



COMITE JURIDIQUE (*)

Note de travail et avis n° 2005-3
(délibéré et adopté le 15 février 2006)

Objet – Concurrence des entreprises de travaux publics et des établissements publics de coopération intercommunale ou mixtes (EPCI).

1. L'avis du Comité juridique de la FNTP a été demandé sur différentes pratiques ou situations, rencontrées localement par les entreprises de travaux publics, privées de marchés du fait de la préférence données aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ayant compétence en matière de travaux publics, et spécialement de travaux de voirie.

2. Pour n'être pas nouvelle, cette question de concurrence se pose aujourd'hui semble-t-il, plus fréquemment, en raison de la multiplication d'EPCI aux compétences possiblement élargies par des lois successives, et de la faveur parfois donnée par la pratique administrative, à leurs interventions.

(*) Le Comité Juridique de la FNTP est présidé par Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université de Paris II, ses membres sont : François-Régis BOULLOCHE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, Christophe LAPP, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Jean-François MARTIN, Avocat Honoraire à la Cour d'Appel de Paris, Roland SANVITI, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Serge-Antoine TCHEKHOFF, Avocat à la Cour d'Appel de Paris



3. Dans un précédent avis (avis n° 2005-2 du 28 février 2005), le Comité juridique a rappelé les limites générales de ces interventions, tenant tant aux principes traditionnels du droit français pris de la liberté du commerce et de l'industrie qu'à l'exigence d'égalité dans la concurrence telle que l'entendent le droit français et le droit communautaire.

Il y est notamment indiqué, s'agissant des conventions de transfert de compétences passées par des EPCI avec des collectivités locales, que *« si la « convention » vise à organiser les compétences pour conclure, au sein des services (hypothèse de l'article L 5211-4-1-I CGCT), on peut considérer qu'elle n'est pas un marché (elle est d'ailleurs à titre gratuit) ; si au contraire elle a pour objet une prestation servie par une collectivité à l'autre, contre remboursement des frais (hypothèse rendue possible par l'article L 5211-4-1-II CGCT), elle est un marché et le texte qui l'autorise dans ces conditions est contraire au droit communautaire ».*

4. Trois situations de concurrence apportée aux entreprises locales de travaux publics ont été identifiées et distinguées dans le présent avis.

- L'hypothèse de travaux effectués par un EPCI pour une personne privée, le plus souvent sans marché formellement passé.
- L'hypothèse de travaux effectués, avec ou sans marché formalisé, pour des communes non membres de l'EPCI où n'ayant pas transféré la compétence correspondante (généralement la voirie publique) à celui-ci.



- L'hypothèse de travaux effectués pour des communes membres de l'EPCI, mais sans autonomie comptable par rapport au financement d'autres compétences également transférées à l'EPCI.



I/ - TRAVAUX EFFECTUES POUR DES PERSONNES PRIVEES

A/ - Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

5. 1°) Les principes de l'interventionnisme public local, en concurrence avec l'initiative privée, ont été fixés depuis longtemps par la jurisprudence, à partir et autour des décrets-lois de novembre et décembre 1926, et confirmés encore par la loi du 2 mars 1982 relative aux libertés des communes, des départements et des régions ; on en trouve une formulation systématique et assez complète dans la circulaire du 7 octobre 1992 *relative aux interventions économiques des collectivités locales* (Mon. trav. pub. 1^{er} janv. 1993, p. 200).

6. D'une façon générale, les interventions d'une collectivité locale ou – comme ici – d'un EPCI ne peuvent pas méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, déduit de la loi des 2-17 mars 1791 ou « décret d'Allarde », considéré par la jurisprudence comme une liberté publique (CE 17 juin 1985, *Dauberville*, Rec. Lebon p. 184) et formellement réaffirmé par la loi du 2 mars 1982 relativement aux interventions des collectivités locales.

La liberté du commerce et de l'industrie a en effet été comprise dès l'origine comme protectrice de l'initiative privée à laquelle les personnes publiques ne peuvent pas, en principe, faire concurrence.

