

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°273 du 17 janvier 2013

[Marchés publics] Questions à...

## La CJUE précise sa jurisprudence sur les contrats entre personnes publiques — Questions à Aurélia Minescaut, Avocat senior, SCP Sartorio-Lonqueue-Sagalovitsch & associé

N° Lexbase : N5325BTE



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf. : CJUE, 19 décembre 2012, aff. C-159/11 (N° Lexbase : A1300IZ8)

Dans un arrêt rendu le 19 décembre 2012, la Cour de Luxembourg est venue préciser que le droit de l'Union en matière de marchés publics s'oppose à une réglementation nationale qui autorise la conclusion, sans appel à la concurrence, d'un contrat par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération lorsqu'un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Dans la même décision, elle apporte une précision importante quant à l'appréciation du caractère onéreux du contrat en indiquant que, même en l'absence de rémunération spécifique, le seul remboursement des frais exposés ne permet pas d'exclure la qualification de caractère onéreux de la prestation fournie. Pour revenir sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Aurélia Minescaut, Avocat senior, SCP Sartorio-Lonqueue-Sagalovitsch & associé.

**Lexbase :** Quelle est la portée essentielle de l'arrêt en matière de coopération entre personnes publiques ?

**Aurélia Minescaut :** Dans son arrêt du 19 décembre 2012, la CJUE précise les critères permettant de définir une "coopération horizontale" entre personnes publiques, c'est-à-dire une organisation administrative entre entités publiques distinctes qui peut donner lieu à la conclusion de contrats sans que ces derniers ne soient qualifiés de

marchés publics au sens du droit communautaire. Ces contrats peuvent donc être conclus sans mesure de publicité, ni mise en concurrence préalable.

En réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction italienne, la Cour précise qu'un contrat de coopération doit avoir pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités. Ce contrat doit être exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et ne pas être de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

En l'occurrence, la Cour était saisie d'une convention conclue entre une université et une agence sanitaire locale portant sur l'étude et l'évaluation de la vulnérabilité sismique des infrastructures sanitaires de la province de Lecce. La Cour considère, même si elle renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier son appréciation des pièces soumises, que le contrat d'étude comporte des éléments importants de mission qui correspondent à des activités généralement réalisées par des architectes ou des ingénieurs et qui, bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ne s'apparentent pas pour autant à de la recherche scientifique. Elle en conclut, dès lors, que le contrat ne permet pas d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui serait commune à l'université et à l'agence sanitaire.

La Cour relève, en outre, que le contrat "*pourrait conduire à favoriser des entreprises privées si les collaborateurs extérieurs hautement qualifiés auxquels il autorise l'université à recourir pour la réalisation de certaines prestations englobent des prestataires privés*". Par cet arrêt, la Cour précise donc que la coopération horizontale doit s'entendre strictement de l'exécution d'une mission de service public commune et que le contrat ne doit pas permettre à un prestataire privé de bénéficier d'une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

#### **Lexbase : Comment la CJUE abordait-elle jusqu'ici cette problématique ?**

**Aurélia Minescaut** : La CJUE n'aborde que depuis peu cette problématique de coopération. En effet, la première exception à l'application des règles de la commande publique avait été la construction jurisprudentielle bien connue dite "*in house*" ou encore "coopération verticale" (CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98 [N° Lexbase : A0591AWS](#)). Cependant, cette exception ne trouvait pas à s'appliquer dans l'hypothèse d'une convention conclue entre deux collectivités locales ou un établissement public de coopération locale et ses communes membres, dès lors que le cocontractant n'était pas une entité nouvelle contrôlée par celles-ci.

Afin de caractériser le rapport contractuel de coopération entre des personnes publiques indépendantes l'une de l'autre et n'exerçant aucun contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, la CJUE a, par son arrêt "C-480/06" du 9 juin 2009 (CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06 [N° Lexbase : A9625EHX](#)), admis que les prestations de services rendues entre collectivités puissent, dans certains cas, ne pas être soumises au droit communautaire des marchés publics mais s'analyser en une mesure interne de collaboration entre autorités publiques.

L'importance de l'arrêt du 19 décembre 2012 est d'être la première application de l'arrêt de principe du 9 juin 2009, et de préciser la notion de coopération entre personnes publiques. Ainsi, le contrat doit avoir pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à l'ensemble de ses personnes publiques et ne pas conduire à favoriser des éventuels prestataires de droit privé de la personne publique pour l'exécution du contrat.

Il faut relever que, pour sa part, le Conseil d'Etat avait déjà appliqué l'exception de la coopération horizontale en relevant, dans le cadre spécifique de l'établissement public d'aménagement Euroméditerranée, que l'ensemble des membres du conseil d'administration exerce une compétence urbanisme-aménagement, y compris l'Etat. Il a, ainsi, jugé que "*les missions d'aménagement confiées à l'établissement public dans le cadre de l'opération Euroméditerranée relèvent d'une collaboration entre l'ensemble des personnes publiques concernées par cette opération et représentées au conseil d'administration de l'établissement [...] et peuvent lui être dévolues sans formalités de publicité ni mise en concurrence, dès lors que ces dernières sont régulièrement mises en œuvre par l'établissement pour les marchés qu'il passe en qualité de maître d'ouvrage*" (CE 2° et 7° s-s-r., 23 décembre 2011, n° 351 505, publié au recueil Lebon [N° Lexbase : A8263H8K](#)).

