



**AVIS
DU
COMITE JURIDIQUE**

**DE
LA FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS ¹**

Objet : Réalisation de travaux par les établissements publics de coopération intercommunale.

¹ 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

1. Le mouvement de « conventionnement » entre collectivités locales et établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), engagé et poursuivi par des textes successifs et jusqu'à la récente loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, pose le problème de la réglementation de ces conventions lorsqu'elles interviennent sur un marché concurrentiel ouvert aux entreprises privées.

2. Les principes généraux sont connus.

- Les personnes publiques peuvent être attributaires de marchés publics, mais c'est à la condition de respecter les principes d'égalité dans la concurrence et d'égal accès à la commande publique².

- Ces marchés sont soumis aux directives communautaires « marchés » et, notamment doivent être passés dans les conditions de concurrence et de transparence prévues par celles-ci³.

² Le conseil d'Etat considère que « pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif 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 des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public » (CE avis 8 nov. 2000, Soc. Jean Louis Bernard Consultants, RFDA 1998, p. 609, concl. H. Savoie).

³ C'est ce qui a été jugé par l'arrêt du conseil d'Etat du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr* (AJDA 1998 p. 403), à propos d'un contrat conclu entre deux EPCI pour la gestion d'une station d'épuration moyennant remboursement des frais « à livre ouvert ». Le conseil d'Etat a rappelé que le contrat conclu « entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre et qui contractent pour gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leurs compétences ... doit être regardé comme un marché public de services au sens de la directive n° 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services : qu'en vertu de l'article 1^{er} de ladite directive les marchés de services passés entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services doivent faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence ».

3. C'est au regard de ces principes qu'il faut examiner les possibilités de conventionnement ouvertes aux communes et EPCI par le code général des collectivités territoriales, spécialement depuis la loi sur la démocratie de proximité du 27 février 2002 et la loi relative aux libertés et responsabilités locales du 13 août 2004.

On l'examine à propos des conventionnements rendus possibles entre commune et EPCI et réciproquement, prévus par l'article L. 5211-4-1 du CGCT, sachant que ces dispositions sont également rendues applicables *mutatis mutandis* aux conventionnements avec d'autres établissements publics, communautés d'agglomérations et syndicats mixtes (v. not. art. L. 5721-9 CGCT).

4. Le point I de l'article L. 5122-4-1 du CGCT envisage le transfert de compétences d'une commune à un EPCI « *entraînant le transfert du service ou de la partie du service chargé de sa mise en œuvre* » ; et il prévoit à cet effet des transferts d'agents, par décision conjointe de la commune et de l'EPCI, ou, en cas de transferts partiels, une convention entre les mêmes parties.

Il s'agit clairement de transferts de services, au sens organique du terme, s'entendant comme constitués par un ensemble d'agents ; et la « convention » prévue en cas de transfert partiel du service vise à régler les modalités de ce transfert partiel ; elle n'est pas à titre onéreux et ne comporte aucune prestation de services d'une collectivité à l'autre. Il ne s'agit évidemment pas d'un marché.

5. Toute autre est la portée du point II de l'article L. 5211-4-1, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 13 août 2004.

Entretien l'ambiguïté sur la notion de « services », la nouvelle loi permet cette fois une convention à titre onéreux par laquelle « *les services d'un EPCI pourront être mis à la disposition d'une ou de plusieurs communes membres pour l'exercice de leurs compétences* ».

Les conditions d'adoption de ce texte et ses rédactions successives lors des débats au Parlement⁴ montrent clairement que ses auteurs ont entendu couvrir de véritables prestations de services, ceux-ci entendus cette fois au sens matériel comme synonyme d'activités économiques, prestations effectuées à titre onéreux puisque le texte prévoit « *le remboursement par la commune des frais de fonctionnement du service* »⁵.

6. Il s'agit alors de véritables marchés ; et le terme même a été inscrit un moment durant dans le texte de la loi pour préciser que ces « marchés » seraient conclus « sans formalités », c'est à dire en dehors des formes et conditions du droit des marchés publics.

⁴ Le texte, alors art. 113 du projet de loi, résulte d'un amendement présenté au Sénat en première lecture de la loi et adopté malgré les réserves exprimées par le gouvernement, notamment quant à sa compatibilité avec le droit communautaire des marchés.

