

MARCHÉS PUBLICS ET AUTRES CONTRATS

Tous les contrats publics ne sont pas des marchés publics

L'administration peut conclure des conventions, qui n'ont pas pour objet de satisfaire ses propres besoins, mais de subventionner des projets, dont elle n'a pas l'initiative.

En outre, la commande publique ne se limite pas aux seuls marchés publics : elle s'étend à tous les contrats qui comportent une commande de travaux, fournitures ou services de la part des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Ces contrats ne sont pas soumis au même régime juridique. Il faut donc les distinguer.

1. Les marchés publics se distinguent des subventions

Les contrats que l'administration conclut avec différents partenaires, notamment des associations, ne sont pas nécessairement des marchés publics. Ils peuvent constituer des conventions d'objectifs régies par le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001, pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques. Ces dispositions imposent la conclusion d'une convention avec tout organisme bénéficiant d'une subvention supérieure à 23 000 euros.

Une subvention est une somme d'argent, attribuée par une collectivité publique à un bénéficiaire public ou privé, afin de soutenir une activité, dont elle n'a pas pris l'initiative, mais qui répond à une compétence lui appartenant ou à un intérêt local. Elle se distingue de la notion de prix versé à un opérateur économique en contrepartie d'une prestation.

Deux critères permettent donc de distinguer la subvention du marché public : l'initiative du projet et l'absence de contrepartie directe.

1.1. L'initiative du projet.

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande de la collectivité publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis. La subvention, en revanche, est destinée à soutenir financièrement une action initiée et menée par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une collectivité publique.

Exemples : une somme d'argent allouée à un comité des fêtes pour l'organisation d'une manifestation réalisée à sa seule initiative et sous sa responsabilité constitue une subvention (*CAA Marseille, 20 juillet 1999, Commune de Toulon, n° 98MA01735*) ou les aides conventionnées accordées par l'Etat aux ateliers et chantiers d'insertion (ACI) dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique de personnes sans emploi.

1.2. L'absence de contrepartie directe.

La collectivité, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire (*CE Section, 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais, n° 88224*).

Cependant, le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences après qu'elle ait défini ses propres besoins (*CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412*).

L'absence de contrepartie de la subvention n'implique, toutefois, pas l'absence de conditions à l'utilisation des fonds pour son bénéficiaire. Dans la mesure où une subvention est subordonnée à un motif d'intérêt général, la collectivité publique peut subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds.

2. Les marchés publics se distinguent des conventions de délégation de services publics.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », définit la délégation de service public comme 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* ».

Trois éléments cumulatifs permettent d'identifier une délégation de service public :

- l'instrument juridique : une convention entre une personne publique et une entreprise ;
- l'objet de la convention : l'exploitation d'un service public ;
- l'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

L'élément financier constitue le critère essentiel de distinction du marché public et de la délégation de service public. Alors que le caractère onéreux d'un marché public réside dans le versement d'un prix par l'acheteur public, en contrepartie de la prestation commandée, la rémunération du délégataire de service public est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

La rémunération est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, lorsque le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794).

3. Les marchés publics se distinguent des concessions de travaux publics.

Les concessions de travaux publics sont régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009. Ce sont « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1^{er}).

La distinction entre concession de travaux publics et marché public de travaux réside dans la contrepartie de la prestation. Le marché de travaux comporte une contrepartie, qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au titulaire. Dans la concession de travaux publics, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage réalisé, soit seul, soit assorti d'un prix.

Ce mode de rémunération implique, de la même façon que pour les délégations de service public, que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage en question. Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché de travaux.

Le concessionnaire de travaux publics assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

4. Les marchés publics se distinguent des contrats de partenariat.

Les contrats de partenariats sont régis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, pour l'Etat et ses établissements publics, repris par le Code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Ce contrat se définit comme un contrat administratif, par lequel un pouvoir adjudicateur « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens matériels nécessaires au service public* ».

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés, au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

5. Les marchés publics se distinguent des autres contrats permettant aux collectivités publiques d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages.

5.1. Le bail emphytéotique administratif (BEA).

5.1.1 Définition du BEA

Le bail emphytéotique est un contrat, régi par l'article L. 451-1 du Code rural, aux termes duquel « *le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction* ».

