



INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

Université de Strasbourg

Les prestations de service des collectivités territoriales

Denis CIESLIK

**Mémoire de 4^{ème} année, filière Droit et administration publique
Sous la direction de Jerry Kimboo**

Année 2017 - 2018

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je voudrais dire mes remerciements pour Monsieur Jerry KIMBOO, Avocat au Barreau de Nantes, Chargé d'enseignement de droit public à l'Université de Nantes, pour le temps qu'il a bien voulu consacrer à m'accompagner dans l'analyse du sujet et la recherche documentaire et pour les conseils qu'il a bien voulu me prodiguer tout au long de la préparation de ce mémoire.

Je voudrais également remercier le Professeur Jacques FIALAIRE pour sa participation au jury devant lequel j'ai soutenu ce mémoire.

SOMMAIRE

Entre coopération locale et marché concurrentiel, les prestations de services des collectivités territoriales présentent des aspects bien différents.

Justifiées dans le cadre de la coopération locale, dans des relations verticales institutionnelles ou dans des relations horizontales conventionnelles, elles se révèlent moins pertinentes, si ce n'est illégitimes, quand les collectivités interviennent en tant qu'opérateurs économiques dans le champ concurrentiel.

Introduction

Le thème des prestations de service entre collectivités territoriales pose la question de la frontière entre ce qui relève de la collaboration entre collectivités publiques territoriales, la coopération locale ou intercommunale, et l'action économique d'une personne publique qui peut se comporter sur un marché concurrentiel comme un quelconque opérateur économique.

La coopération locale vise à satisfaire deux objectifs, le premier étant de définir un champ territorial pertinent pour la gestion des affaires locales et, le second, d'optimiser l'utilisation des ressources publiques ou de rationaliser l'usage des moyens.

Pour atteindre ces objectifs, la coopération locale s'est organisée selon trois grands axes :

Le transfert de compétences, notamment à travers des textes de références comme la loi du 22 mars 1890 sur les syndicats de communes, celle du 6 février 1992 relative à l'administration de la république, la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales ou enfin la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, a donnée naissance à une organisation territoriale dans laquelle, notamment, des regroupements de communes exercent, en lieu et place des communes, des compétences qui leur sont propres et exclusives.

Le partage ou la mise à disposition de moyens organisés notamment par les articles L5111-1-1 ou L5211-4-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) permettent aux personnes publiques de mettre en commun des moyens nécessaires à l'exercice par chacun de ses propres compétences.

La prestation de service consiste en un service fourni par une personne publique à une autre personne publique cocontractante en vue de lui faciliter l'exercice de ses compétences.

Le transfert de compétences n'a jamais soulevé de difficultés en terme d'application du droit de la concurrence ou au regard de l'application du droit des marchés publics.

Tel n'est pas le cas de la mise à disposition de moyens d'une personne publique au profit d'une autre qui, d'un strict point de vue du droit des marchés publics, s'opère sans mise en concurrence, en violation des principes de la commande publique.

Dès 2007, la commission européenne a notifié à la France un avis motivé au titre de l'article 226 du Traité CE dans le cadre d'une procédure d'infraction relative à certaines dispositions du code des collectivités territoriales.

Ces dispositions, par exemple l'article 5721-9 du CGCT, permettent que les services d'une collectivité territoriale membre d'un syndicat mixte soient mis à la disposition de ce syndicat mixte.

La Commission considérait que cette mise à disposition, dont les modalités et notamment la rémunération étaient fixées par une convention entre, d'une part, la commune ou la collectivité territoriale et, d'autre part, l'Etablissement public de coopération intercommunal (EPCI) ou le syndicat mixte concerné, revenait 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 publics et, en particulier, par les directives "marchés publics" 2004/18/CE et 2004/17/CE alors en vigueur.

La Commission n'ayant jamais donné suite à cet avis, on peut désormais considérer que la mise à disposition de moyens entre personnes publiques est conforme au regard du droit de la concurrence ou du droit des marchés publics mais la jurisprudence s'est attaché à fixer les modalités de la mutualisation des moyens.

Il en va également pour les prestations de service entre les collectivités territoriales, prestations de service entendues ici au sens que le code civil donne au louage d'ouvrage, c'est-à-dire l'engagement d'une des parties à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles.

Les prestations de service entre collectivités territoriales ou entre collectivités publiques territoriales s'inscrivent dans deux cadres juridiques différents : le premier est celui de la coopération locale dont il constitue, comme nous l'avons indiqué, un des axes ou l'une des modalités.

La prestation de service peut également résulter de la volonté d'une personne publique de vendre des services sur un marché concurrentiel, se comportant ainsi comme un opérateur économique que l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics définit comme étant "*toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services*".

Ainsi la notion de prestations de services telle qu'elle sera analysée dans la présente étude couvre aussi bien la mise à disposition de moyens que l'action de gestion d'un service d'une collectivité par une autre.

L'objectif sera de mettre en relief les caractéristiques de chacune de trois notions de prestations de types de prestations de service et d'apprécier, sous l'angle du droit des marchés publics et du droit de la concurrence, leur pertinence.

Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, l'intervention publique a reposé essentiellement sur les idées de puissance publique et de prérogatives de puissance publique au nombre desquelles figurent en première place l'acte unilatéral et la décision exécutoire.

Les relations contractuelles entre personnes publiques n'étaient pas, pour autant, inconcevables¹ même si elles demeuraient limitées².

La mise en œuvre de la décentralisation, le développement des compétences et des structures locales ont incontestablement favorisé le recours au contrat qui se présente aujourd'hui comme un instrument majeur de l'action administrative.

¹ Note Hauriou sur CE 20 janvier 1899 Administration des pompes funèbres Sirey 1899 p 3113.

² Jean-Claude Douence "les conventions entre personnes publiques, Mélanges Stassinopoulos LGDJ 1974 p 113.

La prestation de service des collectivités publiques met en jeu au moins quatre principes :

- d'une part, deux principes généraux que sont le principe de liberté du commerce et de l'industrie³ et celui de l'égalité de concurrence entre personnes publiques et personnes privées qui constitue une modalité de mise en œuvre de l'intervention publique dans le champ concurrentiel⁴ ;
- d'autre part, deux principes spécifiques aux personnes publiques, les principes de spécialité et d'exclusivité.

La question se pose de l'articulation de ces différents principes.

Le droit positif ne distingue pas la prestation de service, outil de coopération locale, de la prestation de service, moyen de l'intervention économique d'une personne publique.

On aurait pu pourtant imaginer que ces principes s'appliquent de façon parfaitement différenciée :

- d'un côté, la liberté de convention entre personnes publiques, appréciée à l'aune des principes de spécialité et d'exclusivité.
- de l'autre, le principe de liberté du commerce et de l'industrie s'appliquant à l'intervention des personnes publiques dans le champ concurrentiel, ce qui renvoie à la légitimité d'une telle intervention.

C'est la situation tacitement admise jusqu'à la fin des années 1980-1990. Dans ses conclusions sur l'arrêt Communauté de communes du Piémont de Barr⁵, le commissaire du gouvernement Henri Savoie exprime un net penchant pour cette approche.

On peut à l'inverse considérer que les personnes publiques ont toute latitude d'intervention dans un champ concurrentiel qui leur est largement ouvert et que toute prestation de service entre personnes publiques est soumise à l'application indistincte des quatre principes.

³ Telle qu'elle résulte des Décrets d'Allarde de 1791 et de son application jurisprudentielle CE 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

⁴ Dans son arrêt d'assemblée du 30 mai 2006, Ordres des avocats au barreau de Paris, le Conseil d'Etat a semble-t-il réaffirmé la complémentarité entre, d'une part, le principe de liberté du commerce et de l'industrie et sa jurisprudence "chambre syndicale du commerce en détail de Nevers", qui demeure la règle, et, d'autre part, l'égalité de la concurrence illustrée par l'avis "Jean-Louis Bernard Consultants".

⁵ CE 20 mai 1998 AJDA 1998 p 632.

C'est incontestablement le cadre juridique actuel :

- les personnes publiques disposent désormais d'une large capacité de conclure entre elles des conventions de prestations de service et peuvent intervenir au profit de personnes privées.
- sous l'influence du droit communautaire, notamment en dernier lieu la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics, les prestations de services entre pouvoirs adjudicateurs ont été assujetties aux codes des marchés publics.

Les prestations de services sont devenues un mode courant de coopération entre collectivités publiques, en particulier les EPCI et les communes, qui heurte pourtant les principes d'exclusivité et spécialité (I).

Mais l'intervention des personnes publiques sur le marché concurrentiel continuent de cristalliser l'opposition des opérateurs économiques, entreprises privées, tant elles ont le sentiment, malgré les conditions qui s'appliquent à ces intervention, de l'illégitimité de l'action des personnes publiques entrepreneurs (II).

1) Les prestations de service dans le cadre de la coopération locale.

Pendant longtemps, le principe était que les relations entre collectivités publiques étaient régies par un droit exorbitant du droit commun administratif.

Ainsi, le professeur Franck Moderne a-t-il pu dans les années 90 considérer que " le droit des marchés publics a été conçu en fonction des relations entre les collectivités publiques et les cocontractants du secteur privé ".

