Association IDPA

L'Association de l'IDPA représente les étudiants de l'Institut de Droit Public des Affaires, formation gérée en partenariat par l'École de formation professionnelle des barreaux de la Cour d'appel de Paris et l'Université Paris-Sud Jean Monnet

association.idpa@gmail.com
Association de l'IDPA
Association IDPA
@Asso_IDPA

Revue mensuelle publiée par l'association de l'Institut de droit public des affaires
23, rue Keller, 75011 PARIS
Tél : 06.85.09.25.98

Directeur de la rédaction :
M. Christophe FARINEAU
Co-rédactrice en chef :
Mme. Mélanie DINANE
Co-rédacteur en chef :
M. Nicolas QUÉNARD
Maquette et mise en forme :
M. Nicolas KERAVEL
Contributeurs du mois :
Mme. Mélanie DINANE
M. Maxence GUILLEMIN
M. Alexandre RENNESSON
Remerciements :
Me Gabriel BENESTY
M. Salim BENSMAIL

L'association de l'IDPA est une association du barreau de Paris

AVOCATS BARREAU • PARIS

La Gazette de l'IDPA

Revue mensuelle

Numéro 22 - Octobre 2016

Sommaire

Éditorial

- L'appel aux parrainages du Président - Christophe FARINEAU | *Page 2*

L'actualité de l'association

- Cérémonie de remise des diplômes de l'IDPA et remerciements | *Page 3*

Que sont-ils devenus ?

- Entretien avec Maître Gabriel BENESTY - Avocat associé chez BENESTY AVOCATS et candidat au Conseil de l'Ordre des avocats de Paris - Promotion 1989 | *Page 4*

Regards sur l'actualité juridique

- A propos du périmètre de la délégation de service public : le tour du Conseil d'Etat (*CE, 21 septembre 2016, n°399656, Communauté urbaine du Grand Dijon*) - Mélanie DINANE | *Page 8*
- La théorie du « risque excessif » et la liberté de gestion des entreprises (*CE, 13 juillet 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque*) - Maxence GUILLEMIN | *Page 12*

L'invité de la gazette

- Rencontre avec M. Salim BENSMAIL, Directeur de la mission d'appui au financement des infrastructures (FIN INFRA) | *Page 17*

Formulaire d'adhésion | *Page 21*

Formulaire de dons | *Page 22*

Éditorial

◆ L'appel aux parrainages du Président ◆

Chers anciens,

Le 15 décembre 2016 au soir se tiendra, à la Cour administrative d'appel de Paris, la cérémonie de remise des diplômes des étudiants de l'IDPA. Monsieur le Président Patrick Frydman nous fera l'honneur de la présider.

Afin de permettre la réalisation de cet événement, l'Association doit réunir des fonds.

Les dons des anciens étudiants et de leur structure demeurant la source principale de nos capacités financières, nous nous permettons de solliciter votre parrainage.

Dans cette perspective, je vous prie de bien vouloir trouver en page 21 un formulaire destiné aux dons. La donation peut également s'effectuer en ligne via le lien suivant : https://www.cotizasso.com/participation/ceremonie-de-remise-des-diplomes-du-15-decembre-a-la-caa-de-paris/1391.

La capacité d'accueil de la Cour étant limitée à une centaine d'invités, les places seront réservées en priorité aux partenaires financiers (donateurs et cabinets partenaires). Je tiens d'ores et déjà à remercier Maître Régis Froger (SCP Foussard, Froger), Maître Alexandre Labetoule (CLL Avocats), Maître Jérôme Rousseau (SCP Jérôme Rousseau & Guillaume Tapie) et Maître Didier Seban (Seban & Associés) pour leur précieux soutien.

Pour tous renseignements complémentaires, vous pouvez me contacter à cette adresse ou directement par téléphone au 06.85.09.25.98.

En vous remerciant de votre attachement envers l'Association de l'Institut, je vous prie d'agréer, Chers anciens, l'expression de ma considération la plus dévouée.

Christophe FARINEAU

christophe.farineau@gmail.com

Cérémonie de remise des diplômes de l'IDPA 2016

A vos agendas !

Remerciements

Nos remerciements aux participants du cocktail inter-promotions automnal 2016 !

Que sont-ils devenus ?

Entretien avec Me Gabriel BENESTY

Gabriel BENESTY

Promotion : 1989

Activités : Avocat associé chez BENESTY AVOCATS

Candidat au Conseil de l'Ordre des avocats de Paris

Maître Gabriel BENESTY, pouvez-vous nous présenter brièvement votre parcours ?

Après avoir fait partie de la première promotion de l'IDPA (promotion 1989), j'ai démarré ma carrière en entreprise : c'était ma volonté initiale lorsque j'étais étudiant. Puis, je suis devenu conseil juridique avant d'embrasser la profession d'avocat en 1994 après la fusion des professions juridiques. Je me suis alors directement installé à mon compte.

Ce qui aujourd'hui paraît être atypique …

Certainement. Néanmoins, en 1994, le contexte économique était difficile avec la crise monétaire de 1993. On me disait déjà que c'était complètement déraisonnable de m'installer. Je l'ai fait dans le cadre d'une SELARL et, très rapidement, j'ai recruté cinq collaborateurs publicistes. L'activité a connu un développement certain à partir des années 1996-1998, en particulier sur le marché des télécommunications qui était alors en pleine expansion. En parallèle, nous avons développé une activité importante en matière d'urbanisme. Le cabinet s'est développé dans le cadre d'une AARPI avec deux associés issus de l'IDPA, Philippe TAITHE et Cécile PANASSAC. Nos collaborateurs venaient également, pour l'essentiel, de l'IDPA.

L'an dernier, j'ai décidé de revenir à une activité individuelle pour mes dernières années d'exercice et ceci pour deux raisons essentielles. D'une part, j'étais trop accaparé par la gestion du cabinet et, partant, je n'avais pas assez de temps pour me consacrer à la réflexion juridique, chose essentielle à mes yeux. D'autre part, la soumission à la réglementation sur les marchés publics était trop pesante et chronophage.

Quels souvenirs gardez-vous de l'IDPA ?

L'année où l'IDPA a été créé par Maître Jean-Pierre BOIVIN, aucun élève ne souhaitait, lors de l'inscription, devenir avocat. Nous voulions tous intégrer l'entreprise ou la fonction publique car c'était pour nous les seules voies pour un publiciste. C'est tout l'honneur de Jean-Pierre Boivin et du Bâtonnier LAFARGE d'avoir perçu qu'une activité d'avocat en droit public des affaires émergeait et qu'il y avait un intérêt pour les étudiants à suivre une telle formation. Il faut bien comprendre qu'à l'époque, affubler le mot « affaires » au droit public était pour certains une hérésie. Au terme de notre formation, six d'entre nous sont finalement entrés au Barreau…

Une autre innovation de l'IDPA résidait dans les stages de six mois. Grâce à ce dispositif, nous sommes devenus les premiers étudiants - universitaires - à intégrer le Conseil d'État. En effet, pour cette institution, le fait d'accueillir des stagiaires qui pouvaient ne pas préparer l'ÉNA ou un IRA était une première.

Vous faites partie des candidats au conseil de l'Ordre des avocats de Paris. Quel doit être, selon vous, le rôle de cette institution aujourd'hui ?

L'intérêt du Conseil de l'Ordre réside dans son pluralisme : l'Ordre n'est pas un seul homme, pas une seule femme, pas le seul Bâtonnier. Le Conseil a, à cet égard, un véritable rôle de représentativité, il doit être le parlement des avocats de Paris. Tout le monde peut au-

jourd'hui constater, grâce à la retransmission des réunions du Conseil, que c'est un vrai lieu de débat, avec de véritables oppositions, de recherche d'un consensus pour aboutir, *in fine*, à la formation d'une décision.

Pour que cela soit satisfaisant, il faut un Ordre véritablement représentatif du Barreau. Tous les domaines d'activité, tous les modes de fonctionnement doivent être présents. Par exemple, sur les 28 000 avocats parisiens, 45% exercent à titre individuel, ce qui est considérable. Il faut absolument que ces avocats soient suffisamment représentés. Cette représentation permet l'unité de la profession au sein du barreau, l'Ordre définissant un socle commun à tous.

Par ailleurs, je profite de cette question pour souligner le fait qu'il est indispensable de récréer un lien entre l'Ordre et la profession. Aujourd'hui, il y a 50 % d'abstention aux élections ordinales, ce qui est dramatique au regard des enjeux.

En ce qui me concerne, j'ai été président de la Commission ouverte de droit public, membre du Conseil consultatif de la CARPA et responsable pédagogique d'enseignement à l'EFB avant de rejoindre l'Ecole de droit de Sciences-Po. J'ai pu voir comment fonctionnait l'Ordre. J'ai aussi travaillé au Conseil national des Barreaux en tant qu'expert du groupe de travail « Droit public » et de la commission « Droit & entreprise ». Dans le cadre de ces fonctions, j'ai collaboré avec des confrères avec lesquels j'avais quelquefois des désaccords. Néanmoins, je constate, dès lors que les personnes sont de bonne volonté, qu'il est possible de construire des consensus dans l'intérêt de la profession. C'est ainsi que doit fonctionner l'Ordre.

Vous avez évoqué le sujet des commissions ouvertes. Pouvez-vous nous en dire quelques mots ?

Les commissions ouvertes sont constituées, à côté du Conseil de l'Ordre, et réunissent toutes les personnes qui le souhaitent, y compris des non-avocats ou des élèves-avocats. Elles ont un rôle de réflexion et de recherche (production de rapports) y compris sur la formation des avocats. Des objectifs généraux sont donnés par le Bâtonnier mais les commissions ont une liberté d'action très étendue. Ces groupes de réflexion doivent conserver une indépendance par rapport à l'Ordre afin de livrer une parole sincère sur un sujet donné, à un moment donné…

Est-il rare qu'un publiciste soit élu au Conseil de l'Ordre ?

