



HAL
open science

La coopération institutionnelle entre collectivités territoriales n'est pas un marché public

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. La coopération institutionnelle entre collectivités territoriales n'est pas un marché public. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2017, 9, pp.2067. hal-01997551

HAL Id: hal-01997551

<https://hal.science/hal-01997551v1>

Submitted on 29 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La coopération institutionnelle entre collectivités territoriales n'est pas un marché public

Note sous CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH*

Version de travail, publication : JCPA, 2017, n° 9

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble,
GRDPE

Dans une décision qui fera certainement office de principe, la Cour de justice poursuit son travail de qualification juridique de la coopération entre collectivités territoriales. La création d'une structure de coopération dédiée et les transferts de compétences qu'elle entraîne ne sont pas des marchés publics au sens des directives européennes. Elle peut donc être réalisée en dehors des règles de passation propres à ces contrats.

CJUE, 21 décembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Région Nord c/ Region Hannover*, concl. P. Mengozzi : *Contrats et Marchés publ.*, 2017, *comm.* 36, note G. Eckert.

La recherche d'une meilleure efficacité pour la gestion des activités d'intérêt général conduit de plus en plus fréquemment les collectivités territoriales à réfléchir à de nouvelles formes d'organisation de leur gestion. En marge de l'externalisation (au sens strict de « *contrat par lequel une entité administrative charge un tiers non subordonné de réaliser une activité dans le but d'obtenir une contribution à son idée d'œuvre* » selon L. Vanier, in *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, Thèse Univ. Grenoble Alpes, 2016, n° 1074), elles peuvent mettre en œuvre des techniques de coopération entre personnes publiques, qui peuvent prendre deux formes : contractuelle (sur cette question, v. not., H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, n° 242 ; F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 848 et s. ; P. Terneyre, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFD Adm.*, 2014, p. 407 et s.) ou institutionnelle. Leur mise en œuvre peut parfois poser des difficultés, en rendant la différenciation moins nette. Dans sa décision du 21 décembre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne est revenue sur cette distinction, en précisant les conditions auxquelles la création d'une structure de coopération dédiée peut échapper à la qualification de marché public au sens du droit de l'Union européenne (CJUE, 21 déc. 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Région Nord c/ Region Hannover*, C-51/15, concl. P. Mengozzi : *Contrats et Marchés publ.*, 2017, *comm.* 36, note G. Eckert).

La Cour de justice était ainsi saisie de deux questions préjudicielles posées par le Tribunal régional supérieur de Celle en Allemagne, à propos des modalités de création d'une structure de coopération intercommunale. La législation fédérale en matière de déchets et la loi de Basse-Saxe sur les déchets (*Niedersächsische Abfallgesetz*) prévoient que la mission de gestion et de traitement des déchets incombe à un certain nombre de collectivités territoriales, qui peuvent se réunir en

syndicats pour la mettre en œuvre. Se fondant sur ces législations, la région de Hanovre et la ville de Hanovre, compétentes en matière d'enlèvement et de traitement des déchets sur leurs territoires respectifs, ont décidé la réorganisation de leurs activités : dans un premier temps, la ville a transféré sa compétence à la région (décision du 29 novembre 2002) ; dans un second temps, les deux collectivités ont créé le Syndicat de collecte de la région Hanovre (19 décembre 2002), ce dernier étant substitué à la région Hanovre pour la gestion des déchets au 1^{er} janvier 2003. Le règlement de ce syndicat prévoit notamment qu'il procède à l'enlèvement des déchets en vue de leur valorisation et qu'il peut conclure des contrats avec des entités tierces.

