

Association, GIE, SEM ou SPL, GIP, ... quel outil privilégié pour créer une centrale d'achat ?

Les directives et les textes de transposition en droit français ne précisent pas quel statut juridique doit revêtir une centrale d'achat. Théoriquement, les acheteurs disposent donc d'une certaine liberté. Si le statut associatif a été formellement dénoncé par la Cour des comptes, doit-il être nécessairement écarté ? Une autre forme est-elle à privilégier ?

Les centrales d'achat, si elles existent depuis fort longtemps, ont pris un véritable essor avec l'adoption des directives de 2004. Leur consécration est évidente avec les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE⁽¹⁾ puisque leur régime est précisé, tel que désormais repris aux articles L. 2113-2 et suivants du Code de la commande publique (CPP).

Cette consécration au plan européen et national démontre ainsi l'intérêt majeur de recourir à un achat centralisé⁽²⁾. Elle offre en effet des possibilités d'intervention qui sont plus larges que celles des groupements de commandes (missions étendues, adhésion de nouveaux membres en cours de consultation possible, absence de nécessité, pour la centrale d'achat de justifier de besoins dans les domaines objets des consultations lancées par cette dernière)⁽³⁾. Elle constitue au demeurant une alternative intéressante aux groupements de commandes qui peuvent présenter dans certains cas des écueils, liés à la lourdeur dans le processus de commande au travers du groupement, un rigidité éventuelle liée à l'entrée et à la sortie des adhérents au groupement, des difficultés dans certains cas de pilotage opérationnel ...). Si les centrales d'achat offrent ainsi un mode d'achat mutua-



Auteur

Thomas Rouveyran
Avocat associé, Seban & Associés



Mots clés

Association • Établissement public • GIE • GIP • SEM • SPL

(1) Article 37 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et article 55 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

(2) Voir en ce sens le Considérant 69 de la directive 2014/24/UE : « Du fait de l'importance des volumes achetés, ces techniques peuvent permettre d'accroître la concurrence et devraient aider à professionnaliser la commande publique. » ; voir également la Circulaire du 19 juillet 2016 [NOR : PRMX1620474C] relative à l'application du décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'Etat et relatif à la gouvernance des achats de l'Etat, point 4.

(3) N. Ricci, « Les achats centralisés et groupés », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 158, octobre 2015.

lisé pertinent, encore faut-il un volume d'achat suffisant pour justifier une structure à vocation pérenne⁽⁴⁾.

Peu de centrales ont toutefois, à ce jour, été constituées. Bien avant la réforme de 2004, il existait déjà l'UGAP⁽⁵⁾ ou l'Économat des Armées⁽⁶⁾, toutes deux constituées sous forme d'établissement public. En application des nouveaux textes, d'autres centrales se sont faites jour : par constitution au sein d'une structure déjà existante⁽⁷⁾ ; ou par création d'une structure ad hoc. Dans ce dernier cas, citons les centrales d'achat suivantes : Cap'Oise, Approlys Centr'Achat, Centrale d'achat des transports publics (CATP), Le réseau des acheteurs hospitaliers (RESAH), CAPAQUI, EPSILON (centrale d'achat informatique) ... Certaines l'ont été sous statut d'association ; d'autres sous statut de groupement d'intérêt public (GIP). Les directives et les textes de transposition en droit français ne définissent toutefois pas la nature juridique que doit revêtir une centrale d'achat. Le choix de la forme est donc, en théorie tout au moins, beaucoup plus large. Le statut associatif, toutefois, a été fortement dénoncé en 2019 par la Cour des comptes⁽⁸⁾ : le recours à la forme associative doit-il être écarté ? Une autre forme est-elle à privilégier ?

Il est aujourd'hui utile de revenir sur cette question⁽⁹⁾, particulièrement importante, dès lors qu'un choix adapté de véhicule juridique assurera le succès et le développement des centrales d'achat, encore trop peu nombreuses.

Un organisme public ou privé peut décider de se constituer en centrale d'achat ou engager la création d'une structure dédiée

Rappelons qu'une centrale d'achat, conformément au texte de l'article L. 2113-2 du CCP, est un « acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes :

1° L'acquisition de fournitures ou de services ;

2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services. ».