Mais dans une Union Européenne fondée sur une conception libérale, qui fait de la libre concurrence l'alpha et l'oméga du marché commun, le droit communautaire a vite battu en brèche le principe de libre coopération entre personnes publiques : l'ouverture des marchés à la libre concurrence s'accommodait fort mal de l'existence d'un secteur d'échanges, marchant aux yeux de certains, d'où les opérateurs économiques privés auraient été exclus.

Certes, après quelques tâtonnements, la Cour de Justice de l'Union dans l'arrêt Stad Halle (CJUE 11 janvier 2005) a-t-elle admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombe par ses propres moyens administratifs techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services.

Notre droit interne pour sa part a toujours considéré que le choix du mode de d'organisation d'un service public constituait une compétence essentielle des personnes publiques, ce que le Doyen Bonnard définissait comme " le droit inaliénable et discrétionnaire pour l'administration de décider du mode d'organisation des services publics ".

Le Conseil d'Etat, après avoir jugé en 1930 qu'une commune pouvait " faire procéder par ses propres agents aux travaux d'imprimerie nécessaires au fonctionnement de ses services " (CE sect. 26 juin 1930, Bourrageas), réaffirmait dans l'arrêt Société Unipain du 29 avril 1970 que " le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses moyens propres aux besoins de ces services ".

En revanche dès lors qu'intervient une autre personne juridique de droit public, se pose la question du régime juridique de ces prestations, régime qui tient tout à la fois du droit de la commande publique et du droit de la concurrence.

Au fil de l'évolution tant du droit communautaire que du droit interne, on peut semble-t-il distinguer deux orientations dans l'analyse des relations contractuelles entre collectivités territoriales dans le cadre de la coopération locale :

- d'une part le régime des relations verticales, entre personnes publiques dont l'une est liée à l'autre par des relations institutionnelles (A).
- d'autre part le régime de ce que la jurisprudence communautaire appelle les relations horizontales, c'est-à-dire entre personnes publiques indépendantes les unes à l'égard des autres (B)

A - La coopération entre personnes publiques unies par un lien institutionnel.

Cette coopération prend la forme soit d'une prestation de service au sens de prise en charge d'un service public relevant d'une collectivité par une autre (a), soit celle d'un partage de moyens, la mutualisation des services (b).

a) la prestation de service entre EPCI et communes membres.

Compte tenu des liens institutionnels qui unissent les EPCI et les communes, la loi a progressivement attribué aux différents EPCI une habilitation générale en matière de prestations de services.

L'article L. 5215-27 du CGCT dispose que la communauté urbaine peut confier, par convention avec la ou les collectivités concernées, la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de ses attributions à une ou plusieurs communes membres, à leurs groupements ou à toute autre collectivité territoriale ou établissement public.

Dans les mêmes conditions, ces collectivités peuvent confier à la communauté urbaine la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de leurs attributions.

Ces dispositions ont été rendues applicables aux communautés d'agglomération par l'article 48 de la loi du 27 février 2002, codifié à l'article L. 5216-7-1 du CGCT)

Ces dispositions s'appliquent aux communautés de communes (article L. 5214-16-1 du CGCT) uniquement si elles agissent pour le compte de leurs communes membres.

Mais les communautés de communes peuvent être autorisées par leurs statuts à agir pour le compte d'autres collectivités que leurs membres, à condition que la nature des prestations et les bénéficiaires soient précisément définis.

Il en est de même s'agissant des syndicats intercommunaux et des syndicats mixtes qui peuvent assurer des prestations de services en faveur de personnes morales extérieures et de leurs propres membres.

Ces habilitations extrêmement larges constituent d'abord une remise en cause du principe de spécialité territoriale.

On peut comprendre une prestation de service d'un EPCI au profit de la voirie communale d'une commune membre, à l'occasion d'une intervention sur la voirie d'intérêt communautaire.

On comprend moins l'intervention d'un EPCI sur le territoire d'une commune extérieure à son territoire, par exemple par l'acquisition d'un immeuble pour les besoins d'une intervention économique étrangère au surplus à sa compétence⁶.

Ces habilitations remettent également en cause le principe de spécialité fonctionnelle : c'est l'intervention des EPCI en dehors du cadre des compétences qui leur ont été transférées.

⁶ Réponse ministérielle 77177 JOAN 31 janvier 2006 : il s'agissait en l'espèce du projet d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) d'acquies d'un immeuble, situé sur le territoire d'une communauté de communes voisine, en vue de maintenir sur le territoire départemental la présence d'une entreprise regroupant deux cents emplois.

Ainsi une communauté de communes prend en charge des opérations de requalification urbaine portant en particulier sur la voirie urbaine, alors qu'elle n'est compétente que pour la voirie rurale⁷.

Ces interventions constituent vraisemblablement une mauvaise méthode pour remédier aux dysfonctionnements de l'intercommunalité, notamment en termes de répartition de compétences ou de définition de l'intérêt communautaire, ou à certaines incohérences de sa mise en œuvre, en particulier la définition du champ territorial pertinent pour les EPCI.

L'intervention des communes dans un champ de compétences transférées conduit ensuite à une remise en cause du principe d'exclusivité.

En application du principe d'exclusivité, une commune ne peut intervenir dans un champ de compétence qu'elle a transféré à un EPCI⁸

Quand la compétence création et l'aménagement de la voirie est transférée à une communauté de communes, l'entretien est nécessairement transféré.

On comprend d'un point de vue pratique qu'une communauté de communes puisse confier par convention l'entretien de la voirie aux communes membres, d'autant qu'un EPCI n'est pas tenu d'exercer lui-même et en totalité la compétence qui lui est transférée⁹

On comprend moins qu'une communauté urbaine confie systématiquement aux communes membres la gestion des parkings situés sur leur territoire, parkings dont elle assure la maîtrise d'ouvrage dont le déficit éventuel d'exploitation est assuré par la commune alors que le boni d'exploitation est partagé.

Ces interférences ont pour conséquence que les EPCI se dessaisissent d'une partie de leur compétence au profit des communes et inversement, dans des conditions si peu précises qu'elles ont pour effet de remettre en cause la ligne de partage des compétences entre personnes publiques et donc le principe même du transfert de compétences.

⁷ Communauté de communes de Marie Galante, Cour de Comptes "l'intercommunalité en France" novembre 2005 page 158.

⁸ CE 16 octobre 1970 Commune de Saint Vallier.

⁹ Réponse ministérielle 52621 JOAN 5 avril 2005.

En d'autres termes, on peut considérer que les prestations de service soit révèlent le caractère inachevé de la décentralisation et mettent en relief les méfaits du mille-feuille institutionnel que constitue encore l'organisation territoriale actuelle, soit constituent un substitut nécessaire aux formules institutionnelles de coopération.

Plus prosaïquement, ce sont souvent des considérations financières voire un souci de bonne gestion qui justifient le recours à ces conventions, faute en réalité de conditions de mise en œuvre suffisamment contraignantes.

Si le droit interne s'est montré peut exigeant sur les conditions d'application de ces dispositions, le droit communautaire s'est montré plus rigoureux dans la mise en œuvre des relations entre personnes publiques, distinguant les relations descendantes des relations ascendantes.

La notion de relations descendantes correspond à l'idée de services rendus par une structure intercommunale au profit des communes membres.

L'arrêt Coditel Brabant a consacré l'exclusion de la relation descendante de l'obligation de mise en concurrence au motif que 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 ", ou encore un " faux tiers ", pour reprendre la formule du commissaire du gouvernement Anne Courrèges dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé.

La Cour de justice de l'union européenne a procédé à un raisonnement en trois temps :

- l'entité concessionnaire est une société coopérative intercommunale, régie par la loi relative aux intercommunales. dont les affiliés sont des communes ainsi qu'une association intercommunale regroupant elle-même exclusivement des communes, et qu'elle n'est pas ouverte à des affiliés privés.
- La circonstance que les organes de décision de cette intercommunale sont composés de délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées indique que

ces dernières maîtrisent les organes de décision de Brutele et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de celle-ci.

- L'objectif statutaire de l'intercommunale est la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle elle a été créée et qu'elle ne poursuit aucun intérêt distinct de celui des autorités publiques qui lui sont affiliées.

Ainsi la cour en a conclu que, malgré l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil d'administration, la société intercommunale ne jouit pas d'une marge d'autonomie excluant que les communes qui lui sont affiliées exercent sur elle un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

C'est donc l'application pure et simple de la théorie du " in house " aux relations entre les ECPI de notre droit interne et les communes.

Mais l'inverse n'est pas vrai.

Dès l'introduction en 2004 de l'article L5211-4-1 du code général des collectivités locales qui autorise les EPCI à mettre leurs personnels et leurs services à la disposition des communes et inversement, la Commission Européenne a considéré que la mise à disposition "ascendante ", des communes vers un EPCI, par convention, revient à " attribuer de gré à gré un marché public aux services de la commune " qui ne respectent pas les procédures de passation prévues par le droit communautaire des marchés publics.

Il est vrai qu'il est exclu de trouver un quelconque contrôle exercé par une intercommunalité sur les communes membres.

Mais en définitive la Commission après avoir adressé un avis motivé à la France n'a pas donné suite de sorte que, sans qu'elle repose sur un fondement juridique affirmé, en droit communautaire en tout cas, la relation ascendante est admise au même titre que la relation descendante.

Ainsi et sous ces quelques réserves, les prestations de service entre collectivités liées par un lien institutionnel peuvent se nouer en dehors de toute mise en concurrence.

b) la mutualisation des services.

