UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
– PARIS II –

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Juriste-conseil des collectivités territoriales
Dirigé par le professeur Gilles J. Guglielmi
2014

Le recours à la coopération conventionnelle entre personnes publiques dans la gestion des services publics locaux

Pierre HEDDI

Sous la direction du professeur Camille Broyelle

Pierre HEDDI

Master 2 Juriste-Conseil des Collectivités Territoriales
Dirigé par Monsieur Gilles J. Guglielmi, professeur des universités

2014

LE RECOURS A LA COOPERATION CONVENTIONNELLE ENTRE PERSONNES PUBLIQUES DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Mémoire préparé sous la direction de Madame Camille BROYELLE, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas.

Apprentissage réalisé au sein du Service des affaires juridiques d'Eau de Paris, encadré par Céline BIGOT, juriste.

Eau de Paris et l'université Paris 2 Panthéon-Assas n'entendent donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans le présent mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Les mœurs des gouvernants,

Leurs vertus et leur caractère,

Pour le bonheur public sont de plus sûrs garants,

Qu'un contrat souvent éphémère

Goswin Joseph Augustin, baron de Stassart, Le léopard et l'éléphant.

LE RECOURS A LA COOPERATION CONVENTIONNELLE ENTRE PERSONNES PUBLIQUES DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Pierre HEDDI – mai 2014

Remerciements :

Je remercie particulièrement Céline BIGOT, maître d'apprentissage et juriste au Service des affaires juridiques pour m'avoir accordé sa confiance et avoir relu mon mémoire dont le sujet lui est peu familier au regard de ses activités juridiques courantes.
Je remercie aussi Xavier de la GUERIVIERE, responsable du Service des affaires juridiques, qui a trouvé le temps de me conseiller et m'aiguiller dans mes recherches, malgré ses nombreuses activités et les responsabilités que sa fonction implique.

Je tiens naturellement à formuler de singuliers remerciements à l'égard du professeur Camille BROYELLE pour avoir accepté de diriger mes modestes travaux, et m'avoir accordé la disponibilité nécessaire à leur accomplissement.

Je me dois aussi de remercier Eric BRECHER, directeur administratif de la communauté d'agglomération d'Annecy, pour avoir eu la gentillesse de me transmettre la convention de coopération dont le contentieux, désormais célèbre, a été une source abondante de réflexion.

Mes remerciements vont également vers Hanifa MOKEDDEM, assistante juridique, Emilie GOURC-CLEMENTI, Leila GASSMI et Delphine PERROTIN, juristes, pour leur soutien moral et leurs encouragements toute l'année durant.

Enfin, je remercie Sophia MATHIEU pour la relecture bienveillante de mes travaux, pourtant très éloignés de ses préoccupations habituelles.

Sommaire :

REMERCIEMENTS : 4

SOMMAIRE : 5

TABLE DES SIGLES : 6

PARTIE LIMINAIRE - UNE ANNEE AU SEIN DU SERVICE DES AFFAIRES JURIDIQUES D'EAU DE PARIS 7

Section 1 : Eau de Paris, un projet ambitieux et symbolique 7
Section 2 : Une année enrichissante au sein du Service des affaires juridiques 9
Section 3 : La transition de l'établissement vers un modèle économique nouveau, base de mes travaux sur la coopération conventionnelle entre personnes publiques 11

LE RECOURS A LA COOPERATION CONVENTIONNELLE ENTRE PERSONNES PUBLIQUES DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX 15

PARTIE 1 - UN ACCES LIMITE : LA RIGIDITE CONTRAIGNANTE DU REGIME JURIDIQUE DE LA COOPERATION CONVENTIONNELLE ENTRE PERSONNES PUBLIQUES 25

CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT PARTICULIEREMENT PRESCRIPTIF PAR LE JUGE EUROPEEN 26
Section 1 : La définition progressive des contours juridiques d'une coopération euro-compatible 26
Section 2 : L'affranchissement conditionné des règles européennes de la commande publique 31
CHAPITRE 2 : LA TENTATIVE D'UN ENCADREMENT ALLEGE PAR LE JUGE FRANÇAIS 39
Section 1 : Un positionnement spécifique vis-à-vis de la jurisprudence européenne 39
Section 2 : L'obsolescence programmée d'une vision euro-incompatible 44

PARTIE 2 - UN USAGE PRUDENT : L'EVALUATION CONCRETE DE LA PERTINENCE DE LA COOPERATION CONVENTIONNELLE ENTRE PERSONNES PUBLIQUES 47

CHAPITRE 1 : LA FACULTE VARIABLE DES COLLECTIVITES A MENER UNE GESTION LOCALE COOPERATIVE 48
Section 1 : La recherche d'une base légale satisfaisante 48
Section 2 : Le maintien des règles de compétences locales 53
CHAPITRE 2 : UN OUTIL UTILE AUX COLLECTIVITES POUR MENER UNE GESTION LOCALE MUTUALISEE 60
Section 1 : Un relai aux exigences de rationalisation de l'action publique 61
Section 2 : Une réponse au besoin d'efficacité de l'action publique 66

CONCLUSION : 71

BIBLIOGRAPHIE GENERALE : 74

ANNEXES : 80

Table des sigles :

AdCF : Assemblée des Communautés de France
AJCT : L'Actualité Juridique. Collectivités Territoriales.
AJDA : L'Actualité Juridique. Droit Administratif.
AN : Assemblée Nationale
CAA : Cour Administrative d'Appel
CE : Conseil d'Etat
CERSA : Centre d'Etudes et de Recherches de Sciences Administratives et Politiques
CESE : Conseil Economique, Social et Environnemental
CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
CJFI : Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
CMP : Code des Marchés Publics
DA : Droit Administratif (revue)
DAJ : Direction des Affaires Juridiques
DGCL : Direction Générale des Collectivités Territoriales
DGFiP : Direction Générale des Finances Publiques
EPA : Etablissement Public Administratif
EPCI : Etablissement Public de Coopération Intercommunal
EPIC : Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial
GIP : Groupement d'Intérêt Public
INET : Institut National des Etudes Territoriales
INSEE : Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
JCl : Juris Classeur
JO : Journal officiel
JOAN : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
LGDJ : Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence
RDI : Revue du Droit Immobilier
RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social
RFDA : Revue Française de Droit Administratif
RIDE : Revue Internationale de Droit Economique
RHDFE : Revue Historique de Droit Français et Etranger
SAGEP : Société Anonyme de Gestion des Eaux de Paris
SEDIF : Syndicat des Eaux D'Ile-de-France
SEM : Société d'Economie Mixte
SJACT : Semaine Juridique. Administrations et Collectivités Territoriales
SPIC : Service Public à caractère Industriel et Commercial
SPL : Société Publique Locale
TA : Tribunal Administratif
TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE : Traité sur l'Union Européenne
UE : Union Européenne

PARTIE LIMINAIRE - Une année au sein du Service des affaires juridiques d'Eau de Paris

Le master 2 Juriste-Conseil des Collectivités Territoriales m'a donné l'opportunité d'accomplir une année d'apprentissage de septembre 2013 à août 2014 au sein du Service des affaires juridiques d'Eau de Paris, l'établissement public local à caractère industriel et commercial chargé de la gestion du service public de l'eau pour la capitale.

Il convient ici de présenter le projet ambitieux et symbolique que représente Eau de Paris (**Section 1**), dont le Service des affaires juridiques m'a permis de vivre une année professionnellement enrichissante (**Section 2**), notamment marquée par la transition de l'établissement vers un modèle économique nouveau, base de mes travaux sur la coopération conventionnelle entre personnes publiques (**Section 3**).

Section 1 : Eau de Paris, un projet ambitieux et symbolique

L'établissement public local Eau de Paris gère le service public de l'eau des parisiens depuis l'année 2010. C'est un projet récent, issu d'un choix politique aussi ambitieux que symbolique.

Si, comme en dispose l'article L 210-1 du Code de l'environnement, « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation », le service public qui lui est relatif n'appartient cependant pas à la catégorie de ceux qui, « par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même »[1].

Ainsi, en France, pays du modèle concessif[2], 66% de la population bénéficie d'un service public d'eau en délégation ou en affermage. Cette tendance française ne se retrouve pas dans de telles proportions dans les pays occidentaux dans lesquels, pour beaucoup, le service de l'eau potable est quasi-intégralement (Allemagne, Pays-Bas, Belgique), voire intégralement (Etats-Unis) géré par des entités publiques.

[1] CE, Avis, 7 octobre 1986, repris dans la circulaire INTB8700232C du 7 août 1987

[2] H. COURIVAUD, *La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen*, RIDE n°2004/4, p. 120

Cependant, depuis quelques années, on observe en France un retour vers la gestion directe du service public de l'eau par les collectivités. Ainsi, entre 2004 et 2012, la part de la population desservie en gestion publique est passée de 24 à 34%[3].
Ce phénomène a touché de grandes villes françaises[4] telles que Grenoble (2000), Digne (2002), Besançon, Castres (2004), et surtout Paris, en 2009, avec la création de l'établissement public local Eau de Paris.

Avant cette date, il existait à Paris un fort morcellement de la gestion du service public de l'eau. Le contrat de concession du 30 janvier 1987 avait délégué la production et le transport de l'eau potable et non potable à la SAGEP, une SEM dont l'actionnariat était partagé entre la ville de Paris, la Compagnie générale des eaux et la Lyonnaise-Suez. La distribution de l'eau était confiée, par les contrats d'affermage du 20 décembre 1984, à deux sociétés privées : la Compagnie des eaux de Paris (groupe Veolia) pour la rive droite et la Société parisienne des eaux (groupe Suez) pour la rive gauche. Enfin, le CRECEP (Centre de Recherche, d'Expertise et de Contrôle des Eaux de la Ville de Paris) était chargé de l'analyse et du contrôle de la qualité de l'eau.

Dès 2007, le maire de Paris annonce son intention de revenir à une gestion intégralement publique du service public de l'eau. Sa réélection en 2008 a permis de concrétiser ce projet. La délibération n° 2008 DPE 90 – DF 84 du Conseil de Paris des 24 et 25 novembre 2008 va acter la création de la régie Eau de Paris, « établissement public local à caractère industriel et commercial doté de l'autonomie financière et de la personnalité morale pour la gestion du service public de l'eau ». Puis, la délibération n° 2009 DPE 29-DF 37-3° du 6 et 7 avril 2009 donne le départ de la réorganisation de la gestion du service public de l'eau et du transfert des activités de production.

En conséquence, depuis le 1er janvier 2010, l'ensemble du service public de l'eau à Paris (production, transport, distribution) est assuré par un seul et même opérateur public : Eau de Paris. Ce service public représente environ 3 millions de consommateurs pour une distribution quotidienne de 490 000 m3 d'eau potable.

[3] Observatoire des services publics d'eau et d'assainissement (2008).
[4] Sans compter les nombreuses villes qui ont annoncé leur retour en régie (Rennes, Nice, Bordeaux, Aubagne, Valence).

Pour mener à bien sa mission, Eau de Paris compte 920 salariés et un patrimoine conséquent : 470 km d'aqueduc, 2000 km de canalisation, 5 réservoirs d'eau potables, 6 usines de traitement.

L'établissement est administré par un conseil d'administration composé de 20 membres, dont 13 sont désignés en son sein par le Conseil de Paris (art. 8-1 des statuts). Le-a président-e est élu-e parmi les membres du conseil d'administration. Il s'agit actuellement d'Anne Le Strat[5].
Les services sont dirigés par un directeur général, actuellement François Poupard, nommé par le Conseil de Paris (art.12 des statuts).

Section 2 : Une année enrichissante au sein du Service des affaires juridiques

Le Service des affaires juridiques (SAJ), dirigé par Xavier de la GUERIVIERE, est l'un des quatre services appartenant au Secrétariat général[6], lui-même faisant partie d'une des quatre directions du pôle Fonctions support de l'établissement[7].
Son responsable mis à part, le SAJ est composé de quatre juristes spécialisés dans quatre domaines différents (domanialité, droit des affaires/droit privé, droit public économique, immobilier/urbanisme)[8].

Mon année au sein de ce service a été enrichissante à plusieurs niveaux.
Tout d'abord, le caractère « hybride » d'Eau de Paris, offre une très grande diversité d'activités, notamment dans le domaine juridique. En effet, en tant que personne publique, l'établissement est soumis au droit public dans ses activités de service public. Mais son caractère industriel et commercial implique également le respect du droit privé qui régie notamment les contrats de travail et les activités commerciales annexes (ex : produits dérivés, vente d'eau en gros). Aussi, même au sein de ses activités de service public, Eau de Paris est considérée, selon les situations, comme un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens du Code des marchés publics. Ainsi,

[5] Présidente d'Eau de Paris depuis sa création, mais qui assure actuellement l'intérim en attendant l'installation des nouveaux administrateurs suite au renouvellement du Conseil de paris en mars 2014
[6] v. **ANNEXES - II - Organigramme du Secrétariat général**
[7] v. **ANNEXES - I - Organigramme général d'Eau de Paris**
[8] v. **ANNEXES - II - Organigramme du Service des affaires juridiques**

l'importante hétérogénéité des règles applicables à Eau de Paris et leur application à géométrie variable obligent une réflexion contextuelle permanente, aussi stimulante qu'indispensable.

Au cours de mon apprentissage, j'ai alors pu intervenir dans de nombreux domaines dont la plupart était liée à l'anticipation du changement. Je citerai ici deux exemples.
En premier lieu, la fin de l'année 2013 a été rythmée par les préoccupations relatives au changement de gouvernance de l'établissement, induit par les élections municipales de mars 2014. En effet, le mandat des membres du conseil d'administration d'Eau de Paris étant lié à celui des membres du Conseil de Paris, le renouvellement de ce dernier entraîne mécaniquement la fin du mandat d'administrateur des premiers.
A cette occasion, ma mission a consisté à établir un calendrier prévisionnel précis du déroulement de cette période accompagné de toutes les implications juridiques correspondant à chaque évènement (élections municipales, premier Conseil de Paris, désignation des nouveaux administrateurs, premier conseil d'administration), ainsi que les mesures d'anticipation nécessaires au bon déroulement de cette période. Un des points centraux fut la période dite de transition, c'est-à-dire la période entre les élections municipales et le premier conseil d'administration d'Eau de Paris, pendant laquelle, dans l'attente de la désignation des nouveaux administrateurs, l'établissement est contraint à une gestion courante de ses affaires. L'anticipation consistait ici à définir précisément la notion d'affaires courantes afin d'accélérer le traitement des affaires non considérées comme telles (notamment les marchés publics) avant l'échéance électorale.
En second lieu, le début de l'année 2014, a vu naître la nécessité de doter l'établissement d'un Guide déontologique pour les agents. Cette volonté fait écho à la tendance forte des collectivités publiques à tendre vers une transparence de fonctionnement et une éthique de comportement toujours plus importante, notamment suite à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. J'ai alors été chargé de rédiger entièrement ce Guide prenant en compte les exigences légales, les contraintes et risques particuliers du service public de l'eau et les volontés particulières des différents services.

Au-delà de ces deux missions qui ont rythmé mon année, j'ai eu à gérer une multitude de dossiers ponctuels, allant de la simple note juridique (loi MAPAM, loi Hamon

relatives à la consommation, etc.) aux précontentieux contractuels (marchés publics, protocoles transactionnels, etc.).

Pour conclure sur ce point, j'aimerais souligner que cette année d'alternance m'a permis d'appréhender la fonction de juriste avec plus de certitude et de justesse.

D'une part, l'alliance de la théorie et de la pratique s'est révélée plus que jamais indissociable. La théorie passe tant par la connaissance de la lettre que de l'esprit des textes, l'interprétation du silence de ces derniers faisant parfois autorité. Or, si elle est une base nécessaire, la mise en pratique est indispensable puisqu'elle se révèle être bien souvent un relai en cas de carence théorique, phénomène courant tant les textes sont dans l'impossibilité matérielle de prévoir la diversité infinie des situations

D'autre part, cette année m'a permis de conforter une présomption : le métier de juriste ne peut se limiter à une connaissance des règles en vigueur. En tant que fonction support, l'attente des autres services envers les juristes est beaucoup plus importante. Au-delà de la présentation du contenu des règles existantes, il est attendu que celui-ci soit une force de proposition en cas d'obstacles ou de contraintes à la mise en œuvre des décisions. Son rôle est par ailleurs décisif car, s'il n'est pas toujours associé aux choix stratégiques, c'est à lui d'en assurer la régularité en dernière instance. Il existe donc une forte dépendance de tous les services envers les juristes, dont les dires et les écrits sont parfois perçus, à tort ou à raison, comme une caution sans faille contre les irrégularités.

Section 3 : La transition de l'établissement vers un modèle économique nouveau, base de mes travaux sur la coopération conventionnelle entre personnes publiques

Depuis avril 2013 a été lancé le programme Horizon 2025, une large réflexion interne pour anticiper les enjeux du service public de l'eau. En effet, le défi de la remunicipalisation ayant été relevé, il s'agit à présent de passer à une stratégie offensive. Celle-ci est rendue d'autant plus nécessaire que le modèle économique actuel a atteint ses limites. En effet, la baisse invariable de la consommation d'eau de 2% par an (et de 30% depuis 30 ans) et la stabilité simultanée des charges fixes

d'infrastructure projettent une confrontation de l'établissement à un effet ciseau entre 2017 et 2019. Jusqu'ici en autofinancement intégral, Eau de Paris va manifestement devoir recourir à l'emprunt à partir de l'année 2015.
Mais, au-delà des problématiques purement financières, c'est tout le modèle économique de l'établissement qui va faire l'objet d'une redéfinition.

A l'heure actuelle, cette démarche a déjà donné lieu à un document de synthèse et à plusieurs séminaires. Le programme définitif sera voté par le nouveau conseil d'administration, dont les membres ne sont pas encore installés. Trois scenarii ont alors été proposés.
Le scenario « croissance », qui mise sur l'expansion des activités d'Eau de Paris. Il s'appuie sur plusieurs idées fortes : l'approvisionnement du Grand Paris en eau potable, l'exploitation des fontaines pétillantes dans les locaux publics, la distribution d'eau non potable à Paris, etc.
Le scénario « performance », qui a pour but de capitaliser le cœur de métier d'Eau de Paris à travers l'optimisation de l'outil industriel, la gestion des télérelevés, la gestion des eaux usées, la protection d'énergie locale à partir du réseau souterrain, etc.
Le scenario « intelligence », dans lequel l'impulsion viendrait de la valorisation de l'expertise technique et scientifique acquise par Eau de Paris. Il s'agirait alors d'en faire bénéficier les tiers en leur fournissant des prestations d'ingénierie, mais également en mettant en place une plateforme d'expertise et en créant un école des métiers de l'eau.

Ces trois scenarii ne sont pas alternatifs, le projet final pourra comporter des aspects de chacun d'eux.

Parmi les nombreuses propositions ayant été évoquées au sein du scenario « croissance », l'une d'entre elles consistait à étendre l'activité de distribution de l'eau au-delà des frontières de la capitale. Autrement dit, il s'agirait de devenir le gestionnaire du service public de l'eau pour certaines collectivités territoriales ou EPCI d'Ile-de-France.
Eau de Paris viendrait alors concurrencer le SEDIF dont Veolia, son délégataire, assure le service public de l'eau pour 149 communes de la région.

Dans cette optique, Eau de Paris bénéficie de plusieurs avantages compétitifs.
D'une part, un avantage économique. Les prix pratiqués par l'établissement sont bien inférieurs à ceux proposés par les opérateurs privés. A titre d'exemple, Eau de Paris facture la production et la distribution d'eau potable à 0.9892€/m3, quand la facture des usagers du SEDIF monte à plus de 1,45 €/m3.
D'autre part, un avantage géographique. Bénéficiant des infrastructures historiques de la ville, Eau de Paris utilise un réseau de près de 500 km d'aqueduc, joignant Paris à la Haute-Normandie d'une part, et à la Bourgogne d'autre part. Ce réseau traverse donc la région parisienne sur ces parties ouest (Yvelines) et sud (Essonne), ce qui faciliterait la distribution d'eau pour les collectivités alentour[9]. C'est d'ailleurs grâce à ce large réseau qu'Eau de Paris vend de l'eau en gros à des collectivités publiques comme la communauté d'agglomération des Lacs de l'Essonne ou l'Hôpital G. Clémenceau de Champcueil (91).

Ce désir d'expansion d'Eau de Paris n'est pas uniquement un souhait propre, il est également partagé par certaines collectivités publiques. Ainsi, la communauté d'agglomération des Lacs de l'Essonne, en plus d'acheter de l'eau en gros à Eau de Paris, lui a officieusement demandé de réfléchir à la possibilité de gérer directement leur service public de l'eau.
C'est dans ce contexte que la coopération conventionnelle entre personnes publiques a été évoquée. En effet, le fait que le souhait d'une gestion « public-public » soit partagé par les deux collectivités est juridiquement insuffisant car, comme la plupart des prestations de services relatives au secteur public, le choix d'un prestataire extérieur aux collectivités doit faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence des opérateurs potentiels. Dans ce contexte, Eau de Paris n'a aucunement l'assurance de remporter un tel appel d'offre, malgré sa compétitivité. Or, la coopération conventionnelle public-public permet, depuis 2009, d'éviter les formalités de publicité et mise en concurrence lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

[9] v. **ANNEXES - IV – Carte du réseau d'Eau de Paris**

C'est la raison pour laquelle je me suis penché sur ce montage contractuel afin d'évaluer la possibilité de l'intégrer à la nécessaire redéfinition du modèle économique d'Eau de Paris.

