



La coopération entre pouvoirs adjudicateurs : des précisions, des assouplissements et des interrogations ?⁽¹⁾

Même si le décret ne contient pas de dispositions sur les cas d'exclusion d'application des règles de publicité et de mise en concurrence, il semble néanmoins important, à l'occasion de ce dossier, de revenir sur l'hypothèse de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs qui avait été rapidement évoquée dans le numéro 158 de cette revue. Quel doit-être l'objet de cette coopération ? Quelle est la part des activités réalisées sur le marché concurrentiel concernées par cette coopération ?

L'article 18 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics consacre et précise les conditions de mise en œuvre d'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs en vue de l'exercice en commun de missions de service public, sans observer la moindre procédure de publicité et de mise en concurrence.

Si ces nouvelles dispositions suscitent de nouvelles interrogations, elles ont néanmoins le mérite de clarifier certaines des conditions de mise en œuvre de cette coopération.

Le paragraphe 31 du préambule de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée, relevait en effet « une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public ». Il devenait donc « nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics ».

C'est pour répondre à cette insécurité juridique que les dispositions 12.4 à 12.5 de la directive, transposées à l'article 18 de l'ordonnance, ont expressément consacré cette possibilité de coopération, au demeurant déjà admise par la jurisprudence de la Cour de justice dès le 9 juin 2009 dans un arrêt *Commission c/ Allemagne*⁽²⁾.

Dans cette affaire, la Cour avait validé une coopération entre la ville de Hambourg et d'autres circonscriptions administratives qui avaient conclu, sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, un contrat dans le but de mutualiser leurs moyens en vue d'assurer le traitement de leurs déchets.

(1) Remerciements à Thomas Roussarie pour sa contribution à la rédaction de cet article.

(2) CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06.

Auteur

Marie Lhéritier
Avocat associé - Cabinet Lheritier Avocats

Mots clés

Coopération • Marché concurrentiel • Objectif commun
• Part des activités • Service public

À l'heure des débuts de l'application de la réforme des collectivités territoriales réalisée par la loi NOTRe du 7 août 2015, la consécration de cet outil revêt en pratique une importance non négligeable, dans la mesure où il pourrait être utilisé dans nombre de cas de compétences partagées.

L'article 18 de l'ordonnance précitée du 23 juillet 2015 précise ainsi : « La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 17 »⁽³⁾.

Outil de mutualisation, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs pourra donc être dispensée de toute procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, si les pouvoirs adjudicateurs concernés exercent en commun des missions de service public dont ils sont investis et si la part des activités réalisées sur le marché concurrentiel concernées par cette coopération est inférieure à 20 %.

L'objet de la coopération clarifié : l'exercice en commun de missions de service public complémentaires

S'il était permis de s'interroger, à la suite de l'arrêt Commission c/ Allemagne, sur la nature des activités de service public susceptibles de faire l'objet d'une coopération, la directive 2014/24/UE clôt le débat en visant indistinctement tout service public.

Par ailleurs, assouplissant les conditions jurisprudentielles préexistantes, la coopération peut porter sur des services complémentaires, ce qui marque la fin de l'exigence jurisprudentielle tenant à l'exercice de services identiques.

(3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 17 IV. : « Le pourcentage d'activités mentionné au 2° du I et au 2° du III est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable ».

Une coopération applicable à tout service public

La référence, par l'arrêt Commission c/ Allemagne, à la notion même de « service public » pouvait poser question puisque ce terme n'est pas d'origine européenne, mais bien d'origine française.

La coopération pouvait-elle porter sur tout type de service public ou seulement sur ceux qualifiés comme tels par la loi ?

C'est la question que se posait le professeur Jean-David Dreyfus en 2010⁽⁴⁾.

Le préambule de la directive apporte une réponse claire et exprime à cette interrogation puisqu'il précise dans son paragraphe 33, alinéa 1^{er}, que « cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public ».

Aucune restriction donc, dans la nature des activités de service public, n'est à craindre dans l'exercice de cette coopération.