Dans les années 2000, l'idée de mutualiser les services entre les communes et les établissements publics de coopération intercommunale a été mise en œuvre, afin de permettre aux administrations locales de réaliser des économies financières rendues nécessaires par une conjoncture économique déjà marquée par le désengagement de l'Etat.

La nécessité de mutualiser tient aussi au fait que la création des intercommunalités créaient des juxtapositions de structures administratives et des " doublons " avec les services des communes membres ¹⁰.

L'idée est de mettre en place des " services partagés " ¹¹ afin de rentabiliser la création de ces structures et permettre ainsi non seulement une économie de moyen et de finance, mais également d'assurer sur le plan humain un service efficace qui répondra plus largement aux besoins des administrés.

Le code général des collectivités territoriales a mis en place des mécanismes permettant l'optimisation de cette mutualisation, avec notamment des mises à dispositions entre les communes et les établissements publics de coopération intercommunale (article L. 5211-4-1 du code général des collectivités territoriales).

Le CGCT prévoit notamment que

" I. - Le transfert de compétences d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre. Toutefois, dans le cadre d'une bonne organisation des services, une commune peut conserver tout ou partie du service concerné par le transfert de compétences, à raison du caractère partiel de ce dernier.

¹⁰ Olivire Didriche, Directeur adjoint en charge des affaires juridiques de la Ville et de la communauté d'agglomération de Reims, « Les aspects financiers des mises à disposition de services entre communes et établissements publics de coopération intercommunale », AJ Collectivité Territoriales 2010, p. 102, Dalloz.

¹¹ Ibid.

Les fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires qui remplissent en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service transféré en application de l'alinéa précédent sont transférés dans l'établissement public de coopération intercommunale. Ils relèvent de cet établissement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs.

Les modalités du transfert prévu aux deux premiers alinéas du présent I font l'objet d'une décision conjointe de la commune et de l'établissement public de coopération intercommunale. Cette décision est prise après établissement d'une fiche d'impact décrivant notamment les effets du transfert sur l'organisation et les conditions de travail, ainsi que sur la rémunération et les droits acquis des fonctionnaires et des agents territoriaux non titulaires concernés. La fiche d'impact est annexée à la décision. Les accords conclus préalablement à la décision sont annexés à la décision. La décision et ses annexes sont soumises à l'avis du ou des comités techniques compétents (...) ".

Ici, les structures déterminent, par décision conjointe, laquelle d'entre elle aura en charge l'exercice d'une activité, qui n'est pas spéciale à l'une quelconque d'entre elle, et qui répond à un besoin des administrés.

En pratique, cette mutualisation intervient pour la partie administrative des structures, comme les pôles juridiques, ou informatiques, et permettra, souvent dans la structure intercommunale, de regrouper l'ensemble des prestations dont les structures ont besoin en interne pour fonctionner correctement.

Ces mutualisations seront mises en place selon les dispositions de l'article L. 5211-4-1 II du code général des collectivités territoriales, selon deux modalités possibles :

- La signature d'une convention en vue de la mise à disposition de l'établissement public de coopération intercommunale en faveur d'une ou plusieurs communes ;
- Une délibération du conseil de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, qui décidera d'unifier son personnel, qui pourra intervenir dans les communes qui le souhaiteront.

Il existe dans tous les cas une intention économique. Les prestations de services réalisées par les structures administratives d'une collectivité au profit de l'autre fera l'objet d'un remboursement des frais engagés au profit de la structure qui a déployé ses moyens au profit des autres structures administratives.

Une attention particulière doit être portée sur la nécessité de conclure une convention aux règles bien établies, et qui prévoient uniquement le remboursement des frais de fonctionnement des services, et non par exemple, les frais inhérents à l'investissement dans les services¹².

La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée sur ce point, et a considéré qu'il n'était pas possible pour un EPCI d'imposer aux autres structures (les communes) le coût de frais fixés de manière forfaitaire¹³.

A l'évidence, il est impératif que les EPCI (ou les communes dans l'hypothèse d'une convention dans ce sens) qui agissent en qualité de prestataires de service, doivent demander le remboursement des frais réels engagés pour la mise en place de la prestation.

La transparence dans le calcul des frais de prestation doit donc être de mise. Ce sont les services de comptabilité et de gestion qui généralement auront en charge d'établir un bilan des charges réelles engagées dans le cadre de cette prestation de service, et qui facturera selon le calendrier de paiement qui aura été de préférence établi dans la convention qui aura été signée, ou dans la délibération de l'établissement public de coopération intercommunale.

Il est utile de faire tout de même mention d'une exception, consistant à prévoir un budget annexe, dans le cadre des conventions conclues entre les structures, lorsque c'est l'établissement public de coopération intercommunale qui bénéficie de la prestation de service.

¹² Ibid.

¹³ CAA Nancy, 11 juin 2009, Communauté de Commune du bassin de Lons-le-Saunier, req. N°08NC00606.

Cette obligation de prévoir ce budget annexe est visée à l'article L. 5211-56 du code général des collectivités territoriales.

En tout état de cause, il est généralement conseillé de mettre en place une commission ad hoc, qui aura pour vocation de vérifier la tenue des comptes, et discuter des frais engagés dans le cadre de l'exécution de la prestation de services, afin de s'assurer que les frais ne sont pas trop élevés par rapport à l'usage qui est fait de cette prestation, des besoins et des capacités des structures qui en sont bénéficiaires.

Bien que les ambitions de la loi tenaient à la nécessité de neutraliser certaines dépenses, et permettre des économies de moyens et surtout de finances, au lendemain de la mise en place de ce système, le rapport de la Cour des comptes n'était pas des plus encourageant, puisqu'il précisait qu'en 2011, non seulement les dépenses des collectivités locales n'avaient pas chuté, mais encore que les frais engagés étaient au contraire en hausse, (+2.1% pour les communes +3.3% pour les EPCI du fait de l'alourdissement des charges de personnel)¹⁴.

Le Sénat s'est intéressé à la question, et a indiqué dans son rapport d'information sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales¹⁵, que cette mutualisation est un "gage d'efficacité de l'action publique en ce qu'elle permet de fournir à une collectivité des supports utiles, voire indispensables, à l'accomplissement de ses missions et un enjeu essentiel de la maîtrise des dépenses publiques locales en permettant de dégager de nouvelles marges de manœuvre dans un contexte d'évolution structurelle à la hausse des dépenses des collectivités territoriales et de stagnation, voire de diminution, de leurs recettes (...) cet outil d'optimisation (...) reste bien en deçà du champ de ses potentialités "¹⁶.

¹⁴ Frédéric Advielle, Président de la chambre régionale des comptes de Basse-Normandie, Haute-Normandie, « *Les chambres régionales et territoriales des comptes et les mutualisations de services* », AJDA 2012, p. 1952, Dalloz.

¹⁵ Rapport d'information n°495, session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 mai 2010.

¹⁶ Frédéric Advielle, Président de la chambre régionale des comptes de Basse-Normandie, Haute-Normandie, « *Les chambres régionales et territoriales des comptes et les mutualisations de services* », AJDA 2012, p. 1952, Dalloz.

Le Sénat a par la suite décidé d'augmenter les dotations d'intercommunalité à compter de l'année 2015, afin d'inciter les établissements publics de coopération intercommunale à une plus grande mutualisation.

Le Sénat indiquait notamment que " Ainsi 10 % de la dotation d'intercommunalité seront-ils répartis, à compter de 2015, en fonction d'un coefficient intercommunal de mutualisation. Ce coefficient correspond au rapport entre les dépenses de fonctionnement de l'établissement public de coopération intercommunale et la somme des dépenses de fonctionnement des communes membres et de l'ensemble des établissements publics de coopération intercommunale sur le territoire de celles-ci "¹⁷.

Aujourd'hui le système de la mutualisation est devenu une obligation et même une contrainte sur le plan financier pour les communes qui doivent se rallier à ce système.

Alors que les gouvernements et la Cour des comptes s'appuient sur des ratios d'études économiques comparées entre les pays industrialisés, laissant démontrer que la mutualisation des services a un impact positif sur l'économie des administrations de l'Etat, les élus peinent à mettre en place ce système contraignant financièrement, qui implique une gestion du flux, et invite à rajouter des frais pour encourager les agents mutés dans les structures bénéficiaires des prestations de services.

Selon l'adage populaire " les bons comptes font les bons amis ". A l'évidence, les conflits subsistent au sein des communes, pour la mise en place, l'élaboration des frais et frais annexes, et le paiement des frais réels engagés.

En définitive, la mutualisation des services crée une concurrence interne entre EPCI et communes qui conduit à s'interroger sur la pertinence de ces prestations contraintes.

B- Les relations horizontales

Tant le droit interne que le droit communautaire ont posé le principe selon lequel les contrats passés entre personnes publiques sont soumis aux procédures nationales et européennes des marchés publics.

¹⁷ Projet de Loi de développement des solidarités territoriales et de la démocratie locale, Sénat, n°497, session ordinaire de 2012-2013, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 avril 2013.

a) l'intercommunalité conventionnelle.

La CJUE en a très rapidement précisé les modalités d'application puisque dans son arrêt Teckal du 19 novembre 1999, elle souligne que le droit des marchés communautaire est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel (c'est l'idée de relations horizontales), un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.

