

La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du « in house » ?

À quelles conditions les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils avoir recours à des organismes de coopération au regard de la réglementation relative à la commande publique ? C'est à cette question d'importance que le Conseil État a apporté un éclairage particulier sous l'angle de la coopération inter-hospitalière.

RLCT 1370

CE, 4 mars 2009, n° 300481, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS), à publier au Rec. CE

Afin de répondre à leurs besoins en matière de systèmes d'information, onze établissements hospitaliers et un syndicat inter-hospitalier ont décidé de constituer un groupe d'intérêt public dénommé « Synergie et mutualisation des actions de recherche en informatique de santé » (GIP-Symaris) dont l'objet est de développer et de mettre à disposition de ses membres tout système d'information de support aux activités et à la gestion hospitalière, ainsi que d'en assurer la maintenance. La convention prévoit la possibilité pour le GIP ainsi constitué d'intégrer de nouveaux membres, à charge pour eux de payer un « droit d'usage » du logiciel qu'il a développé.

La constitution du GIP est soumise à l'approbation de l'autorité administrative, conformément aux dispositions de l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 qui organise le régime des GIP, à laquelle renvoie l'article 22 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 qui en autorise la constitution dans le domaine de l'action sanitaire et sociale. Cette autorisation administrative prend ici la forme d'un arrêté interministériel.

C'est cet arrêté, et à travers lui la constitution du GIP et les modalités de son fonctionnement, qui est attaqué par le Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS). Celui-ci regroupe des industriels spécialisés dans les systèmes d'information hospitaliers et considère que le recours à un tel partenariat institutionnel porte atteinte à l'activité de ses propres membres de sorte qu'il convenait à tout le moins que le GIP soit mis en concurrence avec ceux-ci, par le biais de la passation de marchés publics entre les établissements hospitaliers désireux de recourir aux services du GIP et les entreprises susceptibles de répondre à leurs besoins.

Compétent en première et dernière instance en raison du caractère réglementaire de l'arrêté entrepris, le Conseil d'État rejette le recours du SNIIS au motif que les relations qui s'établissent entre les établissements hospitaliers et le GIP dont ils sont membres sont des relations « in house » (ou de quasi-régie selon le terme retenu par la Commission générale de terminologie et de néologie, JO 19 nov. 2008), qui n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la commande publique. Cette solution est applicable aussi bien aux relations établies entre les membres fondateurs et le GIP, mais également à celles qui sont susceptibles de s'établir avec de nouveaux établissements hospitaliers qui seraient amenés à intégrer la structure.

Cette solution est formulée de manière extensive. Si le Conseil d'État évoque de manière imprécise la possibilité pour des

« collectivités publiques » de constituer de tels organismes de coopération, l'espèce relative à des établissements hospitaliers montre bien que ce sont non pas seulement les collectivités, mais tous les pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'être soumis au droit de la commande publique qui sont ainsi visés, y compris les personnes morales de droit privé au sens national qui auraient la qualité d'organisme de droit public selon la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, c'est-à-dire qui se trouveraient placées sous l'empire de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Par ailleurs, il est bien clair que cette solution est transposable au-delà des seuls marchés publics, à tous les contrats relevant de la commande publique, dont l'uniformité du régime a été établie par la jurisprudence communautaire et nationale depuis l'arrêt « Telaustria » (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen ; CE, Sect., 6 avr. 2007, n° 284736, Cne d'Aix en Provence, RLCT 2007/25, n° 724, note Rouault M.-C., AJDA 2007, p. 1020, chron. Lénica F. et Boucher J.).

La solution ainsi retenue par le Conseil d'État, consistant à placer les relations de coopération entre pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la théorie du « in house » ne correspond guère à la conception première des rapports contractuels « in house » (I). Elle s'inscrit cependant dans une évolution engagée par la jurisprudence communautaire, qui permet de tenir compte de la liberté d'organisation des services administratifs pour élargir le champ des rapports contractuels « in house » (II). Si une telle solution permet de concilier les principes de publicité et de mise en concurrence avec cette liberté d'organisation dans le cas des coopérations institutionnalisées, la question se pose de savoir dans quelle mesure elle pourrait être transposée aux coopérations de nature purement contractuelle que peuvent établir les pouvoirs adjudicateurs (III).