(4) Les enjeux de la mutualisation des achats, Note partenariale AdCF-UGAP, octobre 2019, <https://www.adcf.org/files/DOCS/AdCF-UGAP-enjeux-mutu-achats-oct2019-web.pdf>.

(5) Voir décret n° 85-801 du 30 juillet 1985.

(6) Voir l'article R. 3421-2 du Code de la défense.

(7) Nous citerons notamment la centrale d'achat des CROUS ou encore celle du SIPPÉREC.

(8) La Centrale d'achat Cap'Oise Hauts-de-France, Cour des comptes, 13 mars 2019, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-centrale-dachat-capoise-hauts-de-france>

(9) Nous avons déjà analysé cette question en 2014, à l'aune des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, dans une précédente contribution de la revue *Contrats publics* : « Quels organismes peuvent-ils être qualifiés de centrale d'achat ? », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 149, décembre 2014.

Il peut donc être opportunément envisagé qu'un établissement public, l'État ou une collectivité puisse s'ériger en centrale d'achat. Cela nécessite toutefois de s'assurer au préalable que l'organisme soit, légalement ou statutairement, autorisé à agir comme centrale. Ainsi, un établissement public – local, de coopération intercommunale ou syndicat mixte, national –, soumis au principe de spécialité, devra s'assurer qu'il est en capacité d'agir en tant que centrale d'achat.

Nous savons que les établissements publics sont soumis au principe de spécialité. Ainsi, un établissement public de coopération intercommunale dont le champ des compétences serait fixé par le CGCT ne saurait se comporter en centrale d'achats au profit de ses membres⁽¹⁰⁾. En revanche, les statuts d'un syndicat intercommunal ou d'un syndicat mixte peuvent valablement décider de conférer à la structure la mission d'assurer de manière pérenne une activité de centrale d'achat dans son champ de compétence⁽¹¹⁾.

Une structure de droit privé – mais qui aurait la qualité d'organisme de droit public au sens des directives Marchés – qui déciderait de s'ériger en centrale d'achat, devra également respecter ses propres règles statutaires et ceci, au regard des compétences qui peuvent être conférés à cet organisme par la loi. Ainsi, une société d'économie mixte n'a pas en soi de compétence particulière pour développer une activité comme en tant que centrale d'achats⁽¹²⁾. Toute structure ayant la qualité de pouvoir adjudicateur pourra être centrale d'achat si elle dispose de la compétence pour exercer de telles missions.

La création d'une structure *ad hoc* dédiée à la centralisation des achats peut donc, selon les circonstances, être privilégiée dès lors que son objet même serait d'assurer cette fonction.

Le recours possible à la forme associative

Nombre de centrales déjà citées ont été constituées sous la forme d'un organisme privé, en l'occurrence une association (Cap'Oise, CATP, CAPAQUI).

(10) CAA Marseille 5 juillet 2004, Synd d'agglomération nouvelle Ouest-Provence, req. n° 04MA01109 : *JCP A* 2004, 1640, obs. S. Deliancourt ; S. Braconnier – Synthèse 40 : Règles générales de passation, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*.

(11) A. Taillefait, « Coordination, groupement de commandes et centrale d'achats », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 50 ; voir également en ce sens, Réponse du 17 juin 2019 du Premier Ministre au référé précité de la Cour des comptes du 13 mars 2019, <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-06/20190611-refere-S2019-0508-Cap-Oise-Hauts-de-France-rep-PM.pdf>.

(12) On rappellera qu'une SEM peut réaliser notamment toute activité d'intérêt général dans le cadre toutefois des compétences qui sont reconnues à ses collectivités ou groupements de collectivités actionnaires (CGCT, art. L. 1521-1).

À cet égard, il est utile de revenir sur le référé de la Cour des Comptes relatif à la centrale d'achat Cap'Oise Hauts-de-France⁽¹³⁾ qui, au terme d'un contrôle des comptes de la centrale par la Chambre régionale des comptes Hauts-de-France, a porté à la connaissance du Premier ministre un certain nombre d'observations et de recommandations issues de ce contrôle. En substance, la Cour dénonce dans ce référé le fait que « le mode de gestion associatif a favorisé la commission par les facultés qu'il offre de s'exonérer des règles applicables au secteur public local (CGCT, instructions budgétaires et comptables, etc.) ». Dans ses recommandations, la Cour propose en conclusion que, d'une part, soient précisées, par voie réglementaire, les modalités de constitution des centrales – le référé vise seulement ici celles créées par des collectivités territoriales ou leurs groupements – en privilégiant le recours à des personnes morales de droit public comme des établissements publics et, d'autre part, que la création d'une centrale locale d'achat public soit soumise à l'approbation préalable du préfet.

