

Intercommunalité et marchés publics : un nouveau pas vers la réconciliation

Par un arrêt de grande chambre du 9 juin 2009, Commission c/ Allemagne, la Cour de justice des Communautés européennes réconcilie le droit de la commande publique et l'intercommunalité : une convention de coopération conclue entre des collectivités territoriales en vue d'assurer en commun leurs missions de service public ne constitue pas un marché public de services, mais une mesure interne de collaboration entre autorités publiques.

CJCE, 9 juin 2009, C-480/06, Commission c/ Allemagne

En l'espèce, quatre Landkreise (cantons) avaient conclu avec les services de voirie de la ville de Hambourg un contrat relatif à l'élimination de leurs déchets dans la nouvelle installation de valorisation thermique de la ville. L'exploitation de cette installation avait été confiée à un prestataire privé. Par ce contrat, la ville de Hambourg réservait une capacité de 120.000 tonnes par an aux quatre circonscriptions contre le versement d'un prix versé à l'exploitant par l'intermédiaire des services de voirie de la ville.

La convention ayant été conclue directement entre les quatre Landkreise et la ville de Hambourg, sans publicité ni mise en concurrence préalable, la Commission européenne a mis en œuvre une procédure de recours en manquement contre la République fédérale d'Allemagne.

Pour la Commission, les services de voirie de la ville de Hambourg devaient être considérés comme des prestataires de services à l'égard des quatre Landkreise. Le contrat en cause relevait donc du champ d'application de la directive 92/50 du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, alors en vigueur, et aurait dû être conclu au terme d'une procédure d'appel d'offres.

Si l'avocat général a repris à son compte les arguments de la Commission, ses conclusions n'ont pas été suivies par la Cour qui considère qu'un tel contrat constitue une mesure interne de collaboration entre autorités publiques.

Ainsi, la CJCE franchit une nouvelle étape dans la conciliation entre la liberté d'organisation des personnes publiques et les contraintes imposées par la réglementation sur les marchés publics. Jusqu'à présent, certaines formes de coopération intercommunale n'échappaient aux obliga-

tions de publicité et de mise en concurrence que dans la mesure où elles répondaient aux critères des contrats de quasi-régie (1.). Avec l'arrêt Commission c/ Allemagne, la Cour admet, selon une logique quelque peu différente, que certains contrats de coopération entre collectivités se situent hors du champ d'application des directives « *Marchés publics* » (2.).

1. Les conventions de prestations de services entre collectivités publiques sont des marchés publics

1.1. L'intercommunalité remise en cause par le droit de la commande publique

Il ressort de la jurisprudence tant communautaire que nationale que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont vocation à s'appliquer aux relations entre personnes publiques¹.

C'est pourquoi la CJCE a jugé qu'une réglementation nationale de transposition des directives « *Marchés publics* », excluant par principe de son champ d'application les relations entre les administrations publiques, quelle que soit la nature de ces relations, constituait une transposition incorrecte². Pour la Commission, cette solution implique, d'une façon générale, que « *les contrats de coopération horizontale conclus par les collectivités territoriales [...] sont soumis au droit des marchés publics* » (point 19).

¹ CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, affaire C-107/98 ; CE, 20 mai 1998, n° 188239, Communauté de communes de Piémont de Barr, Lebon, page 202, conclusions de H. Savoie.

² CJCE, 13 janvier 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-84/03.

Les obligations de publicité et de mise en concurrence ont vocation à s'appliquer aux relations entre personnes publiques

Cette position est de nature à remettre en cause toutes les formes de coopération entre personnes publiques et à fragiliser, notamment, les rapports que les collectivités territoriales entretiennent avec les structures intercommunales.

L'un des objectifs de l'intercommunalité est de permettre aux collectivités territoriales d'organiser de façon rationnelle et efficace les compétences qu'elles détiennent dans les divers domaines de l'action locale.

Certaines formes de coopération constituent indéniablement des marchés publics de services. C'est le cas des conventions conclues entre un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et une commune membre, en application de l'article L. 5214-16-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), pour la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de leurs attributions. La difficulté est plus grande pour les conventions de « mise à disposition », visées aux articles L. 5111-1, L. 5211-4-1. II et L. 5721-9 du même code, qui ont pour objet, non pas de fournir une prestation de service, mais de permettre aux collectivités territoriales et à leurs groupements de mutualiser leurs moyens afin de faciliter l'exercice de leurs compétences³.

