

Champ d'application de l'exclusion d'application du droit de la commande publique aux contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs

L'article L. 2511-6 du Code de la commande publique⁽¹⁾ prévoit l'exemption de l'application de l'essentiel des dispositions du Code de la commande publique⁽²⁾, pour les marchés qui, dans une certaine limite économique, mettent en œuvre une coopération entre pouvoirs adjudicateurs. Derrière une apparente simplicité, les conditions de mise en œuvre de cette exemption restent délicates à mettre en œuvre et doivent faire l'objet d'une étude préalable minutieuse et de justifications indispensables. Sans compter que la jurisprudence nationale n'a pu que, très rarement, se prononcer sur l'application de cette disposition.

Aux fondements du régime particulier de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs du Code de la commande publique, figurent, outre bien entendu la Directive « marchés publics »⁽³⁾, les travaux préalables de la Commission européenne⁽⁴⁾.

La réflexion se portait sur le point de savoir si les dispositions du droit de l'union européenne, sur les marchés publics, s'appliquent aux différents cas où les pouvoirs adjudicateurs cherchent à accomplir, ensemble, leurs missions de service public.

Un double constat, contradictoire, existait alors, entre :
 – d'une part, le principe selon lequel « les contrats passés entre pouvoirs adjudicateurs ne sauraient être automatiquement considérés comme ne relevant pas du droit de l'Union européenne sur les marchés publics »⁽⁵⁾ ;
 – d'autre part, qu'il ressort également de la « jurisprudence de la Cour que certaines formes de coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas être qualifiées de marchés publics »⁽⁶⁾.

(1) Ci-après, le « CCP ».

(2) L'article L. 2500-2 du CCP prévoyant l'application des règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique : « Les marchés publics mentionnés au présent livre conclus par un acheteur mentionné au chapitre I^{er} du livre IV relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage défini au chapitre II de ce même livre, sont soumis aux dispositions de celui-ci ».

(3) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après : la « Directive »).

(4) Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final.

(5) Document de travail des services de la Commission, précité.

(6) Document de travail des services de la Commission, précité.

Auteur

Pierre Cailloce
 Avocat fondateur
 Cabinet Cailloce Avocat

Dès lors, « il convient de distinguer, d'une part, les activités qui doivent être ouvertes à la concurrence entre les opérateurs économiques comme le prévoient les règles UE sur les marchés publics et, d'autre part, les autres arrangements auxquels les pouvoirs adjudicataires peuvent recourir pour assurer l'accomplissement de leurs missions de service public et qui ne relèvent pas des directives UE sur les marchés publics »^[7].

C'est la frontière entre ces deux domaines que la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne, principalement, s'est efforcée de tracer.

Il résulte de l'article L. 2511-6 du CCP que trois conditions sont nécessaires pour qu'un contrat conclu entre pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices, puisse constituer une « coopération » entre eux/elles et, ainsi, relever du régime dérogatoire défini au titre II du CCP :

- premièrement, le marché doit concerner une réelle coopération entre les parties ;
- deuxièmement, la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- troisièmement, la coopération ainsi instituée entre les parties représente ou concerne une activité qui représente moins de 20 % du secteur économique concerné.

La première et la deuxième condition, sans être similaires mais n'étant pas totalement étrangères, se rapportent globalement à la définition et au contenu de la « coopération » au sens de cet article et feront l'objet d'une analyse commune.

Condition préalable : l'existence d'un marché public

À titre liminaire, le régime relatif à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs examiné ici ne concerne que les actions qui sont matérialisées par un contrat. Les autres formes de coopération ne relèvent donc pas de la disposition précitée du CCP.

En outre, ce n'est que si le contrat conclu répond à la définition de marché public, que la question de son éventuelle exemption de l'application du CCP, se posera et qu'une analyse devra être réalisée.

Autrement dit, il faut d'abord vérifier si le marché peut avoir un caractère onéreux^[8].

[7] Document de travail des services de la Commission, précité.

[8] « La Cour s'est attachée au caractère onéreux et a souligné que la prestation reçue par le pouvoir adjudicateur dans un marché public de travaux, laquelle doit comporter un avantage économique direct pour ce dernier, « consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir ». Cet avantage économique existe lorsque le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux faisant l'objet du marché, mais il « peut être également constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique » (Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona, présentées le 22 octobre 2020, sous l'affaire *Commission contre République d'Autriche*, aff. C-537/19).

