

Les critères initiaux de distinction marchés publics et délégation de service public

Par **Visiteur**, le **26/09/2007** à **20:01**

Article posté par Yann.

Exposé réalisé par Isabelle QUEREZ, Stéphane DAVID et Mathieu LAJOU. Merci à eux de nous autoriser à le publier.

« Qu'il soit bien entendu une fois pour toute que la Cour et les chambres ne cherchent pas à se constituer un tableau de chasse. Ce qu'elles veulent, c'est enfin apporter leur expertise dans le champ juridique touffu, complexe, et pour tout dire souvent incompréhensible aux non spécialistes dans lequel s'inscrit l'action publique, notamment l'action locale », ainsi s'est exprimé M. SEGUIN premier président de la Cour des comptes le 24 Janvier 2006, à l'occasion de la séance solennelle de rentrée de la chambre régionale des comptes d'Aquitaine.

Les Chambres Régionales des Comptes sont héritières d'une longue tradition administrative. Leur mission est de juger les comptes des comptables publics mais aussi d'examiner la gestion de tout organisme qui dépend directement ou indirectement d'une collectivité locale. Plus précisément, elles doivent contrôler la gestion budgétaire des collectivités territoriales, notamment des montages juridiques et surtout financiers, des marchés publics et délégations de services publics locaux.

Ces contrôles portent en principe uniquement sur la régularité des actes mais depuis la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de services publics, les chambres peuvent rendre un avis sur la qualité de gestion ce qui implique un contrôle d'opportunité.

La distinction délégation de service public et marché public a toujours été source de critiques et de controverses. La loi Murcef du 11 décembre 2001 et le code des marchés publics les définissant de façon strict cela n'a pas pour autant mis fin à ces difficultés. Selon la loi, les délégations de service public sont « des contrats par lesquels une personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service ». Les marchés publics sont eux « des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publiques ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de service ».

Ces dernières années, la jurisprudence du Conseil d'Etat est venue pallier aux lacunes de ses définitions en précisant le contenu des critères de distinction de ces types de contrats. Les arrêts rendus par les chambres régionales des comptes illustrent toutefois la difficulté qu'ont

aujourd'hui les collectivités locales à assimiler ces définitions dans la gestion de leurs services publics.

L'étude des critères dégagés par les chambres régionales des comptes pour distinguer les délégations de services publics des marchés publics nous paraît donc nécessaire et essentielle. Cette étude portera d'abord sur l'objet du contrat (I) puis sur le titulaire de celui-ci (II).

{{I- L'objet du contrat : la mission de service public}}

Le premier élément qui permet de distinguer les contrats de marchés publics des conventions de délégations de service public tient dans l'objet du contrat : l'exécution d'un service public. Celle-ci se déduit de la réunion de plusieurs critères (A) mais également de sa durée (B).

{A- Les critères du service public}

La définition issue de la loi Sapin du 29 janvier 1993 et modifiée par la loi MURCEF du 11 décembre 2001 précise que la délégation de services publics porte sur la gestion d'un service public alors que les marchés publics concernent la satisfaction des besoins des personnes publiques en matière de travaux, fournitures et prestations de service.

Traditionnellement, la mission de service public est déduite de trois critères dégagés par la jurisprudence.

- 1- L'activité tend à satisfaire l'intérêt général.
- 2- Les personnes publiques exercent un contrôle sur l'exécution du service.
- 3- Le cocontractant bénéficie éventuellement de prérogatives de puissance publique.

Il faut toutefois noter que le critère de la mission de service public se révèle souvent peu lisible pour les collectivités territoriales lorsqu'elles envisagent la passation d'une procédure contractuelle. Le législateur, suivi du juge administratif et du juge financier sont donc intervenus pour déterminer les contours de cette notion.

D'abord, l'article 40 de la loi Sapin du 29 janvier 1993 qualifie explicitement certaines activités de mission de service public: la distribution d'eau potable, l'assainissement et l'élimination des déchets. Cette première précision permet d'indiquer qu'un contrat qui porterait sur l'un de ces secteurs aurait le caractère d'une délégation de service public et non d'un marché public; ceci est confirmé par l'arrêt de la chambre régionale des comptes d'Auvergne du 7 mars 2002. En l'espèce, un contrat de traitement des déchets avait été conclu entre un syndicat et un centre de stockage. Le préfet a saisi la chambre au motif que ledit contrat n'était pas une délégation de service public mais un marché de prestation de services.