I – LE RECOURS À LA THÉORIE DU « IN HOUSE »

Développée par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt « Teckal » (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, AJDA 2000, p. 784, note Brenet B.), cette théorie, transposée à l'article 3 du Code des marchés publics français, consiste à considérer qu'il ne peut y avoir de contrat, et donc de marché public, entre un pouvoir adjudicateur et un organisme qui lui est intégré au point qu'il apparaît, au terme d'une analyse substantielle, que celui-ci n'est en réalité qu'un service de celui-là. La situation d'intégration du prestataire au sein du pouvoir adjudicateur se manifeste, selon l'arrêt « Teckal », par la conjonction de deux critères, constamment repris par la jurisprudence ; d'une part le pouvoir adjudicateur

doit exercer sur l'entité prestataire un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; d'autre part, il doit être le destinataire de l'essentiel de son activité économique.

Il n'y a pas lieu dans un tel cas d'imposer une mise en concurrence puisque l'on se trouve face à un cas d'autoproduction et que la liberté dont disposent les pouvoirs adjudicateurs de répondre eux-mêmes à leurs propres besoins, très classiquement affirmée en droit français (CE, 27 juin 1930, Bourrageas, Rec. CE 1930, p. 659 ; CE, 29 avr. 1970, n° 77.935, Unipain, Rec. CE 1970, p. 280), leur permet de ne pas se mettre eux-mêmes en concurrence avec des prestataires extérieurs.

Une telle situation peut concerner les relations établies avec des organismes de nature diverse : établissements publics, société privée ou GIP notamment - la CJCE ayant exclu, de manière contestable, l'application de cette théorie aux relations entretenues par les pouvoirs adjudicateurs avec des sociétés d'économie mixte ou toute autre entité dont une partie du capital serait détenue par une ou plusieurs entreprises privées (cf. Capitant D., Les SEM exclues du « in house » [note sur CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle], CP-ACCP 2005, n° 42, p. 45, et dans le même sens plus restrictif encore : CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-410/04, ANAV, ou encore CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Auroux c./ Cne de Roanne).

En tout état de cause, elle suppose, aux termes mêmes de la jurisprudence communautaire et de l'article 3 du CMP, l'existence d'un contrôle extrêmement étroit du pouvoir adjudicateur sur le prestataire qui permet de considérer qu'au-delà de la distinction de personnes juridiques distinctes il faut envisager une unité fonctionnelle au sein de laquelle des relations de quasi-régie sont mises en œuvre.

La coopération entre pouvoirs adjudicateurs reste étrangère à une telle définition du « in house », qu'il s'agisse d'une coopération contractuelle ou encore d'une coopération institutionnalisée à travers la mise en place d'un organisme de coopération susceptible de prendre les formes les plus diverses, allant de l'établissement de coopération intercommunale à la société privée en passant par le GIP. En effet, dans chacun de ces cas - et le terme de coopération l'exprime bien -, il s'agit de relations entre personnes autonomes l'une par rapport à l'autre. Les organismes de coopération eux-mêmes disposent en effet d'une autonomie constitutive liée à leur caractère coopératif, sauf à envisager les situations dans lesquelles l'un des pouvoirs adjudicateurs exerce un contrôle suffisant sur l'organisme de coopération. Mais alors seules les relations entretenues par ce pouvoir adjudicateur avec le prestataire sont susceptibles de ressortir du « in house » au sens strict du terme. C'est une telle analyse qui a été suivie par l'avocat général Georges Cosmas dans ses conclusions sur l'arrêt « Teckal », lorsque, après avoir proposé l'analyse « in house », il concluait qu'en l'espèce, dans laquelle étaient en cause les relations établies entre une commune et un groupement intercommunal prestataire, l'analyse « in house » ne pouvait être retenue, « les relations entre la commune et (ce groupement étant) le résultat du concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes distincts, conformément à la forme habituelle de relations qui caractérise les relations contractuelles de deux sujets distincts ».