Il n'en va différemment que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent : c'est l'hypothèse de la convention in house, ou pour utiliser la terminologie désormais préconisée les contrats de quasi-régie.

Cette soumission au droit de la commande publique des relations entre collectivités territoriales (le cas des EPIC étant tout différent) a été rapidement intégrée au droit national, notamment par l'arrêt Communauté de communes du Piémont Barr (CE 20 mai 1998) contre l'avis de son commissaire du gouvernement Henri Savoie.

De fait, toute relation horizontale entre collectivités s'est trouvée pleinement assujettie au droit de la commande publique puisque par définition, l'hypothèse des contrats de quasi-régie était exclue en application du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales qui interdit le contrôle d'une collectivité territoriale sur une autre.

Curieusement, les premières évolutions sont venues de la jurisprudence communautaire. Après avoir admis que les autorités publiques pouvaient recourir à des moyens communs à plusieurs d'entre elles pour accomplir leurs missions de service public CJUE 17 avril 2007 ASEMFO C-295/05), la jurisprudence communautaire a admis que le contrôle qui caractérisait les contrats de quasi-régie pouvait être exercé conjointement par plusieurs autorités (CJUE 13 novembre 2008, Coditel Brabant -324/07), la cour précisant " cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir

leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques ".

Le Conseil d'Etat a suivi cette voie dans son arrêt Commune d'Aix en Provence (6 avril 2007) quand il considère que les collectivités publiques responsables d'un service public " doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service " (ou encore syndicat national des industries de santé du 4 mars 2009 ou il admet qu'un groupement d'intérêt public est un organisme commun au sens de l'arrêt Commune d'Aix en Provence).

Désormais, point n'est besoin d'un organisme commun et d'un contrôle analogue.

Partant de l'idée 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, la CJUE, dans son arrêt Commission contre Allemagne du 9 juin 2009 considère que le contrat qui confie à l'un des cocontractants publics le soin d'assurer des prestations au bénéfice des autres instaure une coopération entre collectivités locales dans le but d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, et qui par voie de conséquence est étrangère au champ des marchés publics

Selon la jurisprudence de la CJUE, synthétisée par l'arrêt Piepenbrock¹⁸, " les contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci " n'entrent pas dans le champ d'application du droit de l'union européenne.

¹⁸ CJUE 13 juin 2013 n°386/11.

Mais, pour que les règles du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ne s'appliquent pas, plusieurs conditions doivent cumulativement être réunies :

- le contrat de coopération doit être conclu exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée ;
- aucun prestataire privé ne doit être placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ;
- la coopération instaurée doit uniquement être régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, c'est-à-dire être exclusive de la recherche de profits ou d'élimination d'entreprises privées concurrentes existantes sur le marché, voire être à l'origine de comportements anticoncurrentiels de type abus de position dominante.

Il y a coopération au sens du droit communautaire dans l'affaire *Commission contre Allemagne*, dans le cas d'un contrat passé entre la ville de Hambourg et quatre communes proches dont l'objet est de mettre à disposition de ces dernières un tiers des capacités de production de l'usine d'incinération des ordures ménagères de la ville centre, dès lors que cette mise à disposition a été négociée dès la conception de l'ouvrage public, qu'elle est gratuite (les communes ne payant à l'exploitant que le coût du traitement des ordures ménagères apportées) et que la ville de Hambourg n'assume pas, à l'égard des communes limitrophes, la responsabilité de l'exploitation de l'usine.

En revanche ne constitue pas une coopération entre personnes publiques soustraite au droit des marchés publics un contrat de prestations de services conclu entre une agence sanitaire publique et une université aux fins d'évaluer la vulnérabilité sismique de structures hospitalières dès lors que ce contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités et ce, quand bien même la rémunération de l'université correspond au seul remboursement des frais engagés pour fournir la prestation¹⁹.

Ne constitue pas non plus une " coopération " hors concurrence le contrat par lequel une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments administratifs et scolaires moyennant une rémunération correspondant aux coûts

¹⁹ CJUE 19 décembre 2012 *Azienda*, affC-159/11.

engendrés par la réalisation de ladite mission, parce que la personne publique " demanderesse " s'est réservée le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission et que la personne publique " exécutante " est autorisée à recourir à des tiers pour l'accomplissement de la mission, de telle sorte que ce tiers pourrait être avantagé par rapport aux autres entreprises actives sur le même marché (Piepenbrock).

b) La conception française de la coopération horizontale.

Notre droit interne a concrétisé cette orientation et le conseil d'Etat a développé cette théorie de la coopération hors concurrence entre personnes publiques, considérant notamment qu'une collectivité territoriale " peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques, selon les modalités prévues par le législateur ; qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique, sur le fondement de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel²⁰".

Ainsi, l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales dispose, dans son dernier alinéa que " Lorsque les prestations qu'elles [les communes membres d'un même établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre] réalisent portent sur des services non économiques d'intérêt général au sens du droit de l'Union européenne ou lorsque, portant sur d'autres missions d'intérêt public, les prestations sont appelées à s'effectuer dans les conditions prévues aux I et III de l'article L. 5111-1-1, ces conventions ne sont pas soumises aux règles prévues par le code des marchés publics ou par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

²⁰ CE 3 février 2012 cne de Veyrier du Lac, n° 353737.

La participation au financement d'une prestation ne saurait, à elle seule, être assimilée à une coopération au sens du présent alinéa ".

Il résulte de cette disposition que certaines conventions ne sont pas soumises au respect de la libre concurrence et de l'égalité, lorsque précisément ces conventions, passées entre structures administratives autonomes les unes envers les autres, n'ont pas de but économique, mais au contraire ont un but d'intérêt général.

Outre les possibilités de mutualisation existantes déjà entre les communes et les établissements publics de coopération intercommunale, la question se posait de savoir dans quelle mesure une commune pouvait faire appel à une autre commune, avec laquelle elle n'était pas liée sur le plan institutionnel, afin de mettre en commun un service non économique d'intérêt général, dans le but d'en améliorer l'efficacité.

La difficulté tient au fait que la commune désireuse de transférer l'activité de son service public à une autre commune, à laquelle elle n'est pas liée, pourrait être contrainte de devoir appliquer les règles tenant au respect du droit de la concurrence et de l'égalité et faire un appel d'offre auquel pourrait candidater des entreprises privées.

Le code général des collectivités territoriales offrait cependant la possibilité pour ces communes de pallier à l'absence de coopération institutionnelle (entre communes et établissement public de coopération intercommunale), et se mettre en place une coopération contractuelle.

En l'occurrence, l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi n°2004-809 du 13 août 2004, dispose que :

" Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs.

Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune ".

La jurisprudence a pu tracer les lignes de ces ententes conclues entre les structures administratives concernées, afin de s'assurer qu'elles ne constituent pas des conventions qui doivent être soumises aux règles du droit de la concurrence.

Ainsi dans l'affaire de la commune de Veyrier-du-Lac, une convention d'entente qui a été signée entre une communauté d'agglomération et une commune limitrophe en vue de l'exploitation de son service public de distribution d'eau potable par la communauté d'agglomération ne constitue pas un contrat de délégation de service public, et n'est donc pas soumis aux obligations de mise en concurrence et de publicité.

Le Conseil d'Etat a considéré que " la convention litigieuse a pour objet de faire prendre en charge par la communauté d'agglomération le service public de distribution d'eau de la commune (...), jusqu'alors exploité dans le cadre d'une délégation de service public ; que la communauté d'agglomération exerçant cette compétence de la distribution d'eau sur son propre territoire, l'entente tend à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par ces deux personnes publiques, sous la responsabilité opérationnelle de la communauté d'agglomération ; que la convention doit ainsi permettre à la commune (...), qui met à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures, de bénéficier des installations plus performantes de la communauté d'agglomération ".

Le Conseil d'Etat s'intéresse par la suite aux modalités de fixation du tarif de l'eau fixé par la convention pour les usagers de la commune, et constate qu'il " correspond, en sa partie fixe, à la répartition entre usagers de la quote-part de la commune dans les investissements à réaliser sur les installations mutualisées, et en sa partie proportionnelle au prix coûtant de la production et de l'acheminement par mètre cube d'eau potable, supporté par la régie directe de la communauté d'agglomération ; que la convention stipule que ce prix proportionnel est révisé chaque année selon le même indice que celui du tarif appliqué aux usagers de la communauté d'agglomération (...) par la régie gestionnaire du service, dont les recettes doivent strictement équilibrer les dépenses ; qu'ainsi, la convention litigieuse n'a pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé, et la communauté

d'agglomération ne peut être regardée comme agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel ; ...

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la convention litigieuse, conclue à des fins des coopération entre personnes publiques dans le cadre de relations qui ne sont pas celles du marché, n'était pas soumise aux règles de la commande publique ; ».

L'analyse de l'arrêt fait ressortir le fait que lorsque l'activité de service public est transférée dans le but d'une amélioration du service, il ne peut être soumis aux règles de la concurrence et de la publicité.