Dans son arrêt, la juridiction financière s'appuie sur l'article 40 de la loi Sapin pour affirmer que le service d'élimination des ordures s'analyse en une mission de service public. Cette mission qui peut se décomposer en plusieurs volets (collecte, transport, tri, valorisation) a le caractère d'un service public pouvant être délégué.

Malheureusement, les délégations de services publics ont un champs d'application beaucoup

plus large. Leur objet ne se limite pas aux trois secteurs cités dans la loi Sapin. Ce phénomène a entraîné la passation de nombreux contrats de marché public que le juge lorsqu'il en a été saisi a requalifié en délégation de service public. Ainsi, en 1997, dans l'arrêt Société du port Crouesty, la chambre régionale des comptes de Bretagne saisie d'un contrat d'affermage passé entre une commune et une société d'économie mixte, remarque que celui-ci a pour objet la satisfaction d'une mission de service public: l'animation du port. Dès lors, les dispositions relatives aux procédures de délégation de service public auraient dû être mises en oeuvre.

Cette approche a été confirmée en 2000 dans l'arrêt SARL Â« Chez Joseph Â» rendu par le Conseil d'Etat. En l'espèce, le juge du palais royal était saisi en appel d'un référé pré-contractuel formé contre un contrat de concession de plage. La haute juridiction constate que ledit contrat s'il emporte autorisation d'occuper le domaine public tend également à organiser la plage dans l'intérêt du développement de la station balnéaire. De plus, des obligations de service public pèsent sur le concessionnaire qui doit veiller à la sécurité et à la salubrité de la baignade. Il s'agit donc d'une délégation de services publics qui doit respecter les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993.

Les obligations à la charge du cocontractant sont, en effet, un indice important en matière de délégation de services publics. A l'inverse, les entreprises chargées d'un marché public ne se voient pas confier de telles contraintes. Bien entendu, l'administration exerce un contrôle afin de vérifier que le cocontractant respecte ces prescriptions.

L'arrêt du Conseil d'Etat Mr Lasaulce du 22 Mars 2000 en est une illustration. En l'espèce, la haute juridiction devait déterminer si la mission de dépannage et de remorquage sur les autoroutes présentait le caractère d'intérêt général. Celle-ci constate que cette activité est nécessaire pour assurer la fluidité du réseau. De plus, l'administration contrôle les véhicules de dépannage une fois par an et des prérogatives de puissance publique sont octroyées aux entreprises chargées de cette mission.

Ces décisions jurisprudentielles montrent à quel point les personnes publiques lorsqu'elles confient une activité à un cocontractant doivent être vigilantes sur la nature du service en cause, sa finalité et les prérogatives qu'elles confient aux personnes privées; ceci afin d'éviter les confusions et les détournements de procédures entre le code des marchés publics et la loi Sapin qui comportent des risques pénaux importants

{B- Les critères de l'exécution : la durée et la nature juridique}

Il existe un autre point tenant à l'objet du contrat souvent source d'erreur de procédure et donc de contentieux: la durée de la mission. Les conventions doivent en effet être limitées dans leur durée. Il faut rappeler que les délégations de services publics concernent l'exécution d'un service public à moyen ou long terme alors que les marchés publics portent sur la satisfaction d'un besoin ponctuel exprimé par une administration. L'article 40 de la loi Sapin fournit des indices sur la durée des délégations de services publics.