Ce qui implique « que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché public reçoive en vertu de ce contrat, moyennant une contrepartie, une prestation devant comporter un intérêt économique direct pour ce pouvoir adjudicateur »^[9].

En outre, ce contrat doit présenter un caractère synallagmatique, ce trait constituant une caractéristique essentielle d'un marché public selon la CJUE.

En l'absence de toute contrepartie, le contrat n'est pas conclu à caractère onéreux^[10], ce qui avait déjà été anticipé par la Commission européenne en 2011^[11].

De la même manière, le caractère onéreux du contrat implique que « le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie »^[12], c'est-à-dire en substance que les travaux ou services comportent « un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur »^[13].

L'intérêt économique existe :

- « lorsque le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux faisant l'objet du marché »^[14] ;
- « s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique »^[15] ;
- « dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage »^[16].

[9] CJUE 30 juin 2020, Ge.Fi.L, aff. C-618/19.

[10] « Il s'ensuit qu'un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser ne relève pas de la notion de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 » (CJUE 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o. c/ Ministrstvo za notranje zadeve, aff. C-367/19).

[11] En outre, la possibilité d'effectuer des missions de service public à l'aide de ressources propres peut également être exercée en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent s'entraider. Si cette entraide n'implique aucune rémunération ni aucun échange de droits et obligations réciproques, il ne s'agit pas d'une prestation de service au sens de la législation UE sur les marchés publics. Par conséquent, la législation UE sur les marchés publics ne s'applique pas. Exemple : Un accord entre des municipalités voisines prévoyant que leurs corps de musique jouent lors de leurs fêtes respectives » (Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »] du 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final, point 3.3.2.)

[12] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.

[13] CJUE, 25 mars 2010, précité

[14] Conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona, présentées le 22 octobre 2020, sous l'affaire *Commission contre République d'Autriche*, aff. C-537/19.

[15] CJUE, 25 mars 2010, Auroux e.a., précité.

[16] voir, en ce sens, CJUE 25 mars 2010, Auroux e.a., précité, points 13, 17, 18 et 45.

À noter, enfin, que le caractère gratuit d'un contrat n'empêche pas qu'il soit qualifié d'onéreux.

Dans sa décision « ISE contre Stadt Köln »^[17], la CJUE a pu considérer que constituait un marché public, le contrat :

– selon lequel un pouvoir adjudicateur mettait gratuitement à la disposition d'un autre pouvoir adjudicateur un logiciel ;
– et qui était lié à un accord de coopération en vertu duquel chaque partie à cet accord est tenue de mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel qu'elle pourrait concevoir, constitue un marché public.

La Cour considère que le contrat de mise à disposition du logiciel et le contrat de coopération « présentent un caractère synallagmatique dans la mesure où la mise à disposition gratuite du logiciel « IGNIS Plus » engendre une obligation réciproque de développement de ce logiciel lorsque l'utilisation la plus optimale possible du système de gestion des interventions et l'adaptation permanente de ce système aux besoins exigent une telle évolution, laquelle se concrétise par le financement de modules complémentaires qui devront par la suite être mis gratuitement à la disposition de l'autre partenaire ».

L'existence d'obligations réciproques, de même que la faculté pour une partie de saisir le juge en cas d'inexécution voire de résilier le contrat, est donc décisive dans l'appréciation de la qualification du contrat en « marché public ».

Critère matériel de l'exclusion : la notion de coopération

À l'origine du régime particulier et de l'exemption du respect des dispositions du droit applicable aux marchés publics, repose l'idée que « les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière »^[18].

De la sorte, « les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ».

Et enfin, sur la notion même de coopération, les considérants de la Directive insistent sur son importance^[19], qui était de nouveau soulignée dans une récente décision du 22 décembre 2022^[20] :

« En revanche, il y a lieu de relever que le libellé de cette disposition confère à la notion de « coopération » un rôle déterminant dans le dispositif d'exclusion qu'elle prévoit. À cet égard, l'exigence d'une coopération effective ressort également de la précision, énoncée au considérant 33, troisième alinéa, de cette directive, selon laquelle la coopération doit être « fondée sur le concept de coopération ». Une telle formulation, en apparence tautologique, doit être interprétée comme renvoyant à l'exigence d'effectivité de la coopération ainsi établie ou mise en œuvre (voir, en ce sens, arrêt du 4 juin 2020, Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, points 26 et 28) »

L'existence d'une coopération s'identifie donc d'abord dans les conditions de sa genèse et de sa « co-construction » entre les parties.