Le ministère de l'intérieur a indiqué, dans réponse à une question écrite du Sénat, que **"L'objet de l'entente doit entrer dans les attributions des personnes morales qui participent à une entente"**. Sous cette seule réserve, l'objet de l'entente peut être large. Ces conventions peuvent porter sur des opérations d'investissement (création d'ouvrages) ou d'entretien d'ouvrages (conservation), notamment en matière d'assainissement. Toutefois, la délégation d'un service public à un opérateur privé exclut le recours à tout mode de coopération intercommunale, telle que l'entente intercommunale, sur ces mêmes missions. Une commune ou un EPCI qui a décidé de déléguer la gestion de son réseau à un opérateur ne peut concomitamment mettre en commun cette gestion avec celle d'une autre commune ou d'un autre EPCI sur le fondement de l'article L. 5221-1 du CGCT. La décision du Conseil d'État du 3 février 2012 commune de VEYRIER-DU-LAC et communauté d'agglomération d'ANNECY a élargi les possibilités de coopération intercommunale sans mise en concurrence et en dehors des établissements publics de coopération intercommunale en jugeant que la convention d'entente intercommunale par laquelle une commune confie à une communauté d'agglomération l'exploitation de son service d'eau potable n'était pas soumise aux règles de la commande publique. ²¹.

Les législateurs communautaire et national sont venus organiser cette coopération horizontale entre personnes publiques.

La directive marchés publics 2014/24 du 26 février 2014 dispose que " Les accords, décisions ou autres instruments juridiques qui organisent le transfert de compétences et de responsabilités en vue de l'exécution de missions publiques entre pouvoirs

²¹ Rep. Min n°02106 et 04766 : JO Sénat Q, 31 octobre 2013, p. 3169.

adjudicateurs ou groupements de pouvoirs adjudicateurs et qui ne prévoient pas la rémunération de prestations contractuelles, sont considérés comme relevant de l'organisation interne de l'État membre concerné et, à ce titre, ne sont en aucune manière affectés par la présente directive ".

La directive précise par ailleurs qu'un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque les conditions suivantes sont cumulativement réunies :

- le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
- la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ;
- les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération, ce dernier pourcentage d'activité étant "déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tels que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché ".

En droit interne, c'est la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales qui a redéfini le cadre juridique pour la mutualisation des services, des moyens et des fonctions entre les différentes collectivités territoriales et les EPCI en permettant notamment, la conclusion de contrats de coopération entre collectivités locales sans publicité ni mise en concurrence.

Outre le recours à l'entente prévue à l'article L. 5221-1 du CGCT, la loi permet la conclusion de contrats de prestations de services dès lors que celles-ci portent sur des services non économiques (art. L. 5111-1 du CGCT), les relations financières entre les parties à ces contrats devant se limiter au remboursement par le bénéficiaire de la coopération des seuls frais de fonctionnement lui incombant.

Les collectivités ont donc désormais le choix entre coopération institutionnelle, verticales pour les communes et les EPCI, et coopération contractuelle, horizontale.

A la vérité, loin de se poser en termes de concurrence, le choix entre coopération contractuelle et coopération institutionnelle relève de la complémentarité. La première peut conduire à la seconde, une fois les partenaires assurés de l'intérêt de leur action commune. Le choix de la convention peut également permettre davantage à chacun de faire entendre sa voix. Elle peut aussi servir à des actions qui n'ont pas vocation à être pérennisées.

La prise en considération sans condition du droit communautaire en droit interne, notamment de l'obligation de mettre en concurrence certains contrats relevant de la notion de commande publique avait modifié l'approche. Dans sa décision Communauté de communes du Piémont-de-Barr précité, le Conseil d'Etat avait posé le principe du respect par de tels contrats des règles de transparence et de libre concurrence, y compris lorsqu'ils étaient passés entre personnes .

Dans le droit fil de l'évolution de la jurisprudence communautaire concrétisé par l'arrêt du 9 juin 2009 précité Commission contre Allemagne, la jurisprudence considère désormais qu'une collectivité peut conclure une convention hors règles de la commande publique, par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel.

Plusieurs remarques méritent dès lors d'être formulées :

- une même activité d'intérêt général, constitutive ou non de service public, peut être partagée entre plusieurs personnes publiques, justifiant qu'une coopération s'instaure entre-elles. Les activités en réseau, distribution d'eau, transport justifie ainsi que des collectivités proches les unes des autres sans pour autant appartenir à une même structure institutionnelle, choisissent de gérer en commun l'activité concernée.
- L'effet de taille ou la recherche d'économie d'échelle justifie également une coopération contractuelle.

II la présence des personnes publiques sur le marché concurrentiel.

L'intervention économique des personnes publiques a très vite été encadrée par la jurisprudence dès lors qu'elle était, en tout cas à l'origine, considérée comme étant illégitime (A). Cette intervention est aujourd'hui communément admise, les conditions auxquelles elle est assujettie paraissant inopérantes (B).

A – L'intérêt public, condition de l'intervention économique.

Dès l'origine, la prise en charge d'une activité économique des personnes publiques administratives devait être justifiée par des circonstances exceptionnelles (CE Casanova du 29 mars 1901) puis des circonstances particulières de temps ou de lieu manifestant un intérêt public (CE 30 mai 1930 Chambre Syndicale du Commerce de Nevers).

Avec l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, le Conseil d'Etat est venu préciser que l'intervention dans la sphère économique des collectivités territoriales ne pouvait avoir lieu qu'en cas de carence du secteur privé dans le domaine concerné : " les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ".

Par la suite, la doctrine est venue préciser que " à côté de la carence de l'initiative privée, les collectivités territoriales ont été fondées à intervenir dans le secteur concurrentiel, dès lors que cette intervention constituait le prolongement d'un service public existant "22.

La carence de l'initiative privée a pu être quantitative²³ autant que qualitative²⁴.

²² Samuel Dyens, Président de l'Association nationale des juristes territoriaux, Maître de conférences associé à l'université de Nîmes, Membre du comité scientifique de l'AJCT, " De la " loyauté concurrentielle " des collectivités territoriales ", " Candidature à l'obtention d'un contrat de commande publique et interventionnisme économique ", AJ Collectivités Territoriales 2015, p. 424, Dalloz.

²³ CE commune de Mercoeur.

²⁴ CE 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, n° 57.435.

Pour autant, les collectivités publiques ne pouvaient intervenir dans l'économie que pour autant qu'un intérêt public le justifie²⁵.

a) la notion d'intérêt public

Au fil du temps, la notion d'intérêt public justifiant l'intervention publique a fait l'objet d'une appréciation très large²⁶.

D'une part, l'intervention économique d'une personne publique peut avoir pour unique but d'équilibrer les comptes déficitaires de son activité publique, dans l'intérêt du bon fonctionnement de celui-ci²⁷.

Cette conception rejoint le droit communautaire puisque la Cour de Justice des Communautés Européennes admet qu'une personne publique puisse prolonger son activité de service public par une activité commerciale pour atteindre une meilleure efficacité²⁸.

D'autre part la jurisprudence paraît faire peu de cas du caractère marginal de la prestation de service par rapport à l'activité globale de la personne publique.

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré en premier lieu que " le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale ²⁹".

Dans un second temps, le Conseil d'Etat a considéré que " aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ", tout en indiquant dans son quatrième considérant que

²⁵ CE 18 déc. 1959, Delansorme, , n° 22536, Lebon 692.

²⁶ Ce 23 décembre 1970 Cne de Montmagny, 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris.

²⁷ CE, 18 décembre 1959 « Delansorme » - AJDA 1960, p.213 cl. Mayras.

²⁸ CJCE 19 mai 1993 Corbeau.

²⁹ CE, 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, n°212054, Lebon p 422.

" Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de la liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ³⁰.

Dans un troisième temps, le Conseil d'Etat a repris la notion d'intérêt public, pqu'il précise,

" Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ³¹ ".

Indépendamment des conditions économiques de l'intervention des personnes publiques, le principe même de l'intervention d'une personne publique n'est pas exempt de critiques. Certes, par son arrêt *Armor SCN*³², le Conseil d'Etat paraît avoir mis un coup d'arrêt à la dérive que constituait la grande latitude dans la candidature des collectivités territoriales

³⁰ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n°222208, Publié au Recueil Lebon 492.

³¹ CE, assemblée, 31 mai 2006, n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Publié au Recueil Lebon 272.

³² CE 30 décembre 2014, *Société Armor SNC* n°355563, publié au recueil Lebon.

et des EPCI pour se porter candidats à un marché public, sans avoir nullement besoin de justifier d'un intérêt public³³.

L'arrêt Département de l'Aise avait donné à penser que les personnes publiques avaient la possibilité d'agir comme de véritables entrepreneurs sur le marché concurrentiel.

En premier lieu, le conseil d'Etat avait considéré qu'il n'appartenait pas au juge des référés contractuel de contrôler le principe même de l'accès d'un organisme public à un marché public, considérant notamment que " dès lors qu'il ne s'agit pas de la prise en charge par le DEPARTEMENT DE L' AISNE d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par des services de l'Etat, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit en subordonnant la légalité de cette candidature à l'existence d'un intérêt public ".

Cette position est critiquable à plus d'un titre.

Bien entendu et par définition, l'opérateur économique qui concourt à un marché public n'a pas vocation à prendre en charge une activité économique gérée par la personne publique pouvoir adjudicateur puisque le prestataire de service, c'est le propre des marchés publics, se contente d'apporter son appui et ses moyens à l'exécution, par le maître d'ouvrage, du service public.

Mais les mêmes règles s'appliquant aux concessions ou aux délégations de service public, on voit mal comment il aurait pu être soutenu que la personne publique candidate à une délégation de service public ne prendrait pas en charge, si sa candidature est retenue, une activité économique.

