

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

LES ZONES LEGALES DE NON CONCURRENCE DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences - Avocat

8 décembre 2022

APASP

Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

1

APASP

Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

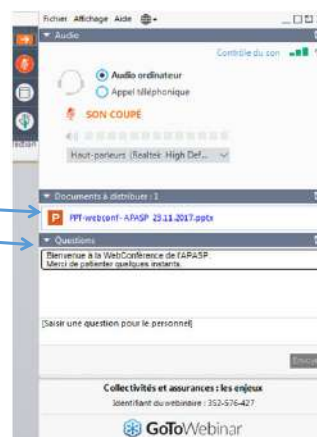
POSEZ VOS QUESTIONS DÈS À PRÉSENT

Et nous y répondrons à la fin de la conférence

Comment poser une question ?

A droite de votre écran, la fenêtre pour :

- télécharger les documents
- poser vos questions par tchat



2

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

Le droit de la commande publique, issu en bonne partie du droit écrit et jurisprudentiel européen, est fondé sur le respect de la concurrence, ce qui se traduit par des procédures de passation plus ou moins formalisées en fonction des seuils des contrats.

La grande majorité des marchés publics et concessions doit donc être précédée d'obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le code de la commande publique permet à certains contrats d'échapper en tout ou partie à de telles obligations :

- soit du fait de leur montant- seuil de 40.000 euros HT-
- soit du fait de circonstances particulières- marchés négociés sans concurrence pour urgence impérieuse, prestataire déterminé, offres inappropriées...-
- soit du fait de la nature de la prestation concernée - ventes d'immeubles, marchés défense, contentieux devant les juridictions...-
- soit du fait de mécanismes spécifiques mis en place par les textes

C'est dans ce dernier item que l'on peut insérer les mécanismes du in-house et de la coopération public-public, tous deux institués par les directives de 2014 et transposés au sein du code de la commande publique.

3

3

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

S'AGISSANT DU IN- HOUSE

Le in-house, ou quasi-régie, est traité dans les articles L.2511-1 à 5 et L.3211-6 du code de la commande publique.

Afin qu'une structure puisse se voir confier des prestations sans publicité ni concurrence par un acheteur public ou une autorité concédante, ces derniers devront :

- exercer sur elle un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, ce qui se traduit par une influence décisive sur ses objectifs stratégiques et ses décisions importantes
- faire en sorte qu'elle travaille essentiellement- à minima à hauteur de 80%- pour eux

En d'autres termes, la structure in house est tellement dépendante d'une structure publique ou para publique qu'elle ne peut être mise en concurrence dès lors qu'elle est considérée comme un de ses satellites.

4

4

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

S'agissant du contrôle analogue, le fait que la structure in-house soit uniquement composée d'actionnaires publics est un de ses indices forts.

- Il doit néanmoins se compléter par d'autres éléments, comme le contrôle effectif, via le CA mais aussi l'équipe de direction, sur les décisions essentielles de la structure- marchés publics, recrutement de personnels, achat ou vente d'immobilier, préparation et vote du budget...-.

S'agissant du suivi de l'exécution des contrats in- house, des comités de contrôle et de suivi peuvent être mis en place par la collectivité publique afin d'accentuer sa maîtrise.

- Le Conseil d'Etat a pu juger que le in-house ne fonctionnait pas dans le cas d'une commune ne détenant qu'une faible part de capital dans une structure in-house et ne participant pas directement à ses décisions- 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte-.
- Mais le code de la commande publique reconnaît dorénavant que le contrôle conjoint et la possibilité qu'une même personne puisse représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs - article L.2511-4 du code-.

5

5

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

En principe, le mécanisme du in-house exclut toute participation du privé, et ce depuis l'arrêt de la CJCE du 11 janvier 2005 Stadt Halle.

La seule possibilité requiert deux conditions cumulatives:

- les capitaux privés ne peuvent conférer aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions de la structure, ni permettre aucune influence sur elle
- ces formes de participation doivent être requises par une législation nationale

6

6

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

.

Le in-house peut se caractériser au travers d'autres cas de figure:

- lorsque la personne morale contrôlée, qui est elle même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ➡ **quasi régie ascendante**
- lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la réalisation de prestations à une structure contrôlée par une entité « intermédiaire » elle même contrôlée par le pouvoir adjudicateur ➡ **quasi régie descendante en cascade**
- lorsque la structure contrôlée confie la réalisation d'une prestation à une personne morale contrôlée par un même pouvoir adjudicateur ➡ **quasi régie horizontale entre sœurs**

7

7

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

En droit interne, les relations in-house peuvent se traduire dans plusieurs cas de figure- EX: relations entre un GIP et ses membres-

Mais l'archétype des structures in-house sont certainement la Société Publique Locale d'Aménagement- SPLA, Loi ENL du 13 juillet 2006- et la Société Publique Locale- SPL, loi du 28 mai 2010.

Ces sociétés anonymes au capital 100% public sont aujourd'hui au nombre de 468, contre 870 SEM.