***

Le recours à la coopération conventionnelle entre personnes publiques dans la gestion des services publics locaux

Il fut remarqué par de nombreux auteurs que « la décentralisation engagée dans le début des années 1980 a donné aux rapports entre collectivités locales l'opportunité de s'intensifier de façon considérable. L'affranchissement des tutelles administratives et financières, l'apparition d'une collectivité intermédiaire à compétence générale -la région-, le développement des compétences locales sont autant de facteurs qui participent au développement des rapports entre les différentes collectivités»[10]. Ce développement a naturellement engendré une « spectaculaire progression de la technique contractuelle dans les rapports entre personnes publiques »[11], notamment en ce qui concerne la gestion des services publics locaux.

Il est acquis en France qu' « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public »[12]. Cependant, l'hypothèse d'une contractualisation entre personnes publiques ayant pour objet la gestion d'un service public n'est pas exclusivement l'hypothèse d'une dévolution de ce service public de l'une à l'autre. C'est ce que Jean-Claude Douence a déjà soulevé, en rappelant que, parmi les « conventions entre personnes publiques, toutes ne peuvent avoir un objet de délégation, même si elles portent sur l'organisation et le fonctionnement d'un service public »[13].

Comme le remarquait Charles Eisenmann, les contrats entre personnes publiques ont la particularité d'être la plupart du temps une « espèce d'actes juridiques purement administratifs »[14], en ce sens que le partenaire de l'administration est aussi

[10] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Puf, 2008, p. 339
[11] F. MODERNE, *L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les contrats entre personnes publiques*, RFDA, 1984, p. 1
[12] CE, Avis, 8 nov. 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n°222208, pt. 1
[13] J.-C. DOUENCE, *Les contrats de délégation de service public*, RFDA, 1993, p. 948
[14] C. EISENMANN, *Les actes juridiques du droit administratif.* Cours de droit administratif [1957-1958], LGDJ, 1983, p. 519

l'administration, et ainsi « l'autre est le même »[15]. Tenant compte de cette particularité à l'occasion de sa célèbre contribution à la théorie générale des contrats entre personnes publiques[16], Jean-David Dreyfus a distingué trois types de contrats appartenant à cette catégorie. Cette distinction repose sur leur position sur « l'échelle de dévolution contractuelle des compétences »[17]. On trouve ainsi en premier lieu le contrat sans objet dévolutif, puis le contrat à objet dévolutif partiel (qui ne transfère que la gestion des compétences), et enfin le contrat a objet ou effet dévolutif total. C'est à la première catégorie -celle du contrat sans objet dévolutif- que nous nous intéresserons dans cette étude. Elle concerne toute convention « par laquelle deux ou plusieurs personnes publiques exerçant des compétences concurrentes, déterminent les objectifs ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement d'un service commun ou coordonnent l'activité des services qu'elles gèrent »[18]. Autrement dit, il s'agit des contrats permettant à des personnes publiques d'accomplir ensemble leurs missions d'intérêt public[19]. Le doyen Hauriou fut le premier à parler de « co-administration contractuelle ». D'autres font référence aux « contrats de co-gestion »[20]. Dans notre étude, nous utiliserons les termes de partenariat « public-public » ou plus généralement de coopération « public-public ».

Il est d'usage de distinguer deux formes de coopération public-public.

D'une part, la coopération public-public institutionnelle, aussi nommée coopération verticale ou coopération structurelle[21]. Elle permet à plusieurs personnes publiques de créer ensemble une structure juridiquement distincte par l'intermédiaire de laquelle elles exerceront des activités en coopération. C'est par exemple le cas des structures intercommunales (EPCI), des GIP[22] ou encore des entreprises publiques locales comme les SPL[23].

---

[15] J.-D. DREYFUS, *Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs*, AJDA 2013, p. 846

[16] J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1997.

[17] J.-D. DREYFUS, *op.cit.* p. 212

[18] C. GALIAY, *Les contrats entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse 1, 1978, p. 67

[19] Rappelons que le service public peut simplement être défini comme « une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 2001, p. 579).

[20] *ibid.*

[21] G. DELALOY, *Intercommunalité et marchés public : un nouveau pas vers la réconciliation*, CJFI n° 57, p. 203

[22] Loi n° 82610 du 15 juillet 1982

[23] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010

D'autre part, on trouve la coopération public-public conventionnelle. On parle également de coopération horizontale ou coopération fonctionnelle[24], ou encore d'intercommunalité conventionnelle[25]. Contrairement à l'hypothèse précédente, son fondement ne passe pas par l'existence d'une structure dédiée, mais uniquement par les liens contractuels qui lient les deux personnes publiques.

Dès 1983, Jean-Claude Douence remarquait la spécificité de l'objet de la coopération entre personnes publiques. Selon lui, « les hypothèses où un contrat a un objet de service public et ne réalise pas une dévolution du service ne peuvent être que rares : elles peuvent se rencontrer dans les relations entre personnes publiques »[26]. Mais la rareté de cet instrument contractuel ne présume pas son inutilité, notamment au niveau local où « les personnes administratives peuvent, dans certains domaines, exercer des compétences concurrentes, soit qu'une même activité intéresse deux ou plusieurs personnes publiques à des titres différents, soit que la loi confère compétence à plusieurs personnes publiques à propos d'une activité déterminée. Dans cette hypothèse, ces personnes peuvent décider de fonder un service commun dont les objectifs ont été fixés de manière à satisfaire les besoins spécifiques de chacun»[27].
La rareté ne présume pas non plus de l'inintérêt. En « « floraison »[28] depuis la fin des années 1970, la coopération public-public est toujours « à la mode »[29] à la fin des années 1990.

Toutefois, la programmation libérale des institutions européennes [30] a eu un impact particulier dans l'utilisation de cet instrument contractuel pour la gestion des services publics locaux.

Lors de la signature du traité de Rome[31], les six Etats membres[32] de la future Union Européenne se disent « désireux de contribuer, grâce à une politique commerciale

[24] G. DELALOY, *op.cit.* p. 67
[25] H. PAULIAT, *Une convention d'entente visant à l'exploitation en commun d'un service public se situe « hors règles de la commande publique »*, SJACT, n° 12, 26 mars 2012, p. 2085
[26] J.-C. DOUENCE, *Dévolution contractuelle du service public*, RCL n°185, volume V, p. 6152-39
[27] C. GALIAY, *Les contrats entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse 1, 1978, p. 67
[28] Réf. à J.-C. DOUENCE qui évoque « la floraison des formules conventionnelles » dans son article *Les conventions entre personnes publiques*, Mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 113
[29] Réf. à J.-M. PONTIER, *Mode et décentralisation*, Rev. Adm. 1994, p. 412
[30] Expression utilisée par Jean-Pierre Chevènement lors d'un colloque de la fondation Res Publica le 2 déc. 2013
[31] Ancien « Traité instituant la Communauté économique européenne » (TCEE), devenu « Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne » (TFUE), signé le 25 mars 1957.
[32] L'Allemagne, la France, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas.

commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux » (Préambule, al. 6). Les signataires du traité assurent leur volonté de réaliser ensemble ce qui reste encore aujourd'hui un objectif inhérent à la construction européenne, à nouveau rappelé plusieurs décennies plus tard dans le traité de Maastricht[33] (art. 3.2), à savoir l'institution d'un marché intérieur commun à tous les Etats membres. C'est au sein d'un tel espace de libre échange que pourrait se développer une concurrence aussi pure et parfaite[34] que possible. Les Etats membres décident alors de confier à l'Union Européenne une compétence exclusive pour « l'établissement des règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » (art. 3). Elle acquiert ainsi mandat « de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence » (Préambule, alinéa 4).

L'achèvement du marché intérieur est « la focale » du droit européen[35]. Il passe impérativement par la constitution d'un « espace sans frontières intérieures » (art. 26 TFUE) entièrement régie par les principes fondateurs de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. C'est à travers le prisme de ces quatre libertés[36], ainsi que du principe de non discrimination en raison de la nationalité (article 18 s. TFUE) que les instances européennes ont mis en œuvre le droit dérivé.

En vue de l'achèvement du marché intérieur commun, le droit dérivé a imposé que la passation des contrats relevant de la commande publique[37] soit respectueuse de trois principes, à savoir : la liberté d'accès des opérateurs économiques à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures de passation. Parfaitement réceptionnés en droit interne, ces principes sont reconnus de valeur constitutionnelle[38]. Destinés à garantir « l'efficacité de la commande publique et

[33] Traité sur l'Union Européenne (TUE) signé le 7 février 1992

[34] Selon la célèbre expression de l'économiste américain Frank Knight (1885-1972) qui sera le premier à en énumérer les cinq conditions de réalisation (transparence de l'information, libre circulation des facteurs de production, libre entrée et sortie sur le marché, atomicité et homogénéité des produits). Cette base idéologique se retrouve aux sources des traités européens.

[35] S. BRACONNIER, R. NOGUELLOU, *L'affaire Jean Bouin*, RDI 2011, p. 162

[36] Expression parfois utilisée en référence au « *Discours des quatre libertés* » (« *Four Freedom Speech* »), prononcé par Franklin D. Roosevelt devant le Congrès américain le 6 janv. 1941.

[37] Terme générique pour désigner les contrats passés par les personnes publiques pour la satisfaction de leurs besoins

[38] Cons. Constit., décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

la bonne utilisation des deniers publics »[39], le juge administratif les a même érigés en principes généraux du droit des marchés publics[40].

Le respect de ces principes de la commande publique est assuré par une double formalité dans la procédure de passation de ces contrats : l'impératif de mettre en œuvre des mesures de publicité du contrat[41] d'une part, et l'obligation de mettre en concurrence les cocontractants potentiels d'autre part.

Pour certains des contrats de la commande publique, le respect de ces principes a été garanti par le droit dérivé. Par l'intermédiaire de directives européennes, celui-ci encadre la procédure de passation des marchés publics depuis plus de vingt ans[42]. Il en sera bientôt de même pour les concessions de travaux et de services publics dont la directive dédiée[43] a été définitivement adoptée le 15 janvier 2014 par le Parlement européen.

La question du respect des modalités de publicité et de mise en concurrence s'est alors posée concernant les contrats de la commande publique n'étant pas directement régis par le droit dérivé, comme c'est le cas de convention de coopération entre personnes publiques. Le juge français estimait que, en l'absence de texte imposant une procédure déterminée, l'administration est libre de conclure le contrat selon le mode de passation de son choix[44]. Toutefois, cette hypothèse « tend à se réduire considérablement sous l'influence du droit communautaire »[45].

Depuis la célèbre jurisprudence européenne « Telaustria »[46], il est désormais acquis que, nonobstant le fait qu'aucune législation européenne ne régisse la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, les « règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier » impliquent « une obligation de transparence [et] un degré de publicité

[39] Art. 1er-II CMP

[40] CE, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921

[41] « La publicité présente une double utilité. Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés en informant les secteurs économiques concernés du lancement d'une procédure d'achat » et « elle suscite une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics » Circulaire interministérielle du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

[42] Plusieurs directives se sont succédées à ce sujet. Les dernières directives transposées par les Etats membres sont les directives 2004/17/CEE et 2004/18/CEE du 31 mars 2004. Elles seront prochainement abrogées par les directives n° 2014/24/UE (« secteurs classiques ») et n° 2014/25/UE (« secteurs spéciaux ») du 26 février 2014. La transposition devra intervenir avant le 18 avril 2016.

[43] Directive n° 2014/23/UE du 26 fév. 2014. La transposition devra intervenir avant le 18 avril 2016.

[44] CE, 12 oct. 1984, Chambre syndicale agents d'assurance Hautes-Pyrénées, n°34671

[45] D. POUYAUD, *Contrats entre personnes publiques*, JCl. Adm., Fasc. 675, pt. 87

[46] CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98

adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Autrement dit, en vertu des traités, les modalités de publicité et de mise en concurrence s'imposent également aux contrats de la commande publique dont la procédure de passation n'est pas prévue par le droit dérivé.

Tous les contrats publics ne sont pas soumis à une telle exigence, seuls ceux relatifs à la commande publique sont concernés. Ainsi, au-delà des exceptions textuelles explicitement prévues[47], l'exemption du droit de la commande publique ne joue pas « lorsque l'objet d'un contrat ne révèle aucune logique d'achat, mais au contraire une logique d'offre (par exemple, lorsqu'une collectivité propose de mettre à disposition ou de céder un de ses biens) »[48]. En effet, « la finalité même [des règles de la commande publique] conduit à en circonscrire le champ d'application potentiel aux actes ayant pour objet d'établir une relation économique sur un marché ». Ce n'est ainsi pas le cas des conventions n'ayant pas pour objet d'offrir des biens ou des services sur un marché donné[49], c'est à dire n'ayant pas pour objet une activité économique, comme c'est par exemple le cas des conventions d'occupation du domaine public[50].

« L'extrême dynamisme de l'obligation de mise en concurrence »[51] des contrats de la commande publique va opérer une importante fracture entre le modèle français de contractualisation publique et l'idéal européen. Traditionnellement, en droit interne, la mise en concurrence est l'exception car aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence[52]. Elles sont « présumées agir en qualité d'autorité publique et, à tout le moins, dans le respect de l'intérêt général »[53].

Le droit européen relève d'une logique différente. Il s'agit avant tout d'éviter qu'une collectivité publique empêche, restreigne ou fausse le jeu de la concurrence, dont les règles sont « nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » (art. 3 b. TFUE). Les règles de publicité et de mise en concurrence visent à garantir le bon fonctionnement du marché lorsque « les collectivités territoriales se laissent guider par

[47] Section 3 (« marchés exclus ») de la directive 2004/18/CE
[48] C. BARDON, Y. SIMONNET, *Telaustria : quel périmètre ?*, Dr. Adm. n°1, Janv. 2009, étude 2
[49] CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov, aff. C-180/98
[50] CE, 3 déc. 2010, Ville de Paris, n° 338272 ; CE, 3 décembre 2010, Association Paris Jean Bouin, n°338527
[51] F. LLOREND, P. SOLER-COUTEAUX, *L'intercommunalité est-elle sérieusement menacée par le droit communautaire des marchés publics ?*, Contrats-Marchés, 2009, repère 9
[52] CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, n°06781
[53] G. ECKERT, *Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence*, AJDA 2013, p. 849

des considérations autres qu'économiques »[54]. En accord avec le principe de neutralité du droit européen vis-à-vis de la nature publique ou privée des personnes morales (art. 345 TFUE), une personne publique ne peut justifier, en vertu de sa seule qualité propre, d'être exonérée des obligations de mise en concurrence. En outre, le juge européen retient une interprétation extensive de ce principe en l'appliquant aux entités publiques qui ne poursuivent pas de but lucratif, ne disposent pas des structures organisationnelles d'une entreprise et n'assurent pas une présence régulière sur le marché[55].

Comme tous les droits nationaux, le droit français s'est résolu à admettre les exigences européennes et à abandonner toute tentative de sanctuarisation de la contractualisation des personnes publiques dans le cadre de la commande publique.

Ce constat fait, la question s'est posée de savoir si un tel encadrement concernait aussi les contrats conclus entre personnes publiques, notamment dans le cadre de la commande publique. Suivant l'héritage d'un supposé socialisme municipal[56], le juge français a aussi défendu une protection des échanges dans la sphère publique[57]. Il sanctuarisait ainsi les contrats conclus entre collectivités publiques, les considérant comme échappant par nature au régime des marchés publics[58].

Mais cette conception aussi a dû être remise en cause par les instances européennes. Ainsi, bien que l'on se demandait encore à la fin des années 1990 si « tant pour les marchés que pour les délégations de service public […] les obligations, traditionnelles ou nouvelles, de mise en concurrence s'imposent également aux personnes publiques lorsqu'elles contractent entre elles ou si elles en sont dispensées du fait de leur situation particulière par rapport aux personnes privées »[59], le juge européen a estimé nécessaire de rappeler que ce type de contrat devait être soumis au droit commun de la commande publique[60] ce qui avait de toute façon finalement été admis par le juge français[61].

[54] CJCE, 12 déc. 2002, Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering Gmbh, aff. C-470/99, pt. 52
[55] CJUE, 23 déc.2009, CoNISMa c/ Regione Marche, aff. C-305/08
[56] J.-J. BIENVENU, L. RICHER, *Le socialisme municipal a-t-il existé ?*, RHDFE 1984, p. 205
[57] CE, 29 avril 1970, Société Unipain, n°77935
[58] TA Poitiers, 16 mars 1983, Syndicat régional des entrepreneurs de travaux publics de Poitou-Charentes
[59] D. POUYAUD, *Contrats entre personnes publiques*, JCl. Adm., Fasc. 675 (1998)
[60] CJCE, 7 déc. 2000, ARGE Gewasserschutz, aff. C-94/99
[61] CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, n° 188239

Cette position, jugée « radicale » par certains[62], réduisait à néant la spécificité des contrats entre personnes publiques, dont le déclin s'accentua avec la montée en puissance du partenariat public-privé[63]. On a même pu se demander si cette vision n'impliquait pas une remise en cause de l'intercommunalité et des partenariats entre personnes publiques en général[64]. Une vraie inquiétude existait quant à l'atteinte de la liberté d'organisation des personnes publiques par le droit européen de la commande[65]. Mais, progressivement, au nom de l'autonomie des Etats membres[66], le juge européen va assouplir sa jurisprudence et redéfinir l'espace de liberté[67] de ceux-ci dans l'organisation de leurs services publics. Il va alors admettre progressivement la liberté contractuelle des personnes publiques dans la passation des conventions de coopération public-public. Autrement dit, ces contrats vont être exclus du champ d'application des principes de la commande publique, sous certaines conditions.

Cette exonération a d'abord eu lieu concernant la coopération institutionnelle, en vertu de l'exception « in house »[68]. Cette exception permet à une personne publique et une personne publique ou privée de conclure un contrat en s'affranchissant des mesures de publicité et mise en concurrence si, d'une part, « le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne concernée un contrôle semblable à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et, d'autre part, « simultanément, cette personne juridique effectue la partie essentielle de ses activités avec le pouvoir adjudicateur de contrôle »[69]. Dans cette hypothèse, le cocontractant est « formellement, mais pas intrinsèquement » indépendant du ou des pouvoirs adjudicateurs[70]. L'exception en question s'est étendue à la coopération conventionnelle lorsque le juge européen a autorisé le contrôle conjoint de plusieurs pouvoirs adjudicateurs[71].

---

[62] Y. GOUTAL, *La reconnaissance des exceptions propres aux relations entre personnes publiques*, AJCT 2012, p. 600

[63] F. BRENET, *Coopération public-public et droit de la commande publique*, DA n°4, avril 2012, comm. 33

[64] E. FATOME, A. MENEMIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse*, AJDA 2006, p. 67

[65] M. LE BARBIER-LE BRIS, *Le droit de l'Union européenne en principes*, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux, 2006, p. 419

[66] Le droit à l'autonomie locale se trouve dans la législation des Etats membres mais également dans la Charte européenne de l'autonomie locale (art. 6§1)

[67] J.-D. DREYFUS, *La coopération conventionnelle « public-public »*, AJCT 2010, p.98

[68] CJCE, 18 nov. 1999, Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, aff. C-107-98

[69] Doc. de travail des services de la Commission, *L'application du droit de l'UE sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »)*

[70] *ibid*

[71] CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07 ; CJCE, 10 sept. 2009, Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa, aff. C-573/07

Toutefois, cette exonération était incomplète car elle ne jouait pas s'agissant de la collaboration entre collectivités publiques autonomes. C'est la raison pour laquelle, depuis 2009, le juge européen a admis l'affranchissement de la coopération conventionnelle public-public des règles de la commande publique[72]. Il n'est plus ici question de l'application des critères « in house » mais d'une exonération du champ de la commande publique d'un contrat passé entre deux personnes publiques quand celui-ci a uniquement pour objet l'exercice conjoint de missions de service public. Contrairement à l'hypothèse précédente, l'exonération ne s'explique pas par l'existence d'une structure dédiée, mais uniquement par les liens contractuels qui lient les deux personnes publiques.