Même sans rentrer dans le distingo marché public/délégation de service public, c'est nier l'évidence que de considérer qu'un opérateur économique, qui par définition adopte le comportement d'une entreprise privée, ne prend pas en charge une activité économique.

³³ CE 10 juillet 2009, n°324156, Département de l'Aisne, Ministre de la Santé et des Sports, publié au recueil Lebon.

Ensuite, soutenir qu'une collectivité publique puisse se comporter comme un opérateur économique lambda en intervenant sur n'importe quel marché, sans s'interroger sur le principe même de cette intervention est contraire à la vocation même des personnes publiques et aux missions d'intérêt général qui sont les leurs, contraire au principe de spécialité territorial : la communauté urbaine de Strasbourg peut-elle être raisonnablement candidate à un marché de la communauté urbaine de Bordeaux ?

Tout comme le pouvoir adjudicateur contrôle la licéité et la recevabilité de la candidature d'un opérateur économique à un contrat de la commande publique, il aurait été légitime que le maître d'ouvrage et le juge du contrat vérifie la recevabilité de la personne publique candidate, ne serait ce que pour garantir le respect de l'égalité entre les candidats.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat n'a pas repris l'exigence d'un intérêt public local qu'il soulignait dans sa jurisprudence antérieure.

L'explication peut être trouvée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Frédéric Lénica.

L'exigence d'un tel critère, loin d'assurer l'égalité entre les candidats, était, selon ce dernier, porteur d'un risque de discrimination d'abord entre opérateurs publics car la position retenue par le juge des référés précontractuels comporte nécessairement une " prime au localisme " incompatible avec le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

En d'autres termes, un laboratoire public d'analyse et de recherche rattaché au département du Nord ou du Pas-de-Calais aurait davantage de facilités à démontrer un intérêt local par rapport au laboratoire rattaché au département de l'Aisne.

Il en aurait résulté une discrimination contraire le principe communautaire selon lequel "les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier imposent au pouvoir adjudicateur une obligation de transparence qui, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ".

Une collectivité étrangère aurait été par définition dans l'incapacité de répondre à un tel critère.

Cet argument n'est pas convainquant.

Certes le droit communautaire ne fait pas de distinction entre les opérateurs économiques, qu'ils soient publics ou privés, dotés ou non de la personnalité morale propre, en tout cas différente de celle d'un état ou d'une collectivité publique.

Pour autant, les dispositions communautaires ne font pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur impose des règles ou des conditions particulières aux candidats, dès lors que des raisons objectives fondent ces règles ou ces critères.

Dès lors, l'exigence d'un intérêt public local qui s'impose à toute personne publique, française ou étrangère peut parfaitement se concevoir, une collectivité publique étrangère frontalière pouvant être légitime à exploiter un service public d'une commune française dont elle n'est séparée que par la frontière.

L'abandon de l'exigence de l'intérêt public ne paraissait donc pas justifié.

b) le renouveau de l'intérêt public

C'est d'ailleurs ce que soulignait le rapporteur public Bertrand DACOSTA, dans ses conclusions sur l'arrêt *Armor SNC*, qui a rappelé au Conseil d'Etat que plusieurs jurisprudences ont pu être interprétées comme ayant donné une large latitude aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération, ce qui nécessitait qu'une règle soit clairement posée. A ce titre, le rapporteur public prônait la nécessité d'imposer le respect de l'exigence d'un intérêt public local, alors que certaines jurisprudences antérieures, en particulier l'arrêt département de l'Aisne ne faisait pas mention de la nécessité de cet intérêt public.

Dès lors, dans l'arrêt *Armor SNC*, il concluait qu'il convenait de maintenir la nécessité d'un intérêt public comme dans l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* de 2006, et demandait au Conseil d'Etat de considérer que la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en "écartant le moyen tiré de ce que le département de la Charente Maritime ne pouvait légalement être candidate à l'attribution d'un marché public en dehors de ses limites territoriales, sans rechercher si cette candidature constituait le

prolongement d'une de ses missions de service public et était justifiée, à ce titre par un intérêt public local ³⁴.

Ces jurisprudences et cette évolution confirme l'importance de la question de l'intervention des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale dans la sphère économique, en concurrence avec les entreprises privées. Le Conseil d'Etat prend soin de justifier le retour à l'exigence d'un intérêt public.

Comme le souligne le deuxième considérant, " hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local ".

La condition d'intérêt public local vaut donc de manière générale pour l'exercice de toutes les compétences propres des collectivités territoriales et des EPCI. Elle vaut, en particulier, pour leurs activités économiques, y compris pour la candidature à un contrat de commande publique.

On peut imaginer que même si le Conseil d'Etat s'est fondé sur les règles encadrant l'exercice des compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements, la même règle vaudra pour les autres personnes publiques dont le champ de compétence est territorialement défini.

Pour éviter du reste une interprétation trop stricte de l'intérêt public local, notamment tel qu'il est entendu à l'occasion de l'application de la clause générale de compétence, le Conseil d'Etat prend soin d'en déterminer les contours : " si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de

³⁴ Cf note n°31

valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ".

Ainsi donc l'intérêt public local auquel devra satisfaire la candidature doit en premier lieu trouver son fondement dans la compétence locale propre du candidat et constituer le prolongement de sa mission de service public.

Ce prolongement se manifeste notamment (l'adverbe n'est pas anodin) de trois manières :

- faciliter l'amortissement d'un équipement, tel par exemple d'une drague acquise par un département. On peut espérer que les juridictions administratives s'attacheront à vérifier que la collectivité candidate n'a pas eu d'autre choix que de se doter d'un équipement surdimensionné.
- valoriser les moyens dont dispose le service, équipements ou ressources humaines, ce qui pose tout de même la question de la pertinence d'un service ou de moyens surdimensionné au point que la collectivité soit contrainte de se porter candidate à des marchés publics pour atténuer les coûts structurels qu'elle a choisi de mettre à sa charge.
- assurer l'équilibre financier du service : ce prolongement est assez classique dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Il faut noter que le Conseil d'Etat souligne que la candidature de la collectivité territoriale à un marché public constitue un prolongement de l'activité de service public et non plus une activité accessoire au service public, sans doute pour éviter le débat ancien sur la proportion raisonnable que doit représenter l'activité accessoire par rapport l'activité principale, centrant le débat sur la pertinence qualitative et non quantitative de la candidature.

Mais, sans doute là également pour limiter les dérives mercantiles, le Conseil d'Etat prend soin de souligner que la présence d'une collectivité sur le marché concurrentiel ne doit pas compromettre l'exercice de sa mission principale.

En définitive, il n'apparaît pas que la notion d'intérêt public, telle qu'elle a été précisée par l'arrêt *Armor SNC*, soit suffisante pour justifier l'intervention des personnes publiques sur le marché concurrentiel.

La doctrine s'est cependant interrogée sur la face cachée de cet arrêt, la question de l'intervention même des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale dans la sphère économique, qu'elle qualifie de plus " fondamentale ", et qui relève du bien-fondé d'accomplissement d'une activité économique par une collectivité territoriale³⁵.

En effet, les évolutions jurisprudentielles invitent à la réflexion quant à la place des collectivités territoriales ou un établissement public de coopération intercommunale, lorsqu'ils décident d'intervenir en qualité d'opérateurs économiques, au même titre qu'une entreprise privée.

En premier lieu, les collectivités territoriales n'existent que pour répondre aux besoins de la population locale : c'est le principe de spécialité territoriale.

On voit mal dans ces conditions pourquoi une collectivité territoriale serait fondée à intervenir en dehors de son champ de compétence territoriale.

La jurisprudence considère généralement qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre intérêt public local et principe de spécialité. Dans l'arrêt *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n°212054, le Conseil d'Etat considère même qu'il n'appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier si le candidat respecte le principe de spécialité auquel il est assujéti.

Cette position est critiquable car à quoi sert une règle de droit si les personnes publiques peuvent s'en affranchir aisément ?

Il reste cependant que la jurisprudence se contente de l'existence d'un lien suffisamment direct et certain entre l'action entreprise et les besoins de la population.

En deuxième lieu, la frontière entre la recherche du profit et le fait qu'une personne publique puisse prolonger son activité de service public par une activité commerciale pour atteindre une meilleure efficacité est bien diffuse.

³⁵ Samuel Dyens, Président de l'Association nationale des juristes territoriaux, Maître de conférences associé à l'université de Nîmes, Membre du comité scientifique de l'AJCT, " De la " loyauté concurrentielle " des collectivités territoriales ", " Candidature à l'obtention d'un contrat de commande publique et interventionnisme économique ", AJ Collectivités Territoriales 2015, p. 424, Dalloz.

Les exemples sont nombreux dans lesquels la jurisprudence considère que peut être d'intérêt public la prise en charge d'une activité économique lorsqu'elle constitue le complément ou l'accessoire d'un service public et qu'elle contribue à son équilibre financier ou permet d'amortir les investissements réalisés :

- CE, 12 avril 1935, Société des glaciers toulousains et du Bazacle, recueil p. 511 : il s'agissait de la création d'une entreprise de fabrication et de vente de glace, complément du service de l'abattoir public ;
- CE, 4 juin 1954, Dame Berthod, recueil p. 335 : il s'agissait d'activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, " tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population " (et, sur le même sujet : CE, 10 février 1988, M..., n° 67019, p.)
- CE, Section, 18 décembre 1959, Sieur Delansorme et autres (cf note 23): adjonction d'une station-service à un parc de stationnement ;
- CE, 26 octobre 1979, P..., n° 11106, T. : un service départemental peut effectuer, en sus de ses interventions gratuites et obligatoires dans le cadre de la police sanitaire des maladies contagieuses, des mesures de désinfection à titre onéreux ;
- CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, p. 234 : création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui " contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité ".