Cette analyse rigoureuse a été reprise par la suite par la jurisprudence nationale. Le Conseil d'État a eu l'occasion de

l'affirmer à propos des relations entretenues par les pouvoirs adjudicateurs avec l'UGAP (CE, 27 juill. 2001, n° 218067, CAMIF), dans la mesure où « aucun des clients de l'UGAP, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP », celle-ci restant ainsi à l'égard de ses clients « une entité distincte ».

II - « IN HOUSE » ET COOPÉRATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

Pour autant, la soumission au droit de la commande publique des relations entre personnes publiques ne va pas systématiquement de soi (Fatôme E. et Ménéménis A., Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse, AJDA 2006 p. 67, J.-M. Peyrical, L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions, AJDA 2009 p. 965). Certes, les directives Marchés publics ont développé une conception de l'opérateur économique qui ignore le caractère

public ou privé des personnes en cause, mais se fonde uniquement sur la nature de leur activité : sont des opérateurs économiques les personnes qui exercent des activités économiques. C'est bien dans cette ligne que s'est placé le Conseil d'État dans sa décision « Communauté de communes du Piémont de Barr » (CE, 20 mai 1998, n° 188239, RFD adm. 1998, p. 609, concl. Savoie, AJDA 1998, p. 553, note Raynaud F et Fombeur P.), lorsqu'il a confirmé l'illégalité de la passation d'un marché public de service entre une

communauté de communes et un établissement public de coopération intercommunale dont elle était membre, en l'absence de toutes mesures de publicité et de mise en concurrence. La CJCE a d'ailleurs condamné l'Espagne qui avait maintenu le principe de l'exclusion des marchés entre personnes publiques du champ d'application de la législation espagnole transposant les directives Marchés publics (CJCE, 13 janv. 2005, aff. C-84/03, Commission c./ Espagne). Dans cette logique, il convient que les conventions passées entre pouvoirs adjudicateurs et qualifiées de marchés publics soient passées dans le cadre du droit de la commande publique, en assurant une juste égalité de traitement entre opérateurs selon leur statut public ou privé au regard de la législation nationale (cf. CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, Rec. CE 2000, p. 492, concl. Bergeal ; CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-94/99, ARGE Gewässerschutz, concl. Léger Ph. ; CE 28 avr. 2003, n° 233360, Fédération nationale des géomètres experts, Contrats marché publ. 2003, n° 7, p. 17, note Delelis Ph.).

Mais cette solution, imposée par le droit communautaire, prenait le contrepied de la solution classiquement prévue par le code français des marchés publics qui limitait son champ d'application aux marchés passés entre personnes publiques et privées, de sorte que les relations établies entre personnes publiques lui échappaient de manière générale.

De fait, les relations entre personnes publiques sont largement des relations de coopération établies au sein même de l'administration et qui semblent ainsi pouvoir ressortir de l'autoproduction, sous la forme particulière de la mutualisation des services. Il peut donc paraître légitime de les faire bénéficier de la liberté dont dispose chaque pouvoir adjudicateur de répondre lui-même et sans mise en concurrence à ses propres besoins. Aussi le juge administratif français a-t-il ébauché une catégorie de contrats ayant pour objet la « simple or-

(...) les relations
entre personnes publiques
sont largement des relations
de coopération établies
au sein même
de l'administration
et qui semblent ainsi pouvoir
ressortir de l'autoproduction.

(...)

ganisation du service » qui échapperaient pour cette raison au champ d'application des règles de passation des contrats de commande publique (CE, avis, 23 oct. 2003, n° 369315, Fondation Jean-Moulin).