Il n'est pas rare qu'un avocat ayant une formation en droit public soit élu au Conseil de l'Ordre, notamment du fait de la proximité entre les matières pénale et administrative. C'est le cas par exemple du Bâtonnier Pierre-Olivier SUR. Toutefois, il est beaucoup plus rare d'y retrouver un avocat exerçant véritablement le droit public. De mémoire, les derniers sont Maître Xavier DELCROS (*NDLR : membre du Conseil de l'Ordre de 2008 à 2010*) et Maître Jean-Jacques ISRAEL (*NDLR : membre du Conseil de l'Ordre de 1998 à 2000*).

Malgré cela, il ne faut pas oublier qu'il y a des membres du Conseil qui n'ont jamais fait de droit public et qui, pour autant, défendent nos intérêts. Il peut par exemple s'agir de membres exerçant au sein de cabinets où le droit public occupe une place importante ou encore de fiscalistes ou d'environnementalistes qui ont des préoccupations communes avec les publicistes, notamment en matière de procédure.

Partant, on ne peut pas dire que le Conseil de l'Ordre se désintéresse des problématiques des avocats publicistes.

Quel peut-être le rôle, la spécificité d'un membre publiciste ? Quels enjeux souhaitez-vous porter ?

Une problématique essentielle est celle de l'anticipation. Je crois qu'il faut arrêter de réagir à la dernière minute à des choses qui ont déjà été débattues et réglées au Conseil d'État. Nous devons être davantage capables de participer à l'élaboration de ce que sera le droit administratif et la procédure administrative de demain.

Quelques illustrations. L'avenir du rapporteur public pose sans aucun doute question : 30 % des dossiers entrants sont aujourd'hui réglés par des ordonnances et celles-ci vont désormais pouvoir être prises par les rapporteurs ; ce taux va donc mécaniquement augmenter. Le rapporteur public n'intervient pas dans ce cadre. Il n'intervient pas non plus dans un très grand nombre d'affaires où il existe une dispense possible et qui représente parfois 45 % du contentieux (permis de conduire, droit au logement opposable, droits sociaux, finances locales, permis de construire). Au regard des contraintes budgétaires et de la volonté de réduire les délais de procédure, on peut se demander si le rapporteur public ne va pas, à terme, tout simplement disparaître. Partant, il faut que nous anticipions cette évolution et l'incidence qu'elle pourrait avoir sur le contentieux de manière plus générale.

Autre exemple, nous assistons aujourd'hui à une subjectivisation du contentieux administratif, notamment depuis les jurisprudences *Danthony* ou *Société Tropic Travaux Signalisation*. En d'autres termes, on cherche de moins en moins à savoir si les actes de l'administration sont légaux, mais plutôt s'ils lèsent ou non le requérant. Dès lors, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences d'une telle évolution.

Enfin, l'arrivée des modes alternatifs de règlement des litiges semble inéluctable dans le contentieux administratif et elle ne peut se faire sans la présence des avocats. Là, il ne s'agit plus d'anticipation, mais d'une urgence.

Si les avocats n'entament pas la réflexion sur ces sujets, d'autres le feront avant eux et nous nous retrouverons, comment actuellement, les derniers consultés, souvent simplement pour le principe.

Vous avez tout à l'heure évoqué votre lassitude face à la mise en concurrence des avocats, qui vous a d'ailleurs conduit à retourner vers un exercice individuel. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Il faut continuer le combat sur les marchés publics. C'est d'autant plus essentiel que la mise en concurrence des avocats reflète quelque chose de beaucoup plus général et grave selon moi : l'absence de considération des pouvoirs publics pour la profession d'avocat. La protection des deniers publics est un enjeu important mais il ne faut pas qu'elle se fasse au détriment de la protection juridique des personnes publiques. Le rapport du 28 juin 2016 sur la protection des magistrats soulignait la mauvaise qualité de la défense dont bénéficiaient les juges dans le cadre de leur protection statutaire. Mais comment espérer bénéficier d'une bonne défense dès lors que sa mise en œuvre passe par une procédure au terme de laquelle, le plus souvent, le candidat le moins cher est retenu ?

Comment réduire l'importance du critère financier ?

En premier lieu, la nouvelle réglementation, avec les articles 28 et 29 du décret du 25 mars 2016, permet de recourir à une procédure bien plus allégée que la procédure adaptée en matière de représentation en justice et de conseils associés. Il faut que les personnes publiques l'appliquent, qu'elles fassent de vraies négociations en assumant leur choix financier.

En second lieu, il est important de souligner que le Conseil d'État n'a jamais écrit que le prix devait être déterminant. Au contraire, les juridictions administratives se plaignent régulièrement de la mauvaise qualité de certaines écritures, dont on peut parfois supposer qu'elles ont fait l'objet d'un prix au rabais.

C'est donc aux acheteurs publics d'évoluer, il faut changer les mentalités !

Que fait l'Ordre pour contrer ce cercle vicieux ?

Depuis 10 ans au moins, tous les bâtonniers se sont penchés sur la question parce qu'au delà des publicistes, elle remet en cause l'*intuitu personae, le lien de confiance,* qui doit être au cœur de la relation entre l'avocat et son client.

Le Bâtonnier Christiane FERAL-SCHUHL a par exemple créé l'Observatoire des marchés publics pour repérer, dans les marchés publics de services juridiques, les atteintes au périmètre du droit, les offres anormalement basses et la présence de sous-traitances irrégulières. Le Bâtonnier Pierre-Olivier SUR a poursuivi cette action. Le Bâtonnier Frédéric SICARD a, quant à lui, décidé de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette problématique de la mise en concurrence. Cela démontre bien l'importance de cette question : c'est la conception même de la profession d'avocat qui est en cause.

Vous avez cité le rapport de juin dernier sur la protection des magistrats. Ce rapport soulignait un antagonisme croissant entre les magistrats et les avocats dans le domaine judiciaire. Retrouve-t-on une telle évolution en matière administrative ?

Je ne le crois pas. En effet, mon expérience me fait dire qu'il y a très peu de difficultés relationnelles entre magistrats administratifs et avocats publicistes et, au contraire, un certain respect mutuel. Paradoxalement, l'émergence de l'oralité a d'ailleurs favorisé ces bonnes relations alors que dans le domaine judiciaire, le débat oral est de plus en plus vu comme une source de désagréments.

Je crois que la grande différence entre les ordres judiciaire et administratif est la plus faible part de stress que connaissent les magistrats et les avocats dans ce dernier. La seule juridiction administrative qui fait face à un tel stress et où des relations conflictuelles entre avocats et magistrats existent – ou ont existé - est la Cour nationale du droit d'asile avec ses plus de 35 000 affaires par an. Les enjeux humains y sont importants, engendrent une « défense de stress » qui acerbe les problèmes de chacun :

atteindre ses objectifs de résultat pour le juge et être confronté aux spécificités humaines et juridiques de ce contentieux pour l'avocat. L'arrivée à la présidence de la Cour de Madame DE SEGONZAC a pour l'instant permis de réinstaurer le dialogue - même si tous les problèmes ne sont pas réglés.

Pour le reste, la procédure administrative permet aujourd'hui un travail serein. Nous pouvons cependant nous inquiéter des dernières réformes mises en œuvre dans une optique de meilleure gestion des flux. Ainsi, l'ordonnance de clôture est présentée comme empêchant l'administration de tarder à répondre ; mais elle est aussi restrictive pour l'administré. Quant à l'ordonnance de tri, elle va désormais échapper aux présidents de juridiction et être prise par un magistrat, ce qui va certainement en augmenter le nombre. Il y a aussi la question de la cristallisation des moyens. Celle-ci est déjà possible en matière d'urbanisme, le juge pouvant, s'il est saisi par une partie d'une demande en ce sens, fixer une date au delà de laquelle des moyens nouveaux ne peuvent plus être invoqués. Cela s'explique, en urbanisme, par la complexité de la matière et l'impossibilité pour le juge de recourir à l'économie des moyens. Néanmoins, l'extension de cette faculté à tout le contentieux et à l'initiative de la juridiction constitue un corset qui va être source de stress et d'affrontement entre magistrats et avocats.

Plus globalement, quels sont, d'après vous, les grands enjeux de la profession de demain ?

Je veux dire à nouveau, en premier lieu, que les problématiques de droit public précédemment évoquées ne sont que la partie émergée de l'iceberg et révèlent toute une réalité plus générale : le manque de reconnaissance de la profession.

Les avocats sont des auxiliaires de justice et non des auxiliaires judiciaires. Nous participons à la construction des décisions, à l'œuvre de justice mais nous ne sommes pas les aides passifs – pour ne pas dire serviles – des juridictions ; nous ne sommes pas des officiers ministériels mais des libéraux. En somme, notre position est par nature subjective et indépendante ! Aujourd'hui, je crois que la qualité d'auxiliaire de justice est dévoyée en France et la profession s'en trouve dévalorisée. Il est d'ailleurs frappant de constater que parfois la parole de notre Bâtonnier a plus de poids à Bamako, Washington ou Dehli qu'à Paris.