Tout comme son équivalent institutionnel, la coopération conventionnelle entre personnes publiques est généralement pensée comme un simple mécanisme de mutualisation des services[73] entre deux pouvoirs adjudicateurs qui cherchent à accomplir ensemble leurs missions de service public. Elle peut alors constituer une véritable alternative aux contrats traditionnels de la commande publique (marchés publics, concessions, partenariat public-privé). Un tel modèle, qui a déjà pu susciter un « certain enthousiasme chez les acteurs publics »[74], peut créer un effet d'aubaine pour les collectivités territoriales. Celles-ci peuvent y voir l'occasion de contourner l'obligation de mise en concurrence de leurs contrats de gestion des services publics locaux, notamment les services à caractère industriel et commercial (eau, déchets, transports, énergie) et, de ce fait, opposer un véritable avantage compétitif face aux opérateurs privés. Il est donc important de se pencher sur le régime juridique de ce nouvel instrument contractuel, notamment sur les conditions auxquelles sa passation est astreinte. En effet, si une clarification du régime de passation de la coopération conventionnelle public-public a déjà été demandée après sa réforme par le juge européen[75], les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes en appellent de

[72] CJCE, 9 juin 2009, Commission des communautés européennes c/ République Fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06
[73] J.-M. PEYRICAL, F. GABILLON, *Gestion publique locale : outils juridiques*, Le Moniteur n°5 748, Cahier détaché n°2, 24 janv. 2014
[74] F. TESSON, *La Cour de justice de l'Union européenne confirme les conditions de l'exception à l'application du droit de la commande publique aux conventions de coopération entre collectivités publiques*, Concurrences n° 4-2013, p. 174
[75] Résolution du Parlement européen n° 2009/2175 du 18 mai 2010 sur l'évolution de la passation des marchés publics

nouvelles. A ce titre, la réception de ce montage contractuel par le juge administratif français est particulièrement intéressante.

En outre, au-delà de la détermination de son régime juridique, il faut nous questionner sur l'utilité d'un tel instrument contractuel. Quel que soit son degré d'accessibilité pour les collectivités territoriales, celles-ci sont en droit de s'interroger sur la pertinence de l'utilisation de cette technique contractuelle, en comparaison aux autres modes (contractuels ou non) de gestion des services publics locaux, notamment ceux à caractère industriel et commercial.

L'évolution récente du régime de la coopération conventionnelle entre personnes publiques peut-elle utilement favoriser cet instrument juridique comme une alternative pertinente aux modes traditionnels de gestion des services publics locaux ?

Nous l'avons dit, la coopération conventionnelle entre personnes publiques a connu, en 2009, une mutation de son régime de passation. Néanmoins, l'accès à ce montage contractuel reste contraint par la rigidité de son régime juridique (**PARTIE 1**) qui fait l'objet d'un encadrement particulièrement prescriptif par le juge européen (**Chapitre 1**) et ce, malgré la tentative de mise en place d'un encadrement allégé par le juge français (**Chapitre 2**). Si toutefois les conditions exigées par son régime juridique sont réunies, l'usage de la coopération conventionnelle entre personnes publiques doit être prudent. Il est en effet important de faire une évaluation concrète de la pertinence de son utilisation (**PARTIE 2**). Malgré la faculté variable des collectivités territoriales à mener une gestion coopérative (**Chapitre 1**), la coopération conventionnelle se révèle être un outil utile en vue de la mutualisation de la gestion locale (**Chapitre 2**).

***

PARTIE 1 - Un accès limité : la rigidité contraignante du régime juridique de la coopération conventionnelle entre personnes publiques

La mutation du régime de passation de la coopération conventionnelle entre personnes publiques a permis de placer ce montage contractuel hors du champ d'application de la commande publique. Mais cette exonération n'a pas laissé place à une inconditionnelle liberté de passation. Ainsi, le régime juridique de la coopération est encadré de manière particulièrement prescriptive par le juge européen (**Chapitre 1**), malgré la tentative du juge français d'alléger cet encadrement (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Un encadrement particulièrement prescriptif par le juge européen

La mutation du régime de passation de la coopération conventionnelle public-public n'a pu se réaliser qu'à travers une définition progressive de l'euro-compatibilité de ce montage contractuel (Section 1), dont l'affranchissement des règles européennes de la commande publique se retrouve conditionné (Section 2).

Section 1 : La définition progressive des contours juridiques d'une coopération euro-compatible

La volonté de mettre en place une coopération conventionnelle public-public euro-compatible est une initiative aux fondements politiques (§1). Désormais, ce montage contractuel n'est plus intrinsèquement contraire aux traités (§2), si toutefois il résulte d'une volonté authentique de coopération (§3).

§1 : Une initiative aux fondements politiques

Nous avons déjà pu l'évoquer en introduction, les mécanismes de coopération entre personnes publiques « ont longtemps été placés sous le signe de la suspicion »[76] en particulier de la part des institutions européennes qui ont éprouvé une grande méfiance vis-à-vis de ces montages contractuels. Mais, progressivement, dans un contexte renouvelé, « la menace [va] laisser la place à l'apaisement »[77] et la suspicion initiale va décliner.

L'assouplissement s'est amorcé dans un premier temps en 1999 avec la consécration du caractère exceptionnel de la relation « in house » puis, dix années plus tard, va s'étendre à la coopération conventionnelle public-public.

[76] F. BRENET, *op. cit.*
[77] *ibid.*

Ce changement résulte avant tout d'une impulsion politique, il s'est réalisé « au fil des ans et des protestations des Etats membres »[78], en particulier de la France, déjà inspiratrice de l'exception « in house »[79].

Nous pouvons, à titre d'illustration, développer l'exemple suivant. En 2001, la loi MURCEF[80] vient modifier la loi Joxe[81] en y précisant que les missions d'aide technique à la gestion communale sont, dans certaines conditions, soustraites au CMP, et ainsi à tout mesure de publicité et de mise en concurrence (art. 7-1). Les conditions en question sont relatives à la présence de services d'intérêt général qui permet à cette mission de s'exercer dans des conditions techniques dérogatoires. S'en suit alors une passe d'armes entre la Commission et le gouvernement français. La première soutient que la passation de ces conventions revient à passer un marché public de gré à gré[82]. Au contraire, les autorités françaises considèrent que ces conventions « ont un objet particulier qui a trait à la mise en œuvre des rapports entre deux personnes publiques dont l'intégration va bien au-delà de la fourniture de biens ou des services » et qu'il « s'agit de mesures qui relèvent de la libre organisation des personnes publiques et qui échappent par nature au droit communautaire »[83].

C'est le 9 juin 2009, à l'occasion de l'affaire Hambourg opposant la Commission européenne et l'Allemagne[84] que le juge européen va reconnaître la singularité de la coopération conventionnelle entre personnes publiques et l'affranchir du respect des règles de la commande publique. Le fondement de cette exonération est avant tout politique car il a pour objet de tenir compte des besoins de mutualisation des collectivités locales. Mais cette exception ne s'affranchit pas pour autant du contexte européen de libre concurrence, c'est pourquoi son application ne va être ni automatique, ni systématique. En d'autres termes, ces conventions « ne bénéficient pas d'un blanc-seing général et absolu au regard des règles de la commande publique »[85].

---

[78] *ibid.*
[79] v. en ce sens CE, 29 avril 1970, Société Unipain, n°77935
[80] Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001
[81] Loi n°92-125 du 6 février 1992
[82] Avis motivé du 27 juin 2007
[83] Rép. min. n° 24350, JOAN 22 fév. 2005, p. 1930
[84] CJCE, 9 juin 2009, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06
[85] A. GARDERE, O. PIECHON, *Conventions de coopération : prudence !*, La Gazette des communes, 2 août 2013, p. 49

L'exemption qui leur est désormais due est fortement conditionnée, ce qui explique la « complexité inouïe »[86] de leur régime juridique.

En 2009, pour admettre la nouvelle exonération, la Cour va relever des éléments qui créés ensemble un faisceau d'indices. Prenant acte de ce revirement jurisprudentiel, la Commission publiera en 2011 un document de travail[87] sur la coopération conventionnelle public-public, faisant notamment un état des lieux des circonstances dans lesquelles la coopération entre plusieurs collectivités publiques échappe aux règles de la commande publique.

Cependant, la position initiale de la Cour étant jugée trop peu restrictive, le juge européen va opérer un recentrage en 2012 lors de l'affaire ASL Lecce[88] dans laquelle il va poser les véritables conditions de l'affranchissement de conventions de coopération aux mesures de publicité et de mise en concurrence. Le caractère incontournable de ces conditions sera confirmé par la suite dans plusieurs décisions, qui participent ainsi à une « démarche de clarification et d'encadrement assez restrictif »[89].

Enfin, tout comme l'exception « in house », les conventions de coopération public-public sont consacrées par le droit dérivé au sein de nouvelles directives relatives aux marchés publics[90] et aux concessions de service[91] du 11 février 2014. Dans l'exposé des motifs de celles-ci, il est pointé l'insécurité juridique entraînée par les interprétations divergentes entre Etats membres sur la question des conditions d'exonération de la coopération conventionnelle (le cas de la France est, sur ce point, particulièrement révélateur). Le législateur européen juge alors « nécessaire de préciser dans quels cas les marchés ou les concessions conclus [exclusivement] au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics » (pt. 31). Toutefois, le contenu du droit dérivé sur ce sujet est moins

[86] G. ECKERT, *op. cit.*
[87] Doc.de travail des services de la Commission, *L'application du droit de l'UE sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »)*
[88] CJUE, 19 déc. 2012, Azienda sanitaria locale di Lecce c/ Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce, aff. C-159/11
[89] F. TESSON, *op. cit.*
[90] Art. 12.4 (directive n° 2014/24/UE) et Art. 28.4 (directive n° 2014/25/UE)
[91] Art. 17.4 (directive n°2014/23/UE)

restrictif que la jurisprudence européenne. Il faudra donc être particulièrement attentif à la transposition qu'en feront les Etats membres.

§2 : Un instrument non intrinsèquement contraire aux traités

L'affaire Hambourg est celle d'un contrat conclu pour 20 ans entre les services de voirie de Hambourg et quatre Landkreise (circonscriptions administratives) de l'agglomération de la ville afin de mutualiser le traitement de leurs déchets par l'intermédiaire d'une centrale de valorisation thermique appartenant à la ville de Hambourg, mais exploitée par un tiers. Le litige tient dans le fait que le contrat est conclu sans publicité ni mise en concurrence.

La Commission procède à un recours en manquement (art. 226 al. 2 TUE) pour absence formelle de procédure de passation prévue par la directive « marchés publics » en vigueur à l'époque[92]. Elle argue que les seules exceptions aux directives sont, d'une part, celles « limitativement et expressément mentionnées dans celles-ci » (pt. 19) et d'autre part, le cas spécifique de la relation « in house ». Or, le cas d'espèce ne rentre dans aucune des deux hypothèses.

La Cour va elle aussi rejeter l'application de la relation « in house » puisque « les quatre Landkreise concernés n'exercent aucun contrôle qui pourrait être qualifié d'analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services » (pt. 35) que ce soit sur les services de voirie ou sur l'exploitant de l'installation. Elle va cependant admettre la légalité de la convention litigieuse sur un tout autre -et nouveau- fondement : son appartenance à la catégorie des conventions de coopération public-public qui, comme dans l'hypothèse « in house », échappe aux règles de la commande publique.

La Cour remarque que « le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination des déchets » (pt. 37). Or, le juge européen précise depuis longtemps que « le droit communautaire n'impose aux Etats membres aucune modification de la répartition des compétences et des responsabilités

[92] Directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992

entre les collectivités publiques »[93]. Plus récemment, il rappelait avec force qu' « une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »[94].
Dans l'affaire Hambourg, une telle collaboration « ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles de l'UE en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée » (pt. 47) dans la mesure où elle ne poursuit aucun objectif commercial. En conséquence, la Cour ne s'estime pas en mesure de censurer cette coopération, permettant par la sorte la création ex nihilo d'une nouvelle exception.

§3 : Une authenticité primordiale de la volonté coopérative

Comme prend le soin de le préciser le juge européen, la coopération conventionnelle est avant toute chose l'aboutissement d'une authentique démarche de coopération (pt. 38). Cet outil contractuel doit être apprécié au travers de ce prisme téléologique.

Dans l'affaire Hambourg, l'Allemagne va jouer sur ce terrain en avançant que le contrat litigieux va « au-delà de ce que prévoit un marché de services » au sens de la directive (pt. 16) car il instaure une contrepartie entre les partenaires. Dans son préambule, le contrat lui-même est qualifié d'« accord de coopération régionale en vue de l'élimination des déchets ». Il y a donc une coopération entre entités qui se prêtent notamment assistance en cas de nécessité. Pour l'Etat allemand, la convention litigieuse n'est pas un marché public car il s'agit de « l'aboutissement d'une opération interne à l'administration » (pt. 13), autrement dit d'une simple « assistance administrative dans l'accomplissement d'une mission de service public » (pt. 14).

La Cour fait de la « coopération » le fil conducteur de l'arrêt[95]. Elle précise que le contrat doit concrétiser « l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale » (pt. 38), et que cette coopération ne saurait se limiter à la signature

[93] CJCE, 15 déc. 1971, International Fruit Company c/ Produktschap voor Groenten en Fruit, aff. 51/71 à 54/72, pt. 1107)
[94] CJCE, 11 janv. 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03, pt. 48
[95] J.-D. DREYFUS, *La coopération conventionnelle « public-public »*, AJCT 2010, p.98

d'un contrat ou être destinée à un besoin ponctuel, mais implique une démarche globale, plus ambitieuse.

Dans son document de travail, la Commission évoque aussi l'importance de l'authenticité de la coopération. Celle-ci met en avant « la participation et les obligations mutuelles des partenaires » qui débouche sur une « synergie mutuelle » autour d'un objectif commun, à savoir l'exécution en commun d'une même tâche »[96]. C'est en cela que cette convention se distingue d'un « marché public normal ».

Une fois cette présentation faite, il faut s'interroger sur l'existence plus ou moins affirmée d'une « ligne rouge entre la coopération, qui procède d'un choix totalement libre des collectivités concernées, et la simple prestation de services, qui est encadrée par les règles de la commande publique »[97].

Section 2 : L'affranchissement conditionné des règles européennes de la commande publique

Dans l'affaire Hambourg, le juge européen ne fait que relever l'existence d'un faisceau d'indices caractérisant la coopération conventionnelle public-public. Il demeure donc certaines imprécisions, notamment en termes de hiérarchie de ces indices. Après la synthèse opérée par le Commission dans son document de travail, l'affaire ASL a été l'occasion d'opérer un rentrage salutaire pour clarifier la situation, avant sa consécration en droit dérivé.

Partant de ces différentes sources, nous pouvons relever quatre conditions cumulatives à l'affranchissement de ces conventions des règles de la commande publique. Il s'agit de l'exclusion des capitaux privés (§1), de la mise en œuvre d'une mission commune de service public (§2), de l'existence d'un intérêt public (§3) et de la limitation des flux financiers (§4).

§1 : L'exclusion des capitaux privés

[96] Doc. de travail des services de la Commission, *op.cit.*, p. 14
[97] B. DACOSTA, concl. sur CE, 3 fév. 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, n°353737

Comme dans le cas d'une relation « in house », aucune participation privée ne doit être constatée au sein de la coopération, celle-ci concerne exclusivement des personnes publiques. Il s'agit d'un critère organique. Une telle condition est confirmée dans les nouvelles directives de la commande publique, qui mentionnent l'hypothèse d'une coopération conventionnelle uniquement entre « pouvoirs adjudicateurs participants » et « entités adjudicatrices participantes », soit uniquement des personnes publiques.

Ce critère n'empêche en rien une participation privée en seconde main. Dans l'affaire Hambourg, la centrale appartient à la ville, personne publique, mais est gérée par un tiers, personne privée. Il faut simplement que la collaboration « ne prévoit ni ne préjuge » la passation d'autres marchés (pt. 44).

Une fois cette condition posée, on peut se demander si la coopération conventionnelle peut concerner toutes les personnes publiques, qu'elles soient locales ou nationales. Contrairement à ce qu'on aurait pu croire dans un premier temps à la lecture de la décision concernant l'affaire Hambourg, la coopération n'est pas limitée aux collectivités publiques locales. Une telle restriction a été jugée « trop formaliste et difficilement justifiable compte tenu des différences d'organisation de l'action administrative dans les divers Etats membres ». Elle est donc ouverte à toute personne publique (Etat, collectivités territoriales, établissements publics locaux et nationaux, etc.). On parle ainsi de coopération entre des autorités ou collectivités publiques[98].

Egalement présent dans le cadre de la relation « in house »[99], ce critère organique exclut la possibilité pour des entités semi-publiques, détenues par des capitaux publics et privés, telles que les SEM en France, de recourir à un tel montage contractuel sans publicité ni mise en concurrence. En revanche, comme c'est le cas des SPL, une entité de droit privé entièrement détenue par des capitaux publics pourrait être admise à recourir à cette forme contractuelle. C'est du moins ce que l'on peut conclure de la position du juge européen sur la question de la relation « in house »[100].

[98] F. TESSON, *La CJUE précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, SJAC n° 3, 14 janv. 2013
[99] CJCE, 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03
[100] CJCE, 10 sept. 2009, Sea Srl c/ Comune di ponte Nossa, aff. C-573/07

Dans son document de travail, la Commission ajoutera que, dans le cadre d'une coopération public-public, les partenaires ne devraient en principe « pas être actifs sur le marché »[101] et l'accord ne devrait « pas comprendre d'activités proposées sur le marché libre ». Elle pose cependant une exception : pour des raisons pratiques, cette exclusion complète peut aller à l'encontre des raisons d'intérêt général régissant la coopération (ex : utilisation économiquement raisonnable des ressources). Dans cette hypothèse, une activité strictement accessoire et marginale avec des entités ne participant pas à la coopération pourrait être acceptable.

Cette position sera reprise par les nouvelles directives. Celles-ci subordonnent, entre autres, l'exclusion de la coopération conventionnelle du champ de la commande publique au fait que « les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par la coopération »[102] . Il y a donc une volonté de limiter l'activité économique des personnes publiques engagées dans la coopération.

§2 : La mise en œuvre d'une mission commune de service public

Au regard de la jurisprudence européenne, la coopération doit mettre en œuvre une mission de service public qui est commune aux partenaires publics. Cette condition est explicitée au sein des nouvelles directives de la commande publique, puisque la coopération conventionnelle est subordonnée au fait que le contrat « établit ou met en œuvre une coopération entre pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ».

Ce critère matériel peut surprendre quand on se souvient qu'il vient du juge européen. Et pour cause, la notion de service public étant peu utilisée au sein du droit dérivé ou de la jurisprudence européenne, une telle formulation semble un peu surprenante.

[101] Doc. de travail des services de la Commission, *op.cit.*, p. 15

[102] Les directives précisent que le pourcentage d'activité est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale concernée pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché. Si ce calcul n'est pas disponible ou n'est plus pertinent, il suffira de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités

Dans un premier temps, on a pu se demander si la coopération n'était pas subordonnée aux missions de service public régies par un texte européen puisque, dans l'affaire Hambourg, la Cour s'appuie sur une directive[103] qui oblige les Etats membres à prendre « les mesures appropriées pour encourager la rationalisation (…) du traitement des déchets ». Mais la Cour n'a pas donné suite à cela.

En revanche, le juge européen émet une restriction de taille sur la nature de la mission. Selon lui, la coopération ne peut être admise si une part « importante, voire prépondérante » des aspects matériels du contrat correspondent à ceux qui sont « généralement » effectués par des opérateurs privés. Si c'est le cas, on peut considérer qu'il ne s'agit plus d'une mission de service public. C'est ce qui a fera défaut dans l'affaire ASL, à propos d'une convention passée entre une université et une collectivité ayant pour objet l'évaluation du risque sismique de cette dernière. Le contrat litigieux faisait état d'une « coopération dans des activités présentant un intérêt commun » (pt. 10). Toutefois, « une part importante, voire prépondérante [de l'ensemble des aspects matériels du contrat] correspond aux activités généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes », en conséquence de quoi, malgré le fait qu'il ait un « fondement scientifique », il ne s'apparente pas à la recherche scientifique. Ainsi, conclut le juge, « il ne parait pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune » aux deux partenaires (pt. 37).

Cette forte restriction pose problème car la plupart des missions de service public ou nécessaires à celles-ci ont un caractère concurrentiel. De même pour les missions en lien avec l'exécution d'un service public (ex : étude) qui constituent une « prestation de service contractuelle revêtant la forme d'une consultation technique »[104]. Finalement, à ce niveau de raisonnement jurisprudentiel, ce montage contractuel ne pourrait être conclu que dans un nombre limité de domaines et notamment aux domaines dont la mission a été confiée explicitement aux deux entités partenaires.

Si toutefois, au sens de la perception jurisprudentielle de la coopération conventionnelle, la mission de service public existe, la Cour exige que la mission soit « réellement partagée » par les partenaires publics. Ceux-ci ont une « obligation légale d'exécuter la mission de service public » qui, pour l'un des partenaires est insuffisante,

[103] Directive n° 75/442/CEE du 15 juillet 1975

[104] V. TRSTENJAK, 23 mai 2012, concl. sur CJUE, 19 déc. 2012, Azienda sanitaria locale di Lecce c/ Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce, aff. C-159/11

« si l'autre se limite à un rôle d'auxiliaire qui entreprend sur la base d'un contrat une mission qui lui est étrangère »[105]. Autrement dit, la collaboration ne peut se limiter à la fourniture de prestation d'une partie à l'autre, il faut une véritable collaboration. On peut distinguer deux dimensions à cette condition.

