

Mutualisation des achats et SPL

- Une SPL peut-elle se voir confier l'activité de centrale d'achat? Si à première vue, les dispositions de l'article L. 1531-1 du CGCT ne l'interdisent pas, des incertitudes demeurent.
- Face à ces doutes, les collectivités territoriales pourraient ne confier à une SPL que le rôle de coordonnateur d'un groupement de commandes.
- Cependant, ce groupement ne pourrait comprendre d'autres personnes morales que ses collectivités ou groupement de collectivités territoriales actionnaires.

Auteurs

Ghislain Foucault et Aliona Stratula, avocats à la Cour, Cabinet Seban & Associés

Mots clés

SPL • Centrale d'achat • Groupement de commandes • GIE •

Dans un contexte de rigueur budgétaire, le recours à la mutualisation des achats est aujourd'hui encouragé. Ses bénéfices sont bien connus. Le premier est d'ordre financier. La mutualisation permet d'obtenir des économies d'échelle grâce au volume d'achats effectué. Le second est d'ordre structurel. Il s'agit de rationaliser les services « achats » des pouvoirs adjudicateurs concernés par l'optimisation des moyens humains et matériels affectés à l'organisation des procédures de publicité et de mise en concurrence ainsi que par la mise en commun des bonnes pratiques.

Deux outils, encadrés par les textes, permettent d'opérer cette mutualisation: le groupement de commandes et la centrale d'achat. La pratique révèle cependant que le groupement de commandes présente certaines limites tenant à la rigidité de ses modalités de fonctionnement et à la standardisation des services ou des fournitures faisant l'objet de la consultation⁽¹⁾. On assiste ainsi à une multiplication et à une diversification des centrales d'achat. À côté des centrales d'achat « historiques » et à vocation nationale, telles que l'Ugap ou l'économat des armées, créées sous forme d'établissements publics placés sous tutelle de l'État, apparaissent des centrales d'achat régionales et sectorielles constituées sous des formes qui n'avaient pas cet objet à l'origine: groupement d'intérêt public (GIP), groupement de coopération sanitaire (GCS) ou groupement d'intérêt économique (GIE). Le secteur hospitalier est précurseur dans ce domaine.

Compte tenu des contraintes financières qui pèsent sur elles, les collectivités territoriales peuvent alors être tentées de créer leur propre centrale d'achat afin de bénéficier des avantages que ce mécanisme d'achat procure, tout en contrôlant son fonctionnement. Cependant, la possibilité des outils juridiques traditionnellement utilisés dans ce cas pour créer une centrale d'achat (GIP et GIE notamment) prête à discussion. La création d'une

(1) D. Legrouge, «Création d'une centrale d'achat régionale», Techniques hospitalières, 722, juillet-août 2010, p. 16.

société publique locale (SPL) présenterait-elle un intérêt pour exercer la fonction de centrale d'achat ou, à défaut, pour piloter un groupement de commandes ? Cet outil récent mis à leur disposition pour externaliser leurs missions d'intérêt général n'avait pas cette vocation à l'origine⁽²⁾. Cela ne signifie pas pour autant que cette solution serait impossible.

I. SPL et centrale d'achat

La centrale d'achat est succinctement définie en droit interne par les articles 9 du code des marchés publics et 5 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005⁽³⁾. Il en ressort qu'une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui procède à des achats en vue de répondre aux besoins de ses adhérents en intervenant selon deux modalités.

Dans le premier cas, la centrale d'achat achète des services ou des fournitures en vue de les revendre à ses adhérents, éventuellement avant même que ces derniers n'aient défini leurs besoins et passé une commande. Cette première modalité d'intervention suppose donc en principe que les adhérents de la centrale d'achat soient suffisamment nombreux de manière à ce qu'elle puisse écouler les fournitures ou services acquis.

