

Note de synthèse portant sur le droit public : A partir du dossier joint, vous rédigerez une note sur les collectivités territoriales et les contrats de prestation intégrée.

La puissance publique n'a de cesse de trouver le juste compromis entre efficacité de l'action, souplesse d'organisation et contrôle exercé pour assurer que la poursuite de l'intérêt général est bien la mission poursuivie. A travers les sociétés d'économie mixtes, les collectivités territoriales ont une longue expérience de l'externalisation de l'accomplissement d'une partie des objectifs qu'elles poursuivent. En fonction de la nature des capitaux qui composent les structures, des missions qu'elles remplissent et du contrôle exercé par la puissance publique le droit a dû trouver des ajustements. La décision rendue le 6 novembre 2013 par le Conseil d'Etat sur le « in house » est l'occasion de faire le point sur la situation particulière des collectivités territoriales vis à vis des contrats de prestation intégrée. Que recouvrent-ils ? Qui peut les passer et à quelles conditions ? Quelles sont les structures co-contractantes ? Les avancées du droit ont-elles résolu l'ensemble des difficultés ?

Pour répondre à ces questions, cette note examinera les différentes formes de gestion d'un service public par des tiers, en particulier via la notion de contrats « in house », avant d'examiner les difficultés qui ont pu être levées pour faciliter leur utilisation.

I. Les contrats de prestation intégrée sont une forme de gestion de service public par un tiers, que les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de justice européenne ont récemment précisé.

A. Plusieurs solutions sont possible pour confier la gestion d'une service public par un tiers

L'arrêt du Conseil d'Etat du 6 avril 2007 envisage trois situations possibles dans lesquelles un service public n'est pas rendu en direct par un service de la collectivité publique. Dans le premier cas, où il est confié à un opérateur du marché concurrentiel, la collectivité doit organiser une délégation de service public (DSP), ou recourir à une procédure de marché public. Dans le second cas, la collectivité peut en assurer la gestion directe, en régie ou en créant un organisme ad hoc avec lequel elle va passer un contrat de prestation intégrée. Dans le dernier cas, c'est à posteriori que la collectivité reconnaît l'activité d'une personne privée (créée sans son initiative) comme une mission de service public et qu'elle s'arrogé un droit de regard sur cette activité.

On constate, à la lecture de ces trois situations qu'au-delà des structures, c'est la nature de l'activité qui est déterminante.

D'une part, sur la manière de caractériser la mission de service public (notamment pour le troisième cas) et d'autre part sur le caractère marchand ou non de cette activité. Dans le cas d'une activité marchande, la mise en concurrence sera obligatoire, via un marché public ou via une DSP, si une part substantielle des coûts peut être couverte par une redevance payée par des usagers.

Pour une activité non marchande et notamment régaliennne, il n'y aura pas de mise en concurrence.

Les contrats de prestation intégrée correspondent au deuxième de ces trois cas.

B. Le Conseil d'Etat et la Cour de justice européenne (CJCE puis CJUE) ont récemment précisé la notion de prestation intégrée, notamment pour les collectivités territoriales.

L'arrêt dit « Teckal » rendu le 18 novembre 1999 par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a permis de modifier le code des marchés publics (CMP) pour indiquer (art.3.1) que dans le cas où l'autorité adjudicatrice (par exemple la collectivité territoriale) exerce sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (1) et que ce dernier réalise l'essentiel de son activité avec celle-là, il n'est pas fait recours aux règles de la commande publique. Ce type de prestations intégrées est souvent défini comme « in house », de la terminologie apparue dans un premier arrêt du 10 novembre 1999 de la CJCE sur le même sujet.

Suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 2007, on estime que lorsque la personne publique est à l'initiative de la création de la personne privée qui remplit ce type de prestation, que celle-là contrôle l'organisation et le fonctionnement de celle-ci et qu'elle « lui procure l'essentiel de ses ressources », pour des missions de services publics, alors elles sont liées par des contrats administratifs et la structure est vue comme « transparente ».