Premièrement, l'un des partenaires ne peut prendre la responsabilité exclusive du service. Ainsi, dans l'affaire Hambourg, en cas d'arrêt ou de dysfonctionnement de l'installation, la ville « n'assure nullement la responsabilité de l'exploitation » (pt. 39). De plus, elle ne donne « aucune garantie à cet égard » (pt. 39), c'est-à-dire qu'elle n'offre que des capacités de remplacement sous deux conditions : elle assurera en priorité l'élimination de ses déchets, et des capacités doivent être disponibles dans d'autres installations auxquelles les services de voirie de Hambourg ont accès.
Deuxièmement, la coopération conventionnelle ne peut s'affranchir d'un engagement de services des partenaires. Cet engagement passe notamment par des obligations réciproques et une assistance mutuelle. Les obligations réciproques sont des obligations de moyens. On peut de nouveau citer l'exemple de l'affaire Hambourg dans laquelle la ville prend en charge la plupart des services, en contrepartie de quoi, les Landkreise mettent à disposition de celle-ci les capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas pour palier son manque de capacité (pt. 41). A ce titre, le fait qu'un partenaire se réserve « le pouvoir de contrôler la bonne exécution de ladite mission » ne suffit pas à caractériser les obligations réciproques, comme cela a déjà été jugé par la Cour[106].
Concernant l'assistance mutuelle, elle peut être de toute nature. A titre d'exemple, les Landkreise de l'affaire Hambourg s'engageaient à réduire la quantité de déchets livrés en cas de surcharge ponctuelle (pt. 42).

Le respect impératif de cette condition sera confirmé dans l'affaire Piepenbrock[107], dans laquelle il était question d'un contrat conclu entre une ville allemande et un de ses arrondissements pour le nettoyage des bâtiments de la ville. Comme dans l'affaire ASL, ce contrat « ne semble pas avoir pour objet d'instaurer une coopération entre les

[105] *ibid.*
[106] CJUE, 13 juin 2013, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co, aff. C-386/11, pt. 26
[107] *ibid.*

deux entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune » (pt. 46).

§3 : L'existence d'un intérêt public

La coopération doit être motivée par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. Il s'agit d'un critère téléologique.
Par exemple, dans l'affaire Hambourg, le contrat permet de faire exploiter l'installation dans des « conditions économiques plus favorables » (pt. 38) grâce aux apports des Landkreise. C'est pourquoi la construction de l'installation n'a pu être décidée qu'après la conclusion du contrat.

Si la Commission conditionnait la coopération à la condition que celle-ci n'ait « pas de vocation de marché prédominante »[108], la Cour fait une interprétation plus stricte de ce critère en excluant tout intérêt privé du mécanisme de coopération. C'est d'ailleurs sous cette forme qu'elle apparait dans les nouvelles directives, puisque celles-ci disposent que « la coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ». L'emploi de l'adverbe « qu'à » est alors exclusif des intérêts privés.
Dans cette logique, le juge européen subordonne totalement l'exonération de la coopération conventionnelle du champ de la commande publique au fait « qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents », ce qui apparait dès l'affaire Hambourg (pt. 47) au nom du respect du principe d'égalité.

Simplement évoquée dans le cadre de l'établissement du faisceau d'indices, cette condition devient par la suite « un motif du rejet de la dérogation »[109].
Dans l'appréciation de cette condition, la Cour est aussi attentive en amont (phase de conclusion) qu'en aval (phase d'exécution), et notamment au sujet de la sous-traitance. Par exemple, comme dans l'affaire ASL, dans l'hypothèse où le contrat autorise l'un des partenaires à recourir à des « collaborateurs extérieurs hautement qualifiés », il ne serait pas admis qu'ils englobent des prestataires privés (pt. 38).

[108] Doc. de travail des services de la Commission, *op.cit*., p. 16
[109] J.-D. DREYFUS, *Toute coopération horizontale inter-administrative n'est pas soustraite au droit des marchés publics*, AJDA 2013, p. 630

La Cour renvoie à l'appréciation in concreto du juge national pour déterminer le respect ou non de cette décision. Ainsi, celui-ci devra s'assurer que le partenaire était la seule entité capable d'effectuer la prestation commandée[110].

Cela va se vérifier à nouveau dans l'affaire Pipenbrock dans laquelle le contrat litigieux « autorise à recourir à un tiers pour l'accomplissement de la mission prévue par ledit contrat de telle sorte que ce tiers pourrait être avantagé par rapport aux autres entreprises actives sur le même marché (pt. 40). Ce qui va en partie motiver son rejet par le juge européen.

Mais le caractère impératif de ce critère demeure discutable car, dans l'affaire Hambourg, la ville avait confié l'exploitation de l'usine à un tiers.

§4 : La limitation des flux financiers

La coopération ne doit occasionner qu'un seul transfert financier entre les partenaires. Celui-ci doit correspondre au remboursement par l'un d'eux des frais engagés par l'autre. Autrement dit, au sein de la coopération les seuls flux financiers autorisés sont ceux qui remboursent les frais occasionnés (ou « réellement encourus »[111]). C'est une sorte de cofinancement, sans marge bénéficiaire, car les montants sont limités par la convention elle-même.

Ce critère financier permet théoriquement d'éviter que la convention ne soit conclue à titre onéreux, ce qui est le dénominateur commun des contrats de la commande publique.

Dans l'affaire Hambourg, l'un des arguments de l'Allemagne pour extraire la convention litigieuse du champ d'application de la directive marchés publics consistait à mettre en avant le fait que les services de voirie n'agissent pas contre paiement d'une rémunération mais contre le remboursement de ses frais de fonctionnement. Le contrat n'a ainsi aucun caractère onéreux. Dans un premier temps, la Cour est sensible à cet argument. Elle constate qu'il n'y a pas entre entités « d'autres mouvement financiers que ceux correspondant au remboursement de la part des charges incombant aux dits Landkreise ». Autrement dit, il n'y a pas paiement par l'une des parties d'un prix à l'autre. Cette position n'est que le prolongement de sa propre jurisprudence à

[110] V. TRSTENJAK, *op. cit.*
[111] Doc. de travail des services de la Commission, *op.cit.*, p. 15

l'occasion de laquelle la Cour avait déjà admis qu'un remboursement puisse ne pas donner le caractère onéreux à un contrat[112].

Cependant, lors du recentrage du régime des conventions de coopération, le juge européen va évoluer sur ce point. Le fait qu'un prix ne soit pas payé par l'un des partenaires demeure une condition indispensable à la coopération. Elle devient cependant insuffisante. A l'occasion de l'affaire ASL, la Cour va alors préciser 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 » (pt. 29). Autrement dit, le remboursement d'une prestation est considéré comme un prix au sens de la directive marchés publics. Dans cette optique, seule la gratuité d'un service permettrait d'échapper au caractère onéreux d'un contrat.

Cette position désormais ferme sera confirmée par la suite, notamment dans l'affaire Pipenbrock, où le fait que le contrat prévoit une compensation financière censée correspondre aux « coûts engendrés par la réalisation de ladite mission » n'empêche pas la qualification en marchés publics.
En outre, les nouvelles directives ne font pas état de cette condition, ce qui apparait comme une confirmation implicite de son abandon.

En réaction à ces restrictions européennes, le juge français va tenter de mettre en place un encadrement allégé de la coopération conventionnelle entre personnes publiques.

[112] CJCE, 29 nov. 2007, Commission c/ Italie, aff. C-119/06

Chapitre 2 : La tentative d'un encadrement allégé par le juge français

Le Conseil d'Etat français va se démarquer de la jurisprudence européenne qu'il juge trop restrictive en adoptant un positionnement spécifique (Section 1). Toutefois, les évènements récents ont rendu sa vision obsolète qui n'est désormais plus euro-compatible (Section 2).

Section 1 : Un positionnement spécifique vis-à-vis de la jurisprudence européenne

C'est en 2012, à l'occasion de l'affaire relative à la commune de Veyrier-du-Lac[113] que le Conseil d'Etat va opérer la réception de la jurisprudence européenne relative à la coopération conventionnelle entre personnes publiques.
Cette décision nous intéresse particulièrement puisqu'elle concerne le service public de l'eau.

La commune de Veyrier-du-Lac avait confié une délégation du service public de distribution d'eau à un opérateur privé. A la fin de la convention, au lieu de relancer une nouvelle procédure d'attribution, elle conclue pour 30 ans un contrat d'entente de gré à gré avec la communauté d'agglomération d'Annecy ayant pour objet le service public d'eau potable. La procédure ne respecte pas les modalités de publicité et de mise en concurrence exigées par les règles de la commande publique.

Le juge des référés contractuels est saisi. Celui-ci annule la convention[114] en estimant que n'était pas en cause une opération de coopération mais bien une véritable délégation de service public. Mais le Conseil d'Etat va avoir une autre analyse.

Les éléments sur le sujet sont faibles et contradictoires en droit interne. D'une part, une fiche technique de la DGCL[115] indique qu'une entente entre collectivités « peut consister à faire assurer par un de ses membres des prestations de services » mais que ces ententes sont soumises au droit de la commande publique. D'autre part, le TA de

[113] CE, sous-sections 7 et 2 réunies, 3 fév. 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, n°353737
[114] TA Grenoble, 12 oct.2011, Société Lyonnaise des eaux, n°1104894
[115] DGCL, Les ententes, conventions et conférences intercommunales

Châlons-en-Champagne[116] jugeait légale en 2004 une entente entres plusieurs communes ayant pour objet de mutualiser leurs moyens en matière de collecte sélective de déchets et ramassage des ordures.

Le Conseil d'Etat, qui, rappelons-le, exerce un plein contrôle sur la qualification juridique donnée par les juges du fond à un contrat[117] va y répondre en deux temps. D'une part en opérant une réception purement formelle des critères européens (§1) et d'autre part en procédant à la création d'un critère autonome, celui de l'opérateur sur le marché concurrentiel (§2).

§1 : Une réception purement formelle des critères européens

Le juge administratif va prendre soin d'accuser réception des critères européens issus de la jurisprudence Hambourg. Il indique que la convention conclue « tend à l'exploitation d'un même service public » (cons. 5), ce qui laisse entendre qu'il s'agirait d'un service commun effectué conjointement par la commune et la communauté d'agglomération. Il indique également que cette convention permet à la commune « de bénéficier des installations plus performantes de la communauté d'agglomération » (cons. 5), ce qui peut servir à remplir la condition de l'intérêt public.

Or, au regard des faits, la condition du service commun n'est pas satisfaite, il s'agit d'un simple « artifice de langage »[118] en référence à la jurisprudence européenne. Certes, le service est exploité « en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par [les] deux personnes publiques » (cons. 5), mais cela n'en fait pas un service commun pour autant. Il suffit d'analyser le contenu du contrat pour s'en convaincre[119].

Le service est exploité sous la responsabilité opérationnelle de la communauté d'agglomération dont le contrat stipule qu'elle gère le service à ses « risques et périls »

[116] ibid.
[117] CE, 30 juin 1999, SMITOM, n° 198147
[118] L. RICHER, *Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public*, AJDA 2012, p. 555
[119] v. **ANNEXES - V - Convention de coopération entre la commune de Veyrier-du-Lac et la communauté de l'agglomération d'Annecy (extraits)**

(art. 4). Elle doit le « prendre en charge » (art. 1) et « réaliser les travaux nécessaires » à celui-ci (art. 26).

De son côté, la commune a uniquement l'obligation de mettre à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures (art.7). Aucune contrepartie spécifique n'est prévue, elle ne participe en rien à la gestion du service. En réalité, elle n'a « pas davantage de prérogatives qu'une autorité délégante dans le cadre d'une concession »[120].

Ainsi, le service communal reste juridiquement distinct de celui de la communauté d'agglomération.

Dans son ordonnance, le juge des référés confirmera cette analyse. Il juge la convention illégale car « il ne résulte d'aucune des stipulations de la convention que la commune de Veyrier-du-Lac s'engagerait à assurer un service en faveur de la communauté d'agglomération d'Annecy en contrepartie de celui fourni par celle-ci, ni que les redevances perçues aurait pour seul objet d'assurer le remboursement des frais engagés ». On retrouve ici les éléments de référence à la jurisprudence européenne (contrepartie, remboursement des frais engagés).

Bertrand Dacosta, rapporteur public du Conseil d'Etat sur cette affaire, ne dira pas autre chose. Selon lui, « il n'y a pas d'exercice en commun du service de distribution d'eau potable, non plus que de mise à disposition d'un service ». S'il comprend « parfaitement la logique qui a présidé la convention » (à savoir éviter des investissements coûteux à la commune et étendre le service), il précise que « ce n'est pas parce que une solution parait, en première analyse, pleine de bon sens qu'elle se révèle juridiquement irréprochable »[121].

La référence à la jurisprudence européenne laisse croire à une « exemption parfaitement réceptionnée » par le Conseil d'Etat[122]. Toutefois il ne s'agit que d'un « hommage verbal et implicite »[123]. Les conditions européennes n'étant pas satisfaites,

[120] B. DACOSTA, *op. cit.*
[121] *ibid.*
[122] A. GARDERE, O. PIECHON, *Conventions de coopération : prudence !*, La Gazette des communes, 2 août 2013, p. 48
[123] L. RICHER, *op. cit.*

les juges du Palais Royal vont tout de même accepter la légalité d'une telle convention en se fondant sur un tout autre critère.

§2 : La création du critère autonome de l'opérateur sur le marché concurrentiel

En lieu et place des critères européens, le Conseil d'Etat va s'éloigner de la jurisprudence européenne en créant un critère autonome et autosuffisant pour mener son analyse de fond : le critère de « l'opérateur sur le marché concurrentiel ».

Selon lui, les deux exceptions aux règles de publicité et de mise en concurrence que sont la relation « in house » et la coopération conventionnelle découlent d'un principe général, selon lequel les règles de la commande publique ne s'appliquent qu'à la condition que le cocontractant exerce une activité économique.
Ainsi, concernant le cas spécifique de la coopération conventionnelle, le Conseil d'Etat estime que la seule et unique condition à l'affranchissement des règles de la commande publique tient dans le fait que la convention « ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une (des) personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel » (cons. 6). Autrement dit, pour échapper à toute publicité et mise en concurrence, la convention de coopération doit être conclue « dans le cadre de relations qui ne sont pas celles du marché » (cons. 7).

Ce critère n'est pas totalement nouveau. En 2003, le refus de reconnaitre le « caractère économique » de prestations d'action sociale avait été l'élément central pour permettre à un ministère de confier l'organisation de telles prestations sans être astreint à la passation d'un marché public de service[124]. Cependant, le caractère onéreux de la plupart des contrats faisait échec à l'application déterminante d'une telle notion. La fragilité de ce critère a conduit le juge à lui substituer la notion d'opérateur économique sur un marché concurrentiel. Ainsi, il a pu estimer qu'une convention de délégation de service public n'est pas nécessaire « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »[125].

[124] CE, Avis, 23 oct. 2003, Fondation Jean Moulin, n°369315
[125] CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736

Cette innovation avait entraîné une « nouvelle zone grise dans le droit de la commande publique »[126].

Ce raisonnement renoue avec la conception française initiale, abandonnée en 1998 dans le célèbre arrêt relatif à la communauté de communes du Piémont de Barr[127]. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat censure une convention, passée sans publicité ni mise en concurrence, confiant la gestion du service d'assainissement d'eau de la communauté de communes à un syndicat mixte et ce, après avoir rompu le contrat d'affermage liant l'intercommunalité et un opérateur privé. La similitude des faits est frappante[128], pourtant la solution dégagée est radicalement différente.

Là où la CJUE a accepté de tenir un raisonnement politique, le Conseil d'Etat feint un raisonnement juridique en faisant découler son raisonnement d'un principe juridique général. Non seulement il va consacrer ce critère comme unique variable de la situation, mais il va l'appliquer au cas d'espèce et ainsi sauvegarder la légalité de la convention, s'écartant par la même des conclusions de son rapporteur public.

Le CE va apprécier cette condition au regard des stipulations financières du contrat, et plus particulièrement du prix de l'eau fixé pour les usagers de la commune. Celui-ci est divisé en deux parties ; l'une variable, l'autre proportionnelle. L'article 6 de la convention indique que la partie proportionnelle est révisée chaque année selon le même indice que celui du tarif appliqué aux usagers de la communauté d'agglomération. En outre, les recettes de la régie doivent strictement équilibrer les dépenses, conformément au budget des SPIC (art. 2224-1 CGCT). De ces faits, le Conseil d'Etat conclut que la convention « n'a 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 » (cons. 6).
Il faut noter par ailleurs que cette condition ne semble pas remplie si l'une des personnes publiques contractantes a délégué la gestion du service objet du marché à un

[126] J.-D. DREYFUS, *Nouvelle zone grise dans le droit de commande publique : obligation de mise en concurrence et opérateur sur un marché concurrentiel*, RDI, 2007, p. 424
[127] CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, n° 188239
[128] Il existait une différence de taille : l'EPCI était membre du syndicat mixte. Elle est cependant sans conséquences sur la solution du juge car cette situation ne pouvait bénéficier de l'exception « in house », non encore consacrée à l'époque.

opérateur privé « qui constitue par essence un opérateur sur un marché concurrentiel »[129].

Face aux nombreuses contradictions qu'il contient, ce positionnement original semble désormais obsolète.

Section 2 : L'obsolescence programmée d'une vision euro-incompatible

L'obsolescence programmée de la vision française la rend euro-incompatible pour deux raisons : le raisonnement sibyllin qui la sous-tend (§1) et le caractère erroné du critère qui lui est propre (§2).

§1 : L'obsolescence d'un raisonnement sibyllin

Le Conseil d'Etat suit l'idée que si la personne publique ne fait pas de bénéfices, elle n'est pas un opérateur économique, et les règles de la commande publique ne lui sont pas applicables. Une telle approche pose certains problèmes au regard des faits et du droit.

Dans les faits, il y a une divergence entre le juge des référés et le Conseil d'Etat. Le premier parle d'un tarif alors que le second évoque d'un remboursement. Quoi qu'il en soit, rien n'indique que le tarif est au « prix coûtant ». Et l'indexation annoncée ne garantit pas davantage cela.

En droit, le principe d'équilibre budgétaire n'assure pas plus le strict remboursement car il n'empêche en rien de dégager un excédent pouvant être reversé au budget principal de la collectivité[130]. En outre, si l'équilibre budgétaire était gage d'absence de bénéfices, on peut considérer que les collectivités territoriales ne font jamais de bénéfices puisque leur budget à obligation d'être équilibré en vertu de l'article L 1612-4 du CGCT.

[129] Rép. min. n° 8382, JOAN 29 oct. 2013
[130] CE, 9 avril 1999, Commune de Bandol, n°170999, v. en ce sens Rép. min. 4 sept. 2006, JO Sénat, p. 2742

En outre, d'une manière générale, il est difficile d'admettre que la communauté d'agglomération n'agit pas comme un opérateur économique lorsqu'on sait que le service qu'elle gère était précédemment concédé à une personne privée.

Le raisonnement du Conseil d'Etat permet aux régies de venir concurrencer frontalement les entreprises privées candidates aux délégations de service public. Le rapporteur public avait mis les juges suprêmes en garde : « si vous admettez la licéité du montage auquel vous êtes aujourd'hui confrontés, vous serez conduit à admettre, par exemple, que deux collectivités, puissent passer sans mise en concurrence un marché pour la gestion des ordures ménagères de l'une par l'autre, dès lors que celle-ci aura des capacités suffisantes »[131].

§2 : L'obsolescence d'un critère erroné

Tout d'abord, on connait la difficulté d'utiliser ce critère quand on sait que la notion même de « marché » est sujette à des interprétations divergentes entre le juge européen et le juge judiciaire[132]. De plus, le juge administratif a développé, au travers du service public à la française, sa propre conception de la notion d'activité économique qui a des « éléments de contradiction »[133] avec le droit européen, ce qui en fait une « exception culturelle juridique »[134].
Enfin, le caractère non lucratif d'une activité est un critère inopérant en droit européen pour caractériser une activité non économique[135], notamment lorsqu'il s'agit d'un marché public (affaire ASL). Pourtant, nous avions déjà pu entrevoir une tentative d'alignement du juge français sur le juge européen[136].

Au delà de ces considérations, il faut rappeler que cet arrêt a été rendu en février 2012, soit avant le double-recentrage européen des conditions d'exercice de la coopération

[131] B. DACOSTA, *op. cit.*
[132] A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 2010, pp. 71 et 72
[133] S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012, p. 331
[134] F. TESSON, *La notion française d'activité économique des personnes publique*, AJDA 2013, p. 1675
[135] CJCE, 21 sept.1999, Albany, aff. C-67/96
[136] G. DECOCQ, comm. sur CAA Paris, 27 janv. 2011, Société Enfenconfiance, n°2010/17496 : « le caractère public d'un organisme, le caractère légal de sa mission, l'organisation de celui-ci et les relations qu'il entretient avec ses membres, la gratuité de son action et sa vocation sociale ne suffisent pas en principe à le faire échapper aux règles de la concurrence »

conventionnelle ; l'un opéré par le CJUE lors de l'affaire ASL, l'autre à venir à l'occasion de la transposition des nouvelles directives de la commande publique.