Dans les domaines de distribution d'eau potable, d'assainissement et d'élimination des déchets, les conventions de délégation ne peuvent avoir une durée supérieure à 20 ans. Une prolongation est possible seulement dans des hypothèses limitativement énumérées et uniquement pour une durée d'un an. Les motifs de prolongation sont d'abord l'intérêt général. La décision numéro 92-316 du conseil constitutionnel indique qu'il faut interpréter cette

disposition comme empêchant les atteintes à la continuité du service public. Ainsi, si le contrat arrivé à son terme risque de priver les usagers du service, la personne publique délégante doit maintenir son délégataire en place. Le second motif de prolongation concerne l'hypothèse où¹ le délégataire a été contraint de réaliser des investissements non prévus au contrat initial et bouleversant son économie générale; investissements qui ne peuvent être amortis pendant la durée restant à courir que par une augmentation manifestement excessive du prix payé par les usagers.

Concernant les autres secteurs, le délégant dispose d'une grande marge d'appréciation pour moduler la durée de la convention. Le juge exerce néanmoins un contrôle étendu sur la durée excessive d'un contrat ou sur une erreur de qualification.

Ainsi, dans un arrêt du 29 novembre 2000, la chambre régionale des comptes de Champagne-Ardenne saisie d'un contrat de délégation de services publics conclu entre une commune et un parc naturel régional pour une longue durée s'aperçoit que l'objet du contrat porte uniquement sur une prestation ponctuelle et non sur la gestion d'un service public pendant plusieurs années. En outre, le délégant n'exerce aucun contrôle sur le parc, il s'agit donc d'un contrat de marché public qui aurait dû être renouvelé plusieurs fois avec une mise en concurrence des candidats.

En dernier lieu, il convient d'aborder la nature juridique des contrats de marché public et des conventions de délégation de services publics. En effet, le caractère administratif des délégations n'a jamais été mis en cause notamment du fait de la présence d'une personne publique au contrat et de son objet: la participation du cocontractant à l'exécution du service public (Conseil d'Etat, 20 avril 1956, Epoux Bertin) . A l'inverse, la qualification des contrats de marché public n'a pas été aussi aisée, du moins avant la loi Murcef du 11 Décembre 2001. En effet, il existait une position jurisprudentielle reconnaissant l'existence de marché public soumis aux règles du droit privé. Par exemple, le tribunal des conflits, le 7 mai 1999 dans l'arrêt Commune de Sauve a considéré qu'un contrat portant sur la fourniture de matériels informatiques à une commune relevait du droit privé car il ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun alors même qu'il avait été passé en application du code des marchés publics.

Il convient de rappeler qu'une clause exorbitante de droit commun est apparue dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des Granits Porphyroïdes des Vosges. Il s'agit d'une clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations insusceptibles d'apparaître dans un contrat civil comme un pouvoir de sanction ou de résiliation unilatérale.

La loi Murcef est venue mettre un terme à la dichotomie marché public de droit public et marché public de droit privé en unifiant le régime juridique. Désormais, tous les contrats passés sur le fondement du code des marchés publics sont des contrats administratifs (article 1 ou 2). Ceci a été confirmé par un avis du Conseil d'Etat rendu en 2002 Société Mage Blanchisserie de Plantin.

Toutefois, ce nouveau régime ne s'applique qu'aux contrats conclus postérieurement à la loi Murcef; les autres sont encore susceptibles de recevoir une double qualification. Ainsi, dans l'arrêt UGAP rendu par le Conseil d'Etat le 3 Novembre 2003, le juge administratif a considéré qu'un contrat de marché public conclu en 1995 et qui ne comporte pas de clauses exorbitantes est un contrat de droit privé.

Le second élément caractérisant la distinction marché public, délégation de service public

tient dans la personne du cocontractant que nous allons étudier maintenant dans une seconde et dernière partie.

{{II. Les parties au contrat : une pluralité d'acteurs}}

Nous nous attacherons ici aux parties au contrat soulevant des difficultés. A savoir les candidatures d'une personne public à un marché public ainsi que des prestations entre personnes publiques (A) et lorsque le titulaire du contrat est soit une société d'économie mixte soit une association (B).

{A- Les prestations et contrats entre deux personnes publiques}

Une des évolutions marquantes du nouveau code des marchés publics sous l'influence du droit communautaire est la possibilité de candidature des personnes publiques.

Le nouveau Code des Marchés Publics confirme la solution selon laquelle une personne publique peut contracter aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique. Cette avancée n'a pu ce faire que sous l'influence du droit communautaire notamment de la directive 92/50 du 18 juin 1992.