L'article 18 de l'ordonnance traduit d'ailleurs bien la largesse de l'objet de la coopération, dès lors qu'il vise « les services publics dont [les pouvoirs adjudicateurs] ont la responsabilité », ce qui permet d'englober les services publics obligatoires et les services publics facultatifs.

Si des pouvoirs adjudicateurs peuvent donc coopérer dans l'exercice de tout service public, ils peuvent également désormais coopérer dans l'exercice de missions de service public complémentaires.

Une coopération qui peut porter sur des services publics complémentaires en vue de la réalisation d'un objectif commun

Aux termes de l'arrêt Commission c/ Allemagne du 9 juin 2009, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs devait auparavant porter sur l'« exercice conjoint d'une mission de service public commune »⁽⁵⁾, ce qui induisait, pour la Cour de justice, que les pouvoirs adjudicateurs exerçaient des missions de service public identiques⁽⁶⁾.

Le paragraphe 33, 1^{er} alinéa, du préambule de la directive 2014/24/UE indique, quant à lui, que « les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires ».

(4) AJCT 2010, n° 3, p. 98.

(5) CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, cons. 37.

(6) CJUE 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., aff. C-159/11.

L'essentiel est que ces missions de service public s'inscrivent dans les « objectifs qu'ils ont en commun », si l'on en croit la lettre de l'article 18 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics.

En d'autres termes, les pouvoirs adjudicateurs pourraient mettre en commun autant de missions de service public complémentaires que nécessaire, dès lors que cette mutualisation sert des objectifs qu'ils ont en commun.

Conséquence de l'admission d'une telle complémentarité, il ne pouvait être imposé que chaque pouvoir adjudicateur participe de manière strictement égale à la mission commune.

Ainsi, la participation respective de chaque partenaire à l'exercice de la mission peut être d'intensité variable, tant qu'elle existe effectivement et qu'elle ne se transforme pas en une relation « donneur d'ordre / exécutant », qui ne peut naturellement pas constituer une coopération bénéficiant d'une exemption, comme l'a jugé la Cour de justice^[7].

Un document de travail de la Commission en date du 4 octobre 2011, concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs^[8], confirme cette analyse : « Selon l'arrêt *Hambourg*, la coopération vise à assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public que tous les partenaires doivent effectuer. Cette exécution conjointe se caractérise par la participation et les obligations mutuelles des partenaires contractuels, débouchant sur une synergie mutuelle. Cela ne signifie pas nécessairement que chacun des partenaires participe d'égale manière à l'accomplissement de la mission en soi. La coopération peut reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, le marché doit viser un objectif commun, à savoir l'exécution conjointe d'une même tâche [...] ».

Le paragraphe 33, alinéa 3, du préambule de la directive consacre ces modalités de coopération : « Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question ».

La part des activités réalisées sur le marché concurrentiel concernées par cette coopération est inférieure à 20 % : signification(s) ?

Reprenons la lettre du texte : « 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 17^[9] ».

Ce seuil traduit sans doute l'idée selon laquelle l'absence de publicité et de mise en concurrence d'une prestation de service, réalisée par des pouvoirs adjudicateurs, n'est permise que dans l'hypothèse où l'exercice de cette activité n'est pas de nature à troubler le libre jeu de la concurrence.

Mais cela signifie-t-il qu'elle ne peut s'exercer que dans un domaine où il n'existe aucune concurrence, ou bien qu'elle ne peut s'exercer que si elle constitue une part mineure des activités dispensées sur le marché concurrentiel considéré ? Et dans ce dernier cas, comment définir le marché concurrentiel considéré ?

Une première interprétation partirait du postulat que toute activité de service public est, par principe, exercée en dehors d'un marché concurrentiel. L'alinéa précédent devrait alors être compris de la façon suivante : les pouvoirs adjudicateurs doivent réaliser plus de 80 % des activités objet de la coopération hors marché concurrentiel.