Rappelons-le, depuis l'affaire ASL, la condition d'absence de transferts financier est devenu une condition nécessaire mais non suffisante à la conclusion d'une convention de coopération sans publicité ni mise en concurrence, dans le sens où le strict remboursement n'empêche pas de qualifier un contrat d'onéreux et ainsi de le soumettre aux règles de la commande publique. Or, le juge administratif en fait ici la variable principale. Cela fait douter de l'euro-compatibilité d'une telle jurisprudence.

Cette évolution jurisprudentielle est confirmée dans les nouvelles directives qui ne prennent pas en compte l'étude des flux financiers dans la détermination de la coopération conventionnelle. Au contraire, le législateur européen a consacré les critères jurisprudentiels européens. La transposition à suivre en droit interne sera contrainte de tenir compte de ceux-ci. Le juge français ne pourra alors qu'abandonner son critère unique au profit de la pluralité de conditions cumulatives posées par la CJUE.

Une fois cet exposé fait, il nous est plus aisé de comprendre les conditions juridiques dans lesquelles une coopération conventionnelle peut être entreprise. Toutefois, demeure l'interrogation pratique du recours à celle-ci, ce qui nous amène à nous interroger sur la pertinence d'un tel mode de gestion pour les services publics locaux. En effet, pour que la coopération public-public soit réellement une alternative aux contrats de la commande publique il convient, selon les termes de l'Autorité de la concurrence « qu'une comparaison préalable incluant le bilan des coûts et avantages des différents modes d'intervention soit effectuée et que le choix entre ses différentes solutions repose sur ce bilan »[137].

***

[137] Aut. Conc., 24 nov. 2011, Avis relatif à la création des SPL, n° 11-A-18, pt. 23

PARTIE 2 - Un usage prudent : l'évaluation concrète de la pertinence de la coopération conventionnelle entre personnes publiques

La prudence est de rigueur lorsqu'il s'agit de la coopération public-public. Avantageuse sur certains points, il est tentant d'y recourir dans le simple but de contourner les règles de mise en concurrence, tout en favorisant l'auto-prestation. Il est indispensable que les collectivités territoriales s'interrogent sur les avantages et les inconvénients d'un tel choix et, de ce fait, sur la pertinence de celui-ci.

S'il est vrai que les collectivités qui ont une faculté variable à mener une gestion locale coopérative (**Chapitre 1**), la coopération conventionnelle entre personnes publiques constitue un outil supplémentaire de celles-ci pour mener une gestion locale mutualisée (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La faculté variable des collectivités à mener une gestion locale coopérative

L'accès en France à la coopération conventionnelle public-public n'est pas égal. Il exige en premier lieu de rechercher une base légale satisfaisante sur laquelle faire reposer la coopération (Section 1) puis de prendre en compte le maintien des compétences locales propre à chaque collectivité (Section 2).

Section 1 : La recherche d'une base légale satisfaisante

On peut se demander si une base légale est explicitement nécessaire aux personnes publiques souhaitant mettre en œuvre une coopération conventionnelle. Souvenons-nous de ces mots du doyen Vedel : « tout ce qui n'est pas illicite peut faire l'objet d'un contrat entre l'Etat et une autre partie. Ainsi, rien n'interdit à l'Etat de passer une convention en vue d'harmoniser l'action de son administration avec celle des collectivités territoriales »[138]. Ce raisonnement, transposable à une convention entre collectivités territoriales, pourrait permettre d'imaginer une convention de coopération établie ex-nihilo entre plusieurs personnes publiques, quelle quelles soient, dans le respect de la jurisprudence européenne et du droit dérivé.
Certains auteurs confirment cette vision. Selon eux, les ententes, comme les autres mécanismes de coopération conventionnelle prévus par le législateur, « n'ont plus aujourd'hui de réelle pertinence, compte tenu de la possibilité très large qui est désormais ouverte aux collectivités de conclure entre elles des conventions, sous réserve de respecter les règles applicables à l'action locale, et notamment le principe d'intérêt local »[139].

La condition relative à l'intérêt local faisant l'objet d'un prochain développement[140], il nous faut remarquer que la législation française prévoit certaines dispositions relatives à la coopération conventionnelle entre personnes publiques, comme c'est le cas des contrats d'entente qui figurent dans le CGCT. Sachant cela, il serait juridiquement

[138] Cité par J.-D. DREYFUS dans *Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs*, AJDA 2013, p. 846
[139] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Puf, 2008, p. 342
[140] v. **Section 2, §2 : L'existence impérative d'un intérêt local**

imprudent de s'éloigner des prescriptions légales. Celles-ci souffrent toutefois d'un certain éparpillement (§1) et se révèlent lacunaire quant au régimes de passation qu'elles prévoient (§2).

§1 : L'éparpillement des dispositions légales

La coopération contractuelle entre personnes publiques est une tradition bien ancrée en France. Actuellement, dans le CGCT, la 5ème partie législative est consacrée à la « Coopération locale ». S'il s'agit principalement de la « coopération intercommunale » du Livre II, on y trouve aussi les « autres formes de coopération » au Livre III, lequel connait un chapitre 1er consacré aux « Entente, convention et conférence intercommunale ».

Beaucoup de ces dispositions concernent la coopération public-public institutionnalisée dans le cadre de l'intercommunalité, par exemple sur les services communs[141] ou la mise à disposition des services[142]. On y trouve cependant des éléments de coopération conventionnelle. Si certains ne visent que les communes membres d'intercommunalités[143], d'autres concernent directement la coopération conventionnelle entre des personnes publiques autonomes.
Une fois ce tri réalisé, il faut relever que le CGCT prévoit explicitement deux formes de coopération conventionnelle public-public : d'une part celle prévue à l'article L 5221-1 (ententes) et d'autre part celle prévue aux articles L 5111-1 et L 5111-1-1.

Intéressons nous d'abord à l'entente, considérée comme la forme la plus embryonnaire de la coopération conventionnelle public-public. Créées pour la première fois en 1837, les ententes sont instituées en faveur des départements,[144] puis élargies aux

[141] Art. L 5211-4-2: « en dehors des compétences transférées, un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre et une ou plusieurs de ses communes membres peuvent se doter de services communs (qui seront) gérés par l'EPCI »
[142] Art. L 5211-4-1 : les services conservés par une commune adhérente sont « tout ou partie mis à disposition de l'EPCI »
[143] Art. L 5214-16-1 : les « communautés de communes de leurs communes membres » qui peuvent « conclure des conventions par lesquelles l'une d'elles confie à l'autre la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de ses attributions »
[144] Loi du 10 août 1871, art. 89 à 91

communes[145]. Ce n'est qu'en 2004 que les EPCI et syndicats mixtes vont pouvoir en bénéficier[146].

Actuellement, l'entente relative aux communes et EPCI est prévue à l'article L 5221-1 du CGCT, lequel dispose qu'une telle convention doit porter sur des « objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions ».

Les ententes n'entraînent pas la création d'une nouvelle personne publique -au quel cas nous serions dans le cadre d'une coopération institutionnelle-, elles « constituent un simple cadre de coopération »[147]. Chaque entente est administrée par une conférence intercommunale, dépourvue de la personnalité morale, et composée de représentants des communes membres (art. L 5221-2). Notons à ce titre qu'il existe également des conférences interdépartementales et interrégionales[148].

Mais l'entente n'est pas la seule forme de coopération conventionnelle public-public prévue par le CGCT. Les articles L 5111-1 et L 5111-1-1, qui ouvrent la partie du Code consacrée à la coopération intercommunale, sont aussi relatifs à cette forme de coopération.

L'alinéa 3 de l'article L 5111-1, issu de la loi 24 février 1996[149] fait mention de la possibilité pour certaines personnes publiques de conclure des « conventions qui ont pour objet la réalisation de prestations de services ». Ces conventions ne concernent cependant que les départements, régions, leurs établissements publics, leurs syndicats mixtes, et les EPCI. Les communes en sont donc expressément exclues.

En ce qui concerne le cas particulier d'Eau de Paris, le recours à la coopération conventionnelle est doublement verrouillé. L'article L 5221-1 ne mentionne pas les établissements publics locaux, tandis que les articles L 5111-1 et L 5111-1-1 font uniquement référence aux établissements publics rattachés à un département ou une région. Eau de Paris étant la régie d'une commune, elle ne peut actuellement pas agir sur la base de ces textes, du moins si on fait une lecture stricte de la législation.

[145] Loi du 5 avril 1884, art. 116 à 118
[146] Loi n° 2004-809 du 13 août 2004
[147] F. BRENET, *Coopération public-public et droit de la commande publique*, Dr. Adm. n°4, avril 2012, comm. 33
[148] Art. 65 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982
[149] Loi n° 96-142 du 24 fév. 1996

§2 : Les lacunes des régimes de passation

Concernant les ententes, rien n'est précisé dans le CGCT quant à leur régime de passation. Ces conventions ne sont aucunement conditionnées par le législateur. Au regard de la jurisprudence européenne, il semble clair qu'elles ne peuvent être passées librement que sous certaines conditions.
Il est notable de soulever que, dans l'affaire Veyrier-du-Lac, la convention litigieuse se basait sur l'article L 5221-1. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat confirme cette base légale comme pouvant servir de fondement à une coopération conventionnelle affranchie de publicité et de mise en concurrence. Malgré l'absence de toute modalité de passation et d'indication quant à leur contenu, les ententes peuvent donc constituer une base légale suffisante, si les parties conviennent d'elles-mêmes de respecter les conditions d'exonération de publicité et de mise en concurrence. Cependant, comme nous l'avons constaté, ces conditions font l'objet d'une divergence entre le juge français et le juge européen. Par souci de clarification, il ne serait pas étonnant que le législateur modifie l'article L 5221-1 dans le cadre de la transposition des nouvelles directives de la commande publique.

La question de la passation de ces conventions des articles L 5111-1 et L 5111-1-1 s'est déjà posée par le passé. En effet, une de ces conventions était en cause en 1998 dans l'affaire de la Communauté de communes du Piémont de Barr[150]. Le Conseil d'Etat avait alors mis fin aux interrogations en jugeant qu'un tel contrat, par lesquels les parties s'engagent « à gérer, par leurs moyens communs un service entrant dans le champ de leurs compétences […] doit être regardé comme un marché public de services » (cons. 9) et ainsi faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence[151].

Face à une telle posture, et considérant le champ d'application prêté par le juge européen aux principes de la commande publique, les contrats de cette nature ont été systématiquement soumis à publicité et mise en concurrence. Du moins jusqu'en 2009, année où l'affaire Hambourg a ouvert de nouvelles perceptives.

---

[150] CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, n° 188239
[151] Notons à nouveau que ce cas d'espèce concernait deux EPCI dont l'un était adhérant de l'autre. L'exception « in house » aurait pu jouer si elle avait déjà été consacrée par le juge européen, ce qui n'était pas encore le cas.

En effet, suite à la création d'une dérogation par le juge européen, la loi n° 2010-1553 du 16 décembre 2010 va compléter les dispositions en opérant une « simple transposition »[152] de la jurisprudence Hambourg. Son article 68 va alors introduire l'article L 5111-1-1 qui créé la possibilité pour les collectivités de l'article L 5111-1 de passer des conventions de prestations services identiques à celles prévues par ce dernier, en prenant en compte les nouveaux critères jurisprudentiels européens permettant de les conclure sans publicité ni mise en concurrence.

Il s'agit alors de contrats ayant pour objet d'assurer « l'exercice en commun d'une compétence ». Ceux-ci doivent prévoir soit la « mise à disposition » des équipements et services de l'un des contractants au profit de l'autre (cas d'espèce de l'arrêt Hambourg), soit le « regroupement » des services et équipements existants afin de former un « service unifié relevant d'un seul des cocontractants ». Le législateur précise que, dans le cas d'une simple mise à disposition, la convention doit fixer « les conditions de remboursement par le bénéficiaire […] des frais de fonctionnement lui incombant ». De même, les « modalités de remboursement des dépenses engagées » doivent être prévues par la convention dans l'hypothèse d'un service unifié.

Une fois ces conditions posées, le législateur va également modifier l'article L 5111-1 en indiquant que les « missions d'intérêt public » concernées par l'article L 5111-1-1 « ne sont pas soumises aux règles prévues par le code des marchés publics »[153].

Ici, le législateur entend encadrer ces conventions en se conformant aux exigences du juge européen (mission commune d'intérêt public, véritable coopération, financement limité au seul remboursement) et estime ainsi pouvoir les affranchir des principes de la commande publique. Toutefois, depuis le recentrage opéré et le vote des nouvelles directives, ces dispositions semblent obsolètes, notamment car l'essentiel des conditions reposent sur l'aspect financier de la convention, alors même que l'importance de cet aspect a été minorée par la CJUE lors de l'affaire ASL. Ainsi, suivre exclusivement les conditions posées par l'article L 5111-1-1 pour conclure une convention de coopération sans publicité ni mise en concurrence serait une initiative particulièrement risquée sur le plan juridique compte tenu de la tendance jurisprudentielle actuelle.

---

[152] F. BRENET, *op.cit.*

[153] v. **ANNEXES - VI - Articles L 5111-1 et L 5111-1-1 du CGCT**

Nous remarquons donc que les dispositions du CGCT sont assez largement insuffisantes pour conclure une convention de coopération hors champ de la commande publique en toute légalité, au moins sur le plan européen.
Deux solutions peuvent alors s'offrir : soit dépasser le CGCT et conclure une convention de coopération en s'appuyant sur la jurisprudence et les directives européennes, soit attendre la transposition de ces directives en droit interne afin de bénéficier d'un cadre légal actualisé et fiabilisé.

Au delà de la problématique de la base légale, les collectivités doivent prendre en compte la contradiction éventuelle que créerait la coopération conventionnelle eu égard aux règles de compétences locales.

Section 2 : Le maintien des règles de compétences locales

Les règles de compétences locales sont nombreuses. Nous étudierons ici les deux principales, à savoir l'impératif d'un intérêt public local (§1) et le respect plus subsidiaire du principe de spécialité (§2).

§1 : L'existence impérative d'un intérêt public local

Avant d'entreprendre toute coopération conventionnelle, les personnes publiques doivent impérativement s'assurer que celle-ci revêt un intérêt public, voire un intérêt public local pour les collectivités publiques locales. Il est vrai qu'une personne publique n'a pas à faire la démonstration d'un tel intérêt lorsqu'elle candidate à une procédure de mise en concurrence[154], seule la personne publique qui lance la procédure doit justifier de celui-ci. Il en va différemment concernant la coopération conventionnelle qui, par essence, met les personnes publiques impliquées dans un rôle à la fois de demandeur et de prestataire. C'est la raison pour laquelle l'existence d'un intérêt public fait explicitement partie des conditions jurisprudentielles de recours à une coopération conventionnelle affranchie des principes de la commande publique.

[154] CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156

Rappelons que, d'une manière générale, l'exonération du respect des principes de la commande publique n'écarte pas pour autant le droit de la concurrence dans sa globalité. On constate le maintien de certaines règles concurrentielles (comme celles liées au droit des aides d'état, notamment lorsqu'elles permettent d'avantager un opérateur économique tiers au contrat[155]). Le maintien de ces règles ayant été admis dans le cadre de la relation in house[156], il semble tout indiqué qu'il en va de même pour la coopération conventionnelle. Or, parmi les règles concurrentielles maintenues se trouve la liberté de commerce et d'industrie[157], principe général du droit[158], dont le respect est déjà exigé des entreprises publiques locales[159], et dont l'appréciation se fait désormais à travers le prisme d'une seule et unique notion : l'intérêt public.

Depuis une évolution récente, lorsque « les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public »[160]. Autrement dit, le respect de la liberté de commerce et d'industrie, exigé dans le cadre de la coopération conventionnelle, suppose une compétence de la collectivité publique et l'existence d'un intérêt public. La question de la compétence des collectivités a déjà été traitée précédemment[161]. Demeure alors celle de la détermination de l'intérêt public local.

L'exigence d'un intérêt public local est depuis longtemps une limite à la clause générale de compétence des collectivités territoriales, qui leur permet de régler par leurs délibérations « les affaires de leur compétence » (art. 1111-2 CGCT). Reprenant Louis-François Corneille, on peut définir l'intérêt public local comme « la collectivité

[155] CE, 26 juillet 2011, Société Air France, n°329818, Lebon T., p. 830
[156] Aut. Conc., 24 nov. 2011, Avis relatif à la création des SPL, n° 11-A-18, pts 66 et s
[157] Loi des 2-17 mars 1791
[158] CE, 22 juin 1951, Daudignac, Lebon, p. 362
[159] CE, 23 décembre 1994, Commune de Clairvaux-d'Aveyron, Lebon, p. 582
[160] CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531
[161] v. **Section 1 : la recherche d'une base légale satisfaisante**

des intérêts particuliers des habitants de la circonscription »[162]. Comme son nom l'indique, il doit avoir un caractère public[163], sans que celui-ci soit nécessairement exclusif des intérêts privés[164]. Il doit également avoir un caractère local. Cependant, étant souvent interdépendant des besoins de la population, il n'institue pas pour autant une limite territoriale. Une collectivité peut alors valablement agir en dehors de son territoire géographique, ce qui fut notamment jugé à propos d'installations de captage d'eau[165]. En ce sens, le périmètre d'activité d'Eau de Paris, théoriquement circonscrit à la ville de Paris, n'est pas en soi un obstacle au développement d'une coopération conventionnelle avec des collectivités publiques d'Ile-de-France.

Dans le cadre de la prise en charge d'une activité de service public, comme c'est le cas au sein de la coopération conventionnelle, la liberté de commerce et d'industrie a elle-même été une limite à l'intérêt public local. Pendant longtemps astreinte à l'existence d'une carence de l'initiative privée[166], cette condition impérative est récemment devenue un intérêt public possible comme un autre[167]. Actuellement, seule l'absence d'un intérêt public peut à présent permettre à la liberté du commerce et de l'industrie de faire obstacle à la mise en œuvre d'une coopération conventionnelle ayant pour objet la prise en charge d'un service public par plusieurs personnes publiques. C'est notamment le cas des services publics industriel et commercial puisque le juge administratif a clairement affirmé que « les communes ou leurs groupements ne peuvent étendre l'objet des services publics industriel et commercial […] que si un intérêt public le justifie et dans le respect du principe de la liberté de commerce et de l'industrie »[168].

Cet intérêt peut revêtir de multiples formes mais prenons ici l'exemple d'un intérêt économique ou financier. Il s'agit en effet du premier intérêt que la collectivité est susceptible d'avancer de part son évidence et son maniement aisé. La question se pose alors : l'intérêt public local peut-il être un intérêt purement économique ou financier ?

---

[162] L.-F. CORNEILLE, concl. sur CE, 21 janv. 1921, Syndicat des agents généraux de la compagnie d'assurances du territoire Belfort
[163] CE, 11 oct. 1929, Berton, Lebon, p. 894
[164] CE, 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, Lebon, p. 561
[165] CE, 13 déc. 1967, Ville de Dreux et autres, Lebon, p. 487
[166] CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Lebon, p. 583
[167] CE, 31 mai 2006, *op.cit.*
[168] CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, n° 249995

Il fut admis par le passé que l'intérêt public local soit constitué du seul fait pour l'interventionnisme public de permettre une baisse des prix pour les usagers[169]. Cette jurisprudence semble néanmoins en déshérence. Cependant, comme l'a remarquablement synthétisé Guylain Clamour[170], un intérêt public peut être constitué s'il permet d'exercer une activité économique au titre de complément normal afin d'assurer le bon fonctionnement du service[171], son « fonctionnement normal »[172], de sa continuité et son équilibre financier[173]. C'est d'ailleurs tout à fait dans cet esprit qu'Eau de Paris souhaite étendre ses activités, à savoir rentabiliser ses dépenses d'infrastructures (notamment les aqueducs) afin de maintenir son équilibre financier.

La limite à cette utilisation réside dans le fait que l'intérêt purement économique n'est pas autonome, il doit être rattaché à un intérêt public supplémentaire et non économique, comme l'hygiène, la sécurité, les besoins de la population[174], l'intérêt du public[175], l'intérêt des usagers[176]. C'est notamment pour cette raison que le juge administratif a récemment jugé illégal la passation d'un marché public par un département dans le seul but de rentabiliser des investissements publics[177].

Compte tenu de ce constat, Eau de Paris devra justifier d'un intérêt autre que l'avantage financier, qui sera matérialisé par la prestation fournie par son partenaire en contrepartie de la gestion du service public de l'eau de celui-ci.

§2 : Le respect subsidiaire du principe de spécialité

Le principe de spécialité concerne les établissements publics (EPCI, EPA, EPIC) et intéresse par là même particulièrement Eau de Paris.