Pour conduire ce type de mission, la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national sur le logement, dite loi « ENL » a créé une première forme de sociétés publiques locales (SPL), les « sociétés publiques locales d'aménagement ». Personnes morales de droit privé à capitaux publics, elles se trouvent dans la filiation des sociétés d'économie mixtes, régies par le code du commerce et par les mêmes dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) que les sociétés d'économie mixte (SEM), dont elles résolvent pour la puissance publique certaines difficultés, pour les raisons examinées dans les sections précédentes. N'importe lequel des réseaux de collectivités territoriales peut être à l'initiative de leur création et l'article L300-4 du code de l'urbanisme avait prévu dès 2002 des dispositions qui faisaient échapper les concessions d'aménagement aux règles auxquelles étaient soumises les SEM, dans les conditions qui définissaient un contrat de prestation intégrée (contrôle par l'autorité concédante et essentiel de l'activité du concessionnaire avec elle). Les SPL ont par ailleurs été généralisées par la loi du 28 mai 2010 pour le développement des SPL.

Cependant, si la clarification de la notion de prestation intégrée par la CJCE puis le Conseil d'Etat ont permis le développement du « in house » en France, certaines incertitudes du droit ont tout de même freiné ce développement.

II. Les différences d'appréciation du Conseil d'Etat et de la CJCE se réduisent dans le sens du développement des prestations intégrées en France

A. La question du « contrôle analogue » dans le cas des groupements de collectivités publiques est désormais résolue.

Suite au développement de l'intercommunalité en France et des missions qui lui sont confiées, une forme d'insécurité juridique s'est faite jour vis-à-vis du in house ; en effet, si la jurisprudence Teckal de la CJCE ouvrait la voie à un contrôle par plusieurs collectivités, elle n'en précisait pas la nature, à savoir si chacune des collectivités devait assurer un contrôle par elle seule, ou si ce contrôle pouvait être assuré conjointement par l'ensemble des collectivités. L'arrêt « Coditel Brabant SA » du 13 novembre 2008 de la CJCE admet le contrôle conjoint par plusieurs collectivités, statuant « le cas échéant », à la majorité. Dans son arrêt du 4 mars 2009, le Conseil d'Etat a repris à son compte cette jurisprudence, en glissant du contrôle « analogue » au contrôle « comparable », lorsque que celui-ci était exercé conjointement par les collectivités publiques (et donc les collectivités territoriales) sur le prestataire. Reste que lorsque le contrôle est assuré par un EPCI, celui-ci est un

établissement public de coopération intercommunal et non une collectivité au sens de l'article 72 de la constitution de 1958.

Le tribunal administratif de Pau a intégré dans deux jugements du 14 octobre 2008 les EPCI dans le contrôle « conjoint » par les collectivités, dans une interprétation extensive de la jurisprudence européenne.

B. La jurisprudence communautaire tend vers un dépassement de la notion de in house

La stabilisation du in house n'a pas seulement été confrontée à la question du contrôle analogue ou comparable dans le cas des groupements de collectivités. La question de la nature du capital a aussi été un point d'achoppement. Dans son arrêt du 11 mai 2006, la CJCE avait ainsi été confrontée à une situation où le capital du prestataire n'était pas 100% public. Alors qu'en un arrêt du 11 janvier 2005, elle avait refusé de qualifier de in house le contrat pour cette raison, elle indique en 2006 que l'intégralité du capital public n'est qu'un des indices du « contrôle analogue » évoqué plus haut.

Cependant, c'est surtout par son arrêt du 9 juin 2009 que la CJCE ouvre de nouvelles perspectives de développement de la prestation intégrée. Dans cet arrêt, la CJCE admet qu'un contrat passé entre les services de la ville de Hambourg et 4 circonscriptions administratives ne pouvait être un contrat in house, dans la mesure où il n'y avait pas de création de structure dédiée aux conditions précisées plus haut.

En revanche, elle admet que la mission de service public et la présence d'obligations réciproques dépassant la prestation de services permet de ne pas être soumis aux règles de la concurrence.

Les contrats de prestation intégrée de type « in house » se sont développées en France, en suivant la clarification progressive du cadre juridique par la CJCE et le Conseil d'Etat. Les SPLA puis les SPL en sont les nouveaux outils juridiques. Alors que des différences d'interprétation entre conseil d'état et CJCE ont dû être clarifiées, la stabilisation de la jurisprudence ouvre non seulement la voie au développement des contrats de prestation intégrée de type in house, mais au-delà à de nouvelles formes de coopérations encore plus souples, qui conviendront à la place et au développement de ce type de contrats dans les missions des EPCI.