

# INTERCOMMUNALITÉ

## Extension de l'exception «in house»

### L'ESSENTIEL

#### ■ Jurisprudence positive

Après avoir adopté une jurisprudence restrictive du «in house», le Conseil d'Etat a fait une application positive de la jurisprudence «Teckal» initiant l'extension du «in house» à la coopération entre personnes publiques, précisant que «plusieurs collectivités publiques» pouvaient créer entre elles un organisme pour lui confier la création et la gestion d'un service public.

#### ■ Dépassement

La jurisprudence laisse désormais entrevoir des perspectives intéressantes en matière de coopération entre personnes publiques, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) semble même s'orienter vers un dépassement de la notion de «in house».

UNE ANALYSE DE  
Guillaume GAUCH et Anne-Sophie BRIDON,  
avocats

**A**pparue pour la première fois dans les conclusions de l'avocat général, Antonio La Pergola, sous un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) du 10 novembre 1998 (1), la notion de contrats «in house» (2) a été consacrée par l'arrêt «Teckal» de la CJCE du 18 novembre 1999 (3).

Aux termes de cette jurisprudence, qui a été intégrée en droit interne à l'article 3, 1<sup>o</sup>, du Code des marchés publics (4), un contrat de fournitures de travaux ou de services, conclu entre une autorité adjudicatrice et un opérateur économique, n'a pas à être soumis aux règles de la commande publique lorsque, d'une part, l'autorité adjudicatrice exerce sur l'opérateur économique un contrôle analogue – ou comparable – à celui qu'elle exerce sur ses propres services et, d'autre part, lorsque l'opérateur économique réalise avec ladite autorité l'essentiel de ses activités.

Or, dans un contexte de mutualisation croissante des moyens, notamment dans le domaine de l'intercommunalité, la question

de l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques est inéluctable et donne lieu à un dialogue entre les juges communautaire et national.

En effet, si l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques est essentiellement initiée par le juge communautaire (I), elle est confirmée et encouragée par le juge national (II).

### I. Une extension initiée par le juge communautaire

Dès l'arrêt «Teckal» du 18 novembre 1999, s'est posée la question de savoir si l'exception «in house» pouvait être étendue à la coopération entre personnes publiques: les conditions posées par la CJCE n'étant pas dépourvues de toute ambiguïté à ce titre.

En effet, la cour de justice avait considéré que les obligations de publicité et de mise en concurrence n'étaient pas justifiées «dans

#### À NOTER

Dans un contexte de mutualisation croissante des moyens, la question de l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques donne lieu à un dialogue nourri entre les juges communautaire et national.

l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerçait sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerçait sur ses propres services et où cette personne réalisait l'essentiel

de son activité avec la ou les collectivités qui la détenaient».

Après une période d'application stricte de cette jurisprudence (5), la CJCE avait levé toute ambiguïté en indiquant, dans ses arrêts «Carbotermo» (6) et «Asemfo» (7) que les relations «in house» pouvaient effectivement s'entendre de relations entre un opérateur et plusieurs autorités adjudicatrices, notamment plusieurs collectivités publiques. Plus précisément, s'agissant de la première condition relative au «contrôle analogue», la

### DOCUMENTATION

- «La mutualisation des services dans le viseur de Bruxelles», «La Gazette» du 28 mai 2007, p. 10.
- «Mutualisation des services et mise en concurrence», P.-S. Rey, «La Gazette» du 28 mai 2007, p. 52.
- «Vers une gestion in common house», E. de Fenoyl, «La Gazette» du 4 juin 2007, p. 54.
- «La mise à disposition de services», A. Gardère, «La Gazette» du 16 février 2009, p. 48.

### RÉFÉRENCES

- Code des marchés publics (CMP), article 3, 1<sup>o</sup>

CJCE avait considéré dans son arrêt « Carbotermo », repris notamment dans son arrêt « Asemfo », que « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détienne seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tendait à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerçait sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services » (8).

De même, s'agissant de la seconde condition

#### À NOTER

La CJCE a levé toute ambiguïté en indiquant, que les relations « in house » pouvaient s'entendre de relations entre un opérateur et plusieurs autorités adjudicatrices, notamment plusieurs collectivités publiques.

relative à « l'essentiel de l'activité », la cour de justice avait considéré que « dans le cas où plusieurs collectivités détenaient une entreprise, ladite condition pouvait être

satisfaite si cette entreprise effectuait l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces dernières prises dans leur ensemble » (9).

Après avoir admis la possibilité d'un pluricontrôle, la CJCE a précisé, pour la première fois dans son arrêt « Coditel Brabant SA » du 13 novembre 2008 (10), les modalités d'exercice de ce pluricontrôle. En effet, elle a indiqué que le contrôle n'avait pas à être exercé individuellement par chacune des autorités adjudicatrices, mais qu'il pouvait également être exercé conjointement par celles-ci, statuant, le cas échéant, à la majorité.