La directive du 18 juin 1992 relative aux marchés publics de service définit en son article 1er le prestataire comme « toute personne physique ou morale, inclus les organismes publics, qui offrent des services ». Le droit communautaire prévoyait donc expressément que les personnes publiques puissent se porter candidates à un marché public.

C'est donc tout naturellement qu'en l'absence de base législative contraire, le Conseil d'Etat, dans un avis du 8 novembre 2000 (CE du 8 Novembre 2000 Jean Louis Bernard consultant) applique l'article 1er de la directive en affirmant « 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 ».

Le Conseil d'Etat a, dans un souci du respect du droit de la concurrence, posé trois conditions à la candidature d'une personne publique en l'occurrence dans l'avis aux candidatures des établissements publics administratifs :

- le prix proposé par la personne publique doit tenir compte de l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix.
- la personne publique ne doit pas bénéficier pour le prix qu'il a proposé d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public
- la personne publique doit pouvoir en justifier par des documents comptables ou tout autre moyen informatique approprié.

Cependant, les personnes publiques par leur régime dérogatoire au droit des entreprises privées et leurs prérogatives de puissance publique risquent fortement de fausser le droit de

la concurrence. A titre d'exemple et en reprenant les considérants du Conseil d'Etat dans l'avis Jean Louis Bernard Consultant.

Au niveau du régime fiscal, le Conseil d'Etat (Société J.L.Bernard consultant) conclut que «les établissements publics administratifs, lorsqu'ils exercent une activité susceptible de rentrer en concurrence avec des entreprises privées, sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises les entreprises privées». Pour autant nous pouvons constater que les services industriels et commerciaux gérés en régie sont exonérés de taxe sur la valeur ajoutée (Cour de Cassation 14 décembre 1993 sté Guy Couach).

Au niveau du régime social, le Conseil d'Etat juge que «les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées». A ce titre, nous pouvons remarquer que les établissements publics administratifs ne versent pas de cotisations chômage pour les personnels fonctionnaires, et sont exonérés de contribution à l'assurance garantie des salaires.

Selon une logique similaire, les prestations entre personnes publiques ou entre une personne publique et une société d'économie mixte peuvent désormais être soumis aux obligations de publicité et mise en concurrence.

L'arrêt Chambre régionale des comptes Ile-De-France du 01/03/1999, SEM92 renforce la jurisprudence Commune du Piémont de Barr de 1998. Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, avait considéré sous l'influence de la directive 92-50 que si le code des marchés publics ne s'appliquait pas pour un contrat entre une collectivité et un syndicat mixte, ce contrat devait tout de même respecter les dispositions de la directive 92-50.

Plus explicitement, la Chambre régionale des comptes affirme, qu'«aucun texte ne permet à une collectivité territoriale d'attribuer directement, à une société d'économie mixte comme à toute autre société, des marchés publics d'études ou de services, sans aucune application préalable des règles en vigueur de mise en concurrence».

La Chambre régionale des comptes pose donc explicitement la règle selon laquelle les prestations doivent appliquer les règles de mise en concurrence et de publicité qu'elles soient passées entre une personne publique et une personne privée ou entre deux personnes publiques et cela quelque soit la date de conclusion du marché. Solution reprise quelques mois plus tard par le Tribunal des Conflits qui réaffirme que les conventions de prestations de service entre deux entités publiques peuvent être qualifiées de marché public par le juge administratif dès lors qu'elles comportent des clauses exorbitantes du droit commun (tribunal des conflits 5 juillet 1999 - UGAP / SNC)

L'arrêt du Conseil d'Etat du 3 Novembre 2003 UGAP rappelle le principe, en précisant que les contrats passés avant l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics entre deux personnes publiques, doivent respecter la directive service.

La qualité de personne publique n'est donc plus un obstacle à la candidature à un marché public et celles-ci voient leurs relations avec les sociétés d'économie mixte et les associations

bien plus encadrées comme nous allons le voir.