Dans sa réponse⁽¹⁴⁾, le Premier ministre écarte nettement tant la critique que les recommandations, rappelant d'emblée que « aucune disposition n'impose aux centrales d'achat d'adopter une forme juridique particulière ». Et s'agissant du statut associatif, il est en outre précisé que « au regard du droit de la commande publique, il n'apparaît pas que la constitution d'une centrale d'achat sous la forme d'une personne morale de droit privé plutôt que sous la forme d'une personne morale de droit public présente davantage de risques de contournement ou de non-respect des règles qui s'imposent à elle. La direction des achats de l'État (DAE) recommande toutefois de privilégier un statut d'établissement public administratif ». Le Premier ministre rappelle au demeurant la nécessité de prévoir des modalités souples de création d'une centrale d'achat et de facilité de recours à ses services, ce qui, pour lui, induit de ne pas faire évoluer la réglementation de la commande publique dont le strict respect est de nature à prévenir des dérives.

Demeure en revanche le risque que l'association soit considérée comme transparente avec un risque de requalification en gestion de fait au regard de sa composition ou de son mode de fonctionnement⁽¹⁵⁾. Dès lors que l'association serait constituée à l'initiative de personnes publiques, il convient donc d'apporter la plus grande vigilance à la prévention d'un tel risque.

(13) Cap'Oise Hauts-de-France intervient auprès de ses adhérents en matière de fourniture de denrées alimentaires, de matériel informatique et de bureautique, de produits d'hygiène et d'entretien, de mobilier, d'outillage et de carburant par la voie d'une fonction d'achat/revente. Elle a également proposé des prestations en matière de maîtrise d'ouvrage déléguée puis d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

(14) Réponse du 17 juin 2019 du Premier Ministre au référé précité de la Cour des comptes du 13 mars 2019, précité.

(15) Voir notamment : Y. Simonnet, « Centrales d'achat, en quête de précisions », *Contrats Marchés Publics*, 2015, n° 10, dossier 7.

D'autres formes juridiques possibles

Tout d'abord, la constitution d'un groupement d'intérêt économique (GIE) n'apparaît pas inenvisageable. Si un GIE, compte tenu de la nature des organismes qui en sont membres, répond aux conditions de la qualification d'un pouvoir adjudicateur et que, en outre, il remplit également les conditions déjà rappelées pour être qualifié de centrale d'achat, rien ne s'oppose par principe à ce qu'il soit retenu pour constituer une telle centrale. Pour mémoire, l'activité du GIE doit se rattacher à l'activité économique de ses membres, mais ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci. L'activité d'achat étant une fonction support, le GIE pourrait donc assumer la fonction de centrale d'achat pour le compte de ses membres dès lors que sa convention constitutive prévoirait expressément cette possibilité dans l'objet du groupement⁽¹⁶⁾. Un tel GIE pourrait être constitué en centrale d'achat par des sociétés d'économie mixte, des sociétés publiques locales, des organismes HLM. La participation de collectivités territoriales ou leurs groupements est en revanche exclue.

Ensuite, précisons qu'une incertitude juridique existe quant à la possibilité de créer une centrale d'achat sous forme de société d'économie mixte ou encore de société publique locale. En effet, si la jurisprudence n'a pas prohibé la possibilité de créer une telle société dont l'objet serait d'exercer une activité de centrale d'achat, elle ne l'a pour autant pas autorisée. Il résulte notamment de la circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative aux sociétés publiques locales qu'une telle société ne devrait pas pouvoir être créée pour exercer une fonction support – ce qui pourrait être vraisemblablement le cas de la fonction d'achat. Certes, une activité de centralisation des achats peut constituer, pour les collectivités territoriales ou groupements de collectivités actionnaires d'une société d'économie mixte ou d'une société publique locale, le prolongement de leur activité principale et revêtir en conséquence un caractère d'intérêt général au regard notamment des bénéfices structurels, financiers et organisationnels qu'elle peut leur apporter. Le Conseil d'État, au demeurant, a admis à propos de l'UGAP que l'activité de centrale d'achat est d'intérêt général⁽¹⁷⁾. Une certaine prudence s'impose toutefois selon nous quant au recours à de telles sociétés pour constituer une centrale d'achat et l'activité de centrale d'achat ne pourrait à notre sens qu'être limitée et en tout hypothèse en lien avec les autres activités objet de la société telles que définies dans le respect de la loi⁽¹⁸⁾.

