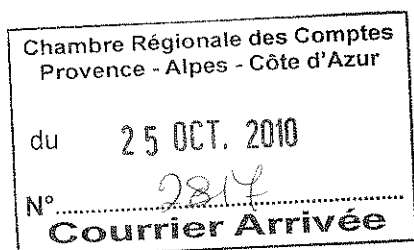


*Le Président*  
*Jean-Noël Guérini*  
*Senateur des Bouches-du-Rhône*

Marseille, le 25 OCT. 2010



Monsieur Bertrand SCHWERER  
Président de la  
Chambre Régionale des Comptes de  
Provence-Alpes-Côte d'Azur  
17 rue de Pomègues  
13295 MARSEILLE Cedex 08

Monsieur le Président,

Vous avez bien voulu me communiquer, le 29 septembre dernier, le rapport d'observations définitives établi par votre juridiction concernant l'élaboration et la mise en œuvre de la planification départementale des Bouches-du-Rhône en matière d'élimination des déchets ménagers et assimilés, pour les exercices 1999 et suivants.

Ce rapport, qui s'inscrit dans le cadre d'une enquête commune de la Cour des comptes et des Chambres régionales des comptes sur la gestion des collectivités publiques en matière de collecte et d'élimination des déchets ménagers et assimilés, appelle de ma part les remarques et commentaires suivants.

En premier lieu, je relève que, si plusieurs des observations formulées par le département dans le cadre de l'instruction et à la suite du rapport d'observations provisoires ont bien été prises en compte par la Chambre, celle relative à la justification du recours à la procédure du contrat de prestations intégrées, dites « in house », pour la passation du contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage du plan, n'a pas été entendue par votre juridiction.

De fait, le rapport persiste à conclure (pages 2 et 12) que « la passation sans formalités de concurrence, en 2004, d'un marché de prestations intégrées *in house* avec la SEM Treize Développement présentait, dès cette époque, un risque juridique, même si la jurisprudence excluant les sociétés d'économie mixte du système *in house* n'était pas établie ».

Je souhaite en conséquence réaffirmer ici que ce choix était tout à fait délibéré et que le risque juridique relevé par la Chambre n'est rien de plus que le risque inhérent à toute procédure lancée dans un cadre juridique aux contours encore flous.

Pour preuve de ce que le parti retenu par le département était alors parfaitement étayé, je tiens à réitérer l'argumentation déjà développée par le département auprès de votre juridiction.

✓ Sur l'état du droit applicable à l'époque des faits :

Les contours juridiques de la notion de « prestations intégrées » dites « in house », ne se sont dégagés que très progressivement au gré des évolutions de la jurisprudence communautaire pour conduire, d'ailleurs, à un assouplissement des conditions d'intervention économique des collectivités territoriales.

La Cour de Justice des communautés Européennes (CJCE) a dégagé, le 18 novembre 1999, dans un arrêt *Teckal Srl c/ Commune di Viano*, les critères permettant d'exempter le pouvoir adjudicateur – en l'occurrence une collectivité locale – de l'obligation de mettre en concurrence une société à qui il souhaite acheter une prestation. Afin d'éviter que cette dérogation ne fausse le fonctionnement de la concurrence entre les sociétés privées, son bénéfice suppose que deux conditions cumulatives soient satisfaites :

- d'une part, la collectivité doit « *exerce[r] sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* » ;
- d'autre part, cette personne, juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, doit « *réalise[r] l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ».

Si ces deux critères essentiels, repris dans le Code des marchés publics, n'ont pas changé depuis 1999, la jurisprudence ultérieure de la CJCE a toutefois apporté des précisions pour exprimer le degré d'exigence quant à la nature et à l'intensité du contrôle exercé par la collectivité sur la société.

En effet, ce n'est qu'en 2005 que la CJCE a précisé qu'une collectivité locale ne peut prétendre exercer sur la société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services dès lors qu'une entreprise privée participe au capital de la société, même à un niveau très réduit (arrêts *Stadt Halle* du 11 janvier 2005 et *Coname* du 21 juillet 2005).

Aussi, il ne peut être reproché au département de n'avoir pas fait application de jurisprudences communautaires rendues en 2005, pour la passation de contrats avec la SEM Treize Développement, approuvés respectivement les 27 février 2004 et 23 juillet 2004.