La portée de cet arrêt est considérable car s'il concerne les relations qu'entretiennent une structure intercommunale et ses communes membres, sa solution devrait être transposable à l'ensemble des structures de coopération entre personnes publiques. Toutefois, cette extension de l'exception « in house » à la coopération entre personnes publiques doit être contrebalancée par le refus de la CJCE de qualifier un contrat d'« in house » en cas de présence de capitaux privés dans l'organisme prestataire (11) et ce, même lorsque l'entrée de capitaux privés est postérieure à la passation du marché (12).

Cependant, deux arrêts récents de la cour de justice laissent à penser que cette jurisprudence n'est pas définitivement stabilisée. En effet, non seulement la CJCE a récemment

sanctionné d'un simple abus de droit l'entrée de capitaux privés dans l'organisme prestataire postérieurement à la passation du marché (13), mais, par ailleurs, elle a jugé qu'un contrat pouvait être qualifié d'« in house » dès lors que la coopération entre personnes publiques était « uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public » (14). Aussi, il pourrait être envisagé qu'un contrat conclu par une autorité adjudicatrice avec un organisme associant des personnes publiques et des personnes privées, mais « uniquement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public », pourrait également être considéré comme un contrat « in house ». Une prise de position de la CJCE sur cette question serait donc nécessaire.

Enfin, dans un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'une société dont le capital était entièrement détenu par des collectivités publiques, mais dont les statuts prévoyaient la possibilité de faire entrer des capitaux privés, ne pouvait suffire à faire obstacle à l'attribution directe du marché et donc à sa qualification de contrat « in house » (15).

La CJCE a, en effet, considéré qu'« admettre que cette simple possibilité puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public [n'était] pas conforme au principe de sécurité juridique ».

Toutefois, elle a tenu à préciser, rappelant en cela sa jurisprudence antérieure, « que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public, le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis

à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence ».

## II. Une extension encouragée par le juge national

L'évolution de la jurisprudence du juge national concernant l'extension de l'exception « in house » à la coopération entre personnes publiques est assez similaire à celle du juge communautaire puisqu'il a toujours confirmé la jurisprudence communautaire, voire, est allé au-delà.

En effet, après l'arrêt « Teckal », et suivant en cela la jurisprudence de la cour de justice, le juge national a tout d'abord adopté une jurisprudence restrictive du « in house » (16). Ce n'est qu'à compter de son arrêt de principe en date du 6 avril 2007 que le Conseil d'Etat a fait une application positive de la jurisprudence « Teckal » initiant l'extension du « in house » à la coopération entre personnes publiques, puisqu'il a pris soin de préciser que « plusieurs collectivités publiques » pouvaient créer entre elles un organisme afin de lui confier la création et la gestion d'un service public (17).

Ensuite, dans deux jugements en date du

#### À NOTER

Le Conseil d'Etat a jugé que le critère de contrôle comparable était satisfait dès lors qu'il prenait la forme d'un contrôle exercé conjointement par les collectivités publiques sur l'organisme prestataire.

14 octobre 2008 qui concernaient cette fois spécifiquement la coopération intercommunale, le tribunal administratif de Pau a jugé que les conventions par lesquelles un

établissement public de coopération intercommunale (EPCI) se voit confier une mission d'assistance à la réalisation de travaux pour le compte de ses communes membres >

(1) Concl. avocat général Antonio La Pergola, sur CJCE 10 nov. 1998, aff. C-60/96, « Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/BFI holding BV ».

(2) Également dénommés « contrats de prestations intégrées » ou « contrats de quasi-régie », selon l'expression de la commission générale de terminologie et de néologie, reprise par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie dans sa fiche technique du 30 janvier 2009.

(3) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, « Teckal SRL c/Cne Viano ».

(4) L'article 3, 1<sup>er</sup>, du Code des marchés publics tel qu'issu du décret du 1<sup>er</sup> août 2006 fait toutefois référence à un contrôle « comparable ».

(5) Voir notamment en ce sens : CJCE 21 juill. 2005, aff. C-231/03, « Coname » ou CJCE 13 oct. 2005, aff. C-458/03, « Parking Brixen GmbH ».

(6) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo ».

(7) CJCE 19 avr. 2007, aff. C-295/05, « Asemfo ».

(8) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo », point 37.

(9) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo », point 70.

(10) CJCE 13 nov. 2008, aff. C-324/07, « Coditel Brabant SA », point 43.

(11) CJCE 11 janv. 2005, aff. C-26/03, « Stadt Halle ».

(12) CJCE 10 nov. 2005, aff. C-29/04, « Com. c/Autriche ».

(13) CJCE 17 juill. 2008, aff. C-371/05, « Com. c/Italie ».

(14) CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, « Com. c/RFA », « La Gazette » 29 juin 2009, p. 47.

(15) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, « La Gazette » du 5 octobre 2009, p. 51.

(16) En ce sens, CE 27 juill. 2001, req. n° 218067, « Camif ».