Mais le choix peut être, par ailleurs, fait de recourir à une structure publique. Ainsi, il est possible de constituer une centrale sous la forme d'un établissement public. Il convient d'exercer cette possibilité dans la limite de la compétence et, le cas échéant, du principe de spé-

(16) C. com., art. L. 251-8.

(17) CE 27 juillet 2011, Camif, req. n° 218067.

(18) CGCT, art. L 1521-1.

cialité⁽¹⁹⁾. Mais il sera d'emblée rappelé qu'un établissement public ne peut être créé que par voie législative ou réglementaire⁽²⁰⁾.

Demeure donc, enfin, la possibilité de créer une centrale sous forme de GIP, personne morale de droit public créée par voie de convention et dotée de l'autonomie financière⁽²¹⁾, associant pour une durée déterminée ou indéterminée soit des personnes publiques (établissements publics, État, collectivités territoriales, GIP), soit une ou plusieurs personnes publiques et une ou plusieurs personnes morales de droit privé (entreprises, sociétés d'économie mixte, associations, fondations, GIE ..). Précisons néanmoins que le nouveau régime du GIP paraît exclure la possibilité pour des collectivités territoriales et leurs groupements de constituer entre eux une centrale d'achat sous cette forme, dans la mesure où il serait destiné à l'exercice ensemble d'activités qui pourraient être confiées par les collectivités à un EPCI⁽²²⁾. Cependant, le texte ne semble pas interdire l'association de ces collectivités et groupements avec d'autres personnes de droit public ou privé en vue de la centralisation de leurs achats. La création d'une telle structure nécessitera par ailleurs de faire approuver la convention constitutive du groupement ainsi que toute modification de celle-ci par l'État, alourdissant ainsi les conditions de constitution et d'évolution de la centrale

sous cette forme. Lorsque le GIP est constitué exclusivement de personnes publiques soumise à un régime de comptabilité publique (comme les collectivités territoriales), le GIP est nécessairement soumis à ce régime. Le GIP peut intervenir pour des organismes non membres. Plus généralement, on relèvera que la Cour des comptes, dans son référé précité transmis au Premier ministre à propos du contrôle effectué sur la centrale d'achat Cap'Oise Haut-de-France, fait écho au rapport commun de l'inspection générale des finances (IGF) et de l'inspection générale de l'administration (IGA) rendu public en avril 2016⁽²³⁾, lequel admet selon les termes repris par la Cour que « aucune position définitive ne saurait être tirée sur la structure ad hoc se prêtant le mieux à la création d'une centrale d'achat, en l'état actuel de la réglementation ». Et ce rapport commun de conclure toutefois au fait que « le choix associatif, bien que présentant l'avantage de la souplesse, est porteur de risque de transparence et de requalification en gestion de fait, tandis qu'une gestion sous la forme d'un GIP, bien que plus complexe à mettre en œuvre, offre l'avantage de sécuriser les membres fondateurs et l'entité ».

On l'a vu, la pratique a tantôt fait le choix du recours à la forme associative, tant à celle du GIP. La qualité des adhérents de la centrale d'achat (publics ou privés), le souhait d'une souplesse dans la constitution et le fonctionnement de la centrale et la capacité à prévenir toute dérive seront déterminants quant au choix qui sera retenu.

(19) Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, Edition du 26 septembre 2014, point 6.3 – Le recours à la centrale d'achat.

(20) Réponse du 17 juin 2019 du Premier Ministre au référé précité de la Cour des comptes du 13 mars 2019, précité.

(21) L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98 al. 1.

(22) Idem.

(23) Rapport de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale de l'administration, Revue de dépenses 2016 - La fonction achats des collectivités territoriales, avril 2016. <https://www.interieur.gouv.fr/Publications/Rapports-de-l-IGA/Rapports-recents/Revue-de-Depenses-La-fonction-Achats-des-collectivites-territoriales>