Des pouvoirs adjudicateurs qui entendent s'en prévaloir seront d'autant plus à l'aise dans la démonstration, qu'ils se sont rencontrés, ont débattu, ont défini les contours de leurs relations dans le cadre de la coopération à mettre en place.

L'existence d'un projet évolutif entre les parties, ayant pu faire l'objet de discussions, de négociations et de compromis entre elles, permettra d'identifier l'existence d'une coopération.

Si la coopération peut permettre la fourniture de services ou la réalisation de travaux, elle ne peut pas se limiter à cela et doit être plus ambitieuse en substance, traduisant une réelle collaboration entre les pouvoirs adjudicateurs et non une simple rencontre entre une offre et une demande^[21].

C'est, du reste, ce que la CJUE met régulièrement en avant :

« En outre, la conclusion d'un accord de coopération entre entités appartenant au secteur public doit apparaître comme l'aboutissement d'une démarche

[19] « Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public ».
[20] CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme SCRL et Commune de Farciennes contre Société wallonne du logement (SWL), aff. C-383/21 et C-384/21.

[21] Voir également en ce sens : « L'expression "concept de coopération", qui apparaît explicitement au considérant 33 de la directive 2014/24, correspond aux propositions visant à exiger une "véritable coopération" et à ce que celle-ci "prévoit[e] des droits et des obligations mutuels pour les parties". Il est exclu que l'un des pouvoirs adjudicateurs soit un « simple "acheteur" » des travaux, du service ou de la prestation en cause ».

[17] CJUE 28 mai 2020, aff. C-796/18.

[18] Considérant 33 de la Directive.

de coopération entre les parties à celui-ci (voir, en ce sens, arrêt du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C-480/06, EU:C:2009:357, point 38). L'élaboration d'une coopération entre entités appartenant au secteur public présente, en effet, une dimension intrinsèquement collaborative, qui fait défaut dans une procédure de passation d'un marché public relevant des règles prévues par la directive 2014/24.

Ainsi, la préparation d'un accord de coopération présuppose que les entités du secteur public qui envisagent de conclure un tel accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter. En revanche, une telle phase d'évaluation et de définition des besoins est, en règle générale, unilatérale dans le cadre de la passation d'un marché public ordinaire. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir adjudicateur se contente, en effet, de lancer un appel d'offres mentionnant les spécifications qu'il a lui-même arrêtées.

Il s'ensuit que l'existence d'une coopération entre entités appartenant au secteur public repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération, et nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics »^[22].

Cette démarche collaborative doit permettre d'identifier, de définir et d'exécuter des moyens de nature à satisfaire des objectifs communs.

Et ces objectifs doivent être communs à toutes les parties au contrat de coopération, ce qui fait que la contribution à la réalisation d'objectifs que seuls certains pouvoirs adjudicateurs ont en commun, n'est pas suffisante :

« Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la cinquième question dans l'affaire C-384/21 que l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que n'est pas exclu du champ d'application de cette directive un marché public par lequel sont confiées à un pouvoir adjudicateur des missions de service public qui s'inscrivent dans le cadre d'une relation de coopération entre d'autres pouvoirs adjudicateurs, lorsque, par l'accomplissement de telles missions, le pouvoir adjudicateur à qui ces missions ont été confiées ne cherche pas à atteindre des objectifs qu'il partagerait avec les autres pouvoirs adjudicateurs, mais se limite à contribuer à la réalisation d'objectifs que seuls ces autres pouvoirs adjudicateurs ont en commun »^[23].

Cette « communauté d'objectifs » dépasse, là encore, la simple réalisation de prestations de services ou la réalisation de travaux.

En revanche, dès lors que ces étapes sont franchies, une certaine souplesse semble se dégager de la jurisprudence de la CJUE.

Premièrement, les dispositions de la Directive autorisent les pouvoirs adjudicateurs à instaurer une coopération

portant sur des missions de service public qu'ils ne fournissent pas tous conjointement :

« Ce faisant, ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 71 de ses conclusions, ladite disposition se borne à évoquer une communauté d'objectifs, sans exiger la fourniture conjointe d'un même service public. En effet, ainsi qu'il ressort du considérant 33, premier alinéa, de la directive 2014/24, « [L]es services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants [à une telle coopération] ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires ». Il n'apparaît donc pas indispensable que l'activité de service public soit assurée en commun par les personnes publiques participant à la coopération.