Dans le deuxième cas, la centrale d'achat peut être assimilée à un mandataire. Elle passe, pour le compte de ses adhérents, des marchés publics ou des accords-cadres de services, de fournitures ou de travaux. Cette deuxième modalité d'intervention est donc envisageable même dans l'hypothèse où les adhérents de la centrale seraient peu nombreux. La centrale d'achat intervient alors après que ses adhérents lui ont passé « commande ».

A) L'absence d'outils satisfaisants pour les collectivités

D'emblée, on écartera le recours au GCS puisque cette structure est réservée aux établissements de santé publics ou privés⁽⁴⁾.

1 - Le recours à l'intercommunalité

Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre ainsi que certains syndicats mixtes sont désormais autorisés, en dehors des compétences qui leur sont transférées, à gérer des « services fonctionnels » communs aux collectivités territoriales qui en sont membres, ce qui pourrait viser leurs services « achats »⁽⁵⁾. Certains EPCI et syndicats mixtes, notamment dans la région parisienne, exercent en outre une fonction de centrale d'achat, sous réserve que cette activité

soit inscrite dans leurs statuts et qu'elle se limite aux domaines de compétences qui leur ont été transférées⁽⁶⁾. Cela n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet de contestations dans le cadre du contrôle de légalité. La mutualisation des services « achats » des collectivités territoriales peut donc s'opérer dans le cadre de l'intercommunalité. L'inconvénient de cette solution est que l'activité de centrale d'achat de ces groupements est restreinte à certains domaines. Cette solution exclut également les collectivités territoriales (essentiellement les départements et les régions) qui ne feraient pas partie d'une intercommunalité.

2 - Le GIP

Le nouveau régime du GIP paraît également exclure la possibilité pour les collectivités territoriales de constituer un groupement de commandes sous cette forme. L'article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011⁽⁷⁾ indique en effet que :

« Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas constituer entre eux des groupements d'intérêt public pour exercer ensemble des activités qui peuvent être confiées à l'un des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du code général des collectivités territoriales. »

L'activité de centrale d'achat pouvant être confiée à un EPCI, on devrait donc en conclure que les collectivités territoriales ne sauraient confier cette activité à un GIP, sauf à ce que cette activité soit limitée aux compétences qui ne peuvent pas être transférées à un EPCI. Mais on ne voit pas dans quel cas ce montage pourrait alors être mis en œuvre.

3 - Le GIE

Les prises de participation des collectivités territoriales sont limitées par les textes. Elles ne peuvent pas participer au capital d'un « organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général »⁽⁸⁾. La doctrine administrative⁽⁹⁾ en déduit que :

« Compte tenu de ces dispositions, lorsqu'un groupement d'intérêt économique est constitué avec un capital [...], la participation d'une commune à ce groupement ne peut résulter que d'une autorisation par décret en Conseil d'État. La même règle semble devoir s'appliquer lorsqu'un groupement d'intérêt économique est constitué sans capital. En effet, l'objet des groupements d'intérêt économique est de faciliter ou de développer l'activité économique de leurs membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Le caractère lucratif des activités des groupements d'intérêt économique est donc indiscutable. »

Cette interprétation nous semble devoir être nuancée puisque l'objet d'un GIE ne peut être de « réaliser des bénéfices pour lui-même »⁽¹⁰⁾. Le caractère lucratif de l'activité d'un GIE pourrait donc prêter à discussion, sauf à considérer que ce caractère résulte des économies que l'activité du groupement procure à ses membres. Mais surtout, à supposer même que le GIE ait un caractère lucratif, l'interdiction posée par les dispositions du CGCT ne trouvera à s'appliquer que si le GIE n'exerce pas « une activité d'intérêt général ». Or, comme cela sera indiqué ci-après,

(2) L'article L. 1531-1 du CGCT définit les modalités d'intervention et de fonctionnement des SPL : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 code de l'urbanisme des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires. Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre. »

(3) Aux termes de ces dispositions : « Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée qui : 1° Acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ; ou 2° Passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. »

(4) Code de la santé publique, art. L. 6133-2.