Comme le rappelle le Gouvernement dans une réponse à une question parlementaire, ces conventions constituent « un mode d'organisation interne de l'administration locale destinée à optimiser la mise en œuvre des transferts de compétences au profit des organismes de coopération locale⁴ ». Elles participent du droit des collectivités territoriales, dans le cadre de l'autonomie qui leur est reconnue, de définir et d'organiser elles-mêmes leurs structures administratives internes⁵.

Telle n'était toutefois pas la position de la Commission européenne qui, dans un avis motivé adressé à la France le 27 juin 2007, considère que le mécanisme conventionnel

de « mutualisation des services » ou « services partagés » entre les structures intercommunales et leurs membres « revient à attribuer de gré à gré un marché public aux services communaux ou aux services de la collectivité territoriale sans respecter les procédures de passation prévues par le droit communautaire des marchés publics⁶ ». Si l'avis ne vise explicitement que la « mutualisation ascendante », c'est-à-dire des communes vers l'EPCI, la « mutualisation descendante » risque également de subir les foudres communautaires.

La jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes semble pourtant plus favorable à la coopération locale.

1.2. Les contrats passés entre les collectivités locales et leurs groupements peuvent bénéficier de l'exception de prestations intégrées

Dans sa décision du 9 juin 2009, la CJCE rappelle sa jurisprudence, selon laquelle une « autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel des entités externes n'appartenant pas à ses services⁷ ».

Elle peut faire le choix d'exercer ses missions en régie, sans être obligée d'externaliser certaines tâches, et ce quelle que soit la nature des activités en cause. Ainsi, tout service d'une collectivité peut se procurer ce dont il a besoin auprès d'un autre service de cette collectivité, sans être tenu de le mettre en concurrence avec des opérateurs extérieurs dans le cadre d'un marché public. Cette analyse constante en droit interne⁸, découle de la notion même de contrat qui nécessite la présence de deux personnes juridiquement distinctes.

La liberté ainsi reconnue disparaît, en principe, lorsque les collectivités publiques font appel à une personne morale

³ C. Ribot, « La mutualisation des compétences entre communes et communautés », RLCT, mars 2008, page 51.

⁴ Rép. min. n° 3682, JOAN QE du 4 décembre 2007, page 7700.

⁵ L. Richer, « Partage de service et prestations de services », CP-ACCP, décembre 2006, page 26.

⁶ AJDA 2007, page 1325, obs. J.-M. Pastor ; Dr. adm., août 2007, alerte 27, note R. Noguellou.

⁷ CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03.

⁸ CE, 29 avril 1970, Unipain, Lebon, page 280.

Les conventions de mise à disposition dans la ligne de mire de la Commission

Les rapports entre les communes et les structures intercommunales peuvent être considérés comme relevant d'une relation intégrée

juridiquement distincte d'elles pour se procurer ce dont elles ont besoin. Dans cette hypothèse, en principe, la soumission aux règles de la commande publique s'impose.

Mais, il est une exception dans laquelle les collectivités publiques recouvrent cette liberté, c'est lorsqu'elles s'adressent à « *un organisme, certes juridiquement distinct, mais avec lequel elles entretiennent des relations si étroites qu'on peut légitimement y voir des relations intégrées, avec un « autre soi-même », donc un faux tiers*⁹ ».

En droit communautaire, la notion de « *contrat de quasi-régie*¹⁰ » est issue de l'arrêt Teckal rendu en 1999 par le juge communautaire¹¹. Aux termes de cette jurisprudence, dont les conditions ont été intégrées en droit interne, les obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas justifiées, lorsque le pouvoir adjudicateur exerce sur l'opérateur économique un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et lorsque cet opérateur exerce l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui le détiennent.

La condition du contrôle analogue a fait l'objet de précisions par la Cour qui admet l'existence d'une relation intégrée dans le cadre d'un « *pluri-contrôle* » public. La Cour juge ainsi que « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicatrice tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services*¹² ».

⁹ Conclusions de A. Courrèges sur : CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé, JCP A 2009, 2145.

¹⁰ Les contrats de quasi-régie sont qualifiés également de contrats « *in house* », ou de prestations intégrées. Voir la fiche technique sur le site du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/conseils_acheteurs/contrats-quasi-regie.pdf).

¹¹ CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, précité.