Le mécanisme du in-house permet aux actionnaires publics de ces structures de leur confier des prestations sans mise en concurrence.

Par contre, du fait de la composition de son capital et de ses modalités de gouvernance, la SPL sera considérée comme un pouvoir adjudicateur pour ses propres besoins.

Elles interviennent dans des domaines très divers, de l'aménagement à la construction en passant par la gestion d'activités de services publics industriels et commerciaux- ports, distribution de l'eau, transports collectifs, ramassage et traitement des ordures ménagères, centres sportifs, crématoriums...- et d'intérêt général- plateformes de dématérialisation, espaces culturels, missions sociales...-.

Bon nombre de collectivités n'hésitent pas à se doter de deux outils complémentaires sur leur territoire, une Société d'Economie Mixte et une Société Publique Locale, avec possibilité de mutualiser leurs fonctions supports au sein d'un GIE.

8

8

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

S'AGISSANT DES CONTRATS DE COOPERATION PUBLIC- PUBLIC

En vertu des articles L.2511-6 et L.3211-6 du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser conjointement des missions de service public en vue d'atteindre des objectifs communs.

Même si cette définition peut apparaître quelque peu imprécise, elle repose sur des termes et concepts importants: **coopération, services publics, objectifs en commun**.

On en déduit qu'il s'agit de mettre en place un véritable partenariat entre pouvoirs adjudicateurs, publics ou para-publics, partenariat qui doit leur permettre de mutualiser et mener en commun certaines de leurs activités de service public.

Il doit s'agir d'une véritable coopération, avec une possible division de tâches entre partenaires.

La jurisprudence européenne est plutôt rigoureuse sur ce point, ce qui n'exclut pas que des membres de la structure de coopération fournissent des prestations à d'autres- CJUE, 19 décembre 2012 Azienda Sanitaria Locale di Lecce; 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri-.

9

9

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

Outre cette nécessaire mise en commun, deux conditions doivent être remplies:

- la mise en œuvre de la coopération ne peut obéir qu'à des conditions d'intérêt général
- les pouvoirs adjudicateurs concernés ne peuvent réaliser sur le marché concurrentiel plus de 20% des activités concernées par la coopération

S'agissant de la première condition, elle signifie que la coopération ne peut se fonder sur la recherche d'un but lucratif ou d'une activité commerciale de production, de distribution ou de services moyennant une contrepartie financière.

➡ Par conséquent, elle ne peut entraîner la perception de bénéfices par l'une des parties et ne saurait impliquer que des remboursements de frais à l'euro l'euro.

➡ Le juge tant interne que communautaire peut aussi être amené à regarder si les coûts et frais de gestion liés aux prestations fournies sont raisonnables par rapport aux pratiques du marché- CJUE, 28 mai 2020, Informatikgesell.

10

10

DU IN HOUSE A LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

Le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur une affaire de coopération similaire dans un arrêt du 3 février 2012, commune de Veyrier du Lac s'agissant d'une activité de distribution d'eau confiée par une commune à une communauté d'agglomération, qualifiée par le juge de coopération entre personnes publiques non soumise aux règles de publicité et de concurrence alors applicables aux conventions de délégation de service public.

Cette coopération ne permettait pas en effet « **une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché donné** », la convention litigieuse « **n'ayant pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé** »

Cette coopération public-public ouvre, sous le respect des garde-fous susvisés, un vaste horizon de mise en commun d'activités entre collectivités publiques et de fournitures de prestations les unes envers les autres, peut être au détriment des opérateurs économiques privés qui peuvent se voir dès lors coupés de parts de marchés.

11

11



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Thème de nos 2 prochaines WEB FORMATION en ligne

LE SOURCING

Mardi 31 janvier 2023

Une demi-journée de 13 h30 à 17 h 00

Objectifs de la formation : Mener un sourcing performant

- ☞ Le cadre juridique et les principes.
- ☞ Les outils du sourcing



LA NEGOCIATION

Mercredi 1^{er} février 2023

Une demi-journée de 13 h30 à 17 h 00

Objectifs de la formation : Savoir négocier face aux demandes d'augmentation des tarifs des prestataires

- ☞ Le déroulé de la négociation.
- ☞ Les mécanismes de la négociation

Animation : Amandine COLIN Responsable de service mission développement de la fonction achats -
Département Hauts de France

Inscription www.apasp.com

12



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

*Thème de notre prochain
COLLOQUE*

ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Lundi 27 mars et mardi 28 mars 2023

**Auditorium du Journal Les Echos
10 Bd de Grenelle – 75015 PARIS**

Le programme sera disponible prochainement

13



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Encore quelques questions... ?

L'APASP propose à ses adhérents une assistance technique marchés publics, une revue de presse, des Web Conférences et des Web formations, des colloques, des séminaires, un outil de gestion « CEPHEE » pour les groupements de commandes, un outil méthodologique pour améliorer l'offre et réduire le gaspillage alimentaire en restauration collective ...



Pour en savoir plus sur nos adhésions, rendez-vous sur www.apasp.com ou contactez nous au **01 42 80 93 93**

14