

Fiche n° 1 - Présentation des principaux contrats de la commande publique

La présente circulaire porte sur les contrats qui suivent :

1. Marchés publics

Au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics (CMP), « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Ils sont également encadrés par le droit communautaire. Certains contrats sont, en raison de leur objet ou de la qualité des cocontractants, exclus du champ d'application des règles des marchés publics, à l'instar des contrats dits « in house » ou de certains contrats d'emprunt.

Remarque : l'article 3-5° prévoit que sont exclus du champ d'application du CMP les "Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve des dispositions du 3°". Cette exception s'interprète strictement : ainsi, seuls les contrats ayant pour **objet exclusif** les prestations mentionnées au 3-5° sont exclus. Il est donc obligatoire d'appliquer le CMP à un contrat dit « global », c'est à dire, affecté à la fois à l'acquisition d'un bien et à la réalisation d'une opération mentionnée à l'article 3-5°.

Pour aider les acheteurs, des documents type sont proposés pour chaque type de marché : les cahiers des clauses administratives générales dits CCAG, (CCAG Travaux, CCAG fournitures courantes et services...).

La distinction entre le marché public et la DSP n'est pas toujours aisée et repose sur la jurisprudence. L'examen doit en premier lieu porter sur l'objet du contrat. En effet, les difficultés de qualification des contrats ne concernent ni les marchés de fournitures, ni les marchés de travaux qui n'entraînent pas d'exploitation de l'ouvrage objet du marché de travaux.

Par ailleurs, il convient de retenir les critères de distinction suivants :

- le risque d'exploitation : lorsque ce risque est porté par la personne publique, le contrat est qualifié de marché public. Cette responsabilité porte sur tous les éléments du risque : juridique, financier, économique....;
- la rémunération du cocontractant : là encore, c'est la notion de risque qui permet la distinction. Il importe de savoir qui assume le risque financier de l'opération : si le prestataire n'est pas substantiellement rémunéré par le résultat de l'exploitation mais par la personne publique, le contrat est qualifié de marché public. En revanche, si la rémunération provient de redevances payées par l'utilisateur, le contrat est qualifié de DSP. L'objectif est de faire peser le risque financier sur le prestataire dans le cadre d'une DSP et sur la personne publique dans le cadre d'un marché public. A titre d'exemple, un

contrat en matière de transports scolaires sera regardé comme une DSP si la rémunération du prestataire est substantiellement liée à la fréquentation du service (CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794), ou, en matière de cantines scolaires, si la fréquentation est susceptible de varier dans des proportions telles que le prestataire puisse être regardé comme assumant un réel risque d'exploitation (CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-Enseignement et Santé*, n° 298641).

Par ailleurs, la notion de service public n'est pas opérante dans la qualification du marché public : si l'opération doit ressortir de la compétence du pouvoir adjudicateur, elle n'a cependant pas, au contraire de ce qui est de rigueur pour une DSP, à revêtir un caractère de service public.

Comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans son rapport de 2007, les marchés publics ont pour objet de procurer aux collectivités publiques les moyens d'assurer l'exécution des services publics dont elles ont la charge. En revanche, le contrat - nommé ou innomé – par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même du service public n'est pas un marché public et, par suite, n'est pas soumis au code des marchés publics.

Cependant, pour confier la gestion d'un service public, le recours au marché public de service n'est pas exclu. Dans ce cas, le contrat sera un marché public qualifié de contrat de gérance.

2. L'accord-cadre

En application de l'article 1^{er} du CMP : « *Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.* »

Il ne s'agit pas d'un marché public. L'accord-cadre peut être mono-attributaire ou pluri-attributaire. Il est conclu pour 4 ans et donne généralement lieu à la passation de marchés dits « subséquents ».

L'objectif est de constituer un vivier d'offres à partir d'une procédure de passation de type appel d'offres lorsque les seuils de procédure formalisée sont dépassés ou lorsqu'aucun minimum n'est prévu. Sous les seuils de formalisation, la procédure peut être celle d'un marché passé selon une procédure adaptée ou tout autre laissée à la discrétion du pouvoir adjudicateur. Les entreprises attributaires seront ensuite choisies au terme d'une procédure de concurrence allégée, pour exécuter une prestation définie par l'accord-cadre.