{B- Les sociétés d'économie mixte et les associations transparentes}

Les Collectivités locales font souvent appel au procédé juridique de la société d'économie mixte ou de l'association pour confier la gestion d'un service public. Cependant, cette pratique est strictement encadrée afin qu'elle ne puisse permettre aux collectivités de s'affranchir de l'application du Code des Marchés Publics ou de la loi Sapin du 29 Janvier 1993. Par conséquent, pour pouvoir être partie au contrat une société d'économie mixte ou une association doivent remplir des conditions fondamentales.

Les sociétés d'économie mixte sont tout d'abord limitées au niveau de leur objet et de leurs activités.

En effet, la création d'une société d'économie mixte, qui caractérise en réalité un interventionnisme de la collectivité dans la sphère économique, doit se faire dans un domaine dans lequel on note une carence ou défaillance de l'initiative privée (ex : CRC de Bretagne du 27 Mars 2001).

De plus, une société d'économie mixte ne peut se voir confier de la part de la collectivité que des missions relevant de la compétence de celle-ci.

D'autre part, il ne faut pas passer outre des obligations de publicité et de mise en concurrence, et ceci dans les rapports entre la collectivité et la société d'économie mixte ainsi qu'entre la société d'économie mixte et les prestataires privés.

La Chambre régionale des comptes prend en compte les deux cas de figures, à savoir si la société d'économie mixte avait un mandat ou non.

- Le mandat d'un département à une société d'économie mixte ne décharge pas celle-ci d'effectuer des marchés publics pour ses prestations avec publicité et mise en concurrence
- Même en l'absence de mandat, la société d'économie mixte doit appliquer le code des marchés publics lorsqu'il s'agit de prestation pour le besoin ou l'exécution d'un service public.

L'on voit donc que les obligations de mise en concurrence et publicité s'impose à la société d'économie mixte qu'elle soit titulaire d'un mandat de la collectivité ou non mais à un échelon différent suivant le cas.

En ce qui concerne les marchés publics, si la société d'économie mixte est mandataire de la Collectivité, elle devra respecter le Code des Marchés Publics dans ses relations avec les tiers et dans le cas contraire, le Code des Marchés Publics sera respecté dans les relations entre la société d'économie mixte et la collectivité (CRC Ile De France, 1 mars 1999, SEM 92)

En ce qui concerne les délégations de service public, la Chambre régionale des comptes Ile De France considère qu'il n'est pas nécessaire que la collectivité délègue un service public mais il faut simplement confier une mission d'exécution de service public ou une mission pour satisfaire un besoin de service public pour que la loi Sapin soit appliquée par la société d'économie mixte dans ses relations avec les prestataires privés, qu'elle soit mandataire ou non.

Le démembrement des collectivités territoriales via le recours aux associations est également un procédé que la Chambre régionale des comptes s'efforce d'endiguer. Elle rappelle ainsi, dans l'arrêt CRC de Pays de la Loire du 23 Juin 1997 que « si rien ne s'oppose à ce qu'une association remplisse une mission d'intérêt général, elle doit cependant bénéficier d'une réelle autonomie de moyen et de décision. Ce n'est pas le cas. La délégation d'un service public doit s'inscrire dans un cadre strict auquel il est vain de tenter d'échapper par des montages, faisant appel à des structures de droit privé captive. »

La Chambre régionale des comptes utilise trois éléments pour caractériser une association de « transparente » (CRC Ile de France du 11 Septembre 2001) : la représentation de la Commune dans l'association, l'origine des ressources de l'association, le cadre juridique adapté ou non dans lequel le service public a été confié.

Dans le cas où¹ une association est qualifiée de transparente, la Chambre régionale des comptes indiquera qu'il est nécessaire d'adopter un nouveau mode de gestion (comme une délégation de service public, création d'une régie, etc.).

Il est opportun d'ajouter que lorsque les subventions sont trop importantes, les élus risquent d'être poursuivis pour gestion de fait (CRC Ile de France du 11 Septembre 2001)

CONCLUSION : Récemment de nouveaux critères, dégagés par la juridiction administrative et reprise par les Chambres Régionales des Comptes, sont venus compléter les critères initiaux. Ceux-ci portent essentiellement sur la rémunération du cocontractant et sera développé dans l'exposé suivant.