Au sein même de la CJCE, l'idée a été exprimée qu'il ne convenait pas de procéder « à une privatisation forcée, au moyen du droit des marchés publics, de missions d'intérêt général » en limitant la liberté de coopérer des collectivités locales en les contraignant à suivre préalablement des procédures de publicité et de mise en concurrence de sorte que ces « collectivités territoriales coopérant à niveau intercommunal devraient alors toujours s'attendre à devoir peut-être confier l'accomplissement de leurs missions à des tiers privés mieux offrants » (conclusions de Mme l'Avocat général Verica Trstenjak sur CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant SA c/ Cne d'Uccle, pt. 80). La CJCE a choisi de répondre à cette attente en recourant à la théorie du « in house » et en considérant que pouvaient sous certaines conditions ressortir de cette catégorie les relations établies entre pouvoirs adjudicateurs et organismes de coopération.

Cette possibilité a été évoquée par la jurisprudence communautaire dès l'arrêt « Teckal ». Dans cette décision, en effet, la Cour ne suit pas complètement son avocat général dans la mesure où elle évoque la possibilité de placer dans le cadre d'une analyse « in house » le cas particulier de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs. Elle évoque en effet la possibilité que le prestataire soit détenu par « une ou plusieurs collectivités » (pt. 50). Par la suite, cette possibilité a été réaffirmée à plusieurs reprises par la CJCE et par le Conseil d'État. D'abord évoquée dans de simples *obiter dicta* dans l'arrêt « Carbotermo et Consorzio Alisei » (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04 : « La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ») ou encore dans l'arrêt « Commune d'Aix-en-Provence » (CE, Sect., 6 avr. 2007, n° 284736, précité) aux termes duquel un organisme susceptible d'être qualifié in house « peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public », cette possibilité a été positivement illustrée par la suite. Ainsi, dans un arrêt « ASEMFO » (CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05), la CJCE applique-t-elle la qualification d'« in house » aux contrats passés entre les communautés autonomes espagnoles et une entreprise publique dont le capital est détenu à 99 % par l'État, la part restante étant divisée entre quatre communautés autonomes, et intervenant pour réaliser des travaux forestiers à des tarifs fixés réglementairement. Une telle jurisprudence manifeste bien la volonté d'écarter du champ d'application des marchés publics des contrats de prestation entre personnes publiques dans la mesure où une analyse substantielle met bien en évidence qu'il s'agit d'une prestation de l'État en faveur des collectivités.

Cette intégration de la coopération entre pouvoirs publics au sein de l'analyse « in house » a été menée à son terme par la CJCE dans le récent arrêt « Coditel Brabant » du 13 novembre 2008 (précité). Une commune belge ayant décidé de ne pas renouveler le contrat de concession qui la liait à la société privée Coditel pour l'exploitation d'un réseau de télévision communale mais plutôt de s'affilier à une société coopérative intercommunale préexistante exerçant la même activité. La société évincée ayant introduit un recours devant les juridictions belges contre cette décision prise sans mise en concu-

rence, celles-ci donnent l'occasion à la CJCE de décider, répondant à une question préjudicielle, que dans la mesure où le cadre législatif et statutaire au sein duquel est organisé le fonctionnement de la société coopérative intercommunale en cause assure le contrôle conjoint des communes sur l'activité de cette société par l'intermédiaire de son Conseil d'administration qui dispose des moyens d'exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de la société, en fixant « notamment les tarifs » de ses prestations, sous réserve en outre que l'essentiel de ses activités soit réalisé avec les communes qui lui sont affiliées, le caractère « in house » de la relation entre les communes et la société coopérative peut être établi.

Le Conseil d'État applique cette analyse dans l'arrêt commenté puisqu'il considère également, sur le fondement de l'article 3 du Code des marchés publics, qui reprend expressément l'exclusion des marchés passés « in house » du champ d'application des règles de passation, que « si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ».