A cela s'ajoute le respect – obligé – du principe d'égalité devant la loi, sous la double forme de l'égalité dans la concurrence, la collectivité publique ne devant pas tirer



d'avantages de sa qualité de personne publique, et de l'absence de discrimination, y compris favorable, en faveur de certains administrés ou certaines catégories d'administrés bénéficiaires de ces prestations.

7. Il est vrai que le principe de liberté de commerce et de l'industrie s'est accommodé d'une évolution de plus en plus accueillante à l'interventionnisme public local.

On est ainsi passé d'une jurisprudence très restrictive qui n'admettait la création et l'intervention des services publics locaux qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » (CE 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901, p. 78, note Hauriou) à la justification de cette initiative locale par la conjonction d'un « intérêt public local » (CE 30 mai 1930, *Ch. Synd. du commerce en détail de Nevers*, RDP 1930, p. 530, concl. Josse) et d'une carence quantitative puis même qualitative de l'initiative privée (CE 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, AJDA 1964, p. 686 – 25 juillet 1986, *Commune de Mercoeur*, D. adm. 1986, n. 489). Par ailleurs le décret-loi du 28 décembre 1926 déjà cité permettait « *aux communes et aux syndicats de communes d'être autorisés à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial* » ajoutant que « *sont considérés comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées ... en application de la loi des 2-17 mars 1791* ».

8. Quoiqu'il en soit de cette évolution, celle-ci conserve la condition de la carence de l'initiative privée, qui peut seule justifier une intervention publique. Et dans le cas de figure qu'on examine ici il n'y a évidemment pas carence de l'initiative privée



puisque les entreprises locales de travaux publics se plaignent de la concurrence des EPCI.

9. 2°) Pourtant on irait trop vite en en déduisant, sur ce seul fondement, l'illégalité des travaux occasionnellement effectués par les EPCI (ou les communes lorsqu'elles ont conservé la compétence voirie) pour le compte de personnes privées.

La jurisprudence – abondante – qu'on vient de citer concerne en effet des situations où l'on relève une véritable création d'une activité permanente par la collectivité publique, une véritable initiative de type professionnel : création d'un cabinet dentaire municipal dans l'arrêt *Ville de Nanterre* ; d'un bar restaurant municipal dans l'arrêt *Commune de Mercoeur* ; ou encore d'un cinéma municipal (CE 12 juin 1959, *Synd. des exploitants de cinématographie de l'Oranie*, D. 1960, p. 402, note J. Robert).

Ici, au contraire, on est en présence d'interventions occasionnelles, ponctuelles, dépourvue de continuité ; il n'y a pas création d'une véritable entreprise de travaux publics municipale offrant ses services à tous.

B/ - la spécialité des EPCI

10. C'est donc, semble-t-il, dans une direction un peu différente que doit être cherchée la nécessaire discipline de ces interventions, dès lors du moins qu'elles restent bien en deçà du « seuil professionnel » qui entraînerait leur condamnation au regard de la jurisprudence qui a été dite plus haut.



Il s'agit alors du respect de la spécialité de l'établissement public en cause – qui précisément n'a pas été créé pour pallier l'insuffisance de l'initiative locale, laquelle est au contraire disponible et active – ou encore, pour dire les choses autrement, de la dénonciation d'un détournement de pouvoir.

11. Dès lors en effet qu'il n'y a pas institution d'un véritable service public local – et si c'était le cas, on serait face aux objections qui ont été rappelées ci-dessus, condamnant la création d'un tel service public local en présence d'une initiative privée suffisante et pertinente -, il faut bien considérer que la prestation fournie par l'EPCI à un client privé vise uniquement à satisfaire, à des conditions de prix discriminatoires, un besoin de ce client.

Elle n'entre pas dans la spécialité de l'Etablissement, est étrangère à son objet et, déterminée par la satisfaction exclusive d'un intérêt privé, apparaît entachée de détournement de pouvoir.

12. Ainsi, et pour se résumer sur ses observations de fond.

- Ou bien l'intervention de l'EPCI pour la réalisation de travaux privés est systématique, répétitive, toujours possible ; et l'on est en présence d'une violation caractérisée du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, selon les exigences que la loi lui reconnaît.