L'unique raison d'être des établissements publics réside dans l'objet spécial pour lequel ils ont été créés. Leur action est ainsi strictement circonscrite à cet objet, elle ne peut s'en dégager. Autrement dit, les établissements publics ne peuvent agir que dans

[169] CE, 24 nov. 1945, Zénard, Lebon, p. 1100 ; CE, 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, Lebon, p. 363
[170] G. CLAMOUR, *L'accès des personnes publiques à la commande publique*, RFDA 2010, p. 146
[171] CE, 12 avril 1935, SA Glacières toulousaines et Bazacle, Lebon, p. 511
[172] CE, 26 oct. 1979, Porentru, Lebon T., p. 609
[173] CE, 4 juin 1954, Dame Berthod, Lebon, p. 335
[174] CE, 10 fév. 1988, Mézy, Lebon, p. 53
[175] CE, 23 juin 1933, Planche, Lebon, p. 682
[176] CE, 10 juin 1994, Lacan et association des thermes de la haute vallée de l'Aude, Lebon, p. 298
[177] TA Châlons-en-Champagne, 2 mai 2013, Société Ever Team, n°1101808-2

le cadre des compétences expressément inscrites dans leurs statuts. On parle communément du principe de spécialité.
Par exemple, l'article 3 des statuts d'Eau de Paris, dispose que l'établissement a « pour objet de gérer le service public industriel et commercial de l'eau ». S'en suit un détail des missions, notamment la gestion durable des ressources en eau souterraine et superficielle, la production de l'eau, son transport et sa distribution, la gestion des abonnés, etc. (art 3-1 des statuts).

Dans le cadre d'une coopération conventionnelle public-public impliquant un établissement public, il est fondamental de respecter ce principe de spécialité, d'abord par simple souci de légalité, mais également car la coopération a, avant tout, l'objet de mettre en œuvre une mission commune, ce qui serait vain si la mission en question n'est pas statutairement prévue.

Le respect du principe de spécialité est assuré depuis longtemps par le juge administratif. Dès le XIXème siècle, le Conseil d'Etat indiquait que « les fabriques, comme les autres établissements publics, n'ont été investies de la personnalité civile qu'en vue d'une mission spéciale qui leur a été confiée »[178]. Il est alors acquis que « l'établissement public n'est rien, n'a droit à rien et ne peut rien en dehors de la mission que lui a rigoureusement délimitée le législateur ou le gouvernement qui l'a créé »[179].

Le Conseil d'Etat est cependant venu assouplir la rigidité de l'action des établissements publics. Citons à ce titre l'avis rendu par la section travaux publics en 1994[180], dans lequel le juge admet une « certaine marge légale de diversification » (pt. 1-3). Cet avis rappelle avant tout que le principe de spécialité « invite, pour déterminer la nature des activités confiées à l'établissement, à se reporter à ses règles constitutives ». Néanmoins, ce principe ne s'oppose pas par lui même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques » (pt. 1-1), que l'ont désigne comme les activités annexes. Cette possibilité est cependant astreinte à une double condition.

[178] CE Avis, 13 avril 1881
[179] M. TEISSIER, concl. sur CE, 26 oct. 1908, Commune de Labastide-St Pierre, Lebon. p. 1083
[180] CE Avis, 7 juillet 1994, n°356089, EDCE n°46, 1994, p. 409 ; RFDA 1994, p. 1146, étude S. Rodriguès

Premièrement, les activités annexes doivent être « techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale ».
Deuxièmement, ces activités sont « à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal ».

L'indulgence du juge vis-à-vis des activités annexes est réelle mais, comme leur nom l'indique, ces activités ne peuvent se développer qu'en référence à l'objet statuaire principal de l'établissement. C'est pourquoi cet objet est généralement conçu de manière relativement large, si bien que, l'imprécision de leurs statuts permet à ces établissements d' « apporter par voie contractuelle leur concours à d'autres personnes publiques dès lors que l'opération en cause peut se rattacher un tant soit peu à leur objet social »[181].
C'est notamment le cas pour Eau de Paris. Le dernier alinéa de l'article 3-1 de ses statuts autorise l'établissement à « accomplir toute opération et toute action […] pouvant se rattacher directement ou indirectement à cet objet, ainsi que toute opération ou action similaire, connexe et complémentaire se rattachant ou concourant à l'accomplissement de cet objet ». La rédaction est donc relativement large puisque la nature même des activités annexes possibles (« toute opération ou action ») ne souffre d'aucune restriction.

Dans le cadre qui nous intéresse, à savoir celui d'une coopération conventionnelle, la tolérance du juge envers les activités annexes induit le fait que le principe de spécialité « ne fait plus matériellement obstacle au concours apporté par les établissements publics, par voie conventionnelle, à d'autres personnes publiques »[182], contrairement à ce qui a pu être le cas par le passé[183]. Quelques cas d'illégalité demeurent cependant, notamment lorsqu'un établissement public local met a profit le contrat pour instituer des rapports d'ordre tutélaire[184].

---

[181] J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1997.
[182] *ibid.*
[183] v. en ce sens CE, 28 sept. 1984, Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne, Lebon, p. 309, RFDA 1985, p 219, concl. M. Laroque
[184] CE, 25 mai 1994, Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne, n° 106876

Si la coopération conventionnelle envisagée par une collectivité publique respecte les règles de compétences locales attachées à cette dernière, la coopération conventionnelle entre personnes publiques peut se révéler pertinence pour mener une gestion locale mutualisée.

Chapitre 2 : Un outil utile aux collectivités pour mener une gestion locale mutualisée

Le fait de mutualiser peut être défini comme le fait de « faire passer (un risque, une dépense) à la charge d'une mutualité, d'une collectivité »[185].

La coopération « public-public » est, comme d'autres outils, un instrument de mutualisation de l'action publique. Il permet d'organiser ce que l'on appelle la mutualisation-coopération, c'est-à-dire à la coopération de deux entités distinctes dans le but de mettre leurs moyens en commun. Elle se distingue de la mutualisation-fusion qui entraîne la disparition d'une entité au profit d'une autre. C'est le cas des fusions de collectivités ou des fusions de services au sein d'une même collectivité.

Au sein de cette mutualisation- coopération, on trouve deux sortes de mutualisation différentes qui correspondent aux deux types de coopération « public-public » que nous avons déjà évoqués. La coopération institutionnelle permet une mutualisation verticale (dans laquelle une structure est sous le contrôle d'une autre). La coopération conventionnelle correspond à une mutualisation horizontale qui s'applique entre collectivités autonomes et de même niveau[186].

Pour résumer, au niveau des collectivités territoriales, la mutualisation peut concerner quatre scenarii, de la plus petite échelle à la plus grande : soit la fusion des services d'une même collectivité (mutualisation-fusion), soit la simple coopération de plusieurs collectivités (mutualisation- coopération horizontale), soit le regroupement de plusieurs collectivités (mutualisation- coopération verticale), soit la fusion de plusieurs collectivités (mutualisation-fusion).
Dans le cadre de notre étude sur la coopération conventionnelle « public-public », c'est le scénario de mutualisation- coopération horizontale qui nous intéresse.

[185] Dic. Larousse
[186] *La mutualisation des moyens des collectivités territoriales*, Rapport d'information n° 495, Sénat, 25 mai 2010, p. 32.

Depuis longtemps, notamment « du fait de l'émiettement communal, la coopération entre collectivités a toujours été une préoccupation des élus »[187]. Et pour cause, les révolutionnaires constataient déjà que les efforts de mutualisation permettaient d'obtenir « deux grands avantages toujours essentiels à acquérir, la simplicité et l'économie »[188]. Plus de deux siècles plus tard, le constat est le même. Il est toujours admis que les mutualisations « génèrent des économies de moyens (et) une meilleure qualité de service »[189]. En d'autres termes, il est possible de tirer deux avantages de la mutualisation : rationaliser l'action publique d'une part, et rendre celle-ci plus efficace d'autre part.

Malgré ce constat ancien, la mutualisation est loin d'être arrivée à son niveau optimum, notamment pour les collectivités territoriales, et ce pour diverses raisons.
Dans ce contexte, la coopération public-public, et particulièrement sa forme contractuelle, constitue un instrument juridique d'un intérêt non négligeable pour l'action publique, que ce soit comme relai aux exigences de rationalisation (Section 1) ou comme réponse au besoin d'efficacité (Section 2).

Section 1 : Un relai aux exigences de rationalisation de l'action publique

Dans un souci de rationalisation de l'action publique, la mutualisation est une des premières préconisations (§1). Elle revêt à ce titre un intérêt particulier lorsqu'elle est effectuée par la voie conventionnelle (§2).

§1 : La préconisation d'une rationalisation par la mutualisation

Cela a été dit, il est communément admis que la mutualisation permet en premier lieu de rationaliser l'action publique, à savoir de réduire la dépense publique notamment en réduisant la masse salariale et de faire ainsi des économies d'échelle. Cette vertu de la

[187] V. GABORIAU, *La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération*, RDSS 2012, p. 45
[188] Instruction de l'Assemblée Nationale du 20 août 1790 citée par F. BENCHENDIKH dans *Le recours à la mutualisation par les intercommunalités à fiscalité propre : remède à la crise ou complexification de l'action publique locale ?*, DA n°3, mars 2011, ét. 6
[189] Circulaire 5506/SG du 13 décembre 2010

mutualisation est généralement vérifiable sur le terrain. A titre d'exemple, la ville de Pau a économisé 700 000 € en mutualisant ses services[190].
Toute mutualisation est avant tout menée dans ce but. C'est d'ailleurs pourquoi, il fut récemment annoncé que « depuis 2008, Rennes et son agglomération ont entamé un processus de mutualisation afin d'optimiser les moyens et les actions sur les territoires »[191].

Cependant, comme l'a noté un rapport sénatorial, il faut souligner que « la finalité […] de la mutualisation n'est pas, en soi, de générer des économies, mais d'abord - et sans forcément que ceci empêche cela- de dégager des marges de manœuvre pour améliorer des prestations, pour mettre en place, voire pour continuer à assurer celles qui seraient menacées par une évolution défavorable des finances publiques »[192]. Ainsi, en période budgétaire délicate, la réalisation de nombreuses missions dites « de base » se complique, comme c'est le cas de l'organisation et/ou l'exploitation de l'approvisionnement en énergie et en eau, du transport public, de l'élimination des déchets, ainsi que des hôpitaux[193].

Depuis plusieurs années, les collectivités territoriales sont en période budgétaire délicate. Elles détiennent actuellement à elles seules environ 9, 5% de la dette publique française. Selon le DGFiP, entre 2000 et 2011, l'encours de la dette de l'ensemble des collectivités territoriales est passé de 87 à 127 milliards d'euros[194]. Rapporté aux recettes de fonctionnement, cet endettement représente en moyenne 70%, dont 78,4% pour les communes et 84,7% pour les régions[195].
Pourtant, les exigences en matière de gestion des services publics locaux sont toujours aussi fortes pour les collectivités. Celles-ci réalisent 71% de l'investissement public, et leurs dépenses d'équipement brut représentent 38,2 milliards d'euros, soit environ 57% des dépenses d'investissement.[196]

---

[190] *L'intercommunalité en France*, rapport au président de la République, Cour des comptes, oct. 2005, p. 125
[191] J. BOSCHER, DGS de Rennes métropole dans La Gazette des communes du 10 oct. 2011
[192] *La mutualisation des moyens des collectivités territoriales*, rapport d'information n° 495, Sénat, 25 mai 2010, p. 45
[193] J.-D. DREYFUS, S. RODRIGUES, *La coopération intercommunale confortée par la CJCE ?*, AJDA 2009, p. 1715
[194] *Les collectivités locales en chiffres*, rapport, DGCL, chap. 10-11, 2013, p. 106
[195] *Les finances des collectivités locales en 2013*, rapport, Observatoire des finances locales, juillet 2013, p. 40
[196] *Les chiffres clés des collectivités locales*, rapport, DGCL, 2013, p. 2

Dans ce contexte, particulièrement depuis 2007[197], les contraintes budgétaires ont amené à reconsidérer la mutualisation. Ainsi, « la dimension juridique [de la mutualisation] fut dépassée par la dimension économique, la mutualisation devenant le moyen d'aboutir à une meilleure maitrise de la dépense des collectivités locales »[198]. C'est d'ailleurs pour ce motif politique et économique -et non juridique- que le juge européen a assoupli le recours à la coopération conventionnelle entre personnes publiques.

La volonté de rationaliser l'action publique est devenue une priorité. Cette rationalisation s'est notamment portée sur la réduction pure et simple des effectifs publics. Lors des vœux 2012 aux fonctionnaires, le président de la République annonçait une nouvelle fois le souhait de diminuer les dépenses des collectivités locales[199].

Sur le terrain qui nous concerne, à savoir celui de la coopération conventionnelle « public-public », il a déjà été remarqué que « la mutualisation des services entre plusieurs collectivités pourrait être un moyen pour permettre la rationalisation [des] effectifs »[200]. Au-delà de cet avantage, dont il est important de préciser que les conséquences sociales sont à mesurer, la coopération conventionnelle permet d'une manière générale d'éviter toute publicité et mise en concurrence ce qui, sachant le coût financier de ces opérations, permet un certain nombre d'économies.

§2 : L'intérêt d'une rationalisation par la voie conventionnelle

Il faut constater que, pour diverses raisons, l'élan français de rationalisation par la mutualisation est à bout de souffle. Dans ce contexte, la mutualisation-coopération horizontale par le biais de la coopération conventionnelle, apparait comme un instrument à considérer pour poursuivre les efforts de rationalisation.

---

[197] *Rompre avec la facilité de la dette publique*, rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, M. PEBEREAU, déc. 2005, p. 88-101

[198] F. BOULAY, *Vers une généralisation de la mutualisation des services entres collectivités locales ?*, AJDA 2012, p. 468

[199] « Le problème est incontournable pour notre pays. Le choix est clair. On continue à créer des postes et on ne pourra pas améliorer la situation matérielle des fonctionnaires, et on ira plus loin dans la paupérisation. On diminue nos effectifs, on recycle la moitié des économies pour améliorer la condition des fonctionnaires » Vœux aux fonctionnaires et aux acteurs de la réforme de l'Etat, Lille, 12 janvier 2012

[200] F. BOULAY, *op.cit.*

Tout d'abord, la mutualisation-fusion se heurte à des obstacles politico-économiques.
La fusion de plusieurs services d'une même collectivité permet de faire des économies d'échelle, en réduisant la masse salariale. Mais ce bénéfice est retreint car il n'intervient que sur le long terme et que pour certaines collectivités. En effet, à court terme, la mutualisation n'est pas toujours source d'économie du fait de l'harmonisation du régime indemnitaire, de la création de nouveaux services aux usagers, etc.[201]. De plus, si l'on considère la corrélation entre l'importance du capital fixe et la diminution du coût unitaire dans le mécanisme de mutualisation, on constate que l'élasticité-prix qui peut découler d'une mutualisation des personnels nécessite une taille de collectivités supérieure à 30 000 habitants[202].
De son côté, la fusion de plusieurs collectivités est une question qui divise. Certains y sont favorables pour les régions[203] et les départements[204]. D'autres mettent en garde des méfaits de cette forme de mutualisation[205]. Le choix a donc été fait de laisser « aux élus, la liberté de s'organiser entre eux »[206], le gouvernement souhaitant faciliter et non imposer des regroupements entre régions ou entre départements[207].
Mais, pour diverses raisons, cette liberté ne débouche que sur peu de prise d'initiative.[208]

La mutualisation-coopération verticale a également atteint ses limites sur le plan de l'efficacité. Selon l'INSEE, les effectifs des structures intercommunales ont approximativement doublé sur la seule période 1998-2003[209]. Ainsi, « la nouvelle intercommunalité n'a conduit à diminuer ni les effectifs ni les frais de personnel de l'ensemble constitué par les groupements à fiscalité propres et leurs communes membres »[210]. Le constat est également fait au niveau politique. Dominique Perben,

---

[201] *La mutualisation des services : un enjeu d'intégration intercommunale*, rapport pour l'AdCF, INET, mai 2001, p. 42
[202] Problème soulevé par le président de République lors de son discours devant les élus locaux à Paris le 11 avril 2012
[203] *Refonder l'action publique locale*, rapport au Premier ministre, déc. 2000, pp. 40 et s
[204] *Pour une république territoriale*, rapport d'information n° 447, Sénat, 28 juin 2000, p. 494
[205] *Le rapport du comité pour la réforme des collectivités locales*, CESE, nov. 2009, p. 23
[206] *La clarification des compétences des collectivités territoriales*, J.-J. PERETTI, Rapport au Président de la République, sept. 2011
[207] Exposé des motifs loi n° 2010-1563 du 16 déc. 2010
[208] Progressivement, l'incitation laisse place à la contrainte, comme en témoignent la création légale de trois métropoles (loi n° 2014-58 du 27 janv. 2014) et l'annonce récente de la diminution légale du nombre de régions et de la suppression des départements par le Premier ministre (M. Valls, déclaration de politique générale, 8 avril 2014).
[209] v. **ANNEXES - VII - L'évolution des effectifs des structures locales de 1993 à 2008 (INSEE)**
[210] *L'intercommunalité en France, op.cit.,* p. 126

rapporteur de la loi du 16 décembre 2010, reconnaitra même cet échec : « en ce qui me concerne, je plaide coupable. C'est vrai, je l'ai fait, comme d'autres. Ne feignons pas la surprise en découvrant que l'emploi a augmenté. Il a augmenté pour une bonne et simple raison : lorsqu'on a transféré les compétences, on n'a pas transféré les emplois correspondants »[211].

Face au défaut d'efficacité d'une rationalisation espérée, la mutualisation-coopération horizontale peut s'élever au rang de solution. Dans cette optique, des outils incitatifs ont été créés, dont la coopération conventionnelle (au sens de l'article L 5111-1). Celle-ci a été présentée comme un moyen d'« éviter la constitution de syndicats mixtes ou de sociétés publiques locales pour l'exercice d'une même, mission de service public par plusieurs collectivités »[212]. La souplesse de la nature conventionnelle permettrait alors de réagir aux effets pervers et aux insuffisances des autres modes de mutualisation.

Dans son article publié dans la RDSS, Vincent Gaboriau relève quatre conditions pour une mutualisation réussie[213]. Suivant cette analyse, l'instrument conventionnel apparait comme particulière adapté à toute volonté de mutualisation.

Premièrement, la mutualisation ne doit pas porter atteinte au service public (et notamment aux principes qui lui sont attachés). Au contraire, elle doit constituer une amélioration du service.

Deuxièmement, la mutualisation doit prendre en compte les spécificités de chaque collectivité territoriale. En effet, « plus les personnes sont différentes et autonomes et plus la coopération peut être difficile ». A ce titre, le choix d'une mutualisation-coopération verticale par une coopération institutionnelle peut poser le problème d'une forme « d'impérialisme » de la ville-centre. Au contraire, la coopération conventionnelle permet de garantir une liberté de négociation des collectivités, et ainsi de supposer un équilibre de consentement dans les efforts de rationalisation. De plus, la prise en compte des spécificités implique de lutter contre la crainte de perte de pouvoir, de perte d'identité, ce que le modèle conventionnel semble plus à même d'assurer. Il est clair que « la mutualisation suppose un minimum d'atomes crochus

[211] JOAN 17 sept. 2010
[212] Rapport sur le projet de loi (n°2280) de réforme des collectivités territoriales, A.N., n° 2516, 14 mai 2010
[213] V. GABORIAU, *op. cit.*

entre responsables appelés à collaborer »[214], et la coopération conventionnelle permet de bénéficier d'une marge plus large dans le choix de ses partenaires.

Troisièmement, la mutualisation doit prendre en compte l'individu car on ne « peut pas mettre en place et faire vivre une mutualisation contre les individus ». Ici, la négociation inhérente à la coopération conventionnelle permettra à chaque collectivité d'être plus à même de défendre ses administrés que dans le cadre d'une coopération institutionnelle. Prenant en compte qu'« il ne faut pas oublier l'un ou l'autre, ni sacrifier l'un au profit de l'autre », la forme conventionnelle assure alors une égalité entre les partenaires.

Enfin, quatrièmement, la mutualisation doit prendre en compte la proximité. Elle ne doit pas éloigner les administrés de leurs services. C'est ici que la coopération conventionnelle est le plus nettement avantageuse par rapport à la coopération institutionnelle. Elle permet d'éviter la création « d'hyperstructures », ce qui garantie une proximité et une qualité de service. Rejetant l'idée que « tout ce qui est petit et proche de l'usager est inadapté », la forme conventionnelle permet au contraire de rationaliser de façon concertée et adaptée à chaque environnement.

Section 2 : Une réponse au besoin d'efficacité de l'action publique

Comme l'a si bien formulé un rapport sénatorial, « la mutualisation est à l'efficacité de l'action publique locale ce que la reine est aux échecs : sans être formellement obligés de s'en servir, les acteurs ne peuvent sérieusement espérer atteindre leur but sans elle »[215]. Il existe donc une certaine corrélation entre mutualisation et efficacité (§1).

Au-delà des économies budgétaires qu'elle permet, la mutualisation peut être également être envisagée comme un vecteur d'efficacité de l'action publique. Pour cette seconde fonction également, la voie conventionnelle se révèle intéressante (§2).