En troisième lieu, l'arrêt *Armor SNC* n'aborde pas du tout la question de la liberté du commerce et d'industrie qui a, de tout temps, été sous-jacente dans la jurisprudence du conseil d'Etat relative à l'intervention économique des personnes publiques.

Le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tel qu'il résulte des décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et qui appartiennent au droit positif, est en effet une condition classique de légalité des activités économiques des personnes publiques.

Le principe se décline en deux sous principe :

- l'interdiction d'entraver la concurrence entre entreprises, soit par des prescriptions qui favorisent une entreprise par rapport à d'autres, soit par des prestations comme les aides publiques qui sont réglementées tant en droit interne qu'en droit

communautaire. "Il ne rentre pas dans les attributions des collectivités publiques d'allouer des subventions sur fonds publics à une entreprise privée pour la favoriser dans la concurrence qu'elle soutient contre les autres commerçants de la localité" (C.E 6 mars 1914 Syndicat de la boucherie à Châteauroux n°48885).

- la concurrence du secteur public et du secteur privé. En principe, le commerce et l'industrie et plus généralement toute activité pouvant faire l'objet d'une profession sont interdites aux collectivités publiques puisque les privilèges et moyens dont elles disposent faussent la concurrence au détriment des entreprises privées. (C.E 30 mai 1930 n° 06781 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers " les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée".)

Ces principes ont conduit le juge administratif à considérer que l'activité commerciale des services publics administratifs était, par elle-même, une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie

Dans son rapport annuel de 2002, le conseil d'Etat indiquait, dans le cadre d'une analyse de l'avis Société Jean-Louis Bernard Consultant que

" Compte tenu de la sensibilité du sujet que des problèmes bien réels que pose la concurrence des personnes publiques aux personnes privées, le temps ne paraît pas venu d'une remise en cause des principes de spécialité et de liberté du commerce et de l'industrie, tels qu'interprétés avec beaucoup de souplesse par la jurisprudence et toujours appliqués jusque dans les années les plus récentes, comme il a été indiqué plus haut, **et il ne paraît pas souhaitable de laisser se développer une sorte de banalisation pure et simple de l'intervention publique marchande** "³⁶.

Douze ans plus tard, la jurisprudence en est bien loin et les conditions mises à la candidatures des personnes publiques notamment par l'avis Jean-Louis Bernard Consultant et précisées par l'arrêt Armor SNC paraissent encore largement insuffisantes pour ne pas dire inopérantes.

³⁶ Rapport public 2002 du Conseil d'Etat, sur les collectivités publiques et concurrence, Etudes et Documents n°53, page 264.

B – les conditions d'accès des personnes publiques à la commande publique

Le Conseil d'Etat a défini un ensemble de modalités auxquelles est assujettie l'intervention économique des personnes publiques :

- en premier lieu, elles ne doivent pas être placées dans une situation avantageuse par rapport aux autres candidats (CE 16 octobre 2000 Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau).
- en deuxième lieu, dans son avis du 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants, le Conseil d'Etat a indiqué que l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.
- Enfin, le conseil d'Etat a précisé que l'établissement public devait être en mesure d'en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

a) l'approche libérale du Conseil d'Etat.

L'analyse particulier de l'avis Jean-Louis Bernard Consultant démontre à lui seul combien les conditions mises à la candidature d'une personne publique à un marché public sont insuffisantes sinon inopérantes pour encadrer efficacement l'intervention des collectivités territoriales en tant qu'opérateurs économiques.

Se fondant d'abord sur les dispositions de l'article 1654-1 du code général des impôts, le Conseil d'Etat considère que " Il résulte de ces dispositions ainsi que de celles de l'article 256 B du code général des impôts que les établissements publics, lorsqu'ils exercent une activité susceptible d'entrer en concurrence avec celle d'entreprises privées, et notamment lorsqu'ils l'exercent en exécution d'un contrat dont la passation était soumise

à des obligations de publicité et de mise en concurrence, sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées. Le régime fiscal applicable aux personnes publiques n'est donc pas, par lui-même, de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence ".

Il est vrai que ces dispositions pourraient donner à penser que, sur le plan fiscal, toute personne publique candidate à l'attribution d'un marché public, se trouve placée dans une situation comparable à un opérateur économique personne privée.

En réalité, la possibilité de gérer en régie directe un service public administratif sans qu'il soit constitué en régie dotée de l'autonomie financière ou qu'il fasse l'objet d'un budget annexe rend totalement utopique la vérification de ce que l'activité est exercée dans des conditions fiscales comparables à celle d'une entreprise privée.

De plus, un déficit cumulé sur plusieurs années d'une collectivité publique est sans conséquence, sur les garanties financières dont elle peut justifier, ce qui n'est certainement pas le cas d'une entreprise privée.

Dans son arrêt du 12 avril 2017³⁷, sur renvoi du Conseil d'Etat après cassation du 30 décembre 2014, la cour administrative d'appel de Nantes se contente d'une formule lapidaire pour écarter la différence de régime fiscal entre le candidat privé et le département de Charente Maritime : " Considérant, d'autre part, que la circonstance que le service de dragage n'a jamais été assujéti à l'impôt sur les sociétés est sans effet sur la légalité des décisions contestées.. ".

On peut légitimement douter de l'égalité des candidats.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat affirme que " Les agents des établissements publics administratifs qui, lorsqu'ils sont, comme c'est le cas en principe, des agents publics, sont soumis, en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, à une législation pour partie différente de celle applicable aux salariés de droit privé. Toutefois les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les

³⁷ CAA Nantes 12 avril 2017 société Armor SNC.

établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public " .

Cette position de principe est également critiquable. Outre le fait que les cotisations des agents titulaires des collectivités territoriales sont inférieures à celle du secteur privé, il est difficilement constable que la structure même des collectivités publiques permet difficilement d'affecter à une activité donnée certains nombres de postes budgétaires desdites collectivités.

En troisième lieu, l'avis indique " Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié".

Ce troisième élément n'est guère convaincant. Un seul exemple peut illustrer ce fait : une collectivité a, des années durant, exploité un service initialement déficitaire. Elle a bénéficié de fonds publics de toute nature, impôts, subventions etc... pour acquérir son savoir-faire, former son personnel, financer ses investissements, bénéficié de la garantie qui s'attache à toute collectivité pour emprunter à taux réduit.

Il paraît difficilement contestable que, ce faisant, la collectivité publique a tiré profit d'un avantage découlant des ressources et des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

Certains auteurs ont considéré que la référence aux missions de service public supposait le respect, par les établissements publics administratifs, du principe de spécialité. Une telle analyse ne paraît pas ressortir des termes de l'avis.

L'avis du 8 novembre 2000 s'inscrit il est vrai dans l'esprit de la jurisprudence communautaire qui admet qu'une personne publique puisse prolonger sa mission de service public par une activité commerciale³⁸ et qui surtout, se fonde sur l'idée d'une banalisation des opérateurs économiques

b) la légitimité des collectivités publiques opérateurs économiques

En France, la position adoptée par le Conseil d'Etat sur la possibilité des personnes publiques d'être candidates à l'attribution d'un marché public n'a pas fait l'unanimité. Ainsi, la Commission centrale des marchés avait exclu par principe la possibilité, pour un établissement public administratif, d'être candidat à un marché de la commande publique.

La Commission considérait en effet qu'une telle candidature pouvait être analysée comme portant atteinte au principe d'égalité entre les candidats et à la sincérité de la concurrence.

En effet, les structures publiques bénéficiaient, selon la Commission, de fonds publics et ne supportaient pas les charges équivalentes à celle d'une entreprise privée.

Les traités communautaires pour leur part ont toujours considéré que toute personne morale de droit public ou de droit privée, quelque soit son statut, pouvait être opérateur économique et par voie de conséquence, candidat à l'attribution d'un marché public.

Cette conception vient de ce que le droit communautaire considère que constitue une entreprise toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut et de son mode de financement.

³⁸ CJUE 19 mai 1993 Corbeau déjà cité.

Dès lors, la jurisprudence communautaire ne pouvait que considérer que les directives marchés s'appliquaient aux contrats souscrits entre collectivités publiques dès lors que le seuil communautaire était atteint.

La question se pose cependant de la pertinence de l'accès banalisé des collectivités publiques aux marchés publics.

Est-il raisonnablement possible de comparer les garanties professionnelles, l'expérience, la qualification des agents d'une personne publique avec celles d'une entreprise privée ?

Peut-on réellement comparer le budget d'une collectivité territoriale avec celui d'une entreprise commerciale ?

Tant sur le plan des pouvoirs adjudicateurs que sur celui des opérateurs économiques, le droit communautaire a choisi de faire prévaloir le critère matériel sur le critère organique, la nature de l'activité s'imposant par rapport au régime juridique de l'organisme appelé à les prendre en charge.