#### **Lexbase : La Cour apporte de plus ici une précision importante quant à l'appréciation du caractère onéreux du contrat. Qu'en est-il exactement ?**

**Aurélia Minescaut** : Dans un premier temps, il appartient à la Cour de s'interroger sur la nature du contrat afin de définir s'il entre dans le champ d'application de la Directive (CE) 2004/18 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ([N° Lexbase : L1896DYU](#)), dite Directive "marchés", pour ensuite vérifier s'il peut bénéficier, ou non,

d'un des deux cas d'exclusion définis par la jurisprudence : coopération verticale ou horizontale.

A cet égard, la Cour rappelle qu'un marché public est un contrat conclu par écrit entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur et à titre onéreux. Elle précise *"qu'il ressort du sens normal et habituel des termes 'à titre onéreux' [qu'un] contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu"*. Ainsi, même en l'absence de rémunération de la prestation, le seul remboursement des frais avancés répond au caractère d'onérosité.

Il faut encore relever que l'analyse de l'Avocat général, Madame Trstenjak, à laquelle l'arrêt fait expressément renvoi, va encore plus loin puisqu'elle précise que *"on ne saurait exiger forcément que le prestataire de services poursuive un but lucratif. Bien au contraire, il doit suffire que le prestataire de services rentre dans ses frais en étant remboursés des frais exposés. Même de simples indemnités doivent être comprises dans la notion de caractère onéreux"* (concl., point n° 33).

Un marché est donc conclu à titre onéreux dès lors que l'opérateur ne perd pas d'argent à la suite de son exécution, même s'il n'est pas rémunéré pour sa prestation. En conséquence, si un contrat conclu entre personnes publiques ne répond pas aux critères permettant de définir l'une ou l'autre des exceptions à l'application de la Directive "marchés" et que ce contrat comporte une clause de remboursement des frais exposés, alors il sera susceptible d'être qualifié de marché public au sens du droit communautaire.

### **Lexbase : Quelles peuvent être les répercussions de cette décision concernant la conclusion des conventions de coopération conclues entre les établissements publics ?**

**Aurélia Minescaut** : Si les critères de définition de la coopération horizontale sont aujourd'hui énumérés par la Cour, il s'agit d'une jurisprudence très récente qui demeure en construction et des questions demeurent en suspens. Ainsi, les conventions de coopération entre collectivités locales doivent avoir pour objet la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci. Il faut donc comprendre que l'exception de la coopération horizontale ne peut s'appliquer que dans le cadre d'une compétence partagée et non pas dans l'assistance pour la mise en œuvre d'une compétence propre à l'une des personnes publiques en cause.

Or, ce n'est pas toujours le cas des conventions de mutualisation conclues aujourd'hui entre entités publiques. Ainsi, la coopération horizontale peut être reconnue aux conventions conclues sur le fondement des dispositions de l'article L. 5111-1-1 du Code général des collectivités territoriales (N° Lexbase : L9199INZ), qui précisent que ces conventions doivent porter sur l'exercice en commun de compétences. Cependant, dès lors que l'exercice d'une compétence est véritablement transféré, alors il faut considérer qu'il n'y a pas de véritable coopération au sens de la jurisprudence communautaire. A cet égard, l'Avocat général précise encore, dans ses conclusions sur l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, qu'*"il est requis en outre que la coopération vise à accomplir une mission commune de service public. Il ne suffit donc pas que l'obligation légale d'exécuter la mission de service public en question ne concerne que l'une des autorités publiques impliquées, alors que l'autre se limite à un rôle d'auxiliaire qui entreprend sur la base d'un contrat une mission qui lui est étrangère. Cette position apparaît défendable si l'on se remémore le sens étymologique du terme coopération". L'existence d'une telle coopération repose précisément sur une stratégie, commune aux partenaires, qui est basée sur l'échange et la reconnaissance des intérêts de chacun. Lorsqu'un seul des participants poursuit ses intérêts, il est difficile de parler d'une coopération' au sens décrit ci-dessus"* (concl., point n° 75).

Ainsi, ce ne sont pas toutes les conventions de mutualisations ou de coopérations susceptibles d'être conclues entre entités publiques qui peuvent être qualifiées de coopération horizontale même si celles-ci concourent à la réalisation d'objectifs d'intérêt publics, mais seulement celles qui répondent à l'exercice d'une mission de service public commune à l'ensemble des entités publiques contractantes et ce, dès lors que les autres conditions exposées précédemment sont également vérifiées.

En tout état de cause, et en l'état du droit communautaire, la définition même de ce qu'il faut entendre par *"mission de service public"* pose question.