(17) CE 6 avr. 2007, req. n° 284736, « Cne Aix-en-Provence », « La Gazette » 23 avril 2007, p. 45.

■■■ échappaient à l'application des règles de la commande publique en raison de l'existence d'une relation in house entre les co-contractants.

Le tribunal administratif de Pau a, ainsi, fait une application assez audacieuse de la jurisprudence communautaire puisque non seulement, devant en cela l'arrêt de la CJCE en date du 13 novembre 2008 «Coditel Brabant», il a admis que le contrôle pouvait être exercé conjointement par des personnes publiques, mais surtout il a considéré que ce contrôle pouvait être exercé par 527 communes dans le cadre d'un système représentatif largement indirect au sein de l'EPCI, ce qui aurait pu être considéré comme rendant illusoire le contrôle effectif des collectivités membres.

En revanche, dans son arrêt en date du 4 mars 2009 (18), le Conseil d'Etat est revenu à une application moins déformante de la condition du contrôle analogue puisque, à l'instar de son homologue communautaire, il a jugé que le critère du contrôle comparable était satisfait dès lors qu'il prenait la forme d'un contrôle exercé conjointement par les collectivités publiques sur l'organisme prestataire. Les deux conditions du «in house» étant remplies, le Conseil d'Etat a ainsi pu étendre l'exception du «in house» aux relations entre des établissements publics de santé et un groupement d'intérêt public (GIP) constitué entre lesdits établissements pour la réalisation de prestations informatiques. Tou-

tefois, si cet arrêt concernait la coopération entre personnes publiques dans le domaine hospitalier, compte tenu de la généralité des termes employés par le Conseil d'Etat, il devrait être transposable à toute forme de coopération entre personnes publiques, notamment à l'intercommunalité.

Les jurisprudences, tant communautaire que nationale, laissent donc entrevoir des perspectives intéressantes en matière de coopération entre personnes publiques dans un contexte de mutualisation croissante des services et de réduction des coûts.

Toutefois, une telle extension de l'exception

**À NOTER**

*En dehors même de l'hypothèse du «in house», la CJCE admet que la coopération entre personnes publiques puisse échapper aux règles de la commande dès lors qu'elle prend la forme d'un contrat et sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création d'une structure dédiée.*

«in house» présente nécessairement un caractère artificiel dans la mesure où les juges communautaire et national continuent à appliquer la condition du contrôle analogue (ou comparable) telle qu'elle ressort de l'arrêt

«Teckal», alors qu'il est évident que dès lors que plusieurs autorités adjudicatrices exercent conjointement leur contrôle sur un organisme prestataire, ce contrôle ne saurait être comparable à celui qu'elles exercent individuellement sur leurs propres services.

Par ailleurs, jusqu'à présent, seules certaines formes de coopération entre personnes publiques étaient exclues de l'obligation de respecter les règles de la commande publique: celles passant par la création d'un organisme de droit public que les personnes publiques

ont chargé d'accomplir une mission d'intérêt général.

Or, la coopération entre personnes publiques ne saurait se limiter à une coopération structurelle, dans la mesure où de plus en plus de conventions sont conclues entre des personnes publiques pour mutualiser leurs moyens.

Consciente des limites de l'exception du «in house», dans un arrêt en date du 9 juin 2009 (19), la Cour de justice des communautés européennes a admis qu'un contrat conclu entre les services de voirie de la ville de Hambourg et quatre circonscriptions administratives, en vue de mutualiser le traitement de leurs déchets, n'était ni un marché de services, ni un contrat «in house» au sens de la jurisprudence communautaire, mais un contrat de coopération dont la passation n'a pas à être soumise aux règles de la commande publique dès lors que certaines conditions, dont la jurisprudence ultérieure devra préciser si elles sont ou non cumulatives, sont réunies tenant notamment à l'existence d'une mission de service public ou à la présence d'obligations réciproques dépassant la simple prestation de services.

Autrement dit, par cet arrêt et en dehors même de l'hypothèse du «in house», la CJCE admet que la coopération entre personnes publiques puisse échapper aux règles de la commande dès lors qu'elle prend la forme d'un contrat et sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création d'une structure dédiée. La Cour semble donc s'orienter vers un dépassement de la notion de «in house», et sa jurisprudence devrait conforter l'Etat français quant à l'avenir de l'intercommunalité. ■

(18) CE 4 mars 2009, «Syndicat national des industries d'information de santé» (SNIIS) req. n°300481.

(19) CJCE 9 juin 2009, affaire C-480-06, «Commission CE c/République fédérale d'Allemagne».

Profiter d'une offre d'emploi pour évoluer et d'informations exclusives pour préparer un concours

**La Gazette c'est votre territoire !**

**Partager**  
avec son équipe les mêmes sources, les mêmes références

**Multiplier**  
les moyens d'accéder à l'information recherchée

Pour vous abonner maintenant, tapez [www.lagazette.fr](http://www.lagazette.fr)

**la Gazette**