Dès lors, le droit communautaire a choisi par simplification de n'imposer aucune règle, aucune limite aux possibilités données aux personnes publiques d'être candidates à un marché public.

Il reste que ce parti pris du droit communautaire demeure assez éloigné de la perception traditionnelle française de l'intervention économique des personnes publiques qui, de tout temps, a été jugée illégitime.

On se souviendra ainsi des conclusions du Commissaire du Gouvernement MATTER sur l'arrêt du tribunal des conflits du 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain, qui faisait valoir que "certains services sont de nature, de l'essence même de l'État ou l'Administration publique. Il est nécessaire que le principe de séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative.

D'autres services, au contraire, sont de nature privée et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement parce que nul particulier ne s'en est chargé et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun".

Illégitimes quand elles interviennent dans le champ concurrentiel en apportant une aide à des entreprises privées, les collectivités territoriales le sont davantage quand elles interviennent en tant qu'opérateurs économiques, dans une confrontation directe avec les entreprises du secteur privé qui considèrent, à tort ou à raison, qu'elles ont une vocation naturelle à bénéficier de la commande publique.

Cette illégitimité s'apprécie d'abord aux regards du principe constitutionnel de liberté du commerce et de l'industrie.

Si l'évolution de la jurisprudence a pu conduire à douter de la pérennité du principe de non-concurrence, au profit de celui d'égalité de concurrence, sa réaffirmation par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Ordres avocats au barreau de Paris*³⁹ a démontré que la liberté du commerce et de l'industrie constituait une limite à l'intervention des collectivités territoriales dans le champ concurrentiel, même si certains auteurs ont entendu le cantonner un rôle " d'envers des règles de compétence [des collectivités territoriales] dans le champ économique⁴⁰ ".

Cette illégitimité s'analyse également au regard du principe d'égalité d'accès des candidats à la commande publique.

Au-delà des différences objectives de situation déjà évoquées (fiscales, sociales), les collectivités candidates bénéficient subjectivement d'un à priori favorable car on imagine mal une personne publique se porter candidate à l'attribution d'un marché public sans que des contacts politiques aient été noués entre les exécutifs.

Cette illégitimité peut enfin s'apprécier dans l'analyse des risques que comporte nécessairement un marché public ou une délégation de service public.

³⁹ CE 31 mai 2006 n°275531.

⁴⁰ La collectivité territoriale face à la commande publique : un candidat (presque) comme les autres, Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe AJDA 2015 page 449.

En cas de défaillance du titulaire d'un marché ou du bénéficiaire du contrat de délégation de service public, ce sont les actionnaires de l'entreprise privée qui en assumeront les conséquences financières.

En cas de défaillance de la collectivité territoriale opérateur économique, c'est la collectivité des contribuables qui en supportera les conséquences.

Est-ce bien légitime ?

Conclusion

Le renouveau actuel de la prestation de services entre collectivités publiques tient essentiellement à une clarification des principes qui fondent les conventions entre personnes publiques.

Il est manifeste qu'à la question "une personne publique peut-elle se porter candidate à un marché public", la réponse a invariablement été donnée à l'aune de la liberté du commerce et de l'industrie "aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public"⁴¹. Le corollaire en a nécessairement été l'application du principe d'égalité de concurrence entre personnes publiques et personnes privées

Mais en réalité, est-ce bien la question ou n'y a-t-il qu'une seule et même question ?

Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Henri Savoie dans ses conclusions pleines de bon sens sur l'arrêt Communauté de communes du Piémont de Barr, les personnes morales de droit public "ont justement comme raison d'être de ne se comporter comme des entrepreneurs privés"⁴².

Le conseil d'Etat ne dit pas autre chose à la vérité quand il affirme "les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique"⁴³

Il nous semble dès lors qu'il y a lieu de distinguer deux situations juridiques :

L'intervention économique des personnes publiques.

Cette situation est précisément celle où la personne publique entend se comporter comme un opérateur économique, soit parce que telle est sa vocation s'agissant d'un établissement

⁴¹ CE 8 novembre 2000 avis Jean Louis Bernard Consultant précité.

⁴² RDFA 1998 page 609.

⁴³ CE 31 mai 2005 Ordre des avocats au barreau de Paris.

public industriel et commercial, soit qu'un intérêt public justifie qu'un établissement public administratif ou une collectivité territoriale se porte candidate à un marché public ou à une délégation de service public.

Une telle hypothèse suppose bien sur l'application des règles relatives à la concurrence mais également un strict respect des principes de spécialité fonctionnelle et territoriale, l'existence d'un intérêt public local restrictivement défini.

A la vérité, on peut s'interroger sur l'idée même de l'intérêt public qui justifierait, au moins pour un établissement public administratif ou pour une collectivité territoriale, qu'il intervienne dans le champ concurrentiel puisque par définition, un établissement public est créé pour satisfaire les besoins spécifiques d'une ou plusieurs personnes publiques, et qu'une collectivité territoriale satisfait à ses propres besoins ou a vocation à rejoindre d'autres collectivités territoriales au sein d'un EPCI pour que, par des moyens communs, il soit satisfait à des besoins communs.

En d'autres termes et sauf à pallier une défaillance de l'initiative privée dans son champ territorial de compétences, l'intervention d'une personne publique dans le champ concurrentiel paraît contraire aux principes même qui justifient son existence.

Les conventions de prestations de services entre personnes publiques

Cette seconde situation naitrait exclusivement d'un objectif de coopération locale et serait assujettie à des conditions découlant tant de la règle de droit et de la jurisprudence communautaire ou nationale.

Il conviendrait en fait de redéfinir de la notion d'opérateur économique.

Pour ne pas être regardés comme opérateur économique ou pour reprendre la formule du Conseil d'Etat comme opérateur sur un marché concurrentiel⁴⁴, les collectivités territoriales et les établissements publics administratifs ne devraient donc intervenir au profit d'autres personnes morales de droit public que dans le seule cadre des dispositions des articles 5111-1 5214-16-1, 5215-27, 5216-7-1 du code général des collectivités territoriales.

⁴⁴ CE 6 avril 2007 commune d'Aix en Provence.

Dès lors que les collectivités territoriales et leurs groupements ne seraient pas considérés comme opérateurs économiques, l'application des dispositions nationales ou communautaires relatives à la mise en concurrence ne serait pas justifiée.

Il faut sur ce point souligner l'évolution du conseil d'Etat que révèle l'arrêt du 6 avril 2007 commune d'Aix en Provence qui, pour écarter l'application des règles relatives à la mise en concurrence, se fonde sur le motif que "l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service".

C'est à l'évidence une lecture nouvelle sinon de la notion de prestations "in house" du moins de celle d'opérateur économique.

Cette appréciation de la notion d'opérateur économique, rapprochée de l'affirmation des prérogatives de puissance publique attachées à l'exercice de missions de service public nous paraît marquer les prémises d'un retour à une différenciation marquée entre le rôle des personnes de droit public et celui des personnes privées et ouvrir de nouvelles perspectives à la coopération locale.

Il faut craindre cependant que la frénésie libérale dont semblent atteintes les instances communautaires ne cherche à contrarier cette évolution

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	1
1) Les prestations de service dans le cadre de la coopération locale.....	6
A - La coopération entre personnes publiques unies par un lien institutionnel.....	7
a) la prestation de service entre EPCI et communes membres.....	7
b) la mutualisation des services.....	12
B- Les relations horizontales.....	16
a) l'intercommunalité conventionnelle.....	17
b) La conception française de la coopération horizontale.....	20
II la présence des personnes publiques sur le marché concurrentiel.....	26
A – L'intérêt public, condition de l'intervention économique.....	26
a) la notion d'intérêt public.....	27
b) le renouveau de l'intérêt public.....	31
B – les conditions d'accès des personnes publiques à la commande publique.....	37
a) l'approche libérale du Conseil d'Etat.....	37
b) la légitimité des collectivités publiques opérateurs économiques.....	40
Conclusion.....	44

RÉSUMÉ

Les prestations de service rendues par les collectivités territoriales peuvent s'inscrire dans deux cadres distincts. D'une part, elles peuvent être un moyen de coopération intercommunale entre des collectivités liées dans le cadre d'une relation institutionnelle, en particulier les communes et les EPCI. Elles peuvent également être un moyen de coopération entre deux personnes publiques décidant de gérer en commun un service public relevant de leur propre compétence, soit en créant un organisme commun, soit en confiant à l'une des personnes publiques le soin d'exploiter le service pour le compte de chacune des collectivités. D'autre part, ces prestations peuvent être le fait d'une collectivité décidant, pour des raisons essentiellement économiques, de devenir un opérateur sur le marché concurrentiel. Coopération institutionnelle ou conventionnelle, ces prestations seront soumises à des régimes juridiques différents.

Service provisions provided by local authorities can be part of two distinct frameworks. Firstly, they can be a mean of municipalities cooperation between local authorities connected to a institutional relation, particularly municipalities and EPCI. They can also be a part of cooperation between two public persons whom have decided to manage in common a public utility which falls within their own ability, either by creating a common agency, or by entrusting care of service exploitation in favour of each one local authorities, to one of these public persons. Secondly, these provisions can be impulse by one local authority, which has decided, mainly for economic reasons, to become an operator on the competitive market. Institutional or conventional cooperation, these provisions will be submit to different legal system.