(5) CGCT, art. L. 5111-1-1 et L. 5211-4-2.

(6) En ce sens : CAA Marseille ord. 5 juillet 2004, SAN Ouest Provence, req. n° 04MA1109.

(7) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98.

(8) En ce qui concerne les communes : CGCT, art. L. 2253-1.

(9) Rép. min n° 2657, JOAN Q. 23 août 1993, p. 2659.

(10) Code de commerce, art. L. 251-1.

l'activité de centrale d'achat a un caractère d'intérêt général. Des collectivités territoriales devraient donc pouvoir créer un GIE pour lui confier une activité de centrale d'achat. La mutualisation des services constitue d'ailleurs l'objet même de ce type de groupement. L'inconvénient du GIE est cependant que ses membres sont tenus solidairement des dettes du groupement sur leur patrimoine propre.

Dans le cadre d'une SPL, les collectivités et groupements de collectivités territoriales actionnaires ne sont tenus des dettes du groupement qu'à hauteur de leurs apports. Le recours à une SPL pour exercer l'activité de centrale d'achat présenterait donc moins de risques financiers pour eux qu'un GIE.

B) Une SPL peut-elle être une centrale d'achat ?

Une SPL est en principe un pouvoir adjudicateur, sous réserve que son activité ait un caractère d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, ce qui devrait être quasiment toujours le cas, compte tenu du caractère extensif de cette notion⁽¹¹⁾. Au regard du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, une SPL pourrait donc être une centrale d'achat dès lors que cette activité figurerait dans ses statuts. Elle ne pourrait cependant intervenir, contrairement aux centrales d'achat « classiques », qu'au bénéfice de ses collectivités, ou groupements de collectivités territoriales, actionnaires⁽¹²⁾. Reste à déterminer si l'exercice de cette fonction serait conforme à l'article L. 1531-1 du CGCT qui encadre les modalités d'intervention d'une SPL. L'interprétation de cet article par certaines juridictions du fond et par la doctrine pourrait s'y opposer. Mais cette interprétation nous semble cependant trop restrictive.

1 - L'interprétation actuelle de l'article L. 1531-1 du CGCT : une interprétation restrictive

En application de l'article L. 1531-1 du CGCT, les sociétés publiques locales « sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». Or, la fonction de centrale d'achat présente bien un caractère d'intérêt général dans la mesure où elle facilite l'exercice des compétences des personnes publiques qui en sont adhérentes. En ce sens, le Conseil d'État a jugé que l'Ugap remplit une :

« Mission de service public consistant à centraliser les achats et commandes des personnes publiques et des personnes privées investies d'une mission de service public dans les meilleures conditions de coût et de qualité, à prodiguer à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et à apporter son concours à des exportations d'intérêt général. »⁽¹³⁾

Cependant, l'article L. 1531-1 précise également que les missions d'une SPL doivent s'inscrire dans « dans le cadre des compétences » attribuées par la loi aux collectivités territoriales et à leurs groupements. Un jugement du tribunal administratif de Lille en a récemment déduit que :

« Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent être actionnaires d'une société publique locale dont l'objet social ne comporterait aucune des compétences attribuées à ceux-ci. »⁽¹⁴⁾

Dans le même sens, la circulaire du 29 avril 2011 considère que :

« Une collectivité territoriale ne pourra pas faire faire par une SPL ce qu'elle ne pourrait faire elle-même. »⁽¹⁵⁾

En somme, selon la jurisprudence et la doctrine administrative précitées, une SPL ne peut avoir pour objet statutaire que l'exercice d'une compétence qui peut être exercée par ses collectivités ou groupements de collectivités territoriales actionnaires. Cette interprétation, si elle était suivie, interdirait de confier l'activité de centrale d'achat à une SPL. La circulaire du 29 avril 2011 poursuit en effet en indiquant que :