[214] *La mutualisation des moyens des collectivités territoriales*, rapport d'information n° 495, Sénat, 25 mai 2010, p. 45

[215] *La mutualisation des moyens des collectivités territoriales*, *op.cit.,* p. 10

§1 : La corrélation entre mutualisation et efficacité

Nous l'avons dit, la mutualisation se fait « dans un souci d'optimisation des ressources humaines mais aussi de renforcement des synergies »[216]. En effet, « les élus l'utilisent souvent comme un outil au service d'un projet politique global qui prévoit, dans la plupart des hypothèses, un accroissement de l'offre de services et une amélioration de la qualité des politiques publiques locales (création de nouveaux équipements, augmentation du niveau d'encadrement dans les structures anciennement gérées par les plus petites communes afin de se conformer aux normes en vigueur, etc.). » [217].

Dans ce cadre, la coopération « public-public » se détache nettement par rapport aux autres modes de mutualisation. Qu'elle soit conventionnelle ou institutionnelle, la coopération apparait comme une « nécessité liée à l'efficacité, voire à l'efficience de l'action publique »[218]. Et cela s'explique assez aisément. D'une part, les territoires qui ne sont couverts que par une seule personne publique locale sont quasi-inexistants, et qu'une couverture multipartite sans concertation peut entraîner certains dysfonctionnements. D'autre part, une même activité d'intérêt général est inévitablement partagée par plusieurs personnes publiques, ce qui rend toute coopération nécessaire. Ainsi, « comment imaginer […] que des collectivités qui exercent des compétences identiques -ce qui est le cas des collectivités de même niveau- ou complémentaires -ce qui est le cas de collectivités de niveau différent- ne soit pas conduites à se rencontrer afin de connaître leur mode mutuel d'exercice des compétences, et à unir leurs forces pour mener des actions d'intérêt commun ? »[219].

D'une manière générale, la coopération permet d'accomplir des missions transversales, par exemple dans les domaines du transport public de proximité et de l'environnement, missions pour la réalisation desquelles une coopération constitue une solution étant « dans la nature des choses »[220]. Lorsqu'elle est exclusivement publique, cette coopération entraine des effets de synergie, c'est un moyen d'accomplir des missions de service public de manière efficace et économiquement abordable.

---

[216] N. PORTIER, *La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités*, AJDA 2011, p. 80
[217] F. BOULAY, *op.cit.*
[218] J.-F. SESTIER, *La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle*, AJDA 2013, p. 857
[219] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Puf, 2008, p. 339
[220] J.-D. DREYFUS, S. RODRIGUES, *op. cit.*

Certains avancent même que la nécessité de la coopération se justifie dans le fait que « seule la commune est en mesure de fournir les services dont a besoin l'autre personne publique »[221]. Nous dirons simplement ici que, avant tout, l'avantage des conventions de coopération entre personnes publiques « tient à ce qu'elles procèdent d'une logique institutionnelle et non de profit »[222].

§2 : L'accès à l'efficacité par la voie conventionnelle

De manière générale, le contrat « est le moyen d'instiller un peu de souplesse dans l'ordre légal des compétences »[223]. C'est un « remède à la parcellisation des compétences », un « outil de régulation » face au « besoin de coordination entre l'action des différentes entités de la sphère publique ».

Dans l'optique d'efficacité publique décrite précédemment, la coopération conventionnelle dispose d'une souplesse dont ne bénéficie pas la coopération institutionnelle, notamment pour les petites collectivités qui ne peuvent se prévaloir d'un « effet de taille ».
Cette souplesse permet une réaction rapide aux besoins induits par la coopération (besoins générés par des évènements extérieurs aux personnes publiques, besoins en équipements communs ou de services communs, etc.).
Enfin, la souplesse conventionnelle est utile pour les collectivités qui doutent de la nécessité d'une coopération. La coopération conventionnelle étant plus facile à manier que la coopération institutionnelle (lourdeur de l'instauration, difficultés susceptibles d'être rencontrées pour en sortir), elle peut servir de « ballon d'essai » pour ces collectivités.

Au-delà de la perception de la coopération conventionnelle comme alternative à la coopération institutionnelle on peut également constater que les deux coopérations peuvent être complémentaires.

---

[221] J.-D. DREYFUS, *Mutualisation de services et mise en concurrence. Autour des notions de bonne organisation des services et de prestations hors marché*, AJDA 2007, p. 1865
[222] D. POUYAUD, *Contrats entre personnes publiques*, JCl. Adm., Fasc. 675, pt. 121
[223] J.-D. DREYFUS, *Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs*, AJDA 2013, p. 846

La première est plus souple que la seconde. Et la seconde assure une action publique davantage pérenne que la première. Ainsi, la coopération conventionnelle peut être utilisée pour compléter la coopération institutionnelle, notamment pour les communes de petite taille qui n'ont pas nécessairement la possibilité de se faire entendre au niveau intercommunal.

Prudence toutefois, car il est possible que cette coopération soit contreproductive, et qu'elle institue un « entre soi » des opérateurs publics, hors de la compétition économique et plus encore hors du temps »[224]. Une fois la coopération établie, on peut s'interroger sur la « capacité d'une structure publique à évoluer au même rythme que ses concurrents dans un monde protégé »[225].

***

[224] G. ECKERT, *op. cit.*
[225] J.-F. AUBY, *Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains*, RFDA 2012. 99

Conclusion :

Dès 2006, Gilles J. Guglielmi soulignait que « le type idéal français de la concession se trouve aujourd'hui minoré par l'émergence de formes contractuelles nouvelles »[226]. Le regain d'intérêt récent pour la coopération conventionnelle entre personnes publiques ne fait que confirmer cette prévision.

Toutefois, comme ce fut le cas pour l'exception « in house », la modification des conditions à ce montage contractuel est empreinte d'un certain particularisme.
En effet, la coopération conventionnelle entre personnes publiques est à la fois symbolique quant à son fondement, pragmatique quant à son utilisation, et hypothétique quant à son avenir.

Symbolique puisque, avec le cas de la relation « in-house », elle marque la volonté de la Commission européenne, gardienne des traités européens, d'instiller un peu de souplesse dans le « tout concurrentiel » en vogue dans les années 1980/1990. La Commission et le juge européen ont su permettre l'émergence d'un choix politique, au détriment de considérations économiques. Il est vrai que la nécessité de cet assouplissement s'est partiellement imposée en raison des difficultés économiques et financières que connaissent les personnes publiques dans toute l'Europe. Mais il n'en est pas moins salutaire.

Pragmatique car, nous l'avons vu, elle permet une souplesse formelle et fonctionnelle de gestion des services publics dont, par ailleurs, l'usage est non exclusif et peu risqué.

Hypothétique car, bien que son adéquation avec les exigences actuelles de mutualisation de l'action publique rende cet outil contractuel opportun, il s'ajoute à une longue liste de mode de gestion des services publics locaux. Or, son autonomie et son efficacité restent à prouver sur le long terme. De plus, les conditions relativement restrictives de sa mise en place peuvent s'avérer être un frein sérieux à son expansion.

[226] G. J. GUGLIELMI, *Le modèle français de la concession : conquête ou concurrence ?*, intervention au colloque Le droit administratif est-il encore exportable, CERSA, 6 octobre 2006

En outre, la conception de ce montage contractuel par le Conseil d'Etat, dont on ne sait pas quelle appréciation il fera des critères européens qui lui seront désormais imposés, rend son avenir incertain.
Enfin, les lacunes des textes législatifs offrent peu de garanties légales à sa mise en place. La précision et le degré d'application des décrets de transposition des directives européennes de la commande publique donneront probablement une idée de la dynamique que le pouvoir réglementaire voudra insuffler à ce mode de gestion contractuel.

Quoi qu'il en soit, cet outil existe et il est finalement peu crucial de savoir si l'expansion de la coopération conventionnelle sera large ou non, l'essentiel étant que son utilisation soit faite de manière raisonnée et adaptée à la situation à laquelle il se rapporte. Des critiques ont déjà été émises envers ce montage contractuel car il serait le vecteur d'un enfermement des personnes publiques, entraînant par là même une sorte de repli quasi-identitaire, nocif au développement du secteur public. Le risque serait alors que la coopération conventionnelle privilégie « l'esprit de famille » au détriment de la réalité économique[227]. On peut remarquer ici que le partenariat public-privé fait aussi l'objet de très nombreuses critiques sur le fondement inverse, à savoir qu'il s'agirait de « contrats juteux pour les groupes du BTP[228] et des « chèques en blanc » fait à ceux-ci[229].

Sans entrer dans cette polémique, gardons toujours à l'esprit que, comme le partenariat public-privé, la coopération conventionnelle « public-public » n'est qu'un outil. Il est vrai que la tentation d'y recourir inopportunément est d'autant plus grande que cet outil permet de contourner les obligations de mise en concurrence. A ce titre, sachant qu'il peut générer des effets néfastes s'il est utilisé sans discernement, certains plaident déjà pour un encadrement plus strict de la liberté de choix du mode de gestion des activités publiques « afin de garantir qu'elle s'exerce sans a priori et dans le seul souci de performance du service public »[230]. Toutefois, avec ou sans de telles restrictions, ne perdons pas de vue que ce montage contractuel ne soit pas considéré comme autre

[227] F. BRENET, *L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives*, AJDA 2014, p. 849
[228] C. PIETRALUNGA, *PPP : des contrats juteux pour les groupes de BTP*, Le Monde, 5 mars 2013
[229] G. J. GUGLIELMI 4 février 2009, *PPP, des contrats déséquilibrés*, sur www.guglielmi.fr
[230] G. ECKERT, *op. cit.*

chose que ce qu'il est finalement : un outil au service de l'intérêt des usagers des services publics.

***

Bibliographie générale :

La **bibliographie générale** compile les références qui ont, directement ou indirectement, été utiles à la rédaction de ce mémoire.

Les références sont classées par ordre chronologique et/ou alphabétique, selon les cas.

I - Traités internationaux:

- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne du 25 mars 1957
- Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985
- Traité sur l'Union Européenne du 7 février 1992
- Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007

II - Directives européennes :

- Directive n° 75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets
- Directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services
- Directive n°2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession
- Directive n° 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
- Directive n° 2014/24/UE sur la passation des marchés publics

III - Codes :

- Code des marchés publics et autres contrats, Dalloz, 2014, 7ème éd.
- Code Général des Collectivités Territoriales, Dalloz, 2014, 17ème éd.

IV - Lois :

- Loi municipale du 5 avril 1884
- Loi départementale du 10 août 1871
- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions
- Loi n° 82610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France
- Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
- Loi n° 96-142 du 24 fév. 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

- Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales
- Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales
- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique
- Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPAM)
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

V - Circulaires :

- Circulaire n° INTB8700232C du 7 août 1987
- Circulaire n° 5506/SG du 13 décembre 2010
- Circulaire interministérielle du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n°0039 du 15 février 2012, p. 2600

VI - Réponses ministérielles :

- Rép. min. n° 24350, JOAN 22 fév. 2005, p. 1930
- Rép. min. n° 8382, JOAN 29 oct. 2013
- Rép. min., JO Sénat 4 sept. 2006, p. 2742

VII - Jurisprudence:

- TA Poitiers, 16 mars 1983, Syndicat régional des entrepreneurs de travaux publics de Poitou-Charentes
- TA Grenoble, 12 oct.2011, Société Lyonnaise des eaux, n°1104894
- TA Châlons-en-Champagne, 2 mai 2013, Société Ever Team, n°1101808-2

- CE, 11 oct. 1929, Berton, Lebon, p. 894
- CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, n°06781
- CE, 23 juin 1933, Planche, Lebon, p. 682
- CE, 12 avril 1935, SA Glacières toulousaines et Bazacle, Lebon, p. 511
- CE, 24 nov. 1945, Zénard, Lebon, p. 1100
- CE, 22 juin 1951, Daudignac, Lebon, p. 362
- CE, 4 juin 1954, Dame Berthod, Lebon, p. 335
- CE, 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, Lebon, p. 363
- CE, 13 déc. 1967, Ville de Dreux et autres, Lebon, p. 487
- CE, 29 avril 1970, Société Unipain, n°77935
- CE, 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, Lebon, p. 561
- CE, 26 oct. 1979, Porentru, Lebon, p. 609
- CE, 28 sept. 1984, Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne, Lebon, p. 309
- CE, 12 oct. 1984, Chambre syndicale agents d'assurance Hautes-Pyrénées, n°34671
- CE, 10 fév. 1988, Mézy, Lebon, p. 53
- CE, 25 mai 1994, Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne, n° 106876
- CE, 10 juin 1994, Lacan et association des thermes de la haute vallée de l'Aude, Lebon, p. 298
- CE, 23 décembre 1994, Commune de Clairvaux-d'Aveyron, Lebon, p. 582

- CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, n° 188239
- CE, 9 avril 1999, Commune de Bandol, n°170999
- CE, 30 juin 1999, SMITOM, n° 198147
- CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, n° 249995
- CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531
- CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736
- CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156
- CE, 3 déc. 2010, Ville de Paris, n° 338272
- CE, 3 décembre 2010, Association Paris Jean Bouin, n°338527
- CE, 26 juillet 2011, Société Air France, n°329818, Lebon T., p. 830
- CE, sous-sections 7 et 2 réunies, 3 fév. 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, n°353737
- CE Avis, 13 avril 1881
- CE, Avis, 7 octobre 1986
- CE Avis, 7 juillet 1994, n°356089
- CE, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921
- CE, Avis, 23 oct. 2003, Fondation Jean Moulin, n°369315
- CE, Avis, 8 nov. 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n°222208

- CJCE, 15 déc. 1971, International Fruit Company c/ Produktschap voor Groenten en Fruit, aff. 51/71 à 54/72
- CJCE, 21 sept.1999, Albany, aff. C-67/96
- CJCE, 18 nov. 1999, Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, aff. C-107-98
- CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov, aff. C-180/98
- CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98
- CJCE, 7 déc. 2000, ARGE Gewasserschutz, aff. C-94/99
- CJCE, 12 déc. 2002, Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering Gmbh, aff. C-470/99, pt. 52
- CJCE, 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03
- CJCE, 29 nov. 2007, Commission c/ Italie, aff. C-119/06
- CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07
- CJCE, 9 juin 2009, Commission des communautés européennes c/ République Fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06
- CJCE, 10 sept. 2009, Sea Srl c/ Comune di ponte Nossa, aff. C-573/07
- CJUE, 23 déc.2009, CoNISMa c/ Regione Marche, aff. C-305/08
- CJUE, 19 déc. 2012, Azienda sanitaria locale di Lecce c/ Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce, aff. C-159/11
- CJUE, 13 juin 2013, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co, aff. C-386/11, pt. 26

VIII – Conclusions jurisprudentielles:

- M. TEISSIER, concl. sur CE, 26 oct. 1908, Commune de Labastide-St Pierre, Lebon. p. 1083
- M. LAROQUE, concl. sur CE, 28 sept. 1984, Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne, Lebon, p. 309, RFDA 1985, p 219
- B. DACOSTA, concl. sur CE, 3 fév. 2012, Commune de Veyrier-du-Lac, n°353737
- V. TRSTENJAK, 23 mai 2012, concl. sur CJUE, 19 déc. 2012, Azienda sanitaria locale di Lecce c/ Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce, aff. C-159/11

IX - Ouvrages :

- J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Puf, 2009, 5ème éd.
- J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1997
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 2001
- DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 2010, 4ème éd.
- G. J. GIGLIELMI ; G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 2011, 3ème éd.
- S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012, 3ème éd.
- A. SINAI, *L'eau à Paris, retour vers le public*, Eau de Paris, 2013

X - Thèse :

- C. GALIAY, *Les contrats entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse 1, 1978

XI – Revues juridiques :

- J-F. AUBY, *Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains*, RFDA 2012. 99
- C. BARDON, Y. SIMONNET, *Telaustria : quel périmètre ?*, Dr. Adm. n°1, Janv. 2009, étude 2
- J.-J. BIENVENU, L. RICHER, *Le socialisme municipal a-t-il existé ?*, RHDFE 1984, p. 205
- F. BOULAY, *Vers une généralisation de la mutualisation des services entres collectivités locales ?*, AJDA 2012, p. 468
- S. BRACONNIER, R. NOGUELLOU, *L'affaire Jean Bouin*, RDI 2011, p. 162
- F. BRENET, *Coopération public-public et droit de la commande publique*, DA n°4, avril 2012, comm. 33
- F. BRENET, *L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives*, AJDA 2014, p. 849
- G. CLAMOUR, *L'accès des personnes publiques à la commande publique*, RFDA 2010, p. 146
- H. COURIVAUD, *La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen*, RIDE n°2004/4, p. 120
- G. DELALOY, *Intercommunalité et marchés public : un nouveau pas vers la réconciliation*, CJFI n° 57, p. 203
- J.-C. DOUENCE, *Les contrats de délégation de service public*, RFDA, 1993, p. 948
- J.-C. DOUENCE, *Dévolution contractuelle du service public*, RCL n°185, volume V, p. 6152-39
- J.-D. DREYFUS, *Nouvelle zone grise dans le droit de commande publique : obligation de mise en concurrence et opérateur sur un marché concurrentiel*, RDI, 2007, p. 424
- J.-D. DREYFUS, *Mutualisation de services et mise en concurrence. Autour des notions de bonne organisation des services et de prestations hors marché*, AJDA 2007, p. 1865
- J.-D. DREYFUS, S. RODRIGUES, *La coopération intercommunale confortée par la CJCE ?*, AJDA 2009, p. 1715

- J.-D. DREYFUS, *La coopération conventionnelle « public-public »*, AJCT 2010, p.98
- D. DREYFUS, *Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs*, AJDA 2013, p. 846
- J.-D. DREYFUS, *Toute coopération horizontale inter-administrative n'est pas soustraite au droit des marchés publics*, AJDA 2013, p. 630
- G. ECKERT, *Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence*, AJDA 2013, p. 849
- E. FATOME, A. MENEMIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse*, AJDA 2006, p. 67
- V. GABORIAU, *La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération*, RDSS 2012, p. 45
- Y. GOUTAL, *La reconnaissance des exceptions propres aux relations entre personnes publiques*, AJCT 2012, p. 600
- F. LLOREND, P. SOLER-COUTEAUX, *L'intercommunalité est-elle sérieusement menacée par le droit communautaire des marchés publics ?*, Contrats-Marchés, 2009, repère 9
- F. MODERNE, *L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les contrats entre personnes publiques*, RFDA, p. 1
- H. PAULIAT, *Une convention d'entente visant à l'exploitation en commun d'un service public se situe « hors règles de la commande publique »*, SJACT, n° 12, 26 mars 2012, p. 2085
- N. PORTIER, *La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités*, AJDA 2011, p. 80
- M. PONTIER, *Mode et décentralisation*, Rev. Adm. 1994, p. 412
- L. RICHER, *Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public*, AJDA 2012, p. 555
- J.-F. SESTIER, *La coopération contractuelle comme alternative à la coopération institutionnelle*, AJDA 2013, p. 857
- F. TESSON, *La Cour de justice de l'Union européenne confirme les conditions de l'exception à l'application du droit de la commande publique aux conventions de coopération entre collectivités publiques*, Concurrences n° 4-2013, p. 174
- F. TESSON, *La CJUE précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, SJAC n° 3, 14 janv. 2013
-F. TESSON, *La notion française d'activité économique des personnes publique*, AJDA 2013, p. 1675

XII - Sites internet :

- http://www.acheteurs-publics.com/
- http://www.assemblee-nationale.fr/
- http://www.cersa.cnrs.fr/
- http://www.collectivites-locales.gouv.fr/
- http://www.conseil-constitutionnel.fr/
- http://www.conseil-etat.fr/
- http://www.ccomptes.fr/
- http://www.courrierdesmaires.fr/
- http://curia.europa.eu/
- http://www.dalloz.fr/
- http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/

- http://www.economie.gouv.fr/daj
- http://www.europarl.europa.eu/portal/fr
- http://www.lagazettedescommunes.com/
- http://www.lexisnexis.fr/
- http://www.guglielmi.fr/
- Intranet Eau de Paris
- http://www.larousse.fr/
- http://www.legifrance.gouv.fr/
- http://www.localtis.info/
- http://www.marche-public.fr/
- http://www.lemonde.fr/
- http://www.lemoniteur.fr/
- http://www.senat.fr/

XIII - Rapports :