Il s'ensuit que l'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il autorise indifféremment les pouvoirs adjudicateurs participants à assurer, aussi bien conjointement que chacun individuellement, une mission de service public, pourvu que leur coopération permette d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun »^[24].

Autrement dit, il n'est pas nécessaire, pour des collectivités territoriales par exemple, qu'elles soient toutes compétentes de manière équivalente dans la matière faisant l'objet du contrat de coopération ou qu'elles réalisent des prestations similaires dans l'accord de coopération.

Une gradation et une distinction dans l'intervention de chaque partie, sont possibles.

Par exemple en matière de déchets, une coopération peut porter sur leur gestion de manière générale, même si certaines collectivités sont compétentes pour la collecte et, d'autres, pour le traitement^[25].

Deuxièmement, le champ d'application de la coopération peut être large et ne pas se réduire à l'exécution même du service public mais à des activités complémentaires.

La CJUE considère que selon les dispositions de la Directive, une coopération « peut porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux »^[26].

Et la Cour d'en déduire que « l'expression « tous les types d'activités » est susceptible de couvrir une activité accessoire à un service public, pour autant que cette activité accessoire contribue à la réalisation effective de la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants. »^[27].

Troisièmement, la coopération peut être à géométrie variable entre les pouvoirs adjudicateur, en ce sens qu'il n'est pas obligatoire qu'ils exécutent tous les mêmes services et de la même manière.

[22] CJUE 4 juin 2020, Remondis GmbH, aff. C-429/19.

[23] CJUE 22 décembre 2022, précité.

[24] CJUE 28 mai 2020, ISE MbH c/ Stadt Köln, aff. C-796/18.

[25] CGCT, art. L. 224-13.

[26] CJUE 28 mai 2020, ISE MbH c/ Stadt Köln, aff. C-796/18.

[27] CJUE 28 mai 2020, précité.

En effet il n'est pas exigé que « que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question »^[28].

Et de la sorte, relève bien du champ d'application de l'exclusion, une coopération portant « sur des activités accessoires aux services publics qui doivent être fournis, même à titre individuel, par chaque membre de cette coopération, pour autant que ces activités accessoires contribuent à la réalisation effective desdits services publics »^[29].

L'avocat général, dans les affaires *Société de Logement de Service public (SLSP) Sambre & Biesme, SCRL*^[30] et *Commune de Farciennes Contre Société wallonne du logement*^[31], résumait ainsi l'état du droit :

« Ainsi s'expliquent les caractéristiques suivantes de la coopération horizontale non soumise aux procédures formalisées de passation de marchés publics en vertu de la directive 2014/24 :

- il n'est pas exigé, comme c'était le cas en vertu de la jurisprudence antérieure, que la coopération ait pour objet la mise en œuvre conjointe d'une mission de service public commune à tous les pouvoirs adjudicateurs participants ;
- il est admis que la coopération porte sur (ou se matérialise par) des activités d'appui à des services publics, pour autant qu'elles contribuent à sa réalisation effective ;
- les services fournis par les pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas nécessairement être identiques. Pour autant que l'exigence liée à la communauté d'objectifs – lesquels doivent, en outre, relever de l'intérêt public – soit remplie, ces services peuvent être complémentaires ;
- pour autant que des engagements aient été pris de contribuer à la mise en œuvre du service public par la voie de la coopération, il n'est pas nécessaire que chacune des parties prenne part de la même manière à la coopération ; celle-ci peut reposer sur une division des tâches ou sur une certaine spécialisation ».

Pour prendre un exemple un peu structurant, la Cour de Justice de l'union européenne a pu estimer^[32] qu'une telle coopération existait dans le cas d'un contrat passé entre les services de voirie de la ville de Hambourg et des circonscriptions administratives voisines, ayant pour objet :

- de permettre à la ville de Hambourg de construire et de faire exploiter une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables ;
- grâce aux apports en déchets ces circonscriptions administratives voisines, ce qui permet d'atteindre une capacité de 320 000 tonnes ;

- et étant précisé que la construction de cette installation n'a, pour cette raison, été décidée et réalisée qu'après l'accord des circonscriptions administratives concernées d'utiliser l'installation et leur engagement correspondant.