¹² CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, affaire C-340/04 ; CJCE, 19 avril 2007, Asemfo, affaire C-295/05.

Cette hypothèse a trouvé récemment à s'appliquer à la coopération intercommunale¹³. La Cour a en effet admis, dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, la possibilité pour des collectivités territoriales de contracter sans mise en concurrence avec la structure intercommunale dont elles sont membres, y compris lorsqu'elle est constituée sous la forme d'une société, entièrement détenue par des personnes publiques, en reconnaissant désormais expressément la possibilité d'un contrôle conjoint de ces personnes sur ladite structure¹⁴. Le contrôle exercé sur l'intercommunalité n'a pas à être exercé individuellement par chacune des autorités publiques mais peut l'être « *conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité* ».

Cette solution a rapidement été reprise en droit interne. Dans deux jugements du 14 octobre 2008 et du 6 janvier 2009, le tribunal administratif de Pau a jugé que les conventions par lesquelles un EPCI se voit confier une mission d'assistance à la réalisation de travaux pour le compte des communes membres échappent à l'application du code des marchés publics en raison de l'existence d'une relation intégrée entre les co-contractants¹⁵. Pour sa part, le Conseil d'État a admis que la quasi-régie s'applique lorsque des établissements de santé créent, dans le cadre d'une coopération entre eux, un groupement d'intérêt public ayant pour objet d'assurer des prestations répondant à leurs besoins¹⁶.

Toutefois, la jurisprudence *Coditel Brabant* ne concerne que certaines formes de coopération intercommunale : celles revêtant un caractère structurel, impliquant la création d'un organisme de droit public que les collectivités publiques ont chargé

¹³ F. Llorens et P. Sorel-Couteaux, « *Le « in house » au secours de l'intercommunalité* », *Contrats et marchés publics* 2009, repère 1.

¹⁴ CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle*, affaire C-324/07.

¹⁵ TA Pau, 14 octobre 2008, *Commune d'Ilharre*, n° 0800537 et 6 janvier 2009, *Commune de Lahontan*, n° 081005, AJDA 2009, page 929, note A. Bourrel.

¹⁶ CE, 4 mars 2004, Syndicat national des industries d'information de santé, n° 300481, JCP A 2009, 2145, conclusions d'A. Courrèges et note de C. Devès.

d'accomplir une mission d'intérêt général. Qu'en est-il lorsqu'il n'y a pas de structure dédiée, c'est-à-dire lorsque des collectivités publiques, ayant chacune leur autonomie, collaborent par contrats ? C'est à cette question que l'arrêt du 9 juin 2009 apporte une réponse particulièrement intéressante.

2. Certaines relations intercommunales ne relèvent pas du champ des directives

2.1. La Cour reconnaît le caractère spécifique de la coopération intercommunale

Après avoir rappelé la solution de l'arrêt Coditel Brabant, la Cour admet que le recours à des moyens propres en collaboration avec d'autres autorités publiques peut aussi se faire par le biais d'un contrat de coopération ou de mutualisation, sans recours préalable à la création d'une structure dédiée. Pour rejeter le recours en manquement, la Cour relève, en effet, que « *le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière* » (point 47). Ainsi, pas plus qu'il n'impose aux autorités publiques de recourir à des moyens extérieurs pour assurer les missions dont elles sont investies, le droit communautaire n'impose de recourir à une forme juridique particulière, et notamment celle du prestataire intégré, pour l'utilisation en commun de moyens propres.

La CJCE semble ainsi reconnaître la légitimité propre de la coopération intercommunale, sans qu'il soit besoin de faire application, en la déformant, de la jurisprudence relative aux prestations intégrées. Elle s'inscrit ici dans une logique différente de celle des contrats de quasi-régie. Alors que ceux-ci répondent aux critères du marché public mais dérogent aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les contrats de coopération ne sont pas des marchés publics et sont hors du champ d'application des directives « *Marchés publics* ».

En l'espèce, comme le rappelle l'avocat général, l'exception de prestations intégrées n'était pas ici applicable en l'absence de

contrôle exercé par les circonscriptions sur la commune. Pour autant, la Cour considère que l'on est face, non pas à un marché public, mais à une mesure interne d'organisation administrative.