C'est donc en l'état du droit positif alors applicable et à l'instar de l'ensemble des collectivités locales, que le département des Bouches-du-Rhône a pu confier jusqu'en 2005, les prestations de service à la SEM dont il détenait la majorité du capital sans procédure de mise en concurrence.

On relèvera, d'ailleurs, que les services préfectoraux en charge du contrôle de légalité n'ont fait aucune observation sur ces contrats.

✓ Sur les conditions du recours à des prestations « in house » :

Le département considère que les conditions du recours à des prestations « in house », telles qu'elles étaient connues à l'époque de la passation de ces contrats, étaient respectées.

- La première condition tient à l'absence d'autonomie du cocontractant, en l'occurrence la société Treize Développement, vis-à-vis du département.

La CJCE est venue progressivement affiner cette notion.

La réalité et l'intensité du contrôle de la société par la ou les collectivités locales sont évaluées non seulement au vu de la structure du capital de la société, mais aussi de la composition et du fonctionnement concret de ses organes de direction, étant précisé que la Cour est conduite à analyser, pour chaque affaire, les modalités selon lesquelles les collectivités sont représentées au sein de la société. La composition et le fonctionnement des organes de direction de la société ne doivent pas permettre l'émergence d'une volonté autonome et d'intérêts distincts de ceux de l'autorité adjudicatrice. Ainsi, la Cour privilégie une approche fonctionnelle (voir l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008).

En l'espèce, le département détient 77,5% du capital de la SEM Treize Développement (440 000 € pour un capital de 567 000 €). Le Conseil d'administration est composé de huit membres dont six sont des conseillers généraux désignés par le département. Le Président de la SEM est un élu du Conseil Général et le directeur général est choisi par le Conseil d'Administration de la SEM.

- La seconde condition est, selon le rapport d'observations définitives, relative à l'obligation pour le cocontractant, s'il n'est pas une des personnes publiques soumises au code des marchés publics, d'appliquer pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le code.

Or, la SEM Treize Développement avait mis en place dès juin 2003 une commission d'appel d'offres interne, composée sur le modèle de celle du Conseil Général, pour la passation des marchés répondant à ses besoins propres. Cette commission était composée de trois élus (le Président et deux administrateurs de la société) tous conseillers généraux

Il est clair que ces deux conditions étaient en l'espèce remplies.

Deuxièmement, alors que la Chambre paraît avoir tenu compte des explications complémentaires données sur le choix par la commission d'appel d'offres de la Société Parmenion, la synthèse du rapport comporte, à propos de la passation de ce marché, une formulation qui me semble inappropriée et ambiguë.

Il est en effet indiqué, en page 3, que « la commission d'appels d'offres adaptée, prévue par le règlement intérieur, s'est réunie trois fois pour inverser le classement des candidats ».

Je ne peux accepter que le rapport fasse un tel raccourci, concluant à un lien de causalité direct entre le fait que la CAO A se soit réunie à trois reprises et le fait que le classement final soit différent du classement initial.

En effet, ainsi que le relate le rapport en page 19, la CAO A s'est certes réunie à trois reprises, mais pour des raisons tenant à une demande d'informations complémentaires, d'une part, et à un vice de forme sur les délais de convocation, d'autre part.

La justification de la modification du classement a également été explicitée et les éléments s'y rapportant ont été produits auprès de la Chambre, comme indiqué en page 19 du rapport.

La modification du classement tient donc exclusivement à des éléments objectifs, dûment justifiés, et non à des manoeuvres procédurales, comme pourrait le laisser supposer la formulation adoptée dans la synthèse du rapport.

Enfin, je ne peux que regretter que, dans son analyse, la Chambre s'en soit tenue à une vision parcellaire, essentiellement fondée sur une décision contestable rendue en première instance par le juge administratif, ce qui prive la présentation du plan et de ses travaux préparatoires de leur dimension réelle et de leur apport incontestable dans la connaissance de la situation et des besoins du département en matière de traitement des déchets.

Cette démarche a, d'ailleurs, conduit la Chambre à une appréciation erronée du coût d'élaboration du plan adopté le 30 janvier 2006 par rapport à celui lancé fin 2008.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération la plus distinguée.



Jean-Noël GUERINI