Critère économique

Le dernier critère est économique, en ce qu'un marché qui met en œuvre une coopération entre pouvoirs adjudicateur, relève du Titre II du CCP si :

« 2° Les **pouvoirs adjudicateurs concernés** réalisent **sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées** par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L. 2511-5 »^[33].

L'article L. 2511-5 du CCP disposant ainsi :

« Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le **chiffre d'affaires total moyen** ou tout autre paramètre approprié fondé sur les **activités**, tel que les **coûts supportés**, au cours des **trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public**.

Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé **sur la base d'une estimation réaliste** ».

Autrement dit, un contrat de coopération sera exclu de l'essentiel des dispositions du droit de la commande publique, si son montant représente moins de 20 % du montant total du marché concurrentiel sur lequel il s'exécute.

Deux éléments sont ainsi à chiffrer :

- premièrement, le marché concurrentiel ;
- deuxièmement, le montant du contrat de coopération.

Il ne s'agit donc pas de comparer le montant du futur contrat de coopération, par rapport au budget des parties signataires à ce dernier ou encore par rapport à la moyenne de leur dépense dans le domaine concerné par la coopération.

La base de comparaison est le « marché concurrentiel ». Le volume des échanges financiers induits par le contrat de coopération doit ainsi être inférieur à 20 % de ce marché concurrentiel.

La détermination du marché concurrentiel est une problématique récurrente en droit de la concurrence et, notamment, dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne et son contrôle juridictionnel par la CJUE, de même qu'en droit interne.

De manière constante, la notion de marché^[34] « combine le marché de produits et le marché géographique, ainsi définis :

[28] CJUE 28 mai 2020, précité.

[29] CJUE 28 mai 2020, précité.

[30] CJUE 22 décembre 2022, aff. C-383/21.

[31] Manuel Campos Sanchez-Bordona, conclusions présentées le 9 juin 2022.

[32] CJUE 9 juin 2009, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06.

[33] CCP, art. L. 2511-6.

[34] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03).

– un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ;

– un marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes ».

Une analyse au cas par cas devra donc être menée, en prenant en compte la pratique décisionnelle de la Commission européenne le cas échéant mais, également, celle de l'Autorité de la concurrence.

Il devra être déterminé en fonction également des contours de l'opération de coopération envisagée, chaque projet étant différent et avec ses particularités.

Pour prendre un exemple, le secteur des déchets évoqué ci-dessus semble pertinent, au regard des différentes conventions de coopération qui ont pu déjà faire l'objet de publication.

De manière générale et selon l'Autorité de la Concurrence, la « gestion des déchets comprend deux étapes principales : la collecte et le traitement, le traitement consistant soit dans l'élimination du déchet (enfouissement ou incinération), soit dans sa valorisation au sens large (matière ou énergie). En outre, la Commission européenne a distingué, au sein du traitement, une activité spécifique de tri »^[35].

De plus, le traitement des déchets doit être distingué sur les catégories de déchets : « Le secteur du traitement des déchets peut être segmenté de manière analogue à celui de la collecte, en distinguant les déchets dangereux, les déchets non dangereux, les déchets non dangereux inertes (i.e. déchets de chantier) et les déchets spécifiques »^[36].

En outre, il convient de distinguer selon le mode de traitement, sans toutefois, dans ce cas, distinguer selon le type de déchets banals (DMA et DBE)^[37].

Dès lors, pour l'appréciation du respect du critère économique, l'analyse devra prendre en compte la distinction des différents marchés identifiés en matière de traitement des déchets.

Sur le plan géographique, le territoire à prendre en compte est de dimension régionale ou départementale : « S'agissant des marchés du traitement des déchets non dangereux, la pratique décisionnelle a considéré qu'ils revêtaient une dimension géographique régionale ou départementale. Elle a ainsi relevé que l'application du principe de proximité imposait l'enfouissement dans le département d'origine sous peine de taxes très

élevées. Elle a également constaté l'existence de cadres juridiques différents selon les départements, notamment avec les plans départementaux d'élimination des déchets ménagers. Mais elle a aussi considéré qu'il était possible de retenir une délimitation géographique consistant en des zones de 200 km de rayon »^[38].