III – DU « IN HOUSE » À LA SIMPLE ORGANISATION DES SERVICES

Une telle extension de la théorie du « in house » présente indéniablement un caractère artificiel dans la mesure où elle conserve le critère élaboré dans l'arrêt « Teckal » d'un contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur le prestataire qui soit « comparable (ou analogue) à celui qu'il exerce sur ses propres services ». Or il est bien évident que le contrôle exercé par chacun des pouvoirs adjudicateurs sur l'activité de l'organisme prestataire de coopération n'est pas comparable à celui qui est exercé par chacun de ces pouvoirs adjudicateurs sur ses propres services. L'un est exercé seul et entièrement, l'autre est exercé conjointement et résulte d'un vote au sein des organes de direction. Dans d'autres domaines, la CJCE s'est d'ailleurs montrée beaucoup plus sourcilleuse sur cette question de l'étroitesse du contrôle exercé ; par exemple lorsqu'elle considère qu'une filialisation trop complexe entre le pouvoir adjudicateur et le prestataire pourrait rendre le contrôle trop lâche, malgré la propriété quasi intégrale du capital des sociétés filialisées par le pouvoir adjudicateur, pour qu'une relation « in house » puisse être mise en évidence (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei, pt. 39).

Au moins permet-elle en l'espèce de répondre à la nécessité de concilier les exigences de la mise en concurrence des opérateurs économiques et la liberté d'organisation de leurs services administratifs qui doit être laissée aux États membres et qui passe notamment par la mise en place de coopérations entre entités administratives autonomes. L'avocat général Trstenjak s'est fait l'écho de ce nécessaire respect de l'autonomie d'organisation dans ses conclusions précitées sur l'arrêt « Coditel Brabant » de la CJCE en se référant notamment à la Charte européenne de l'autonomie locale, signée, dans le cadre du Conseil de l'Europe, par tous les États membres de l'Union européenne et à l'article 4 du Traité de Lisbonne qui souligne

le rôle de l'autonomie régionale et locale pour les identités nationales respectives.

La question se pose alors de savoir dans quelle mesure cette prise en compte de la liberté d'organisation des administrations doit conduire à écarter les règles de publicité et de mise en concurrence non seulement dans le domaine de la coopération institutionnalisée mais également dans le cas de la mise en place d'une coopération purement conventionnelle, telle qu'elle est prévue par un cadre légal relativement élaboré, entre les services de l'État et des collectivités, entre les collectivités elles-mêmes, ou encore entre les collectivités et les établissements publics de coopération dont elles sont membres. Placer l'ensemble de ces conventions dans une catégorie de « contrats de simple organisation des services » reviendrait à faire litière de l'idée selon laquelle un pouvoir adjudicateur peut également être un opérateur économique et se trouver ainsi soumis à une mise en concurrence avec des entreprises privées. Telles n'est pas la position de la Commission qui a adressé un avis motivé à la France le 27 juin 2007 (cf. Rép. min. à QE n° 3682, JOAN Q. 4 déc. 2007, p. 7700), mettant en cause l'absence de mise en concurrence dans le cas de la mise à disposition des services communaux auprès des EPCI dont elles sont membres.

Il convient donc de distinguer parmi les conventions entre pouvoirs adjudicateurs, celles qui s'inscrivent dans le cadre de la liberté d'organisation des services de celles qui n'organisent qu'une relation véritablement contractuelle dans lesquelles un pouvoir adjudicateur agit comme un simple opérateur économique.

À cet égard, plusieurs éléments peuvent être évoqués. L'un a trait à la permanence de la situation mise en œuvre. L'organisation des services, si elle doit pouvoir évoluer pour s'adapter aux circonstances et aux choix politiques de chaque époque doit cependant se distinguer d'une coopération plus conjoncturelle destinée à répondre à un besoin précis. Dans le second cas, il ne devrait donc pas s'agir d'un contrat d'organisation, mais d'un véritable marché public, qui ne pourra être passé que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, sauf à ce que les rapports existants par ailleurs entre les pouvoirs adjudicateurs permettent de mettre en évidence un rapport « in house » (cf. une illustration dans le jugement TA Pau, 14 oct. 2008, n° 0800537, Cne d'Itharre, AJDA 2009, p. 929, note Bourrel A.). En revanche, s'il peut être établi que la convention de mise à disposition s'inscrit dans le cadre plus permanent d'une politique de répartition des compétences entre niveaux d'administration, la qualification de contrat de simple organisation du service pourra être envisagée.