En second lieu, de nouveaux débats animent et intéressent aujourd'hui la profession. Pour n'en citer que quelques uns, il s'agit des débats sur l'avocat en entreprise, sur l'entrée des capitaux privés dans les cabinets ou sur l'ouverture à l'innovation. Des questions traditionnelles demeurent également très prégnantes. En premier, le secret professionnel. Mais c'est aussi par exemple le cas du statut de collaborateur libéral. D'aucuns considèrent que ce statut se rapproche du salariat du fait de l'existence d'un certain lien de subordination, de congés rémunérés, d'assurances ou de régimes de maternité et de paternité. Cela ne doit pas aboutir à faire disparaître le statut de collaborateur libéral. D'ailleurs, on constate, dans les sondages de l'Union des jeunes avocats notamment, une vraie volonté de le conserver. Toutefois, force est de constater qu'il existe un questionnement et que la situation doit évoluer.

Certains ont également l'impression que beaucoup de collaborateurs libéraux ne bénéficient pas du principal avantage attaché à ce statut, à savoir la possibilité véritable de développer une clientèle personnelle. Selon vous, que faut-il en déduire ?

Il faut montrer que la collaboration libérale est un véritable choix et permettre aux avocats de devenir collaborateur salarié quand ils le souhaitent. Ce choix ne peut être fait uniquement lors de la signature de sa première collaboration. À ce moment-là, on ne sait pas si on aura l'envie et la capacité de devenir un entrepreneur. Il faut donc permettre aux avocats, au bout de quelques années de collaboration, de réexprimer leur choix sur la collaboration libérale ou salariée et éviter des requalifications néfastes pour tous. Là aussi, nous devons anticiper pour présenter aux pouvoirs publics nos solutions en faisant preuve de créativité. Et je pense que les avocats publicistes savent faire preuve de créativité.

Propos recueillis par Christophe FARINEAU et Alexandre RENNESSON

À propos du périmètre de la délégation de service public : le tour du Conseil d'État

Commentaire de l'arrêt : CE, 21 septembre 2016, n° 399656, Communauté urbaine du Grand Dijon

Les services publics impliquant des savoir-faire et des procédés technologiques complexes étant aujourd'hui majoritairement délégués **[1]**, la présente décision, par laquelle le Conseil d'État vient de consacrer un principe de libre détermination du périmètre d'une délégation de service public, ne manquera pas d'intéresser les nombreuses autorités délégantes.

En l'espèce, à l'occasion du renouvellement d'une délégation de service public portant sur les transports urbains, la Communauté urbaine du Grand Dijon a décidé de mettre en place une délégation de service public incluant un ensemble d'activités distinctes portant sur « *l'exploitation des services de la mobilité* ».

Ainsi, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 13 juillet 2015, la Communauté urbaine du Grand Dijon a lancé, sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, une procédure d'appel à candidatures pour la passation d'une délégation portant sur la gestion et l'exploitation du service public de transport urbain (tramway et bus), l'aménagement et l'exploitation d'un système de location de vélos, l'exploitation et la commercialisation de 9 parcs de stationnement, la gestion du service de stationnement payant sur voirie et l'exploitation du service de fourrière automobile.

Seules les sociétés EFFIA et KÉOLIS ont pu candidater ; cette dernière a été retenue.

Les sociétés Q-PARK France, SAGS et INDIGO INFRA, toutes trois exploitants de parkings, ont saisi le tribunal administratif de Dijon afin de demander, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, l'annulation de cette procédure de passation **[2]**.

Elles soutenaient qu'il n'y avait ni lien ni complémentarité entre les activités permettant de justifier une seule et même délégation de service public et que ce périmètre élargi les avait dissuadé de présenter une offre.

Par une ordonnance en date du 25 avril 2016 **[3]**, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Dijon a fait droit à leurs conclusions.

La Communauté urbaine du Grand Dijon et l'attributaire se sont pourvues en cassation contre cette ordonnance.

Parallèlement, la Communauté urbaine du Grand Dijon a lancé un nouvel appel d'offres incluant les mêmes services. Ce dernier a fait l'objet d'un nouveau recours des sociétés Q-PARK France, SAGS et INDIGO INFRA.

Cet appel d'offres a également été annulé par le juge des référés du tribunal administratif de Dijon par une ordonnance du 8 juillet 2016 **[4]** aux motifs « *qu'il n'existe aucune synergie immédiate, physique et fonctionnelle entre l'activité de stationnement de fourrière et de transports publics urbains, qui visent à satisfaire des usagers distincts* » ; qu'ainsi, il n'y avait aucun lien de connexité direct entre les activités et qu'elles ne nécessitaient pas d'installations communes.

La Communauté urbaine ainsi que les sociétés KEOLIS et EIFFIA se sont pourvues en cassation.

Par la décision en date du 21 septembre 2016 précitée, la Haute juridiction, effectuant un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, a estimé, dans un considérant de principe qu'« *aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts* ».

Elle a également précisé « *qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux* », avant de conclure en l'espèce qu'aucun manquement aux obligations de mise en concurrence ne pouvait être relevé.

Si le Conseil d'État consacre par cette décision le principe de libre détermination du périmètre des délégations

de service public (I), il pose des limites à l'exercice de cette liberté (II).

I. La consécration du principe de libre détermination du périmètre d'une délégation de service public

En l'espèce, le Conseil d'État ne se contente pas d'affirmer que le principe d'allotissement applicable au marché public n'a pas d'équivalent en délégation de service public, il reconnait la possibilité même de recourir à une délégation multi-services puisqu'il indique qu'une même convention peut réunir plusieurs services, mais aussi qu'elle peut mettre à la charge du cocontractant des prestations accessoires (en l'espèce, des services et paiements étrangers aux services publics) « *dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation* ».

Cet arrêt s'inscrit dans un courant jurisprudentiel ayant conduit à reconnaitre la possibilité pour une commune de passer une délégation de service public pour deux missions différentes lorsque la seconde constituait le prolongement de la première **[6]**.

Si cette dernière espèce semble assez récente, un raisonnement inverse aurait pu être adopté.

En premier lieu, parce qu'il ressort de la définition même de la délégation de service public, telle que posée à l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales qu'il s'agit d'un « *contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ».

L'emploi du singulier laisse ainsi entendre qu'un seul service doit être envisagé lors de la mise en place d'une délégation de service public.

Ensuite, parce que bien que l'obligation d'allotir n'existe pas dans les textes applicables à la délégation de service public, le juge administratif aurait pu l'imposer, ou du moins, reconnaître les effets anticoncurrentiels d'une délégation multi-activités, ce qui fut le cas en matière de marché public, même en l'absence de fondement textuel **[7]**.

Une partie de la doctrine allait dans ce sens **[8]**, notamment dans le domaine des services de transports **[9]**, où les contrats de transports peuvent relever soit des marchés de service public soumis au code des marchés publics, soit des délégations de service public soumises aux dispositions de l'article L.1411-1 du code des collectivités territoriales précité.

Ce n'est cependant pas la solution retenue en l'espèce, où le Conseil d'État rappelle dans un premier temps qu'il n'existe, « *aucune disposition législative* **[10]** *ni aucun principe général* » imposant une obligation d'allotir pour les autorités délégantes.

II. Une liberté nécessairement assortie de réserves

Le Conseil d'État pose deux limites cumulatives à la liberté de délimitation du périmètre de la délégation de service public.

En premier lieu, le périmètre de la délégation ne doit pas être manifestement excessif et, en second lieu, un lien suffisant entre les services délégués doit exister.

En l'espèce, la Haute juridiction considère que les services de transport urbain, de stationnement et de mise en fourrière concourent à l'organisation de la mobilité des habitants sur le territoire de la communauté et présentent ainsi un lien suffisant entre eux.

Cette solution peut se comprendre au regard du contexte législatif récent puisque la loi dite « MAPTAM » du 27 janvier 2014 **[11]** a instauré les autorités organisatrices de la *mobilité* qui remplacent les autorités organisatrices des *transports*.

De nouvelles missions sont ainsi confiées à ces autorités organisatrices : à titre d'exemple, l'article L. 1231-1, dernier alinéa du code des transports autorise les collectivités territoriales à créer des services publics locaux de logistique urbaine afin de réduire la congestion urbaine ainsi que les pollutions et nuisances affectant l'environnement, seulement s'il y a inadaptation de l'offre privée **[12]**.

Cette évolution sémantique traduit donc une évolution des missions de ces autorités et en l'espèce, la décision du Conseil d'État vise expressément les termes du I de l'article L. 5215-20 du code général des collectivités territoriales **[13]** qui énumère ces missions, avant d'en conclure que « *dans ce cadre, la communauté urbaine du Grand Dijon a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les services de transport urbain, de stationnement et de mise en fourrière, qui concourent à l'organisation de la mobilité des habitants sur le territoire de la communauté urbaine, présentaient entre eux un lien suffisant et décider de les confier à un délégataire unique afin d'assurer une coordination efficace entre les*

différents modes de transport et de stationnement, dont une partie significative des usagers est identique ».

À ce titre, il est à noter que la Communauté urbaine du Grand Dijon n'est pas la première à déléguer un service public « *mobilité* » au périmètre élargi. Par un appel d'offre en date du 6 avril 2015, la Communauté urbaine de Bordeaux a lancé un appel d'offres relatif à la délégation de service public des transports urbains qui indique que : « *dans le cadre d'une approche innovante de la chaîne de la mobilité, le délégataire exploitera le réseau de lignes de tramway, le Tram-train du Médoc, le réseau de lignes d'autobus, le service de transport à la demande des personnes à mobilité réduite, les parcs-relais, les pôles d'échange, le service de stations et de locations de vélos en libre-service (Vcub), le service de navettes fluviales* ».

Dans ce contexte d'intermodalité **[14]**, on peut comprendre qu'une autorité délégante souhaite déléguer à un seul et même prestataire les outils visant à faciliter la coordination des différentes offres de transport et leur complémentarité (parcs relais, système d'information multimodal des voyageurs…).

Ainsi, un seul contrat de délégation de service public peut être conclu pour plusieurs services distincts.