3. La délégation de service public (DSP)

La **délégation de service public**, prévue aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT est un contrat par lequel une personne morale 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 de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. La notion de DSP a été progressivement définie par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat a précisé que la DSP se caractérisait :

- par « **son objet, portant sur l'exécution du service public** », étant précisé que si ce service public doit pouvoir être délégué, en revanche, les actes afférents à l'organisation même du service public ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation ;
- par le « **mode de rémunération du cocontractant de l'administration** »¹, cette rémunération devant être « **substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service** »².

Ceci suppose que le délégataire assume une part plus ou moins importante du **risque d'exploitation**³. En tout état de cause, il le supporte « substantiellement ».

Les critères de la DSP :

- Existence d'un service public : Le législateur qualifie parfois certains services de service public.

A défaut, la prise en compte de l'intérêt local ou la réalisation d'une mission d'intérêt général ne constituent pas des éléments suffisants pour définir un service public. Doivent également exister une certaine dépendance à l'égard de la personne publique (contrôle de la personne privée de la part de la personne publique) et un régime juridique exorbitant (prérogatives de puissance publique/contrat administratif).

Dans une décision du 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-cité*, le Conseil d'Etat a défini la notion de service public. Une activité est considérée comme un service public en cas :

- d'habilitation législative, ou,
- de mission d'intérêt général + contrôle de l'administration + prérogatives de puissance publique, ou
- de mission revêtant, pour la personne publique, un intérêt général fort + conditions de création, d'organisation et de fonctionnement particulières + objectifs fixés par la personne publique + contrôle par la personne publique de ces objectifs.

Hormis ces cas, une activité, même d'intérêt général, ne saurait être qualifiée de service public pouvant faire l'objet d'une délégation.

- Possibilité de déléguer le service public :

Ne peuvent être délégués : les pouvoirs de police du maire, les soins médicaux pour un établissement public de santé. D'une manière générale, les actes afférents à l'organisation même du service public ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une délégation.

Dans un avis du 7 octobre 1986, le Conseil d'Etat a indiqué que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même.*

En ce qui concerne le service des cantines scolaires, sur lequel le secrétaire d'Etat appelle plus particulièrement l'attention du Conseil, les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves ».

¹ Conseil d'Etat 22 mars 2000, Epoux Lasaulce

² CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, SMITOM Centre-Ouest seine-et-marnais.

³ Conseil d'Etat, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI et conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt SMITOM précité

L'analyse de la jurisprudence montre qu'il est difficile de donner une définition de la notion d'activité qui ne peut être déléguée par nature.

Domaines d'activité les plus courants : ports, autoroutes, traitement des déchets (art. L. 2224-13 du CGCT), distribution de l'eau (art. L. 2224-5 du CGCT) et assainissement (art. L. 2224-7), parcs de stationnement, halles et marchés, restauration scolaire...

Pour les collectivités locales, l'assemblée délibérante doit autoriser le maire à déléguer un service public. (L. 1411-4 du CGCT).

Il doit exister une relation contractuelle entre l'utilisateur du service public et le délégataire : enlèvement des ordures ménagères, abonnement au service de distribution d'eau potable, droit d'entrée à la piscine...

Le contrat qui lie la personne privée au délégataire est de droit privé : il est donc soumis au juge judiciaire (sauf au cas où le délégataire est une personne morale de droit public).

- Rémunération du délégataire substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

Le délégataire assume le risque d'exploitation du service. En effet, il ressort des conclusions des commissaires du gouvernement, dans différentes affaires, que ce qui caractérise le mieux la DSP au regard du marché public, c'est le risque d'exploitation qui doit être assumé par le délégataire (dans le cas où il est assumé par la personne publique, il s'agira, le plus souvent, d'un marché public).