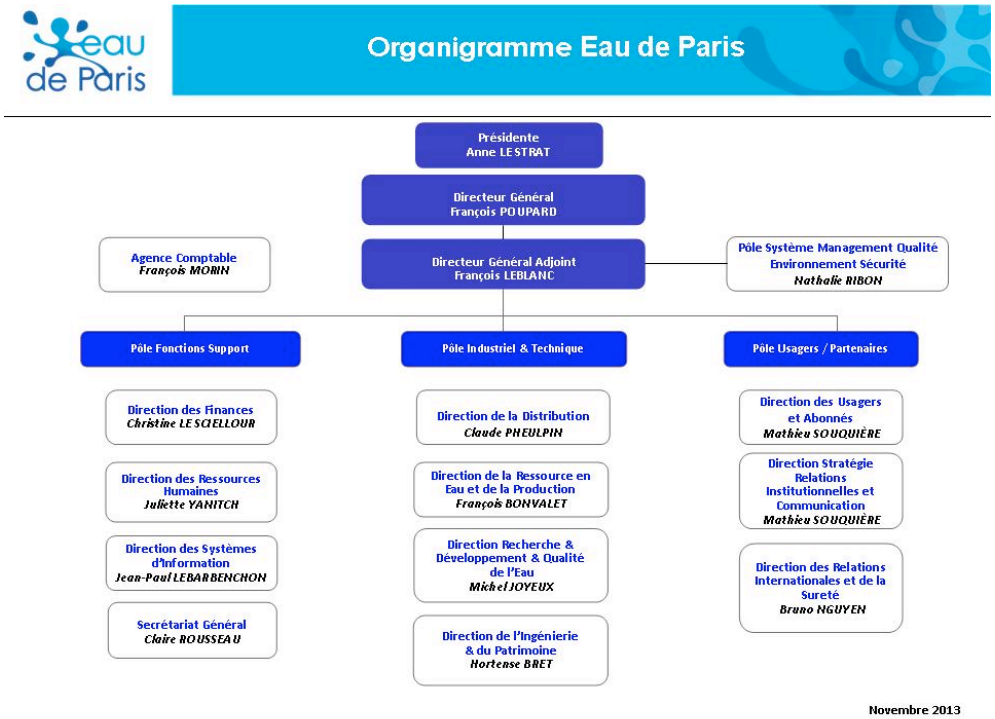
- *Pour une république territoriale*, rapport d'information n° 447, Sénat, 28 juin 2000
- *Refonder l'action publique locale*, rapport au Premier ministre, déc. 2000
- *La mutualisation des services : un enjeu d'intégration intercommunale*, rapport pour l'AdCF, INET, mai 2001
- *L'intercommunalité en France*, rapport au président de la République, Cour des comptes, oct. 2005
- *Rompre avec la facilité de la dette publique*, rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, M. PEBEREAU, déc. 2005
- *Le rapport du comité pour la réforme des collectivités locales*, CESE, nov. 2009
- *La mutualisation des moyens des collectivités territoriales*, Rapport d'information n° 495, Sénat, 25 mai 2010
- *La clarification des compétences des collectivités territoriales*, J.-J. PERETTI, Rapport au Président de la République, sept. 2011
- Doc. de travail des services de la Commission, *L'application du droit de l'UE sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »)*, trad. non officielle, DG Marché Intérieur et Services, 4 oct. 2011
- *Les collectivités locales en chiffres*, rapport, DGCL, 2013
- *Les chiffres clés des collectivités locales*, rapport, DGCL, 2013
- *Les finances des collectivités locales en 2013*, rapport, Observatoire des finances locales, juillet 2013

XIV - Divers :

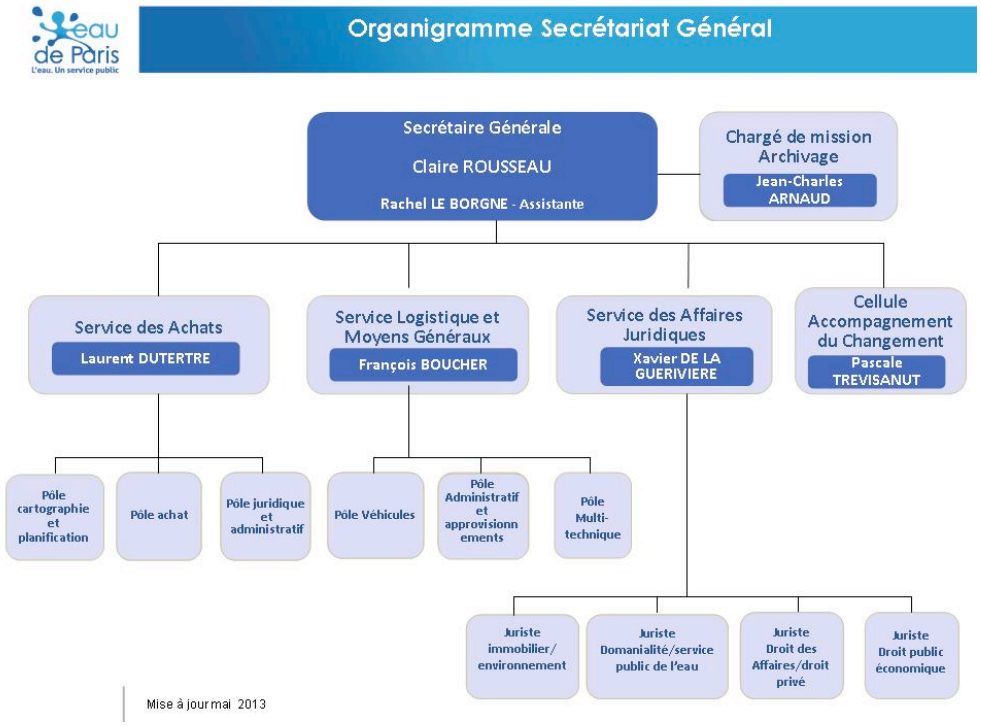
- Recueil *Lebon*
- *Sources : le magazine des équipes d'Eau de Paris*, n°4, fév. 2014
- Registre des délibérations du Conseil de Paris

ANNEXES :

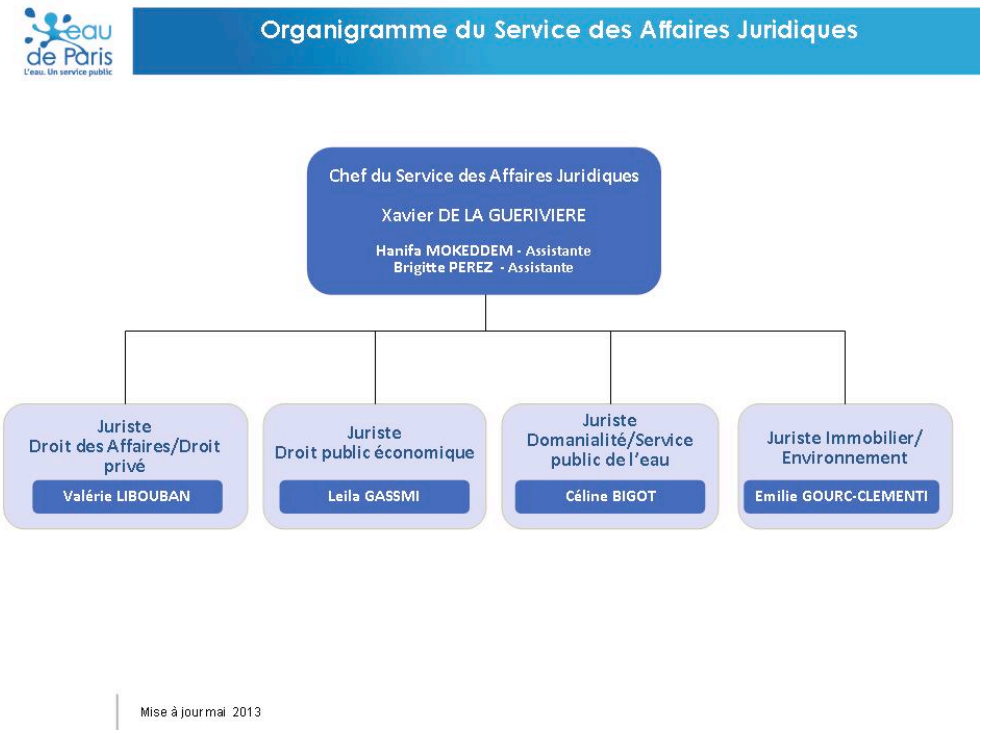
I - Organigramme général d'Eau de Paris



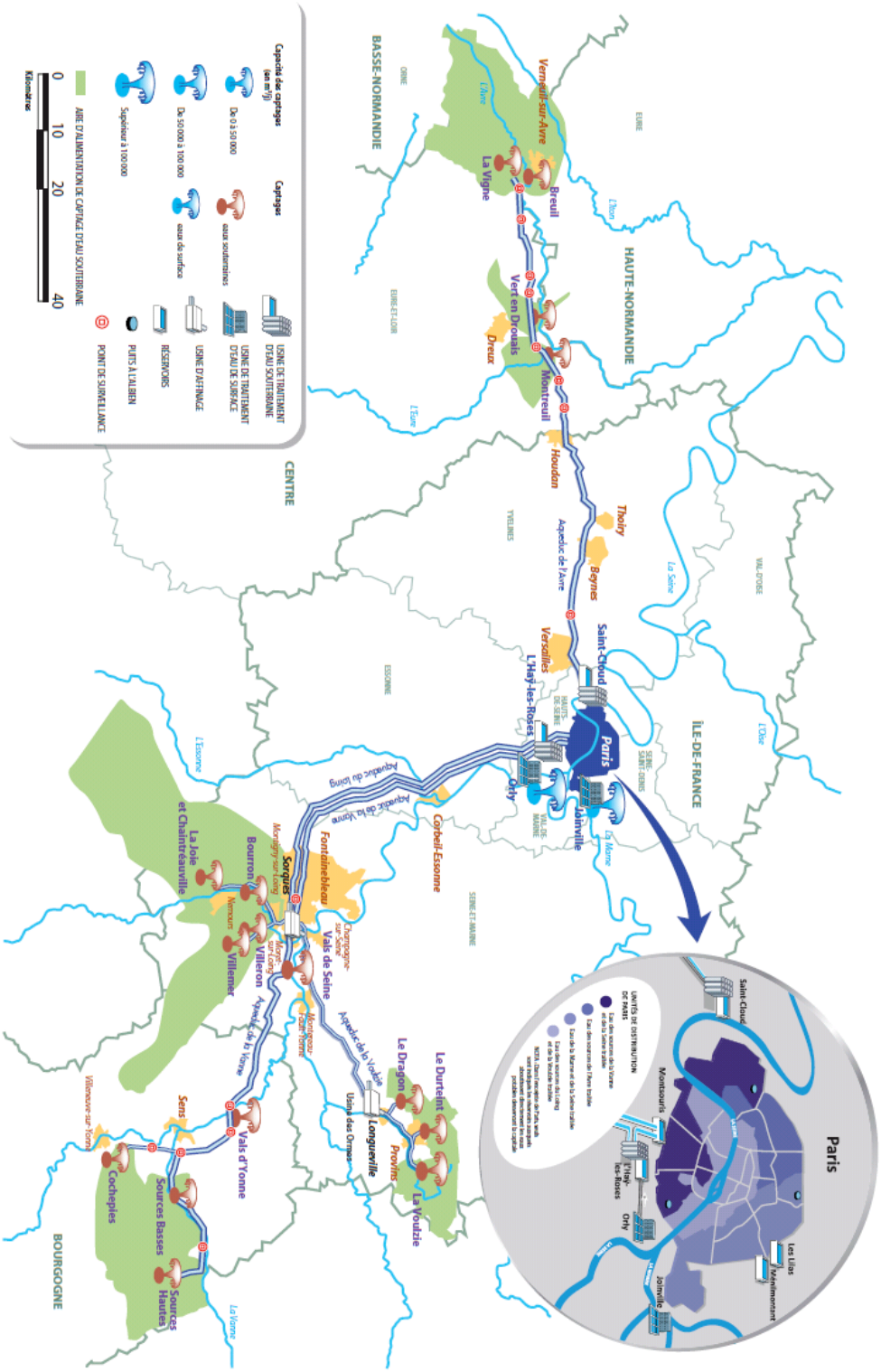
II - Organigramme du Secrétariat général



III - Organigramme du Service des affaires juridiques



IV - Carte du réseau d'Eau de Paris



V - Convention de coopération entre la commune de Veyrier-du-Lac et la communauté de l'agglomération d'Annecy (extraits)

1 - Parties prenantes à la convention

La Commune de Veyrier-du-Lac a décidé, par délibération en date du 19 avril 2011, de s'engager par la voie de *l'entente intercommunale* dans une coopération avec la Communauté de l'agglomération d'Annecy, collectivité qu'elle charge, sous son contrôle, de l'exploitation du service public de distribution d'eau potable sur son territoire.

2 - Mode de gestion

Il est convenu, entre les deux parties, que l'entente intercommunale établie trouve, en partie, son sens dans le recours à une réalisation du service public de distribution de l'eau en gestion directe. En conséquence, la C2A s'engage à ce qu'une éventuelle modification du mode actuel d'intervention auquel elle a recours soit sans conséquence dans l'exécution de la présente convention qui continuera à s'appliquer jusqu'à son terme et sans modification au profit des usagers de Veyrier-du-Lac.

3 - Mise à disposition des équipements

La Commune met à disposition, pendant la durée de la convention, les ouvrages publics concourant à l'alimentation en eau potable dont elle a la charge sur son territoire à savoir : les conduites publiques et leurs accessoires, les réservoirs de stockage de l'eau, les installations de captage et de production d'eau. La Commune de Veyrier-du-Lac reste néanmoins propriétaire de ses biens dont elle recouvre la complète jouissance au terme du présent accord. La Commune de Veyrier-du-Lac transfère également à la C2A la jouissance des servitudes et droits dont elle bénéficie pour la réalisation du service. En ce qui concerne les biens mobiliers et l'outillage, une convention particulière en fixe l'état et les conditions de mise à disposition.

De manière réciproque, la C2A affecte l'ensemble de ses moyens spécifiques présents et à venir à la réalisation du service public de distribution de l'eau potable sur le territoire de la Commune de Veyrier-du-Lac.

La mise à disposition fait que la C2A supporte, pendant la durée de la convention, les obligations du propriétaire notamment en matière des charges de conservation des biens et de remise en état en tant que de besoin.

4 - Conditions et mode d'exploitation du service

L'exploitation du service s'effectue aux risques et périls de la C2A et suivant le mode d'exploitation de la gestion directe. Pendant la durée de la convention, la C2A supporte les frais, charges et obligations imputables au propriétaire en lieu et place de la Commune de Veyrier-du-Lac. Elle couvre sa responsabilité civile en souscrivant une police d'assurance adaptée aux risques encourus dont elle s'engage à indiquer les caractéristiques à la Commune de Veyrier-du-Lac.

5 - Financement du service

Pour le financement du service, la C2A établit, conformément aux lois et règlements, un budget annexe global prenant en compte l'ensemble des charges imputables à l'exécution des missions de production et de distribution de l'eau tant à Veyrier-du-Lac que sur son propre territoire de compétence. Au titre des dépenses, ce budget intègre notamment les charges suivantes :

5.1 - Pour l'exploitation : les salaires, les dépenses d'énergie, les fournitures, le paiement des intérêts des emprunts, l'amortissement, les redevances dues à l'Agence de l'eau, les redevances perçues pour le compte du SILA, les redevances nouvelles qui seraient mise à la charge des usagers par les lois et règlements.

5.2 - Pour l'investissement : le remboursement du capital des emprunts, les immobilisations.

Les recettes du service proviennent principalement de la facturation de l'eau aux usagers et accessoirement de la facturation des prestations imputables aux usagers en application du règlement de service comme la réalisation des branchements domiciliaires.

6 - Tarification

La facturation de l'eau est établie en utilisant une partie fixe annuelle due indépendamment de la consommation et une partie proportionnelle à la quantité d'eau délivrée.

La facturation de l'eau est annuelle mais elle est échelonnée au rythme du semestre et donne lieu à deux relevés des compteurs par an.

Les prix sont fixés comme suit pour l'année 2011 et ils constituent les prix initiaux :

- partie fixe annuelle : 25 € hors taxes par compteur soit 10,40 € pour la période allant du 1er août au 31 décembre,
- partie proportionnelle : 1,23 € hors taxes et redevances par mètre-cube mesuré au compteur.

26 - Dispositions particulières

Pour permettre l'alimentation des réseaux de la Commune avec une eau respectant les normes de qualité dans le délai le plus court, il est convenu que la C2A réalise les travaux nécessaires pour permettre l'acheminement vers le territoire de la Commune de l'eau potable produite par séparation membranaire dans ses usines de production. Les travaux d'équipement entrepris concernent à la fois les installations de la C2A (adaptation et complètement) et celles mises à disposition par la Commune.

VI - Articles L 5111-1 et L 5111-1-1 du CGCT

Article L5111-1
(Modifié par loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 - art. 79)

Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur.

Forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales.

Des conventions qui ont pour objet la réalisation de prestations de services peuvent être conclues entre les départements, les régions, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes. Des conventions ayant le même objet peuvent également être conclues entre des établissements publics de coopération intercommunale. Lorsque les prestations qu'elles réalisent portent sur des services non économiques d'intérêt général au sens du droit de l'Union européenne ou lorsque, portant sur d'autres missions d'intérêt public, les prestations sont appelées à s'effectuer dans les conditions prévues aux I et III de l'article L. 5111-1-1, ces conventions ne sont pas soumises aux règles prévues par le code des marchés publics ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. La participation au financement d'une prestation ne saurait, à elle seule, être assimilée à une coopération au sens du présent alinéa.

Article L5111-1-1
(Créé par Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 - art. 68)

I.-Lorsqu'elles ont pour objet d'assurer l'exercice en commun d'une compétence reconnue par la loi ou transférée à leurs signataires, les conventions conclues entre les départements, les régions, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes prévoient :

-soit la mise à disposition du service et des équipements d'un des cocontractants à la convention au profit d'un autre de ces cocontractants ;

-soit le regroupement des services et équipements existants de chaque cocontractant à la convention au sein d'un service unifié relevant d'un seul de ces cocontractants.

Dans le cas mentionné au deuxième alinéa du présent I, la convention fixe les conditions de remboursement, par le bénéficiaire de la mise à disposition du service, des frais de fonctionnement lui incombant.

Dans le cas mentionné au troisième alinéa du présent I, la convention précise les modalités de remboursement des dépenses engagées par le service unifié pour le

compte des cocontractants de la convention. Elle prévoit également, après avis des comités techniques compétents, les effets sur le personnel concerné.

Le personnel du service mis à disposition ou du service unifié est placé sous l'autorité fonctionnelle de l'autorité administrative pour laquelle il exerce sa mission.

II.-Les conventions conclues entre des établissements publics de coopération intercommunale en vertu du second alinéa de l'article L. 5111-1 obéissent aux conditions prévues au I du présent article.

III.-Les départements et les régions, leurs établissements publics et les syndicats mixtes visés à l'article L. 5721-2 auxquels ils appartiennent peuvent, notamment par la création d'un syndicat mixte, se doter d'un service unifié ayant pour objet d'assurer en commun des services fonctionnels. Les services fonctionnels se définissent comme des services administratifs ou techniques concourant à l'exercice des compétences des collectivités intéressées sans être directement rattachés à ces compétences.

IV.-Les conditions d'application du présent article sont fixées par un décret en Conseil d'Etat.

VII - L'évolution des effectifs des structures locales de 1993 à 2008 (INSEE)

Evolution des effectifs des structures publiques locales de 1993 à 2008

	31 déc. 1993	31 déc. 1998	31 déc. 2001	31 déc. 2003	31 déc. 2004	31 déc. 2005	31 déc. 2006	31 déc. 2007	31 déc. 2008
Communes	**974 455**	**1 030 476**	**1 077 772**	**1 085 918**	**1 086 139**	**1 094 014**	**1 106 851**	**1 117 101**	**1 112 191**
CCAS	77 458	83 552	89 096	96 362	101 364	104 117	108 904	112 335	113 325
Caisses des écoles	17 016	17 231	16 567	17 303	16 534	16 787	17 788	17 348	17 701
Communautés de communes	1 319	14 431	27 438	43 238	48 613	53 038	59 407	62 528	65 628
Communautés d'agglomération + districts	12 272	14 931	16 525	29 269	39 131	44 206	48 688	54 362	56 417
Communautés urbaines	22 714	25 884	25 235	30 655	31 236	31 697	31 949	32 534	34 060
SAN			3 584	3 607	2 514	2 543	2 499	2 206	2 249
Total EPCI à fiscalité propre	**36 305**	**55 246**	**72 782**	**106 769**	**121 494**	**131 484**	**142 543**	**151 630**	**158 354**
SIVU	40 443	45 234	49 582	55 177	57 100	58 597	61 451	62 927	63 751
SIVOM	22 215	20 965	15 791	13 043	12 089	11 618	11 549	11 338	11 040
Total EPCI sans fiscalité propre	**62 658**	**66 199**	**65 373**	**68 220**	**69 189**	**70 215**	**73 000**	**74 265**	**74 791**
Régions	6 743	9 733	11 596	13 329	13 972	15 169	22 599	54 467	73 843
Départements	156 542	-	181 436	191 544	194 777	198 190	213 053	246 569	281 717
SDIS	17 620	21 866	47 594	53 570	55 978	57 022	58 178	59 194	60 680
Centres de gestion	5 185		9 726	10 395	10 699	10 734	11 512	11 626	11 825
Office HLM	25 862	22 048	21 090	21 125	20 147	19 300	17 007	12 653	5 072
OPAC	17 419	20 732	23 879	25 475	26 615	27 388	30 217	34 375	42 408

Source : INSEE Première n°s 637, 774, 986, 1032, 1091, 1205