En 2011, le volume des contrats conclu par le syndicat avec des tiers représentait environ 6 % du chiffre d'affaires total du syndicat. Constatant le développement important et constant de cette part de l'activité, la Société Remondis GmbH a introduit un recours en vérification de marché public devant les juridictions allemandes. Elle conteste la possibilité, pour le syndicat, de développer des activités au profit de personnes autres que ses deux propriétaires. Plus précisément, elle considère que si, lors de la création du syndicat, les conditions de reconnaissance de la théorie des prestations intégrées entre les deux collectivités et le syndicat étaient réunies, le développement conséquent de l'activité de ce dernier pour le compte de tiers rend l'opération globale d'attribution de la compétence pour la gestion des déchets contraire au droit des marchés publics européen (et aux directives marchés 2004/18/CE et 2014/24/UE). La création du syndicat et l'attribution unilatérale de la compétence pour la gestion des déchets auraient été réalisées en méconnaissance des règles de la coopération contractuelle entre personnes publiques.

Saisie de deux questions préjudicielles, la Cour de justice devait répondre à la question de savoir si la décision de deux collectivités de créer une entité tierce et de lui attribuer unilatéralement une mission leur incombant au préalable est un marché public au sens des directives européennes. Dans l'affirmative, la Cour devait préciser si une telle attribution peut correspondre aux critères de reconnaissance de la théorie des prestations intégrées (CJUE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal Srl*) ou si elle doit respecter les conditions jurisprudentielles de la coopération contractuelle entre personnes publiques (CJUE, 19 décembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*). Pour la Cour, « ne constitue pas un marché public un accord passé entre deux collectivités territoriales, tel celui en cause au principal, sur la base duquel celles-ci adoptent un règlement statutaire portant création d'un syndicat de collectivités, personne morale de droit public, et transférant à cette nouvelle entité publique certaines compétences dont ces collectivités étaient investies jusqu'alors et qui sont désormais propres à ce syndicat de collectivités ». Dès lors, que la création d'une structure *ad hoc* n'est pas assimilée à un marché public, il n'est plus nécessaire de répondre à la seconde question relative aux modalités de sa passation.

La décision *Remondis* donne l'occasion à la Cour de réaffirmer le principe de liberté dont bénéficie un État membre (et par conséquent des collectivités territoriales) dans l'organisation de ses services publics. La Cour confirme ainsi que la création d'une structure intercommunale est l'une des traductions du principe de respect de « l'identité nationale (des États membres), inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale » (T.U.E, art. 4 § 2 ; v., en ce sens, CJUE, 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, C-156/13, point 34). Il ne peut y avoir de marché public – donc externalisation d'une activité – qu'à partir du moment où l'État ou ses démembrements décident de confier la gestion du service à un tiers intervenant sur un marché, éventuellement sous leur contrôle. Cela ne signifie pas pour autant que les collectivités territoriales bénéficient d'une totale liberté. Si la création d'une structure de coopération intercommunale n'est, en toute hypothèse, pas un marché public (I), la Cour précise un certain nombre de conditions à respecter pour qu'elle puisse être assimilée à un acte d'organisation interne (II).

I. La création d'une structure de coopération intercommunale n'est pas un marché public

À l'image du droit interne, le droit de l'Union européenne s'appuie sur une définition explicite et très précise des marchés publics. Reprenant la directive 2004/18 (applicable à l'espèce), la directive 2014/24 les définit comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». Pour écarter l'application de cette définition au cas d'espèce, la Cour s'appuie sur trois arguments principaux. D'abord, la décision de transférer l'exercice d'une compétence de collectivités territoriales ne peut pas être assimilée à une transaction commerciale, car « *une décision relative à l'attribution de compétences publiques ne relève pas du domaine des transactions économiques* » (déc. préc., point 44). Par conséquent, « *le fait même qu'une autorité publique soit déchargée d'une compétence dont elle était précédemment investie fait disparaître, dans son chef, tout intérêt économique à la réalisation des missions qui correspondent à cette compétence* » (*id.*).

Ensuite, la création d'une structure intercommunale n'est pas assimilable à un contrat. Comme le relève l'avocat général Mengozzi, « *un élément essentiel de cette notion est la création d'obligations juridiquement contraignantes de nature synallagmatique* » (concl. sur CJUE, 21 déc. 2016, point 36). La Cour reprend ce raisonnement, affirmant que « *le caractère synallagmatique du contrat une caractéristique essentielle d'un marché public* » (déc. préc., point 43).