Si cette décision peut se justifier en l'espèce par l'application des principes de mobilité et d'intermodalité, il n'en demeure pas moins qu'un risque juridique pèsera sur les délégations qui réunissent plusieurs services, notamment au regard des contentieux à venir sur la définition du « *périmètre manifestement excessif* » et du « *lien suffisant* ».

Au risque juridique s'ajoute un risque financier : une délégation de service public trop large pourrait conduire à une absence ou une insuffisance de candidatures et d'offres qui impacterait négativement les innovations proposées et le coût des services.

Il n'est pas certain que les autorités délégantes soient gagnantes au change…

Mélanie DINANE

[1] Selon une étude réalisée en 2015, sont ainsi majoritairement en gestion déléguée les réseaux de chaleur (92 %), les transports urbains (77 %), les palais des congrès et zéniths (65 %) et la distribution de l'eau (57 %). *Atlas de la gestion des services publics locaux 2015 dans les villes de France de 40 000 habitants et plus* : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/Atlas_complet_FINAL_BAT_9_nov_2015.pdf .

[2] CE, Sect., 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES), n° 305420 ; voir également CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, n°386748: « *toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque* ».

[3] TA Dijon, du 25-04-2016, n°s 1600935, 1600948, 1600986.

[4] TA Dijon, ord. 8 juillet 2016, Sté Q-Park France et autres, n°s 1601744, 16011754, 16011755.

[5] L'allotissement est une technique permettant de diviser en plusieurs lots - confiés, le cas échéant, à plusieurs entreprises - la réalisation d'une prestation globale.
A titre d'exemple, dans le secteur du transport, un marché peut être alloti notamment en fonction du mode de transport (service de métro, de tramway ou de bus) ou au regard d'un critère géographique.

[6] Une DSP portant sur un service de fourrière et de refuge animaliers : CE, 13 juillet 2012, n° 358512, *Commune d'Aix-en-Provence ;* Une DSP portant sur l'élimination des déchets et sur l'exploitation d'un réseau de chaleur : CAA de MARSEILLE, 6ème chambre - formation à 3, 23/05/2016, 14MA03579, Inédit au recueil Lebon.

[7] TA Nice, 9 novembre 1998, Préfet des Alpes-Maritimes, pour un marché public de transport d'élèves.

[8] V. de SIGOYER, « *Une pluralité de services publics dans une délégation de service public unique : est-ce possible ?* », Droit Administratif n° 1, Janvier 2015, prat. 1.

[9] L. AYACHE, « *Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ?* », AJDA 2009, p.1240 :
« *A titre d'exemple, qu'est-ce qui permet de justifier que l'allotissement de la passation d'un service de transport urbain exploité en vertu d'une délégation de service public soit une simple faculté, alors que cet allotissement est une obligation pour ce même service exploité en vertu d'un marché public ? (pour un exemple de marchés public de transport urbain de voyageurs divisés en lots, v. CE 10 mai 2006, Société Schiocchet, AJDA 2006. 1012 n° 288435)* ».

[10] Cette obligation ne figure pas non plus dans la définition des contrats de concession telle que posée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, transposant en droit français la Directive 2014/23 UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

[11] Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

[12] La jurisprudence affine la définition d'inadaptation de l'offre privée:
L'initiative privée n'est pas susceptible de répondre de façon satisfaisante aux besoins spécifiques d'offre globale exprimés par les utilisateurs du service ;
L'intervention de la collectivité territoriale doit être justifiée par un intérêt public local suffisant ;
L'intervention doit être réalisée de sorte qu'elle ne fausse pas le libre jeu de la concurrence (CAA Nancy, 3ème chambre, 14 juin 2007, n°06NC01474).

[13] « *La communauté urbaine exerce de plein droit, au lieu et place des communes membres, les compétences suivantes : / (...) 2° (...) b) Organisation des transports urbains (...) ; création ou aménagement et entretien de voirie ; signalisation ; parcs de stationnement (…)* ».

[14] « *L'intermodalité désigne l'utilisation de plusieurs modes de*

transport au cours d'un même déplacement.
Elle consiste à articuler et mettre en cohérence plusieurs systèmes modaux, individuels / collectifs, publics / privés, mécanisés / non meécanisés. Elle s'appuie sur des interfaces speécifiques entre les différents réseaux / modes. En pratique, elle concerne toujours au moins un mode de transport collectif ». source : *Le maire et les transports*, rédigé par AGIR, en collaboration avec l' AMF http://www.amf.asso.fr/upload/fichiers/documents/AMF_9785_Guide_transport_BD.pdf

La théorie du « risque excessif » et la liberté de gestion des entreprises

Commentaire de l'arrêt : CE, 13 juillet 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque

La juxtaposition de deux règles juridiques en délicate conciliation est, depuis toujours, une constante de la vie jurisprudentielle. Celle-ci suscite des zones grises, qui forment toute la difficulté et spécificité du travail du juge administratif. Il est plus rare, en revanche, de voir l'une des deux règles qualifiée d'« arme atomique » **[1]** par un rapporteur public au Conseil d'État, pour en illustrer l'usage parcimonieux qui l'accompagne. L'arrêt de section du Conseil d'État du 13 juillet 2016 pose la question de l'application d'une notion qui a su générer toutes les inquiétudes, tant de la doctrine que des acteurs de la vie économique. À travers cette décision, les juges se penchent sur la théorie d'acte anormal de gestion d'entreprise, qui nourrit fréquemment la jurisprudence fiscale. Plus précisément, une affaire de placements financiers hasardeux est l'occasion de réfléchir au bien-fondé de la notion de « risque manifestement excessif ».

Le requérant de l'espèce est la société Monte Paschi Banque, une banque qui a pour activité principale de couvrir les petites et moyennes entreprises par l'octroi de crédits de prêt. De décembre 2000 à décembre 2004, elle a consenti à la société KMX Technologie, en redressement judiciaire, d'importants concours financiers. Ceux-ci consistaient alors en ouvertures de crédit garanties par la mobilisation des créances commerciales de cette entreprise. À la suite d'une vérification de comptabilité dont la société Monte Paschi a fait l'objet, les services fiscaux ont réintégré dans ses résultats imposables, au titre de l'exercice clos en 2004, une fraction de la provision qu'elle avait constituée pour risque de non-recouvrement de créances détenues sur la société KMX Technologie, à hauteur d'une somme de 7 560 500 euros. L'administration considérait alors que l'augmentation importante des crédits alloués à la société KMX Technologie traduisait une gestion commerciale anormale. Par suite, l'administration a procédé à des rectifications, en remettant en cause le montant du report déficitaire auquel la banque avait procédé, au titre des exercices clos en 2005 et 2006. La société Monte Paschi Banque a alors saisi le tribunal administratif de Montreuil d'une demande en décharge des impositions mises à sa charge. Celui-ci, par deux jugements en date du 6 octobre et du 6 décembre 2011, a rejeté ses demandes **[2]**. Par un arrêt du 19 décembre 2013, la Cour administrative d'appel de Versailles a confirmé la réintégration des provisions pour risque de non-recouvrement des encours accordés à la société KMX Technologie **[3]**. La Cour s'est alors fondée sur la notion de « *prise de risque inconsidérée* », là où le tribunal mentionnait un « *risque manifestement exagéré* ». En cela, les deux juridictions se sont inscrites dans une solution d'origine prétorienne qui est venue étendre le champ de la théorie d'acte anormal de gestion des entreprises. Cette solution - qualifiée généralement par la doctrine de « risque manifestement excessif » - peut être ainsi exposée : un acte s'inscrivant dans les activités d'une entreprise est anormal lorsque la prise de risque qui l'accompagne dépasse manifestement le cadre d'une simple décision prise par les dirigeants de cette entreprise pour les intérêts de celle-ci. C'est ce que traduit le considérant de la Cour en l'espèce : « *Considérant qu'il résulte des articles 38 et 39 du code général des impôts que le bénéfice net est établi sous déduction des charges, comprenant notamment des provisions, supportées dans l'intérêt de l'entreprise, et que ne peuvent être déduites du bénéfice net passible de l'impôt sur les sociétés les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges étrangères à une gestion commerciale normale ; que si une opération accomplie conformément à l'objet social de l'entreprise et dont le dénouement se traduirait par des pertes importantes ne saurait, par elle-même, caractériser un acte anormal de gestion, il en va différemment dans l'hypothèse où les dirigeants auraient sciemment accepté une prise de risque inconsidérée* ». La Cour, pour caractériser cette gestion commerciale anormale, a raisonné en trois temps. En premier lieu, elle a rappelé que la société Monte Paschi avait consenti de très importants encours financiers à la société KMX Technologie après que celle-ci avait été mise en cessation de paiement puis autorisée à poursuivre son activité. En second lieu, elle a constaté que la direction générale de la société requérante avait connaissance des graves difficultés financières de la société KMX Technologie. En troisième lieu, elle a jugé que la société requérante ne démontrait pas que l'importance et le caractère manifeste des risques qu'elle a pris auraient été justifiés par l'existence de contreparties favorables aux résultats de son exploitation.

La société Monte Paschi Banque s'est pourvue contre cette décision le 9 septembre 2014. Le Conseil d'État, par un arrêt de section du 13 juillet 2016, a ainsi entendu remettre en cause la théorie du « risque excessif », fruit de sa jurisprudence. Il convient donc avant toute chose de revenir sur cette construction des juges.