⁵ Rédaction définitive du premier alinéa du II de l'article L. 5211-4 CGCI : « *Les services d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent être en tout ou partie mis à disposition d'une ou plusieurs de ses communes membres, pour l'exercice de leurs compétences, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services. Une convention conclue entre l'établissement et les communes intéressées fixe alors les modalités de cette mise à disposition. Cette convention prévoit notamment les conditions de remboursement par la commune des frais de fonctionnement du service* ».

Face aux objections de gouvernement⁶, une nouvelle rédaction a alors été adoptée, moins « provocante » ; mais l'esprit du texte est resté le même. La commission européenne a d'ailleurs, avant l'adoption de la loi, attiré l'attention du gouvernement français sur l'inconventionnalité de ce dispositif.

7. Dès lors en effet qu'il s'agit de permettre, sous cette forme, des prestations de services – davantage d'ailleurs que des travaux – entre collectivités publiques, la question de la conventionnalité de la loi doit être posée, plus exactement celle de sa compatibilité avec les directives marchés et avec la jurisprudence *Teleaustria* qui rattache la mise en concurrence et la transparence pour la passation des marchés publics au droit primaire des traités⁷.

Et, selon les principes qui ont été rappelés au point 2 ci-dessus, et dans la mesure où l'article L. 5211-4-1-II autorise la passation hors marchés de conventions à titre onéreux entre les communes et leurs EPCI, il est contraire au droit communautaire et, pour cette raison sera laissé sans application, et par le juge, et par l'administration.

8. Il en est d'autant plus ainsi que, dans l'aménagement du prix rémunérant les services qui seraient rendus, l'article L. 5211-4-1-II limite celui-ci au « *remboursement par la commune des frais de fonctionnement du service* », ce qui constitue un avantage de concurrence lié à la personnalité publique du prestataire et incompatible ainsi avec les principes de la jurisprudence *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (supra n. 2).

⁶ Pour le ministre, au Sénat, « *la loi ne sera pas dans les clous du droit européen* », de telle sorte que « *nous risquons fort de nous faire taper sur les doigts* », s'en remettant finalement « *à la sagesse du Parlement* ».

⁷ CJCE 7 déc. 2000, *Teleaustria et Telefonadress*, AJDA 2001, p. 106, note L. Richer.

9. Au prononcé de l'inconventionnalité du dispositif on a cependant fait deux objections ; mais qui ne convainquent pas.

- On a invoqué la jurisprudence *Teckal* de la CJCE relative aux prestations dites « *in house* », jurisprudence intervenue précisément à propos de « conventions » entre communes et groupements de communes (CJCE 18 nov. 19998, Rec. p. 8121). Dans cette affaire, la cour de justice a jugé qu'il n'y avait pas de marché quand un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une collectivité territoriale, conclut une convention avec une entité qui n'a pas d'autonomie décisionnelle par rapport à lui. Cette exclusion repose sur une considération de bon sens : pour que l'on puisse parler de contrat, il faut deux personnes indépendantes. La cour précise que l'entité dépendante doit réaliser l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur concerné.

Or, les relations entre un EPCI et les communes membres ne peuvent être qualifiées de dépendantes. Il n'est donc pas question de prestation *in house*.⁸

- On a aussi fait valoir que ces conventions ne seraient pas des marchés mais – selon une terminologie forgée pour la circonstance - des « *conventions d'organisation des pouvoirs adjudicateurs* », « *régissant les rapports entre collectivités* ».

⁸ V. encore CJCE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, AJDA 2005, p. 119 : un contrat avec une SEM locale n'est pas un contrat *in house*.

Mais au-delà des mots ; ce qui détermine la nature du contrat, c'est son objet. Si la « convention » vise à organiser les compétences pour conclure, au sein des services (hypothèse de l'article L. 5211-4-1-I), on peut considérer qu'elle n'est pas un marché (elle est d'ailleurs conclue 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), elle est un marché et le texte qui l'autorise dans ces conditions est contraire au droit communautaire⁹

6/04/05

⁹ V. CJCE 13 janv. 2005 Royaume d'Espagne C-84/03