Le recours à ce type de contrat a été autorisé par le législateur sur les dépendances du domaine public afin de favoriser le financement privé d'ouvrages publics. Le bail emphytéotique administratif permet ainsi à une collectivité publique de concéder un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité.

5.1.2 Conditions de recours au BEA

▪ Pour les collectivités territoriales :

En vertu de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales peuvent y recourir :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de l'accomplissement, pour leur propre compte, d'une mission de service public ;
- soit en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ;
- soit en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ;
- soit, jusqu'au 31 décembre 2010, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours¹.

▪ Pour les établissements publics de santé :

L'article L. 6148-2 du Code de la santé publique précise que le BEA permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public, dont ils sont chargés ;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé, avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Les baux emphytéotiques hospitaliers sont des BEA soumis à des obligations spécifiques quant à leur contenu et à leur mode de passation (Code de la santé publique, art. L. 6148-5 à L. 6148-5-3).

▪ Pour l'Etat et ses établissements publics :

Enfin, l'article 7-I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés permet à l'État et à ses établissements publics de recourir au BEA sur leur domaine public, en vue de la réalisation de logements sociaux.

Dans tous les cas, le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

¹ L'article 33 du projet de loi de programmation et d'orientation pour la performance de la sécurité intérieure, n° 1697, transmise au Sénat le 16 février 2010, prévoit une pérennisation de ce dispositif pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice et de la gendarmerie.

5.2. Les autorisations d'occupation du domaine public.

L'État et ses établissements publics (L. 2122-6 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques), ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements (art. L. 1311-5 et s. du Code général des collectivités territoriales), peuvent délivrer sur leur domaine public, des autorisations d'occupation temporaires, permettant d'accorder à des tiers des droits réels, afin que ces derniers construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou qu'ils louent à la collectivité.

Pour les collectivités territoriales, le recours aux AOT n'est possible qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

Pour l'Etat et ses établissements publics, le droit réel est limité aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre d'occupation.

A l'issue de la période d'occupation autorisée, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier, dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté, deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité.

Pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense, l'article L. 2122-15 du Code de la propriété des personnes publiques permet à l'État de prendre à bail l'ouvrage construit par l'occupant et, le cas échéant, de lever une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les ouvrages édifiés (AOT/LOA). Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

5.3. La vente en futur état d'achèvement (VEFA).

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat, par lequel un tiers construit un ouvrage, dont il revend une partie à l'administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (cf. art. 1601-3 du Code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage, jusqu'à la réception des travaux.

Le juge administratif a jugé que les collectivités publiques peuvent recourir à la Vefa (*CE sect., 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, n° 57679*), mais « *ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque* » :

- a) l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;
- b) l'immeuble est construit pour le compte du pouvoir adjudicateur ;
- c) l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;
- d) l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Le juge considère, dans ces cas, que la personne publique reste maître de l'ouvrage, au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite «loi MOP», et est tenue de passer un marché public.

5.4. Les contrats globaux spéciaux pour les services de l'Etat et les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

Les contrats globaux spéciaux permettent à l'Etat ou aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire, dotées de la personnalité morale publique, de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la construction à l'entretien et la maintenance des ouvrages construits.

Ces contrats, qui permettent un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations par le pouvoir adjudicateur, ne sont pas des « marchés publics » au sens du droit français. Toutefois, ces contrats constituent des marchés publics au sens du droit communautaire. Ils sont assujettis, pour leur passation, aux procédures prévues par le Code des marchés publics.

Les contrats globaux spéciaux concernent les domaines suivants :

- a) les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense (cf. art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : Lopsi) ;

- b) les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur (*art. 3 de la Lopsi*) ;
- c) les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris (*art. 3 de la Lopsi*) ;
- d) les immeubles affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (*art. 3 de la Lopsi*) ;
- e) les établissements pénitentiaires (*cf. art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice : Lopji*) ;
- f) les centres de rétention et les zones d'attente (*cf. art. 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*) ;
- g) les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (*art. L. 6148-7 du Code de la santé publique*).