La notion prétorienne du « risque excessif »

C'est par une décision du 28 septembre 1983 que le Conseil d'État a verbalisé pour la première fois la notion, dans une décision portant sur une agence immobilière spécialisée dans les transactions sur fonds de commerce **[4]**. Par la suite, la décision *Loiseau*, du 17 octobre 1990, allait alimenter la doctrine **[5]** en offrant une application positive de la notion **[6]**. En l'espèce, il était déjà question de la déductibilité d'une charge. Le Conseil d'État avait qualifié d'acte anormal de gestion pour risque manifestement excessif le professionnel qui versait à ses clients au cours des années 1977 à 1980, pour les garantir des pertes résultant de la gestion de leur portefeuille, des sommes d'un montant plusieurs fois supérieur à ses recettes professionnelles sans y être tenu par contrat. Pour les juges du Palais-Royal, il avait « *excédé manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation* ». Cette décision était alors majoritairement perçue comme dotée d'un caractère résolument exceptionnel. Surtout, elle pouvait déjà être analysée comme une ingérence très contestable au principe de liberté de gestion des entreprises. Toute crainte en ce sens allait néanmoins être apaisée par la force du temps qui passe : cette jurisprudence allait rester lettre morte jusqu'en 2007. Pour Olivier FOUQUET, « *L'idée du risque excessif avait naturellement excité l'imagination de l'administration. Mais le Conseil d'État a résisté aux sirènes qui le pressaient de généraliser la jurisprudence Loiseau* » **[7]**. Pour autant, celle-ci a été remise subitement au goût du jour, dans un litige concernant des avances de trésorerie par une entreprise à deux sociétés en difficulté, suivies d'un abandon de créance. Au travers de la décision, la notion de risque s'est cantonnée à une incise des juges. Celle-ci, à peine perceptible, ne semble pas motiver fondamentalement le dispositif **[8]**. Elle allait néanmoins faire réapparaître la théorie du risque, décrit comme « *manifestement exagéré* » **[9]**. De même, la jurisprudence *Ferrand*, de 2011 **[10]**, a étendu la notion au cas de détournements commis par l'épouse d'un entrepreneur individuel - sur ses comptes bancaires et au moyen de chèques falsifiés - de sommes relevant de bénéfices non commerciaux. Pour les juges, il appartenait à cet entrepreneur d'exercer des contrôles, dont la simple existence aurait permis de déceler les irrégularités répétées et importantes commises **[11]**. En outre, la décision *Société Legeps* **[12]** a étendu le principe en matière de placements financiers. En effet, le Conseil d'État a estimé qu'un placement financier pouvait être qualifié d'acte anormal de gestion, s'il faisait courir un risque manifestement exagéré à l'entreprise. Cette décision a également été l'occasion pour le juge de rappeler explicitement le principe de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise. De manière pédagogique **[13]**, il a établi à ce titre une série de critères attachés à la notion de risque. Ainsi le juge prend en compte :

- les circonstances dans lesquelles le placement intervient ;
- l'objet qu'il poursuit ;
- les informations dont le chef d'entreprise dispose pour prendre éventuellement le risque.

De même, il a précisé que le risque devait être pris pour améliorer les résultats de l'entreprise, mais devait toujours s'apprécier « *dans une situation normale* ».

L'établissement de critères n'a pas suffi à éteindre une certaine perplexité de la doctrine, devant l'extension de cette jurisprudence et la multiplicité des cas applicables à la théorie du risque excessif. Comme l'indique métaphoriquement Olivier FOUQUET, « *les décisions juridictionnelles d'espèce échappent parfois à leur sort d'enfant adultérin pour être reconnues comme fondatrices de jurisprudence* » **[14]** : l'affaire *Loiseau* de 1990 avait engendré toute une généalogie. De celle-ci, nul ne pouvait, à ce stade, en dénier le caractère incertain.

Or, parmi ces incertitudes, le domaine des placements financiers était celui qui suscitait très certainement le plus d'inquiétudes. L'espèce *Société Legeps* était marquée du sceau de l'affaire Kerviel, ce qui a poussé le gouvernement à saisir la section des finances du Conseil d'État sur la question de la non-déductibilité de charges résultants d'une « carence manifeste » du contrôle interne lors de la passation d'actes conformes au statut de l'entreprise. La section des finances a alors rendu un avis qui rompait quelque peu avec le caractère extensif de la jurisprudence citée : « *sous réserve de circonstances exceptionnelles, une opération accomplie conformément à l'objet social de l'entreprise et dont le dénouement se traduirait par des pertes importantes, ne saurait, par elle-même, caractériser un acte anormal de gestion* » **[15]**. Pour la section, la liberté de gestion reconnue aux entreprises ne saurait être écartée, pour application de la théorie du risque excessif, que « *sous la réserve de l'hypothèse où les dirigeants auraient sciemment accepté une telle prise de risque par une absence totale d'encadrement et de contrôle de l'activité du salarié* ».

Cette position peinait malgré tout à faire disparaître les craintes et posait, plus que jamais, la question de la juxtaposition de cette théorie avec le principe de liberté de gestion des entreprises. La tâche n'était pas aisée, et a motivé en grande partie le dispositif *Monte Paschi Banque*. C'est que la doctrine, nous l'avons évoqué, voyait volontiers la théorie du risque excessif comme autant de reculs à un principe par ailleurs consacré régulièrement par les juges.

Le « risque excessif » : obstacle à la liberté de gestion des entreprises ?

Dans une chronique de Julie BURGUBURU **[16]**, commentant deux applications positives en 2007 par le Conseil d'État de la théorie, il est trivialement affirmé qu'« *on joue tout de même un peu à se faire peur* ». Pour les membres de la haute-juridiction, « *la notion de risque n'est pas inconnue en la matière ; elle peut même être utile - mais elle doit rester, comme cela a toujours été le cas, d'un usage marginal lié aux circonstances d'espèce.* » Cette circonscription, il est vrai, a bien souvent accompagné les décisions précitées. Ainsi Laurent OLLEON, dans ses conclusions sous la décision *Société Legeps*, indiquait que « *ce n'est qu'avec une infinie prudence qu'elle* [l'administration] *peut se pencher sur l'opportunité ou la sécurité d'un placement financier* » et, plus loin, que « *la notion de risque excessif doit quasiment demeurer, dans l'esprit de l'administration, d'un maniement excessivement risqué* ». Or, il va de soi que les évolutions jurisprudentielles de la notion, de plus en en plus extensives, n'ont pas manqué de nourrir des inquiétudes, jusqu'à faire naître des doutes sur son bien-fondé. D'abord, ces évolutions s'inscrivaient dans un domaine qui a vu le principe de la liberté de gestion des entreprises consacré depuis un demi-siècle (CE, 7 juillet 1958, n° 35 977, Dupont 1958, p. 575 ; CE, 20 décembre 1963, n° 52308, Dupont 1964, p. 175 ; CE Ass. Plén. 30 avril 1980, n° 16253, RJF 6/80 n° 467 avec les conclusions B. MARTIN-LAPRADE p. 246). Surtout, la théorie a pu parfois être mise à mal par certaines décisions récentes. Celles-ci, au vu de la jurisprudence précitée, pouvaient faire naître quelques confusions. Ainsi dans une décision du 23 janvier 2015, était-il rappelé qu' « *il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion ; que, dès lors, en regardant comme ne relevant pas d'une gestion commerciale normale le choix, par la société, de l'ampleur de la campagne de lancement et de promotion d'un produit, en se fondant, notamment, sur le dépassement du taux moyen de ces dépenses par rapport au chiffre d'affaires constaté pour le secteur économique considéré, la cour a méconnu ce principe* » **[17]**. Il est certain que le Conseil d'État, dans plusieurs décisions, a voulu expressément concilier les deux principes, en rappelant notamment celui de la liberté de gestion des entreprises lorsqu'il faisait une application positive de la théorie du risque manifestement excessif. Toutefois, on voit bien à travers la décision *Société Legeps* que cette conciliation n'a pu se faire qu'à travers une perception très subjective de la notion d'intérêt de l'entreprise. Celle-ci servait ainsi de « point de bascule » entre l'acte normal et anormal. Ce mécanisme, on le comprend bien, se faisait au prix d'une lecture par le juge de la notion de prise de risque pour l'intérêt de l'entreprise, qui ne peut qu'être par essence subjective. Le mécanisme, à travers l'affaire *Société Legeps*, était particulièrement explicite : le juge, après avoir rappelé le principe de non immixtion dans l'opportunité du choix arrêté par l'entreprise, considérait que le placement financier, en l'espèce, « *excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise* » **[18]**. On comprend bien la série de critiques qui ne pouvait, inexorablement, que condamner une telle subjectivité. C'est que le risque, chacun s'accordera, est totalement inhérent à l'activité de l'entreprise – il en est même l'essence. De là, la jurisprudence tendait vers un véritable contrôle d'opportunité des choix de l'entreprise, en remettant notablement en cause leur liberté de gestion. Cette immixtion n'aurait su être annihilée par l'établissement de critères fixés par le juge. Ceux-ci – perceptibles à travers la décision *Société Legeps* – peinaient à tempérer une réelle forme de subjectivité. De même faut-il rappeler que le contrôle du juge s'exerçait *a posteriori*, ce qui pouvait aisément dénaturer la situation de choix dans laquelle était placée l'entreprise au moment de la décision prise et donc du risque couru. Le contrôle jurisprudentiel avait bien du mal, ici, à prétendre se substituer à la décision d'opportunité des dirigeants d'entreprises, qui se situait nécessairement en amont et ne pouvait être dépourvue de caractère aléatoire.

Ainsi, la notion de risque manifestement excessif n'était pas sans poser difficulté. Ces domaines d'application ont été sensiblement étendus, notamment depuis 2007. Or, la part de subjectivité consubstantielle à cette jurisprudence, dans des matières telles que les placements financiers, pouvait être vue comme fortement dissuasive pour les acteurs de la vie économique. Elle était à même de susciter d'importantes conséquences, en ce que les établissements de crédits se voyaient très certainement plus circonspects à l'idée de soutenir les entreprises en difficultés, de peur de ne pas répondre à des critères jurisprudentiels incertains et changeants. À cet égard, nul doute qu'un certain contexte économique n'aura pas été sans incidence sur la décision des juges, qui a mené à l'abandon du dispositif *Loiseau*.