« Les SPL n'ont pas vocation [...] à exercer des fonctions supports, comme la gestion des ressources humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique, pour le compte des collectivités qui les contrôlent. En effet, de telles fonctions, qui font partie du fonctionnement interne des collectivités, ne sont pas des compétences en tant que telles attribuées par la loi aux collectivités dont l'objet est l'exercice de missions au bénéfice direct des administrés. Elles ne font que contribuer à l'exercice de ces compétences. Par conséquent, elles ne sauraient entrer dans la catégorie des activités d'intérêt général visées par la loi du 28 mai 2010. »

Or, le service achat est (au même titre que la gestion des ressources humaines, la comptabilité, la communication, les services d'information) une fonction support des collectivités territoriales et de leurs groupements. C'est en tout cas ainsi que le ministère de l'économie le définit⁽¹⁶⁾. Si l'on prolonge le raisonnement de la circulaire du 29 avril 2011, on devrait donc en déduire que le service « achats » des collectivités territoriales et de leurs groupements ne peut donc pas être mutualisé au sein d'une SPL et que cette dernière ne saurait en conséquence assurer la fonction de centrale d'achat au bénéfice de ses actionnaires, faute pour le service « achats » de constituer l'une des « compétences » de ces derniers.

2 - L'article L. 1531-1 du CGCT : une lecture plus extensive est possible

Le raisonnement de la circulaire du 29 avril 2011 nous semble critiquable à deux titres. D'abord, l'article L. 1531-1 n'impose pas, tout au moins expressément, qu'une SPL ait pour objet statutaire une compétence susceptible d'être exercée par ses collectivités ou groupements de collectivités territoriales actionnaires. Cette disposition impose uniquement que l'activité de la SPL ait un caractère « d'intérêt général » et qu'elle s'inscrive « dans le cadre des compétences » de ses actionnaires. Or, l'expression « dans le cadre des compétences » pourrait tout aussi bien être interprétée comme signifiant « dans le prolongement » des compétences de ses actionnaires. Autrement dit, il pourrait être considéré qu'une activité qui facilite l'exercice des compétences des actionnaires d'une SPL, par la mutualisation de leurs activités supports, s'inscrit dans le « cadre de leurs compétences ».

(11) En ce sens : *rép. min.* n° 86799 du 13 décembre 2011, p. 13092.

(12) CGCT, art. L. 1531-1.

(13) CE 27 juillet 2011, *Camif*, req. n° 218067 — CE 24 septembre 2003, *Camif*, req. n° 240604.

(14) TA Lille ord., 29 mars 2012, *Cité de cnes Sambre Avesnois*, req. n° 1201729 : *Contrats marchés publ.*, juin 2012.

(15) *Circulaire du 29 avril 2011 (NOR : COTB1108052C)*, du Ministère de l'intérieur relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

(16) www.performance-publique.budget.gouv.fr

Ensuite, il convient également de distinguer le fonctionnement du service « achats » d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, de l'activité qui consiste à mutualiser les services de plusieurs personnes publiques. Car si le fonctionnement du service « achats » d'une personne publique, pris isolément, ne présente pas en soi un caractère d'intérêt général, l'activité qui consiste à mutualiser les services « achats » de plusieurs personnes publiques peut cependant revêtir ce caractère en raison des bénéfices, en termes financiers et organisationnels, que peuvent en retirer les personnes publiques concernées. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans les arrêts susvisés rendus à propos de l'Ugap. Pour ces raisons, l'activité de centrale d'achat nous semble donc pouvoir être confiée à une SPL, en application de l'article L. 1531-1 du CGCT. Cependant, au vu de la jurisprudence susvisée et de la doctrine administrative, ce montage serait, sans aucun doute, susceptible d'être critiqué. Les collectivités territoriales pourraient alors préférer une solution qui limiterait ces risques. Elle consisterait à ne confier à une SPL la fonction de centrale d'achat que dans un domaine limité en complément de la mission statutaire principale de la société⁽¹⁷⁾. Ce montage pourrait alors s'appuyer sur les jurisprudences applicables dans des domaines similaires, et notamment les jurisprudences qui autorisent un délégué d'un service public ou un établissement public à exercer des activités annexes dès lors qu'elles sont le complément normal et utile de leur activité principale⁽¹⁸⁾.