- Ou bien – comme cela paraît être le cas – ces interventions sont ponctuelles, occasionnelles (et de faible importance) ; et c’est sur le terrain du détournement de pouvoir qu’il convient de placer la critique.

C/ - Publicité des opérations et liaison du contentieux

13. Une difficulté supplémentaire peut venir ici, au moins dans certains cas, du caractère en quelque sorte occulte de ces interventions occasionnelles des EPCI pour des travaux privés : ces travaux ne donnent généralement pas lieu à signature d’un marché écrit de la part de l’EPCI, encore moins à une décision formalisée de l’organe compétent, assemblée délibérante ou instance exécutive, selon le montant du marché, autorisant la conclusion de celui-ci.

Il est alors difficile d’exercer à ce stade les voies de droit préventives, l’existence du marché n’étant révélée en quelque sorte que par son exécution matérielle, lorsque encore celle-ci est visible de tous.

14. Cela ne veut pas dire pour autant que la décision de passer le marché n’existe pas juridiquement, même si elle n’a jamais été formalisée, ainsi que le marché lui-même, même s’il a été conclu verbalement (ce qui est possible en deçà d’un certain seuil).

Et il est parfaitement possible de demander au juge l’annulation de ces décisions, non formalisées mais révélées par leur seule exécution ; la jurisprudence est constante sur ce point et s’applique en particulier à la décision de passer le marché, considérée comme étant toujours détachable du contrat lui-même et constituant un acte



administratif unilatéral quand bien même le contrat conclu sur cette base est un contrat de droit privé (ce qui serait le cas en l'espèce).



II/ - TRAVAUX EFFECTUES POUR DES COMMUNES NON MEMBRES DE L'EPCI OU N'AYANT PAS TRANSFERE LA COMPETENCE CORRESPONDANTE (EN GENERAL LA COMPETENCE VOIRIE)

15. Cette seconde hypothèse est aujourd'hui assez clairement encadrée par les principes de la jurisprudence et du droit communautaire.

Dans l'arrêt du 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Bar* (RFDA 1998, p. 609, concl. H. Savoie), le conseil d'Etat a confirmé – on le savait déjà – qu'un contrat, en l'espèce de fournitures, mais aussi bien un marché de travaux, pouvait être conclu entre deux personnes publiques, et précisément entre un EPCI et une collectivité locale ; il a d'autre part précisé – c'est l'apport essentiel de l'arrêt – que ledit contrat était alors soumis aux directives communautaires « marchés » (aujourd'hui directive du 3 mars 2004), bien que celles-ci ne l'indiquassent pas expressément. Ceci est conforme à la jurisprudence communautaire (CJCE 18 nov. 1999, *Teckal*, Rec. I, p. 8121).

16. Et la solution a été reprise en forme de principe et explicitée dans ses modalités par le conseil d'Etat dans l'avis contentieux du 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants* (AJDA 2000, p. 1066). Il y est affirmé « *qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* » (v. aussi dans le même sens, en droit communautaire CJCE 7 déc. 2000, *ARGE Gewässerschutz*, Contrats et marchés publics 2001, comm. N° 36, note P. Soler-Couteaux). Mais l'attribution du marché à cette personne publique – ici l'EPCI en cause – « *suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public soit*



déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou de moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et, enfin, qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen informatique approprié ».

17. L'état du droit est donc sans ambiguïté.

- La réalisation de travaux par l'EPCI pour une commune non membre (ou n'ayant pas adhéré pour la compétence concernée) suppose un marché. Il n'en va autrement que pour les prestations dites « in house » qui ne correspondent pas à l'hypothèse ici examinée (CJCE arrêt *Teckal* précité).
- Ce marché est soumis au droit national et communautaire des marchés, notamment aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il consacre, et ne doit donc comporter aucun avantage de concurrence au bénéfice de l'EPCI candidat.
- L'EPCI candidat doit être en mesure d'établir que le prix proposé par lui prend en compte l'ensemble des coûts directs et indirects de la prestation proposée.
- Enfin on peut s'interroger, au moins dans certains cas, sur le respect de la spécialité de l'EPCI dans le cas de prestation de travaux pour des communes non membres de cet établissement.