Par ailleurs, un second élément qui pourra être pris en compte tient aux conditions dans lesquelles sont déterminées les modalités des prestations et notamment leur tarif. Cet élément joue un rôle important dans le cadre de la théorie du « in house ». Dans le cadre du recours à un organisme coopératif, la fixation du tarif et des modalités de la prestation ne résulte pas d'un accord entre le prestataire et chacun des pouvoirs adjudicateurs qui y sont affiliés, mais d'une négociation entre ceux-ci, qui décident de manière conjointe, lors de la constitution de l'organe puis au sein de son organe de direction, de ces modalités et de ces tarifs qui s'imposent alors à l'ensemble des partenaires. La notion même de mise en concurrence est hors de propos dans un tel cas puisqu'elle suppose la com-

paraison d'offres faites par des opérateurs extérieurs. Au contraire, dans un rapport véritablement contractuel, la logique des rapports en cause change radicalement d'aspect puisque les conditions de la prestation sont déterminées en fonction des intérêts propres de chaque partie. Une mise en concurrence est alors possible et le droit de la passation des contrats de commande publique trouve tout son sens.

Cette idée qu'il convient de déterminer si la fixation des modalités de la prestation, et notamment de son tarif, dépend d'un accord de volonté entre le prestataire et le pouvoir adjudicateur ou découle de l'application de décisions antérieures : statut de l'organisme ou encore législation applicable en l'espèce, apparaît à plusieurs reprises comme un élément destiné à déterminer s'il existe le « contrôle comparable » caractéristique d'une relation « in house ».

Ainsi l'avocat général Cosmas s'interroge-t-il dans ses conclusions sur l'arrêt fondateur « Teckal » sur le fait de savoir « dans

(...) s'il peut être établi que la convention de mise à disposition s'inscrit dans le cadre plus permanent d'une politique de répartition des compétences entre niveaux d'administration, la qualification de contrat de simple organisation du service pourra être envisagée.

quelle mesure la contrepartie fixée pour la fourniture des biens et la livraison des services concernés à la commune a été déterminée selon les usages commerciaux en vigueur » (pt. 58), considérant que l'on ne peut « parler de passation d'un marché et d'adjudication au sens de la directive, si, d'une part, la contrepartie mentionnée dans la décision du conseil municipal n'a pas été fixée librement sur la base de l'offre faite par (l'entreprise prestataire) dans le cadre de l'autonomie de gestion dont

elle jouit et si, d'autre part, cette offre est dépourvue de tout caractère lucratif » (note 38). De même la Cour relève-t-elle dans l'arrêt « ASEMFO » précité qu'« il semble également résulter de cette réglementation nationale que, comme en ce qui concerne l'État espagnol, dans le cadre de ses activités avec ces dernières en tant que moyen instrumental propre et service technique, Tragsa ne dispose pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions et que ses rapports avec lesdites communautés ne sont pas de nature contractuelle » (pt. 60). De la même manière, dans l'arrêt « Coditel Brabant » précité, la Cour tire argument du fait qu'il « ressort du dossier que le conseil d'administration de Brutélé exerce les pouvoirs les plus étendus. Celui-ci fixe notamment les tarifs » (pt. 35) pour considérer qu'il y a une relation « in house ».

Ce critère des conditions de fixations des modalités des prestations et de leur tarif peut être transposé dans le domaine des coopérations conventionnelles. S'il apparaît que ces éléments du contrat sont déterminés extérieurement aux parties, notamment dans un cadre légal et réglementaire, la qualification de marché public devra être écartée dans la mesure où une mise en concurrence n'aurait plus guère de sens.