Or, pour mesurer la part du risque assumé par le délégataire, le critère le plus facilement analysable semble être le risque financier. **On considère que le délégataire supporte le risque financier lorsque les résultats qu'il envisage de percevoir lui permettront avant tout d'assurer l'équilibre financier et, à terme, le maintien du contrat pour des impératifs de continuité du service public.**

C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le Conseil d'Etat le 7 novembre 2008 en considérant que, si la rémunération du cocontractant n'est pas liée substantiellement aux résultats de l'exploitation du service, ce qui implique qu'il prenne en charge « *une part significative du risque d'exploitation* », le contrat doit être qualifié de marché public⁴.

Il existe plusieurs types de DSP : la concession⁵, l'affermage et la régie intéressée.

4. Le contrat de partenariat

Le contrat de partenariat est un contrat administratif, global, de longue durée, qui repose sur un partage contractuel et, en principe, équilibré, des risques et des responsabilités entre les partenaires.

⁴ CE, 7/11/2008, n° 291794, Département de la Vendée

⁵ Hors concessions de travaux publics prévues par l'article L. 1415-1 et suivants du CGCT (voir point 1 de la présente circulaire).

Les dispositions applicables sont définies par l'ordonnance du 17 juin 2004, prise en application de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 28 juillet 2008 et par la loi du 17 février 2009.

Le contrat de partenariat permet aux personnes publiques de rémunérer un tiers chargé d'une mission globale : il finance les investissements, réalise la construction/transformation des ouvrages, entretient et assure la maintenance et l'exploitation desdits ouvrages. Il peut être chargé de tout ou partie de la conception de l'ouvrage. Dans certains cas, il peut être chargé de gérer l'équipement nécessaire au service public. Le cas échéant, il peut aussi exécuter d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. La rémunération du tiers est étalée sur toute la durée du contrat. Le recours au contrat de partenariat doit faire l'objet d'une évaluation préalable. Par ailleurs, l'assemblée délibérante de la collectivité locale doit se prononcer sur le principe même de ce recours au regard de cette évaluation.

Afin de satisfaire aux exigences constitutionnelles, le contrat de partenariat ne peut être mis en œuvre que dans le cadre d'une opération complexe ou urgente ou lorsqu'il est démontré que le recours à ce montage est plus avantageux que d'autres types de contrats de la commande publique.

Une opération est complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Une opération est urgente lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ou de faire face à une situation imprévisible. Il importe à ce titre de noter que le Conseil d'Etat, dans sa décision du 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres* (n° 269814), considère que l'urgence résulte « objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ».

Compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, il est possible de recourir au contrat de partenariat si ce recours présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.

5. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

Selon l'article L. 1311-2 du CGCT, une collectivité territoriale, propriétaire d'un bien immobilier (en général, il s'agit d'un terrain ou d'un immeuble que l'on veut transformer ou réaménager), peut le louer à un tiers par le biais d'un bail emphytéotique administratif (BEA). Celui-ci pourra construire un ouvrage sur le domaine public et, éventuellement, ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain, le titulaire du bail bénéficiant de droits réels sur l'ouvrage. Cet instrument juridique peut être utilisé par une collectivité, soit pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence, soit en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une mission de service public. Ce type de contrat se caractérise par une durée comprise entre 18 et 99 ans.

DGCL/CIL1

Date de fraîcheur : 10/09/2010

D'autres types de baux emphytéotiques sectoriels ont été mis en place : le bail destiné à répondre aux besoins du culte, de la police, de la justice ou de l'armée (lois sectorielles : LOPSI, LOPJ) ou le bail emphytéotique Hospitalier (ou BEH : il vise à répondre aux besoins immobiliers des établissements publics de santé. Il concerne les EPS (attention : pas en tant que propriétaires du bien qui fait l'objet du BEA mais en tant que titulaires du BEA), les collectivités locales et certaines structures dotées de la personnalité morale, qui voudraient construire des bâtiments ou équipements affectés à l'exercice de leurs missions).