II. SPL et groupement de commandes

À défaut de confier à une SPL la fonction de centrale d'achat, les collectivités territoriales pourraient cependant charger cette société de piloter des groupements de commandes. Le groupement de commandes, régi par l'article 8 du code des marchés publics, permet à plusieurs pouvoirs adjudicateurs, qui ont des besoins de même nature, de mutualiser leurs commandes. L'un de ces pouvoirs adjudicateurs, désigné en tant que coordonnateur, est alors chargé de procéder à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou plusieurs cocontractants. Il peut également être chargé de signer et notifier le ou les marchés, voire même de suivre leur exécution. Une SPL pourrait être désignée coordonnateur d'un groupement de commandes

constitué avec ses collectivités ou groupements de collectivités territoriales actionnaires dans la mesure où, comme on l'a vu, elle est en principe un pouvoir adjudicateur⁽¹⁹⁾. Cette solution serait cependant limitée aux seules hypothèses où la SPL aurait elle-même des besoins (en services, fournitures, travaux) justifiant sa participation au groupement de commandes. Mais le groupement de commandes pourrait être constitué sans limitation de durée pour répondre à des besoins récurrents. Cependant dans ce cas, il serait recommandé de prévoir des clauses relatives à la sortie du groupement et à la prise en charge des conséquences financières résultant de la diminution du périmètre du ou des marchés qui pourrait en résulter⁽²⁰⁾. Le groupement de commandes dont la SPL serait le coordonnateur ne pourrait toutefois être constitué que des actionnaires de la société. On peut en effet considérer que les missions exercées par le coordonnateur le conduisent à fournir une prestation de services aux membres du groupement, même si elles sont exercées à titre gratuit. Or, une SPL ne peut agir qu'au bénéfice de ses actionnaires⁽²¹⁾. Cette société ne saurait en conséquence être coordonnateur d'un groupement de commandes qui comprendrait d'autres personnes morales que ses collectivités ou groupement de collectivités territoriales actionnaires.

Conclusion

Le choix des structures offertes aujourd'hui aux collectivités territoriales pour constituer une centrale d'achat n'est pas totalement satisfaisant. Il nous semble cependant que ce choix pourrait se porter soit sur un GIE soit sur une SPL. Le choix de la SPL serait celui qui présenterait le moins de risques financiers. Compte tenu de certaines décisions de juridictions du fond et de la doctrine administrative, le recours à une SPL, en tant que centrale d'achat, devrait cependant être confirmé. Pour limiter ces risques, il pourrait être décidé que la SPL n'exercerait sa fonction de centrale d'achat que dans un domaine limité en complément de sa mission statutaire principale de la société. Les collectivités territoriales pourraient également préférer cantonner le rôle de la SPL à celui d'un coordonnateur de groupement de commandes. Cette solution nécessiterait cependant que la SPL ait elle-même des besoins correspondant à l'objet du marché. Elle ne permettrait donc pas une véritable externalisation du service « achats » des collectivités, ou groupements de collectivités territoriales concernées. ■

(17) En ce sens, concernant l'exercice de la fonction de centrale d'achat par une SEM: C. Sabattier et J.-M. Peyrical, « Une SEM peut-elle devenir une centrale d'achat? », CP-ACCP, n° 47, septembre 2005, p. 61.

(18) CE 4 octobre 1957, Ville de Charleville : Dalloz 1957, p. 619 — CAA Paris 10 juillet 2003, Sté Sogeres, req. n° 01PA02303 — CAA Paris 9 août 2000, Epad, req. n° 00PA00870.

(19) Code des marchés publics, art. 8-II.

(20) Rép. min. n° 9595, du 19 février 2008 (JOAN, p. 1440).

(21) CGCT, art. L. 1531-1.