Ainsi, dans l'hypothèse d'une opération de coopération en matière de déchets banals, pour apprécier le respect du critère économique par une coopération en matière de déchets, il convient de prendre en compte les données économiques disponibles liées au marché concurrentiel, à savoir :

- le traitement des déchets banals par valorisation énergétique ou matière ;
- dans un rayon de 200 kilomètres autour des installations de traitement des parties à la coopération^[39] ou des installations envisagées.

Selon l'ADEME^[40], le montant du marché français de traitement des déchets non dangereux est de 4 095 millions d'euros en 2017.

Les données disponibles ne permettent pas d'isoler ce chiffre d'affaires selon le rayon géographique de 200 kilomètres susmentionné.

Mais en effectuant un ratio, on peut raisonnablement estimer que toute zone de coopération en matière de déchets, représente 20 % du territoire français^[41], en supposant une répartition équilibrée du chiffre d'affaires de ce secteur économique selon les différentes régions françaises.

Le montant total du marché géographique pertinent serait donc de 226 millions d'euros.

S'agissant ensuite de la détermination du montant de la coopération, toujours pour reprendre l'exemple du secteur des déchets et dans le cadre d'une opération de valorisation des déchets, il pourra s'établir :

- sur la base de la moyenne de l'ensemble des coûts supportés par les entités qui organisent une coopération voire des recettes si l'activité faisant l'objet de la coopération était exercée directement par l'une d'elles ;
- au titre des trois dernières années ;
- pour assurer le traitement des déchets sur le territoire des entités concernées par la coopération.

Les coûts à prendre en compte devant être les plus variés et larges possibles, pour s'assurer d'une comparaison objective et non faussée.

[38] Même décision, point 47

[39] En présence de deux parties à l'opération de coopération proches géographiquement, ce rayon unique de 200 km peut être pris en compte. Dans l'hypothèse d'un plus grand nombre de parties et plus éloignées, il sera logique d'étendre le marché géographique à prendre en compte.

[40] ADEME, Déchets chiffres-clé, Édition 2020, p. 62

[41] Un rayon de 200 km représentant 125 600 km² et compte tenu de la superficie du territoire métropolitain de 543 940 km², le marché géographique pertinent représente environ 23 % de la superficie totale métropolitaine.

[35] Décision n° 17-DCC-40 du 29 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Coved par la société Paprec Group, point 8.

[36] Même décision, point 41

[37] Même décision, points 42 et 43

Ainsi, les charges notamment de personnel, d'assurance, d'investissements, de contrats de prestations, doivent être prises en compte, afin de lisser le réel coût de l'opération.

L'objectif est ainsi de modéliser les principales données financières applicables à l'activité qui fera l'objet de la coopération, afin de déterminer un montant annuel et de le multiplier sur la durée du contrat de coopération envisagée.

On peut aussi prévoir une clause dans le contrat, qui procédera à la vérification de l'absence d'atteinte du seuil de 20 % chaque année, avec un mécanisme de revoyure entre les parties pour en tirer les conséquences.

Si aucune donnée « interne » aux personnes publiques désireuses de mettre en place une coopération n'est disponible, par exemple en cas de construction en cours des ouvrages et outils permettant d'assurer la coopération, une comparaison avec des personnes similaires pourra être effectuée, sur la base, par exemple, des avis d'attribution de marchés publics publiés.

Une démarche équivalente au « sourcing » auprès des opérateurs privés pourrait aussi être mise en œuvre, afin de pouvoir identifier les coûts et recettes liés à

l'opération de coopération et les différents flux financiers que cette dernière implique.

L'objectif est en effet de disposer d'une idée, estimative le cas échéant, du poids économique du contrat de coopération envisagé, pour la comparer au marché concurrentiel.

Les différents flux financiers (paiements entre les parties ; paiements à des tiers) devront ainsi être pris en compte et devront faire l'objet de justifications, dans les actes juridiques qui matérialiseront et permettront de réaliser la coopération.

À ce sujet notamment mais également concernant le critère matériel, les opérations de coopération permettant d'échapper aux règles de la commande publique, une discussion en amont avec les services du contrôle de légalité permettra aux collectivités territoriales de présenter leur projet et d'éviter d'éventuelles difficultés liées à un potentiel déferé préfectoral.

L'outil de la coopération mérite en effet être connu et développé mais dans un cadre juridique sécurisé pour les parties prenantes et conforme au champ d'application des dispositions du CCP et de la Directive.