Une seconde interprétation partirait du postulat que toute activité de service public est, par définition, exercée sur un marché concurrentiel dont elle ne doit pas troubler le fonctionnement. Selon cette seconde interprétation, l'alinéa précédent pourrait être lu de la façon suivante : les activités objet de la coopération doivent, en volume, être inférieures à 20 % du volume généré par ces activités sur le marché concurrentiel concerné.

Nous nous essaierons à un début d'analyse de chacune de ces propositions.

Proposition 1 : les pouvoirs adjudicateurs doivent réaliser plus de 80 % des activités objet de la coopération hors marché concurrentiel

Selon cette acception, la notion de service public s'opposerait par principe à une activité exercée sur un marché concurrentiel.

En effet, si l'on en croit la lettre du texte, plus de 80 % des activités concernées par la coopération devraient être exercées hors marché ; seuls moins de 20 % des

[7] CJUE 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH and Co. KG c/ Kreis Düren*, aff. C-336/11 : un contrat par lequel une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires ne peut constituer une coopération bénéficiant d'une exemption aux règles de publicité et de mise en concurrence.

[8] SEC [2011] 1169, p. 14.

[9] Ordonnance n° 2015-899, 23 juillet 2015, art. 17 IV, précité.



activités objet de la coopération pouvant être exercés sur un marché concurrentiel.

Dès lors que dans la coopération telle que définie par l'article 18 de l'ordonnance précitée, les pouvoirs adjudicateurs mettent en commun des activités de service public, il faudrait en déduire que toute activité de service public serait, par nature, placée hors marché concurrentiel.

Il importe de rappeler que la liberté du commerce et de l'industrie réserve, en principe, l'activité commerciale à l'initiative privée. La création d'un service public local est ainsi subordonnée à une carence de l'initiative privée résultant de circonstances particulières de lieu et de temps, ce qui induit certainement la faiblesse ou l'absence de concurrence sur le marché considéré⁽¹⁰⁾.

Cette interprétation se vérifie très certainement s'agissant des services publics culturels, dont on peut aisément considérer qu'ils sont hors marché, comme l'a déjà souligné le Conseil d'État⁽¹¹⁾.

Si l'on adopte cette interprétation, plus de 80 % des activités objet de la coopération doivent être constitués de missions de service public, par nature, exercées hors marché et corrélativement, le reliquat des activités objet de la coopération – moins de 20 % – pouvant être dispensé sur un marché concurrentiel.

En d'autres termes, moins de 20 % des activités objet de la coopération pourraient constituer des accessoires aux missions de service public exécutées si la bonne exécution de ces missions le justifie.

Tant la jurisprudence que les documents de travail de la Commission militent en faveur de cette interprétation.

Avant l'adoption de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs devait porter dans son intégralité sur des activités de service public.

Dans son document de travail du 4 octobre 2011 concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (p. 15), la Commission européenne rappelait ainsi que : « la Cour a jugé que la coopération ne devait être régie que par des considérations relatives à l'intérêt public. Par conséquent, elle ne serait pas exemptée si elle était guidée, c'est-à-dire principalement déterminée par d'autres considérations, notamment commerciales. En conséquence, les partenaires de la coopération ne devraient, en principe, pas être actifs sur le marché dans le cadre de cette coopération. Autrement dit, l'accord de coopération ne devrait pas comprendre d'activités proposées sur le marché libre ».

Pour illustrer son propos, elle prenait un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour de justice, dans l'affaire Hambourg, considérant que si l'incinérateur construit avait excédé les seuls besoins des pouvoirs adjudicateurs

coopérants « leur coopération n'aurait pas été régie uniquement par des considérations et des exigences liées à l'intérêt public ».

Cependant, la Commission introduit une nuance : « Si, pour des raisons pratiques, cette exclusion complète devait aller à l'encontre des raisons d'intérêt général régissant la coopération (utilisation économiquement raisonnable des ressources, par exemple), une activité strictement accessoire et marginale avec des entités ne participant pas à la coopération pourrait être acceptable (utilisation raisonnable de capacités accessoires inutilisées) ».

