataire de services. Or, l'arrêt *Ordine degli Architetti e.a.* n'envisage que le mandat au sens strict, c'est-à-dire l'hypothèse où le mandataire se

contente d'agir pour le compte de la personne qu'il représente. En outre, cet arrêt n'exclut à aucun moment la qualification de prestation de services pour un contrat de mandat. Dès lors que le mandataire agit aussi comme un prestataire de services, il est, comme tel, soumis à l'article 49 CE.

64. Le fait de réserver à certaines personnes morales de droit public le droit de conclure des contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage, en application de l'article 4 de la loi n° 85-704 constitue une entrave à la libre circulation des prestations de services. Bien que la disposition litigieuse ne fasse pas expressément référence à la nationalité des prestataires autorisés, il est en fait quasiment impossible à une entreprise d'un autre État membre d'obtenir le statut juridique d'une personne morale de droit public français⁴⁴.

65. Bien plus, même s'il était possible à une entreprise étrangère d'appartenir à une des catégories de personnes morales citées à l'article 4 de la loi en cause, exiger d'une entreprise étrangère qu'elle change de statut juridique pour pouvoir effectuer les prestations de services en cause serait contraire au principe de libre prestation de services. Ainsi que le soulignait l'avocat général Lenz au

44 — Arrêts du 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, précité, et du 26 avril 1994, *Commission/Italie*, précité. En matière de libre circulation des marchandises, la Cour suit le même raisonnement: arrêt du 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, Rec. p. I-889). Voir également à ce sujet l'étude de Noguellou, R., «La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent», dans *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGDJ, 1998.

point 22 de ses conclusions dans l'affaire *Commission/Italie*⁴⁵, «[l]a liberté d'entreprise, que l'article 59 vise précisément à préserver, implique que l'on puisse s'abstenir de cette démarche».

66. En définitive, l'article 4 de la loi n° 85-704 constitue une entrave à la libre prestation de services en ce qu'il aboutit à réserver à des prestataires de services de nationalité française les contrats portant sur les services énumérés à l'article 3 de ladite loi.

67. La non-conformité de la loi n° 85-704 avec l'article 49 CE étant établie, il convient de s'interroger sur l'éventuelle application de l'article 45, premier alinéa, CE, qui prévoit que «[s]ont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique». La Commission envisage l'application de cette exception, puis l'écarte. Après avoir rappelé que cette exception doit être interprétée strictement «aux activités qui par elles-mêmes comportent une participation directe à l'exercice de l'autorité publique»⁴⁶, la Commission constate que les missions confiées au mandataire ont un caractère essentiellement technique, qui ne correspond pas à cette définition.

68. S'agissant des activités pour lesquelles le mandataire représente le maître de l'ouvrage, telles que la signature des contrats de maîtrise d'œuvre et de travaux et la rémunération des entrepreneurs et prestataires, la Commission conclut également à l'inapplicabilité de l'article 45 CE. La signature des contrats est subordonnée à l'accord du maître de l'ouvrage, si bien qu'il ne saurait, selon la Commission, être considéré que le mandataire bénéficie réellement d'une délégation de l'autorité publique. Le versement de rémunérations aux entrepreneurs et aux prestataires ne correspondrait pas plus à l'exercice par le mandataire de l'autorité publique, le financement étant assuré par le maître de l'ouvrage.

69. Ainsi qu'il a été démontré plus haut, le mandataire ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique, que ce soit pour les missions d'assistance ou de représentation qui lui sont confiées. Par conséquent, l'exception prévue à l'article 45 CE ne lui est pas applicable⁴⁷.

70. L'exception prévue à l'article 46 CE ne peut pas plus trouver à s'appliquer, aucune justification relative à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la santé publique n'ayant été avancée par l'État défendeur.

45 — Arrêt du 3 juin 1992 (C-360/89, Rec. p. I-3401).

46 — Arrêt du 5 décembre 1989, *Commission/Italie*, précité.

47 — Voir, à cet égard, la jurisprudence citée à la note 27.

IV — Conclusion

71. En considération de ce qui précède, je propose à la Cour de constater que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en application de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et particulièrement ses articles 8 et 9, et de l'article 49 CE en réservant à l'article 4 de la loi n° 85-704, du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, telle que modifiée par la loi n° 91-662, du 13 juillet 1991, et par la loi n° 96-987, du 14 juillet 1996, la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste limitative de personnes morales de droit français.