L'abandon de la théorie

Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public, a tenu à rappeler dans ses conclusions sous la décision *Monte Paschi* la maxime de FONTENELLE : « *Il faut oser en tout genre, mais la difficulté, c'est d'oser avec sagesse* » **[19]**. Audacieux, l'énoncé exposait pour le moins clairement le sens de ses développements. Les faits de l'espèce, il est vrai, cristallisaient toutes les interrogations suscitées par la théorie du risque. Outre le caractère profondément dissuasif d'une telle jurisprudence pour les acteurs économiques, elle laissait apparaître une forme de double-

sanction. Comme l'a rappelé Madame BOKDAM-TOGNETTI, il existe en tel domaine d'autres armes, tout aussi efficaces et d'ores et déjà utilisées, à savoir un arsenal conséquent de règles prudentielles et de contrôle interne strict. De là, la théorie du risque excessif serait d'autant moins fondée, qu'elle voyait l'administration, en matière fiscale, se substituer aux autorités de régulation et de sanction du secteur bancaire. En cela, le secteur du prêt bancaire seyait particulièrement à un tel revirement. De la même manière, semblait très discutable en l'espèce l'argument – classique – selon lequel la collectivité n'aurait pas, par voie de ricochet, à subir les conséquences et donc à supporter pécuniairement la gestion inconsidérée de la part de dirigeants d'entreprises **[20]**. Il fallait rappeler ici que la société Monte Paschi avait bien subi une perte. Il aurait été malvenu de développer l'idée selon laquelle cette même perte n'avait pas être prise en charge par la collectivité, en opposant à la société un refus de déductibilité. Le mécanisme revenait, *in fine*, à un prélèvement d'impôts sur la base de sommes qui n'existaient pas, qui ne sont jamais entrées dans la comptabilité de la société en termes de bénéfices d'entreprise. En ce sens, l'application de la déductibilité par l'administration revenait à appliquer une règle de droit commun en matière fiscale.

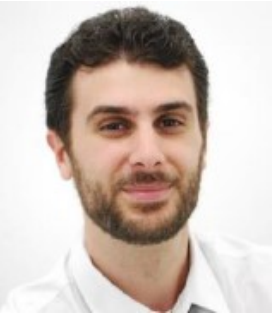
Établissant de manière fort structurée et rigoureuse les séries de critiques propres à la théorie du risque excessif, le rapporteur public a prôné d'« *asséner le coup final* » à la théorie du risque excessif : « *le temps nous semble venu d'abandonner tout bonnement le recours à la notion de risque excessif pour apprécier le caractère normal d'un acte de gestion pris aux fins d'améliorer les résultats de l'entreprise, et de ne pas entrer dans un exercice consistant, en réalité, à apprécier l'opportunité des choix de gestion opérés par celle-ci* ».

La section du contentieux du Conseil d'État, quant à elle, a rendu une décision concise et - disons-le - quelque peu lapidaire. Dans un considérant de principe, elle a affirmé qu'« *il n'appartient pas à l'administration* […] *de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats*» **[21]**. Le Conseil d'État, par ailleurs, en a profité pour préciser l'étendue du contrôle du juge administratif, eu égard au principe de liberté de gestion de l'entreprise. Ainsi, plus loin, il a mis fin à la jurisprudence *Loiseau*, en ce qu'il a dénié au juge administratif le pouvoir de se fonder sur la notion de risque pour qualifier un acte anormal de gestion d'entreprise :

« *Pour juger que l'administration devait être regardée comme établissant que la poursuite, par l'agence de Strasbourg, de l'octroi des crédits litigieux à la société KMX Technologie entre le 31 décembre 2000 et le 31 décembre 2004, bien qu'entrant dans l'objet social de la société Monte Paschi Banque, constituait un acte étranger à une gestion commerciale normale insusceptible d'ouvrir droit à la comptabilisation d'une provision déductible du bénéfice imposable, la cour s'est bornée à relever que l'ensemble des circonstances de l'espèce devait être regardée comme révélant une " prise de risque inconsidérée de la banque ". En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les décisions en cause étaient conformes à l'intérêt de l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'ampleur des risques pris, la cour a commis une erreur de droit.* »

Toutefois, le Conseil d'État n'a pas totalement rompu avec sa jurisprudence antérieure. Il a maintenu la possibilité pour l'administration de se prononcer sur les modalités de gestion des entreprises en cas de détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants. Il s'est inscrit ici, à n'en pas douter, dans une position de juste mesure, qui correspond à l'esprit de l'avis du 24 mai 2011 de sa section des finances. Comme l'a rappelé le rapporteur public dans ses conclusions, ce cas bien précis ne semble pas, en tout état de cause, illustrer réellement un exemple de gestion commerciale risquée. Nous nous situons là sur un terrain quelque peu différent, qui ôte toute idée de contradiction. Le Conseil d'État a maintenu une telle hypothèse, et a entendu préserver un pouvoir tant de contrôle que de sanction entre les mains de l'administration et du juge **[22]**. Ceux-ci, plus que jamais, ont été présentés comme parfaitement compatibles au principe de liberté de gestion de l'entreprise. De la même manière, ce garde-fou du « *comportement délibéré ou de la carence manifeste des dirigeants* » ne saurait mieux rappeler que la théorie de l'acte anormal de gestion n'a été nullement remise en cause, sinon une extension de celle-ci. Quoi qu'il en soit, cet abandon du risque excessif ne peut que rassurer les sceptiques, inquiets de voir le principe de liberté de gestion de l'entreprise se réduire comme peau de chagrin, au gré d'une jurisprudence de plus en plus extensive, multiple quant à ses domaines d'application et, quelquefois, d'une cohérence bien discutable. Reste que la notion d'« intérêt de l'entreprise » demeure la pierre angulaire du contrôle par le juge administratif de la vie interne et donc des vicissitudes propres aux gestions commerciales. Nul doute que la décision *Monte Paschi* en atténue fortement le caractère parfois intrusif. Suffira-t-elle à faire taire toute autre forme d'inquiétude ? Nous nous garderons d'une telle affirmation.

Maxence GUILLEMIN



[1] Conclusions du rapporteur public sous la décision CE, 11 juin 2014, n° 363168. Sté Fralsen Holding : RJF 10/14 n° 872, concl. M-A. DE BARMON, BDCF 10/14 n° 90.
[2] TA Montreuil, 6 octobre 2011, n° 1004876 ; TA Montreuil, 6 décembre 2012, n°1109358.
[3] CAA Versailles, 19 décembre 2013, n°s 11VE04035, 13VE00390, RJF 2014 n° 438.
[4] CE, 28 septembre 1983, n°34626, RJF 11/83, n°1284.
[5] Nous pouvons ici nous référer à la chronique, souvent citée, de Jérôme TUROT, « L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif », RJF 1990 p. 735.
[6] CE, 17 octobre 1990, n° 83310 : RJF 11/90, n° 1317.
[7] O. FOUQUET, « *Acte anormal* de *gestion* et *mauvaise gestion* », *Rev. adm. 2008*, p.*36*
[8] « *Considérant que des avances de trésorerie accordées par une société à une entreprise en difficulté dans le cadre d'un plan de continuation de cette dernière, et le cas échéant, la renonciation à ces créances, ne constituent pas un acte de gestion anormal dès lors que cette pratique vise au développement de la société créancière, dans une stratégie de croissance externe, par la prise de participation, fût-elle minoritaire et postérieure aux aides consenties, dans le capital de la société aidée et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré* » CE, 30 mai 2007, SA Peronnet, n°285575 et SARL Peronnet et associés, n° 285573 : RJF 10/07 n° 1012, conclusions F. SENERS, BDCF 10/07 n° 104.
[9] *Ibid.*
[10] CE, 27 avril 2011, n°319472, *Ferrand*, RJF 2011 n°806 ; concl. L. OLLEON, BDCF 7/11 n° 84.
[11]Sur l'extension de la jurisprudence aux détournements de fonds, voir CE 5 octobre 2007, n°291049, Société Alcatel CIT, RJF 12/07 n°1381, conclusions N. ESCAUT BDCF 12/07 n° 137 ; CE 6 juin 2008 n°285629, SA Gustave MULLER, RJF 2008 n° 1058, conclusions L. OLLEON BDCF 10/08 n° 121.
[12] CE, 27 avril 2011, n°327764, Société Legeps, RJF 2011 n° 783, concl. L. OLLEON, BDCF 7/11 n° 81).
[13] Y. RUTSCHMANN et J. GAYRAL « Le risque manifestement excessif : immixtion rampante dans la gestion de l'entreprise ou simple garde-fou ? » : DF 2012 n°500.
[14] O. FOUQUET, « *Acte anormal* de *gestion* et *mauvaise gestion* ». op. cité.
[15] CE, Avis, Sect. Fin., 24 mai 2011, n° 385088, RJF 2011 n° 800.
[16] J. BURGUBURU, chronique, « Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ? », RJF 2008, p.331.
[17] CE, 23 janvier 2015, n° 369214 : RJF 4/15 n° 300, concl. M-A. DE BARMON BDCF 2015 n° 42.
[18] « […] *que c'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration, à qui il n'appartient toutefois pas de se prononcer sur l'opportunité du choix arrêté par une entreprise pour la gestion de sa trésorerie, doit apprécier si les placements auxquels celle-ci a procédé correspondent à des actes de gestion commerciale normal* ; *que cet intérêt n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise se livre à des opérations financières dans des conditions présentant pour elle un caractère avantageux ; qu'il en va autrement si, compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, un placement financier excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise* ».CE 27 avril 2011, n°327764, Société Legeps, RJF 2011 n°783, concl. L. OLLEON, BDCF 7/11 n° 81.
[19] CE, 13 juillet 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque, conclusions du rapporteur public.
[20] Voir ici M. COZIAN, « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », Litec, 4e éd., pp. 82 ss.
[21] CE, 13 juillet 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque.
[22] Le juge maintient ici sa jurisprudence en matière de détournement de fonds. Voir une nouvelle fois CE, 5 octobre 2007, n°291049, Société Alcatel CIT, RJF 12/07 n°1381, conclusions N. Escaut, BDCF 12/07 n° 137.