C'est cette nuance qui semble avoir été consacrée par l'article 12.4 de la directive, repris au 2° de l'article 18 de l'ordonnance de transposition, qui prévoit que « Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent, sur le marché concurrentiel, moins de 20 % des activités concernées par cette coopération ».

Dès lors, la coopération des pouvoirs adjudicateurs devrait porter à plus de 80 % sur des activités de service public, et donc à moins de 20 % sur des « activités de marché », en admettant que les deux notions s'opposent de façon systématique.

En d'autres termes, la coopération ne perdrait pas son intérêt public quand bien même elle porterait à titre accessoire, dans les limites fixées, sur des activités de marché dont la finalité première n'est pas la mise en œuvre même du service public objet de la coopération.

Ce pourcentage renvoie, par ailleurs, au plancher de 80 % cité à l'article 12.1 de la directive et transposé par l'article 17 de l'ordonnance traitant de la quasi-régie. Une lecture, en creux, de cet article permet de voir que l'entité contrôlée par le pouvoir adjudicateur peut exercer des activités de marché si celles-ci représentent moins de 20 % du total de son activité, ce qui est confirmé par la Cour de justice : « Il convient de considérer que, si le pouvoir reconnu à la société adjudicataire en cause au principal de fournir des services à des opérateurs économiques privés est simplement accessoire à son activité essentielle, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, l'existence de ce pouvoir n'empêche pas que l'objectif principal de cette société demeure la gestion de services publics. Dès lors, l'existence d'un tel pouvoir ne suffit pas pour considérer que ladite société a une vocation de marché qui rend précaire le contrôle des collectivités qui la détiennent »⁽¹²⁾.

Si cette interprétation était confirmée, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, transposée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, emporterait donc un assouplissement des conditions de la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs.

(10) CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, req. n° 06781 : Rec. CE, p. 583.

(11) CE 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736.

(12) CJCE 10 septembre 2009, aff. C-573/07, point 79.



Proposition 2 : les activités objet de la coopération doivent être inférieures à 20 % du volume généré par ces activités sur le marché concurrentiel concerné

Dans cette proposition, nous partons du postulat selon lequel toute activité de service public serait, par définition, exercée sur un marché concurrentiel dont elle ne doit pas troubler le fonctionnement.

Cela est certainement vrai des activités de service public qui, lorsqu'elles constituent des activités économiques, doivent, on le sait, être exercées dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence⁽¹³⁾.

Le Conseil d'État a d'ailleurs déjà admis que la création d'un service public de téléassistance aux personnes âgées et handicapées, bien que concurrençant l'initiative privée, se trouve justifiée par la seule existence d'un intérêt public⁽¹⁴⁾.

[13] CE ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris, req. n° 275531.

[14] CE 3 mars 2010, Dpt Corrèze, req. n° 306911.

Ainsi, en dehors des cas d'un monopole légal ou de droits exclusifs accordés à l'un des pouvoirs adjudicateurs coopérants, les activités de service public objet de la coopération devraient représenter moins de 20 % des activités concernées sur le marché concurrentiel correspondant.

Cette interprétation soulève de nombreuses questions irrésolues.

En particulier, comment déterminer le marché concurrentiel de référence pour calculer ce seuil ? Faut-il user de la notion de « marché pertinent », utilisée pour détecter les distorsions au droit de la concurrence ?

Nous ne le pensons pas, car ce terme n'a pas été repris dans la lettre de l'article 18 de l'ordonnance précitée.

En outre, il ne s'agit pas, ici, de détecter un manquement au droit de la concurrence, ni de justifier de la création d'un service public dans un secteur économique.

Il s'agit de justifier des conditions de mise en œuvre en commun de missions de service public préexistantes, sans avoir à respecter aucune obligation de publicité et de mise en concurrence, c'est-à-dire sans faire appel au marché.