À l'aune de ces éléments, les conventions d'ATESAT prévues par l'article 7-1 de la loi du n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, qui organisent la prise en charge par les services de l'État de certaines compétences des communes ne disposant pas, du fait de leur taille et de leurs ressources, des moyens humains et financiers nécessaires, n'entrent ainsi pas dans la catégorie des marchés publics dans la mesure où elles sont passées dans le respect des dispositions du décret en Conseil d'État précisant les critères auxquels doivent satisfaire les communes et groupements de communes pour pouvoir bénéficier de cette assistance technique, ainsi que le contenu et les modalités de rémunération de cette assistance (D. n° 2002-1209, 27 sept. 2002,

JO 29 sept., p. 16072). En effet, les parties n'agissent pas, dans un tel cadre, avec la liberté contractuelle complète qui permettrait une mise en concurrence. Certes, la commune reste libre de se tourner vers le marché si elle l'estime préférable, mais si elle choisit de se tourner vers l'État, elle le fait sans obligation de mise en concurrence comme elle pourrait librement choisir de satisfaire ses besoins en régie si elle en avait la possibilité matérielle.

À l'inverse, lorsqu'une collectivité territoriale a recours aux services d'une autre collectivité pour exercer ses compétences sur le fondement de l'article L. 5111-1 du CGCT, il ne fait guère de doute qu'il s'agit d'un marché public (v. dans ce sens Rép. min à QE n° 24370, JO 13 janv. 2004, p. 355), chacune des parties ayant ses intérêts propres, sauf à évoquer le cas dans lequel une telle convention préfigurerait une fusion entre collectivités ou encore s'inscrirait dans le cadre de la réorganisation des services faisant suite à des transferts de compétences entre niveaux d'administration.

La question est plus complexe lorsque sont en jeu les mises à disposition de services entre collectivités et EPCI (CGCT, art. L. 5211-4-1), syndicats (CGCT, art. L. 5721-9), ou communautés (CGCT, art. L. 5214-16-1, L. 5215-7 ou L. 5216-27-1). S'il s'agit d'une mise à disposition descendante des services de l'organisme de coopération auprès d'un de ses membres, le recours à la théorie du « in house » telle qu'elle est appliquée dans l'arrêt commenté conduit à écarter l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. En revanche, s'agissant des mises à disposition ascendantes des services d'une collecti-

tivité membre vers l'organisme de coopération, il convient de distinguer les cas dans lesquels la convention en cause correspond à un service ponctuellement rendu, auquel cas il s'agit d'un marché public, ou si au contraire elle s'inscrit dans le cadre plus général d'une réorganisation administrative et d'une mesure d'adaptation des transferts de compétences et de personnel d'un niveau d'administration locale à l'autre. Dans ce second cas, la qualification de marché public ne peut être retenue car la convention de mise à disposition est alors relative à l'organisation du service.

Afin d'éviter toute ambiguïté relativement à la distinction de ces deux cas, ambiguïté que met en évidence la mise en cause de la conformité de ce mécanisme trop général à ses yeux par la Commission européenne dans l'avis motivé qu'elle a adressé à la France le 27 juin 2007 (cf. *supra*), il conviendrait sans doute de veiller à inscrire le principe et l'ampleur de ce type de mise à disposition dans les textes constitutifs des structures de coopération en cause lors de leur institution, ou a posteriori en en modifiant les statuts, et de réserver aux conventions passées ensuite entre la collectivité dont les services sont mis à disposition et l'organisme de coopération qui en bénéficie les précisions strictement nécessaires pour accompagner la mise en œuvre effective de la mise à disposition.

Il reste que la prise en compte par la jurisprudence de la notion d'organisation du service pour circonscrire plus étroitement le champ d'application du droit de la commande publique semble ouvrir un champ nouveau à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs, dont les frontières devraient encore être précisées. ♦