Elle constate, en effet, que les services de la ville de Hambourg ne peuvent pas être considérés comme un prestataire de services agissant sur un marché puisqu'ils n'assument nullement la responsabilité de l'exploitation de l'installation et n'offrent aucune garantie à cet égard en cas de dysfonctionnement et que cette assistance ne donne pas lieu à d'autres mouvements financiers entre les services de la ville et les Landkreise que ceux correspondant au remboursement de la part des charges incombant à ces dernières, le paiement du prix de la prestation s'effectuant au seul profit de l'exploitant.

La solution est nouvelle et consacre un mode de raisonnement inédit de la part du juge communautaire. Pour la première fois en effet, la Cour s'est attachée à vérifier, avant même d'appliquer les critères du marché public, si la convention litigieuse s'inscrivait ou non dans un contexte de commande publique.

Sont donc désormais exonérées des obligations de mise en concurrence « *la coopération structurelle* » entre collectivités publiques répondant aux conditions des prestations intégrées, mais aussi la « *coopération fonctionnelle* » fondée sur une convention de mutualisation de services¹⁷. Pour autant, il est difficile de déduire de l'arrêt Commission c/ Allemagne des conditions précises qui permettraient à coup sûr de bénéficier de cette jurisprudence.

2.2. Arrêt de principe ou décision d'espèce ?

C'est au terme d'une analyse minutieuse du contexte et des stipulations du contrat que la Cour accepte d'écarter, en l'espèce, la directive. À cet effet, elle fait trois séries de considérations.

¹⁷ H. Hoepffner, « *Mise en concurrence et intercommunalité* », Contrats et marchés publics 2009, comm. 226.

La reconnaissance de l'autonomie des collectivités locales dans l'organisation de la coopération intercommunale

La Cour se livre à une analyse concrète des caractéristiques du contrat

Pour un statut de l'intercommunalité autonome et extérieur au droit des marchés publics

En premier lieu, le contrat de coopération a pour objet d'assurer « *la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune* » aux collectivités parties au contrat. L'existence d'une mission de service public semble donc être une condition essentielle. Mais tous les services d'intérêt général sont-ils concernés ? La Cour a, en effet, jugé utile de préciser que l'élimination des déchets est une mission prévue par la directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975, laquelle oblige les États à établir des plans de gestion des déchets prévoyant, en particulier, des « *mesures appropriées pour encourager la rationalisation de la collecte, du tri et du traitement des déchets* ».

La Cour souligne, ensuite, que le contrat constitue « *l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties* ». En l'espèce, la ville de Hambourg n'a accepté de construire une usine d'incinération surdimensionnée qu'après que les quatre Landkreise se sont engagés à l'utiliser, son exploitation se faisant alors dans des conditions économiques plus favorables. En outre, les parties doivent se porter mutuellement assistance dans le cadre de l'exécution de leur obligation légale d'élimination des déchets. Ainsi, les services de la ville s'engagent à défendre les intérêts des Landkreise auprès de l'exploitant de la centrale et les Landkreise s'engagent à mettre à la disposition de la ville des capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes.

Enfin, la CJCE constate que le contrat ne met en cause que des « *autorités publiques* » sans participation d'une partie privée et qu'il ne préjuge pas de la passation des marchés publics éventuellement nécessaires en aval.

Ainsi, si cette décision contribue à préserver la coopération entre personnes publiques et participe au mouvement de relâchement des contraintes en droit des marchés publics, elle ne permet pas cependant de conclure que l'ensemble de la coopération intercommunale est désormais exclu du champ de l'obligation de mise en concurrence.

Tout comme la CJCE a mis dix ans à fixer les critères des prestations intégrées, elle mettra sûrement longtemps à définir les conditions de la coopération entre collectivités publiques. Peut-être sera-t-elle amenée, dans un souci de simplicité et de cohérence, à admettre que l'intercommunalité constitue une modalité d'organisation rationnelle des États et à accepter que, dans ce cadre, les relations intercommunales ne soient pas regardées comme des contrats soumis aux directives marchés ou aux principes de transparence et de non-discrimination garantis par le traité CE¹⁸. Une telle perspective pose la question de la définition des champs respectifs des jurisprudences Coditel Brabant et Commission c/ Allemagne, et implique une nouvelle répartition entre les formes de coopération relevant des prestations intégrées et celles exclues du champ communautaire.

Guillaume Delaloy (Direction des affaires juridiques).

¹⁸ Cf. chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, AJDA 2008, page 2327.