

COLLECTIVITÉS LOCALES

« In house » : une jurisprudence assouplie

Un contrat «in house» est un contrat qui unit une autorité adjudicatrice à un opérateur économique sur lequel elle exerce un contrôle équivalent à celui qu'elle exerce sur ses propres services internes, et qui réalise avec elle l'essentiel de ses activités. La passation de ce contrat n'est pas soumise au droit des marchés publics. En vertu d'une jurisprudence récente, ce type de contrat peut être désormais conclu conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Par **THOMAS ROUYERAN** et
GHISLAIN FOUCAULT
Avocats à la Cour
Cabinet Seban & associés

En vertu de la théorie des relations intégrées, dite «in house» (1) et par dérogation aux obligations posées par les règles de la commande publique, une prestation fournie à un pouvoir adjudicateur n'est pas soumise à une mise en concurrence préalable lorsque, d'une part, celui-ci exerce sur son prestataire «un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services» et, d'autre part, lorsque le prestataire «réalise l'essentiel de son activité» pour lui (CJCE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, «Teckal Sarl» et articles 3-1 du CMP et 23 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005). Si ces deux conditions cumulatives sont remplies, le prestataire de l'administration n'est pas considéré comme un tiers et la relation entretenue avec le pouvoir adjudicateur n'est donc pas contractuelle.

Degré d'autonomie effective

L'intérêt de l'arrêt «Coditel Brabant SA» rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 13 novembre 2008 (Aff. C-324/07), porte sur l'appréciation de la condition du contrôle, qui permet de déterminer le degré d'autonomie effective d'une structure.

La commune belge d'Uccle avait concédé, de gré à gré, la gestion de son réseau de télédistribution à Brutélé, une société coopérative intercommunale à laquelle elle s'est affiliée. La société Coditel, concessionnaire sortant, a alors reproché à la commune d'avoir violé le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence consacrés par le droit communautaire. Elle soutenait que la commune, ne détenant que 8,26% du

capital de la société intercommunale, ne pouvait exercer sur Brutélé un «contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services». Saisie par le Conseil d'Etat belge, la Cour de justice s'est prononcée sur le fait de savoir si, pour pouvoir appliquer la théorie des relations intégrées, il était nécessaire que le contrôle soit exercé par la commune de manière «individuelle», ou s'il pouvait être exercé «conjointement» avec l'ensemble des autres communes membres. La Cour, qui n'avait pas encore tranché ce point de droit, précise qu'il convient de prendre en compte le contrôle exercé «conjointement» par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs sur une structure.

La portée de cette décision est importante puisqu'elle est susceptible d'élargir l'application de la théorie des relations intégrées à l'ensemble des structures de coopération entre personnes publiques. Mais la méthode didactique utilisée par la Cour pour apprécier les modalités d'exercice du contrôle est également intéres-

sante. Elle a successivement examiné la détention du capital de société puis la composition de ses organes de décision et l'étendue de leurs pouvoirs.

Détention du capital

La composition du capital d'un prestataire est le premier élément à prendre en compte pour apprécier l'étendue du contrôle exercé par l'administration sur un prestataire.

IL CONVIENT de prendre en compte le contrôle exercé conjointement par les pouvoirs adjudicateurs.

La Cour considère ainsi que si une autorité publique détient seule ou avec d'autres personnes publiques, la totalité du capital d'une société cela «tend à indiquer sans être décisif, que cette autorité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services». En revanche, une autorité publique ne peut pas exercer sur une entité «un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services si une entreprise privée détient une participation dans le capital de cette entité», ce qui interdit aux sociétés d'économie mixte de bénéficier de la théorie des relations intégrées.

L'ESSENTIEL

- La Cour de justice des communautés européennes refuse de s'immiscer dans le choix du mode de gestion des services publics des différents Etats membres.
- Elle estime que, pour l'application de la théorie des contrats de quasi-régie, le contrôle exercé sur un prestataire peut être pratiqué conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.
- La Cour examine pour cela la détention du capital de la structure de coopération, ainsi que la composition et l'étendue des pouvoirs de ses organes de décision.

EN SAVOIR PLUS

► **Textes officiels :** Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 ; article 3 du Code des marchés publics (CMP) ; article 23 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ; fiche juridique de la DAJ du 19 février 2009, publiée dans « Le Moniteur » du 3 avril 2009, cahier détaché, p. 24.

► **Article du « Moniteur » :** « Le Conseil d'État séduit par le "house" ? », 27 juillet 2007, p. 54.

✚ D'INFORMATION

www.lemoniteur.fr
- l'arrêt de la Cour de justice des communautés européenne du 13 novembre 2008 ;
- l'arrêt du Conseil d'État du 4 mars 2009.

Ces deux principes ont pour objet de s'assurer que l'entité en cause poursuit uniquement des missions d'intérêt général. La présence « d'une entreprise privée » au sein du capital de cette entité risque en effet de lui conférer « une vocation de marché », distincte de la mission d'intérêt général des autorités publiques qui la composent. Cela s'opposerait à ce qu'elle puisse bénéficier de l'application de la théorie des relations intégrées.