◆ Rencontre avec M. Salim BENSMAIL ◆

Directeur de la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures (FIN INFRA)

Propos recueillis par Christophe FARINEAU et Alexandre RENNESSON

Pouvez-vous vous présenter brièvement à nos lecteurs, nous exposer votre parcours ?

SB : Je suis économiste de formation. Après mon diplôme de Sciences Po et un master d'économie en Angleterre, j'ai ensuite intégré l'École nationale d'administration (ÉNA). À la sortie de cette école, j'ai rejoint, durant quatre ans, la direction de la prévision du ministère de l'économie et des finances (*NDLR : une des trois entités dont la fusion, en 2004, a abouti à la création de la direction générale du trésor et de la politique économique*).

J'ai connu ma première expérience dans l'univers des projets d'infrastructures en rejoignant la Ville de Paris pour diriger le bureau des sociétés d'économie mixte (SEM) dans le cadre de la création de la sous-direction des partenariats publics-privés (*NDLR : désormais service des concessions de la direction des finances et des achats*). Cette création partait du constat qu'il y avait un déficit de culture économique et financière dans la conception des projets d'infrastructures ou la réflexion sur les modes de gestion des services publics. Cette difficulté n'était pas propre à la Ville de Paris : d'une manière générale, le secteur public peine à faire vivre en son sein des compétences pointues en matière économique et financière. Pour ma part, j'ai beaucoup appris dans ces fonctions. Il me semblait primordial d'acquérir une culture de la gestion d'entreprise (comptabilité, contrôle de gestion etc.). À cet égard, mon expérience au bureau des SEM a été précieuse en ce qu'elle m'a permis d'aborder une grande diversité de modèles d'entreprises : sociétés de services, gestionnaire d'infrastructures très capitalistiques ...

Après deux ans au bureau des SEM, j'ai travaillé durant quatre ans au sein d'une grande banque française, d'abord au département de la stratégie, avec une forte composante dimension croissance externe / fusions-acquisitions, puis dans les activités de marché.

Je suis ensuite retourné à la Ville de Paris en tant que directeur adjoint des finances, en charge des partenariats publics-privés (PPP), puis en tant que directeur du développement économique.

C'est après cette seconde expérience à la Ville de Paris que j'ai rejoint, en 2014, la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP), devenue récemment FIN INFRA.

La mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) a récemment été remplacée par la mission d'appui au financement des infrastructures (FIN INFRA). Pouvez-vous nous présenter l'organisation de cette nouvelle structure ?

SB : FIN INFRA est un service « expert » et a vocation à demeurer une structure de taille réduite d'une dizaine de personnes. Elle s'organise en trois pôles : un pôle juridique, un pôle financier et un pôle maîtrise d'ouvrage et économie des projets. Les choses pourront évoluer en fonction des besoins et des opportunités de recrutement mais fondamentalement il s'agit d'allier des profils différents : juristes / avocats spécialistes du droit public économique, du droit des financements structurés et du droit de la concurrence, des financiers avec une compréhension fine de la modélisation et de la structuration financière des projets, des ingénieurs et des économistes capables de poser les enjeux opérationnels liés à l'organisation de la maîtrise d'ouvrage des opérations et

l'optimisation de la valeur des projets pour les personnes publiques.

Il s'agit d'ailleurs d'un enjeu essentiel afin d'atteindre nos objectifs : réussir à allier les compétences, que ce soit au sein d'une même personne ou d'une même équipe.

Quelles sont les principales missions de FIN INFRA ? Comment ces dernières ont-elles évolué par rapport à celles qu'avaient la MAPPP ?

SB : FIN INFRA est plus explicitement déspécialisé que ne l'était la MAPPP. La nouvelle mission se définit comme un organisme expert non pas d'un outil de la commande publique, mais de la structuration juridique et financière de projets d'infrastructures.

Nous reprenons la mission historique de contrôle *ex ante* du recours au PPP à travers les avis que nous devons rendre sur l'évaluation préalable du mode de réalisation des projets de marchés de partenariat des personnes publiques. Mais plus fondamentalement, FIN INFRA a vocation à se positionner comme une structure de conseil sur la structuration des projets, sur le choix d'un mode de réalisation et le financement des opérations. Nous pourrons intervenir sur tout type de projets : les marchés de partenariat, les concessions mais d'une manière plus générale, ainsi que les projets initiés par les acteurs publics et pour lesquels une compréhension fine des modalités de financement offertes par le marché est essentielle … Aussi, des projets menés sous maîtrise d'ouvrage public sans financement dédié pourront également être étudiés.

Un axe important de notre travail consistera à convaincre les porteurs de projet de commencer à réfléchir à ces problématiques très en amont de la préparation des projets – force est de constater que ces questions de structuration, de financement, de *bancabilité*, tendent à être étudiées trop peu et / ou trop tard dans la vie des projets.

Certains émettaient des critiques sur le rôle effectif de la MAPPP (intervention trop tardive et absence d'évaluation de l'utilité sociale des projets notamment).

Qu'en pensez-vous ?

SB : Il y a eu beaucoup de choses injustes dites ou écrites sur la MAPPP. Ainsi on a souvent fait mine de s'étonner que la MAPPP ne rende qu'exceptionnellement des avis négatifs, en ignorant que les projets pour lesquels il était jugé que le PPP n'était pas la solution la plus pertinente n'allait généralement pas au bout du processus d'évaluation préalable.

À cet égard, je souhaite que désormais ce travail réalisé en amont soit plus formalisé, pour laisser une trace de nos échanges. Nous allons systématiser la tenue d'une étape de cadrage entre FIN INFRA et les porteurs projet, permettant de documenter l'échange méthodologique et les recommandations exprimées par FIN INFRA à ce titre.

Il me semble aussi nécessaire de reconnaître la nature de l'interaction entre la Mission et le porteur de projet et où réside la véritable valeur ajoutée de ce processus. Croit-on vraiment que FIN INFRA va substituer son propre jugement à celui de la collectivité qui prépare son projet depuis des mois, alors même qu'un avis favorable de FIN INFRA ne donne aucune garantie sur la validité juridique du recours au PPP ? Nous pouvons certes aider à identifier les « *erreurs manifestes d'appréciation* », mais surtout nous avons la conviction que la vraie valeur ajoutée de notre avis peut être d'accompagner le choix de la collectivité en l'alertant sur les points de vigilance et les bonnes pratiques contractuelles qui feront de leur contrat de PPP un succès. La combinaison de l'évaluation préalable, l'échange avec FIN INFRA et l'avis rendu doit constituer un travail constructif de préfiguration du futur PPP.

Concernant les collectivités, l'obligation de mener une étude de soutenabilité budgétaire leur a été étendue. FIN INFRA a-t-elle un rôle dans la réalisation de cette étude ?

SB : C'est la direction générale des finances publiques qui détient la responsabilité de rendre un avis sur cette étude. Pour FIN INFRA, il est naturellement important d'avoir de la visibilité sur le contexte financier et budgétaire dans lequel s'intègre le projet de la collectivité mais nous n'avons pas vocation à intervenir là-dessus. Quant à l'articulation des différentes études et évaluations, nous cherchons actuellement à mettre en place le dispositif le plus fluide possible pour les collectivités.

Nous allons maintenant aborder des questions plus générales sur l'investissement public en France. Selon vous, comment se porte-t-il ?

SB : La crise économique et financière a eu des conséquences incontestables sur l'investissement public. Mais ce volume reste à des niveaux relativement élevés par rapport à d'autres pays européens.

Pour le reste, nous ne faisons pas l'analyse que la France aurait aujourd'hui besoin d'une relance générale de l'investissement public. Il n'est d'ailleurs pas certain que cela aurait des effets macro-économiques globalement bénéfiques. En revanche, il existe de nombreux projets

d'investissement qui présentent un intérêt socio-économique certain. Le véritable enjeu est de nous donner les capacités de choisir, de sélectionner les projets qui auront le plus grand impact économique et social.

Quelle est l'influence de la contrainte budgétaire ?

SB : Manifestement cette contrainte commence à « *mordre* » depuis quelques années. Il va falloir apprendre à vivre dans un monde où il n'est plus possible de se désintéresser de ces questions, de tout financer. Il va falloir faire des choix. Ceci renforce d'autant plus la nécessité d'avoir un processus performant de sélection des projets. Avant, même si un projet n'était pas optimal, on avait le sentiment qu'on pouvait le réaliser. Désormais, et à l'inverse, même de bons projets peuvent peiner à se concrétiser.

Et qu'en est-il des collectivités territoriales ?

SB : Ces dernières années, l'investissement des collectivités territoriales a été confronté à plusieurs difficultés : un contexte budgétaire contraint, le processus de réforme de la commande publique et la réforme territoriale. Le cumul de ces circonstances et les effets du cycle électoral ont pesé sur l'investissement. On peut donc raisonnablement s'attendre, dans les années à venir, à une reprise de l'investissement des collectivités. Nous commençons en à avoir quelques indices avec les signaux donnés par les projets de PPP sur lesquels nous sommes saisis.