Enfin, la qualification de marché public suppose l'existence de contreparties financières au profit du pouvoir adjudicateur. La difficulté en l'espèce est liée au fait que la création de la structure tierce a été accompagnée d'une réaffectation de moyens financiers particuliers. La question était alors celle de savoir si cette réaffectation pouvait être assimilée au paiement d'un prix. La Cour rejette l'argument, relevant simplement qu'une telle réaffectation est « *une conséquence logique, voire nécessaire, du transfert volontaire ou de la réattribution imposée de cette compétence de la première autorité à la seconde* » (déc. préc., point 45). Elle ne peut pas être assimilée au paiement d'une prestation, car le transfert d'une compétence va au-delà de l'acquisition d'un bien ou d'un service (concl. préc., n° 43). Dès lors, la création du syndicat n'est pas assimilable à l'hypothèse dans laquelle une collectivité territoriale avait confié certaines tâches d'exécution d'une mission de service public à une autre collectivité territoriale, contre le paiement d'un prix (CJUE, 13 juin 2013, *Piepenborck*, C-386/11). Elle n'est pas non plus semblable à celle dans laquelle une collectivité territoriale confie une mission par voie de mandat à un tiers (CJCE, 20 oct. 2005, *Commission c/ France*, C-264/03). La différence fondamentale est que, dans les deux cas, la collectivité à l'origine du contrat conservait le pouvoir de contrôler son exécution, qui était simplement confiée à un tiers. Ce dernier ne faisait que mettre en œuvre la compétence détenue par l'autorité publique.

L'acte de création d'une structure de coopération intercommunale n'est pas un marché public. Pourtant, cela ne suffit pas à écarter totalement l'application du droit de la commande publique.

II. La création d'une structure de coopération intercommunale peut être un acte d'organisation interne

La création d'une structure de coopération intercommunale n'est pas suffisante, en tant que telle, pour écarter complètement l'application des règles de la commande publique. La Cour de justice différencie l'acte portant création d'une structure dédiée de celui par lequel une ou plusieurs personnes publiques impliquent un tiers (de droit public ou de droit privé) dans la gestion d'une activité de service public. Elle s'appuie ce faisant sur la distinction entre acte d'organisation (hors du champ concurrentiel) et acte de gestion des services publics (dans le

champ concurrentiel). L'assimilation de la coopération institutionnelle à un acte relevant de « l'organisation interne de l'État membre » (Dir. 2014/24, art. 1^{er}, § 6) est subordonnée à la vérification de la réalité du transfert de compétences des collectivités territoriales vers la structure de coopération intercommunale, le syndicat dans le cas d'espèce.

Pour que la coopération institutionnelle sorte du champ concurrentiel, il est nécessaire qu'elle s'accompagne du transfert réel de compétences des collectivités vers la personne publique dédiée. Ce transfert doit avoir « un caractère global » selon l'avocat général Mengozzi (concl. préc., point 53), ce qui se traduit pour la Cour par le fait qu'il « ne saurait donc exister si l'autorité publique nouvellement compétente n'exerce pas cette compétence de manière autonome et sous sa propre responsabilité » (déc. préc., point 51, reprenant les concl. préc., point 53). Elle distingue clairement la coopération intercommunale de l'hypothèse très particulière des contrats de mandat issus de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, qui sont des marchés publics (CJCE, 20 oct. 2005, déc. préc.). La Cour relève toutefois que dans les deux affaires « ces transferts sont de même nature, bien que d'ampleurs différentes », ce qui lui permet d'adopter un raisonnement similaire dans la décision *Remondis* (déc. préc., point 48).