Si la logique de ce raisonnement est compréhensible, les termes employés par la Cour nécessiteraient d'être explicités afin d'éviter que l'expression « entreprise privée » vise toute personne morale créée sous la forme d'une société commerciale. En effet, ne devraient pas être concernées les entités, se présentant en droit interne sous la forme de sociétés commerciales mais qui, constituant des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire, ont été créées « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » (art. 1^{er} de la directive 2004/18/CE).

Composition et pouvoirs des organes de décision

En l'espèce, le conseil d'administration de Bruté était composé de représentants des communes affiliées, nommés par l'assemblée générale de la société, elle-même composée de représentants des communes affiliées, désignés par le conseil communal de chaque commune membre. Avant même d'examiner l'étendue des pouvoirs des organes de décision, la Cour était donc déjà parvenue à la conclusion que les communes membres, par l'intermédiaire de leurs représentants, étaient « en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de la société intercommunale.

L'examen des pouvoirs des organes de décision n'a d'intérêt que dans l'hypothèse où les autorités publiques ne disposent pas de représentants ou d'un pouvoir de surveillance sur les organes de dé-

cision de la structure. Dans ce cas, la condition du contrôle posée par la théorie des relations intégrées peut néanmoins être respectée si ce prestataire est dépourvu d'une autonomie contractuelle. Il peut en être ainsi s'il « ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par les autorités compétentes en cause ni quant au tarif applicable à ses prestations » (CJCE, 19 avril 2007, Aff. C-295/05, « Asemfo »).

Une solution pragmatique

Avant l'arrêt « Coditel », la Cour avait déjà considéré que lorsqu'une entité est détenue par plusieurs autorités publiques, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite « en prenant en compte l'activité que cette entité réalise avec l'ensemble de ces autorités » (2). Selon la Cour, la condition relative au contrôle doit donc être logiquement appréciée de la même manière que celle relative à l'activité.

Mais la raison principale qui fonde la solution de la Cour est ici le refus de s'ingérer dans le choix du mode de gestion des services publics des différents Etats membres. S'appuyant ainsi sur les développements de son avocat général, la Cour constate qu'il est excep-

tionnel qu'une personne publique détienne une participation majoritaire dans une structure de coopération. Dès lors, exiger pour l'application de la théorie des relations intégrées que le contrôle exercé par un pouvoir adjudicateur soit individuel, reviendrait à « imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale », ce qui viderait de son intérêt l'adhésion à cette société. Une telle solution serait donc contraire aux règles du droit communautaire qui laissent aux personnes publiques la liberté, soit de confier la gestion de leurs services publics à un tiers, soit de les gérer en interne. En effet, selon la Cour, la « 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 ». Cette solution pragmatique doit être saluée. En effet, comme l'indiquent les conclusions de l'avocat général, en période de restriction budgétaire, le recours aux structures de coopération peut permettre aux collectivités, notamment aux plus petites d'entre elles, de rationaliser la gestion de leurs services publics. En outre, la gestion de certains de ces services (transport, environnement) exige des collectivités qu'elles collaborent entre elles.

Jurisprudence suivie par le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs suivi la jurisprudence « Coditel » en jugeant légale le recours à la théorie des relations intégrées au sein d'un groupement d'intérêt public composé de onze établissements hospitaliers et d'un syndicat interhospitalier (4 mars 2009, « SNIIS », n° 300481). A cette occasion, il a jugé, dans un considérant de principe, que « les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics ; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès

lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Un tel organisme ne pouvant en être regardé, alors, comme un concurrent sur un marché concurrentiel » (3). Les jurisprudences de la Cour de justice des communautés européennes et du Conseil d'Etat permettent ainsi de sécuriser différentes modalités de coopération entre personnes publiques que celle-ci prenne la forme d'un établissement public, d'un groupement d'intérêt public ou d'un établissement à caractère économique, d'une association ou de sociétés et notamment d'une société anonyme de participation entre organismes (art. L.423-1-1 du CCH) ou encore d'une société publique locale d'aménagement (SPL) visée à l'article L.327 du Code de l'urbanisme (4). L'arrêt « Coditel » vient d'être confirmé et étendu en grande partie par la CJCE dans une affaire (480/06) opposant l'Allemagne à la Commission (5).

(1) Ou encore théorie des contrats de quasi-régie selon l'expression de la Commission générale de nomenclature et de néologie, reprise par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et de l'Emploi, Fiche du 30 janvier 2009.

(2) 11 mai 2006, Aff. C-340/04, « Carbotermo SpA, Consorzio Alisei » pts. 70 et 71, et 19 avril 2007, Aff. C-295/05, « Asemfo » pt. 62.

(3) Voir également : CE, 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence », n° 284736 ; TA Pau, 14 octobre 2007, « Préfecture des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Itharre », n° 0800537 et TA Pau, 14 octobre 2008, « Préfecture des Pyrénées-Atlantiques c/ Communauté de Communes de Garazi-Bajgorri », n° 0800538.

(4) Voir en ce sens : Rémy Schwartz, commentaire sous l'arrêt : CJCE, 19 avril 2007, « Asemfo », B. p. 302.

(5) A lire la semaine prochaine dans « Le Moniteur ».