Vous avez évoqué la réforme de la commande publique. Celle-ci est-elle favorable à une relance de l'investissement public ?

SB : Oui, nous en sommes convaincus. Cette réforme offre un cadre plus rationnel et plus souple et plus sécurisé. En outre, les conditions de recours aux marchés globaux de performance sont élargies.

Pouvez-vous nous exposer les évolutions les plus marquantes pour les partenariats public-privé ? Reste-t-il un contrat dérogatoire ?

SB : Cette réforme doit permettre de créer un cadre plus sécurisé pour conduire des projets d'investissement et recentrer le PPP sur les projets pour lesquels il a la plus grande valeur ajoutée. Surtout, le marché de partenariat doit désormais constituer le seul véhicule juridique des partenariats public-privé.

Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'il ne constitue plus, à proprement parler, un objet juridique non identifié puisqu'il est intégré par l'ordonnance dans la famille des marchés publics. Toutefois, il est vrai que le recours au marché de partenariat passe encore par la satisfaction de conditions spécifiques. Mais au fond est ce que cela en fait un objet si différent des autres outils de la commande publique. Le marché global de performance est lui aussi soumis à des conditions de recours. À cet égard, on peut noter que même pour les marchés publics en MOP allotis, l'acheteur doit aussi pouvoir justifier le périmètre d'allotissement qu'il a retenu. Le contrôle ne se fait, certes, pas *a priori* comme pour les marchés de partenariat mais le juge peut remettre en cause ces marchés *a posteriori*. En fait les acheteurs ne sont presque jamais libres de déterminer le périmètre des missions confiées au titulaire du marché ; le marché de partenariat n'est peut-être pas aussi exceptionnel de ce point de vue.

La seule catégorie de contrat échappant à toute condition de recours aujourd'hui, c'est la concession, alors même que sa structure est la même que celle d'un PPP : c'est un contrat global avec financement, réunissant construction, conception, entretien et gestion d'un service qui peut être public …

Que penser du nouveau critère unique de recours aux marchés de partenariat (le bilan) ?

SB : Il est important de souligner que ce critère du bilan n'est pas le même que celui qui existait pour les contrats de partenariat. Avant, le bilan était le 3eme critère ; parce que la complexité et l'urgence renvoyaient à des considérations « *qualitatives* », le bilan pouvait être traité essentiellement sous l'angle de l'efficience économique. Concrètement, cela se jouait sur des tableurs Excel. Désormais, le bilan favorable est la condition unique de recours au PPP. Il doit donc faire la place à des considérations qualitatives.

Ce caractère protéiforme du bilan apparaît dans le décret qui le détaille de manière aussi précise que possible (*NDLR : voir article 152 du décret n° 2016-360*).

Une autre problématique importante concernant les marchés de partenariat est celle de la place des petites et moyennes entreprises (PME). N'aurait-on pas pu aller plus loin sur cette question, par exemple en imposant des seuils ?

SB : C'est un sujet sur lequel il faut avoir un discours objectif et lucide. Clairement, les contrats globaux ne sont pas le terrain de jeu naturel des PME. La caractéristique du PPP est d'être un contrat pensé pour permettre des transferts de risque importants et rigoureux en particulier le transfert au privé du risque de construction.

Est-il raisonnable pour une PME de s'exposer à un tel risque ? On peut penser que non. Mais est-ce une raison suffisante pour enjoindre aux personnes publiques de dégrader la qualité de la commande publique en renonçant à ces transferts de risque s'ils sont pertinents ?

Notre conviction est qu'il est possible de sortir par le haut de cette contradiction. D'abord en veillant à ce que les PPP soient réellement efficients : c'est-à-dire qu'ils ne soient pas juste un outil pour « *massifier* » la commande publique au détriment des PME, mais qu'ils soient fondés sur une réflexion approfondie sur l'allocation des risques. C'est tout le rôle de l'évaluation préalable et du contrôle par FIN INFRA !

Par ailleurs, n'oublions pas que les marchés globaux sont significativement sous-traités aux PME. Les entreprises qui ont la charge de ces contrats peuvent s'engager à travers des chartes de bonnes pratiques *etc.* vis-à-vis des élus locaux notamment. Enfin, rappelons que le législateur a, dès le départ des PPP, reconnu l'enjeu des PME. Le contrat de partenariat était dès sa création le seul pour lequel la loi imposait que la part des prestations réservées aux PME soit un critère obligatoire d'évaluation des offres. L'ordonnance de juillet 2015 est allée plus loin en prévoyant qu'un seuil minimum soit en outre imposé par voie réglementaire pour le marché de partenariat.

Vous avez évoqué la proximité entre les marchés de partenariat et certaines concessions.

Pouvez-vous nous en dire plus ?

SB : Effectivement, la concession et le PPP ont en commun d'être des contrats globaux par lesquels la personne publique confie au titulaire une mission couvrant la conception, la réalisation, le financement, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage. Ils diffèrent fondamentalement par le type de risque auquel est exposée la rémunération du partenaire privé : risque de construction et de disponibilité pour le PPP, auxquels s'ajoutent, pour la concession le risque de demande (risque trafic).

Mais on observe aussi aujourd'hui un début de convergence des modèles économique et des profils de risque. Dans les concessions, des mécanismes de revenu minimal ou de subventions fixes de fonctionnement sont mis en place pour atténuer le risque d'exploitation du concessionnaire. Avec les garanties de recettes et les pénalités mises en place en concession, on retrouve des schémas de loyer du PPP. Du côté des PPP, on sait qu'il est possible de prévoir en plus du loyer versé par la personne publique, une prise de risque significative du titulaire sur des objectifs de recettes annexes … Les deux objets pourtant bien segmentés sur le plan juridique, finissent alors par être très similaires sur le plan économique et financier.

La question que le financier peut poser au juriste est de savoir quelle est la justification de faire coexister des catégories juridiques distinctes pour des objets de plus en plus similaires – et ce d'autant plus que les procédures de passation applicables sont désormais très similaires - recours au dialogue compétitif et procédure négociée par exemple.

Quelles conséquences cette convergence peut -elle avoir ?

SB : Elles ne sont pas négligeables. Juridiquement d'abord, dès lors que le marché de partenariat est soumis à des conditions de recours et que les concessions ne le sont pas, le juge ne sera-t-il pas tenté de déterminer si certaines concessions ne sont pas des marchés de partenariat déguisés ?

Association IDPA

Année 2016

La cotisation au titre de l'année 2016 concerne la période allant du 1er janvier au 31 décembre 2016

I. INFORMATION PERSONNELLES

NOM / Prénom : .....

Promotion : ……. / …….

Email : ……...……...……

Profession : ...……...…….....

...……...…….....

Je souhaite recevoir les offres de collaborations du réseau IDPA

II. PAIEMENT DE LA COTISATION

- Conformément à l'article 8 alinéa 2 des statuts de l'Association de l'IDPA aux termes duquel : « *La qualité de membre bénéficiaire de l'Association est subordonnée au renseignement et au retour du formulaire d'inscription ainsi qu'au paiement d'une cotisation annuelle d'un montant de 20 euros (vingt euros)* », **j'acquitte la cotisation annuelle de 20 euros** :

PAR CARTE BANCAIRE à l'adresse : https://www.cotizasso.com/participation/cotisation-annuelle/1038 (pour ce mode de paiement, il est inutile de nous renvoyer le présent formulaire, toutes les informations vous sont demandées sur le site)

PAR CHÈQUE à l'ordre Association de l'IDPA (chèque à envoyer avec le présent formulaire à l'adresse suivante : Baptiste COUSSEAU, 45 rue Legendre, 75017 Paris)

PAR VIREMENT BANCAIRE sur le compte suivant (pour ce mode paiement vous pouvez nous envoyer les informations du présent formulaire par courrier électronique à l'adresse association.idpa@gmail.com) :

Association de l'IDPA
Banque **: 3006** Guichet **: 10313** Compte n°**00020075501** Clé : **09**
IBAN : **FR 76 3006 6103 1300 0200 7550 109** BIC : **CMCIFRPP**

- Dès la réception du paiement, un reçu vous sera envoyé par mail sous format PDF.

Association IDPA

FORMULAIRE DE DON

Cérémonie de remise des diplômes du 15 décembre 2016 à la Cour administrative d'appel de Paris

I. INFORMATION PERSONNELLES

Nom / Prénom : ……

Promotion : . . . . / . . . .

Email : ……

Profession / structure : ……

II. MODALITES DE PAIEMENT

Je désire devenir partenaire du Gala de l'IDPA et soutenir l'action de l'Association de l'IDPA en faisant un don de . . . . . euros en :

☐ **joignant un chèque** à l'ordre **Association de l'IDPA** (chèque à envoyer avec le présent formulaire à : Baptiste Cousseau, 45 rue Legendre, 75017 Paris) ;

☐ **effectuant un virement bancaire** (avec envoi du présent formulaire à l'adresse email de l'association ou à : Baptiste Cousseau, 45 rue Legendre, 75017 Paris) sur le compte :

Association de l'IDPA

IBAN : FR76 3006 6103 1300 0200 7550 109 BIC : CMCIFRPP

☐ **effectuant un paiement par carte bancaire**, en remplissant le formulaire en ligne, à l'adresse suivante :

https://www.cotizasso.com/participation/ceremonie-de-remise-des-diplomes-du-15-decembre-a-la-caa-de-paris/1391. Dans ce dernier cas, l'envoi du présent formulaire n'est pas requis.

Dès la réception du paiement, un reçu vous sera envoyé par mail sous format PDF.