18. Ces principes ont été rappelés et mis en œuvre, encore récemment, par une décision de la cour administrative d'appel de Douai du 9 juin 2005, *Sté Compagnie générale des eaux* (n. 03DA00269), qui, d'une part, applique les règles générales de la preuve mise à la charge de l'administration pour constater que le syndicat intercommunal attributaire du marché ne donne pas au juge les éléments permettant d'écarter les doutes sérieux sur le respect de procédures émis par le candidat évincé, d'autre part, au fond, déclare « méconnu le principe de liberté de la concurrence » dès lors que les modalités de détermination du prix par l'établissement public candidat comportent une sous-estimation manifeste et l'utilisation d'avantages structurels de concurrence.

Dans cette affaire, le juge va jusqu'à ordonner à la commune qui avait passé le marché de solliciter du juge du contrat la résolution de celui-ci, sauf à y parvenir d'accord avec son contractant.



III/ - TRAVAUX POUR LES COMMUNES ADHERENTES ET AYANT TRANSFERE LA COMPETENCE « VOIRIE »

19. Ces travaux pour les communes membres de l'EPCI et ayant transféré la compétence « voirie » sont dans l'ordre des choses et n'ont rien de critiquable par eux-mêmes : en y procédant, l'EPCI réalise son objet et il le fait en régie, sur ses moyens propres et avec son personnel, exactement comme les communes qui n'ont pas transféré cette compétence exécutent leurs travaux de voirie en régie.

La critique pourrait venir en revanche du mode de financement de ces travaux, s'il apparaissait que celui-ci n'est pas assuré par les seules ressources du syndicat au titre de la voirie (essentiellement les cotisations des communes membres, augmentées d'éventuelles subventions), mais puise dans les recettes dégagées par d'autres compétences, certaines génératrices de recettes fiscales, telle la compétence eau assainissement.

Le coût final pour les communes qui font faire des travaux serait ainsi minoré, à travers des cotisations moindres, puisqu'une partie du financement procède des produits des autres compétences du syndicat ; et il y aurait, là encore, une distorsion de concurrence au détriment des entreprises privées.

20. On rejoint ici les griefs de fond qui ont été articulés au point II ci-dessus ; mais avec cette différence qu'ils portent, non plus sur le prix affiché d'un marché, mais sur les cotisations mises à la charge des communes pour la compétence voirie dans le financement du budget de l'EPCI.



On y trouve d'autre part une violation directe de l'article L. 5212-16 du code général des collectivités territoriales qui, traitant de l'hypothèse où une commune « adhère à un syndicat pour une partie seulement des compétences exercées par celui-ci », pose la règle que « chaque commune supporte obligatoirement, dans les conditions fixées par la décision d'institution, les dépenses correspondant aux compétences qu'elle a transférées au syndicat ainsi qu'une part des dépenses d'administration générale ».

D'une façon générale les règles d'établissement du budget du syndicat, qui est voté par tous les délégués (art. L. 5212-16) sont réglées dans les conditions des articles L. 5212-18 et suivants CGCT.

21. La loi prévoit que la décision institutive de l'EPIC, c'est à dire ses statuts, détermine les règles, notamment budgétaires, qui font que chaque commune supporte les dépenses correspondant aux compétences transférées par elle (art. L. 5212-16 CGCT). Si tel n'est pas le cas, les statuts de l'EPCI peuvent être reprochés d'illégalité.

Reste le cas où les statuts de l'EPCI sont bien conformes aux règles d'autonomie des contributions de l'article L. 5212-16, mais où c'est la pratique budgétaire et comptable de l'Etablissement qui n'est pas en harmonie avec celles-ci.

C'est alors sur l'établissement de ce budget et sur son exécution qu'il faut reporter la critique. On rappellera à cet égard que, indépendamment des règles spécifiques de publicité établies par les articles L. 5212-22 et L. 5212-23 du CGCT, le budget de l'EPCI est communicable et soumis au contrôle de légalité dans les conditions ordinaires des budgets locaux.