L'entité doit bénéficier d'une « pleine autonomie » (concl. préc., point 55), qui est autant matérielle que financière. Elle doit disposer des pouvoirs lui permettant « d'organiser l'exécution des missions qui relèvent de cette compétence ainsi que d'établir le cadre réglementaire relatif à ces missions » (déc. préc., point 49). L'autorité transférante doit « être complètement dessaisie » de la compétence au profit de la structure de coopération intercommunale dont l'action ne doit pas être, en toute hypothèse, soumise à une autorisation préalable (concl. préc., point 53). La structure de coopération doit également jouir « d'une autonomie financière permettant d'assurer le financement desdites missions » (déc. préc., point 49), ce qui signifie que son action ne doit pas dépendre de l'obtention de financements par l'autorité transférante (concl. préc., point 54).

La Cour apporte toutefois deux précisions à l'idée de gestion en pleine autonomie. Une précision temporelle : le transfert de compétences n'a pas à avoir un caractère irréversible. Les attributions ou réattributions successives des compétences des États membres ou de leurs démembrements publics relèvent de la liberté d'organisation interne (déc. préc., point 53 et concl. préc., point 54). Une précision matérielle : le transfert d'une compétence n'est pas incompatible avec la conservation, par l'autorité transférante, d'un « certain droit de regard » sur la gestion de la compétence transférée (déc. préc., point 52). Comme le relève l'avocat général, les collectivités peuvent ainsi conserver « un certain degré d'influence », « de type politique », liée à « la responsabilité politique que la collectivité territoriale a envers ses administrés au regard de l'accomplissement de la mission de service public sur son territoire » (concl. préc., point 56). La Cour ajoute que cette influence peut s'exercer par l'intermédiaire des organes de la structure de coopération, telle « une assemblée générale composée des représentants des collectivités territoriales précédemment compétentes » (déc. préc., point 52). L'étendue de ce droit de regard sera certainement délicate à apprécier pour les juridictions de renvoi.

Au final, deux hypothèses méritent d'être distinguées. En premier lieu, les personnes publiques peuvent décider la création d'une structure intervenant sur un marché. Les relations avec ladite structure sont alors soumises au droit de la commande publique, même si la nouvelle structure est dotée de la personnalité morale de droit public et que sa création n'est pas, en tant que telle, contraire au droit de la commande publique. L'entité ne fait que participer à la réalisation du service public, qui reste organisé (et étroitement contrôlé) par les personnes publiques commanditaires. La Cour rappelle d'ailleurs que « l'autorisation ou l'interdiction, pour les entités publiques des États membres ou certaines catégories d'entre elles, d'exercer une activité sur le marché en dehors de leur action d'intérêt général, relève de la réglementation interne des États membres » (déc. préc., point 54). Dès lors, la seule possibilité de s'affranchir des règles de mise en concurrence est la

reconnaissance de la théorie des prestations intégrées : la structure, quoique distincte des personnes publiques créatrices, n'est pas suffisamment autonome pour être assimilée à un véritable tiers : elle relève de la quasi-régie (L. Rapp, « quasi-régie, quasi-régime », *AJDA*, 2010, p. 588 et s.), ou « *gestion interne déléguée* » (L. Vanier, *thèse préc.*, n° 835).

En second lieu, les personnes publiques peuvent décider de mutualiser leurs compétences et d'en transférer la responsabilité. Cette dernière devient responsable de l'organisation du service, en lieu et place des collectivités territoriales. Le transfert des compétences des collectivités vers la structure relève alors de « *l'organisation interne de l'État membre* » au sens de la Directive 2014/26 (art. 1^{er} § 6) et échappe logiquement au droit de la commande publique. L'unilatéralité du transfert est l'un des éléments centraux de la distinction entre ces deux hypothèses, car, selon P. Mengozzi, la « *logique contractuelle me semble étrangère aux transferts de compétences* » (concl. préc., point 54). En validant cette approche, c'est le fondement même de l'intercommunalité – et plus largement de la décentralisation territoriale – qui est sort renforcé par la Cour de justice.