

Fiche 1

Contexte des contrats administratifs et leurs règles de droit

- **Objectifs:** Comprendre le contexte juridique dans lequel s'insèrent les contrats administratifs, appréhender la distinction entre le droit national et le droit de l'Union européenne
- **Prérequis:** Hiérarchie des normes, Droit administratif, Droit de l'Union européenne
- **Mots-Clefs:** Normes, Sources

1. Contexte spécifique au droit des contrats administratifs

Les contrats administratifs, à tout le moins ses trois grandes formes (marchés publics ; délégations de service public ; partenariats public-privé) s'insèrent dans un contexte particulier. Non seulement ils sont ponctuellement remis en cause puisque, engageant des deniers publics et/ou un paiement par l'utilisateur qui est aussi bien souvent dans la pratique contribuable, ils cristallisent des débats sociaux et sociétaux autour de l'opportunité d'y avoir recours ou du bon usage des deniers publics lorsque le contrat est déjà dans sa phase d'exécution. Mais les normes juridiques qui les prévoient et les encadrent ont aussi tendance à se multiplier de sorte qu'ils deviennent difficiles à manipuler pour le praticien, qu'il ait la qualité d'acheteur public (autorité délégante, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice) ou celle de candidat au contrat ou de prestataire lorsque la procédure de passation est terminée (cocontractant qui peut avoir la qualité de personne morale de droit privé ou de droit public).

À n'en pas douter, la première difficulté vient ici du fait que, à côté d'un droit national pour le moins étoffé, tant grâce aux textes qu'aux précisions apportées dans la jurisprudence, se superposent d'autres règles issues du droit de l'Union européenne.

2. Contrats administratifs et droit de l'Union européenne

Les marchés publics font l'objet d'un encadrement juridique qui dépasse le simple droit national. Représentant environ (année 2014) 17 % du PIB national annuel (soit environ 360 milliards d'euros), ils sont un levier important pour la construction d'un marché économique commun établi par le traité de Maastricht en 1992, déployé depuis jusqu'au traité de Lisbonne entrée en vigueur au cours de l'année 2009. L'enjeu financier qu'ils représentent explique que le droit de l'Union européenne s'est intéressé très tôt à ce montage juridique de l'achat public. Dès le début des années 1990 sont apparues les premières directives européennes visant à encadrer les marchés publics et leur passation (directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 ; directives n° 93/36/CEE et n° 93/37/CEE du 14 juin 1993). La logique initiale a notamment été de créer des seuils financiers pour les marchés publics de travaux, services et fournitures qui, s'ils sont dépassés, entraînent mécaniquement l'application de règles de passation issues du droit de l'Union européenne. L'idée est ainsi de soumettre au droit de l'Union européenne ces marchés publics considérés comme les plus importants, mais aussi de permettre une concurrence d'opérateurs et de candidats qui ne seront donc plus seulement de la même nationalité que l'acheteur public, mais qui pourraient être originaires d'un autre État membre. Ces normes européennes ont par la suite été perfectionnées notamment au cours de l'année 2004 (31 mars) avec deux directives, l'une pour les marchés dits « classiques » (directive n° 2004/18/CE), l'autre applicable aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices pour les activités de réseaux (directive n° 2004/17/CE). Non seulement ces textes ont modifié les seuils financiers rendant applicable le droit de l'Union européenne, mais ils ont aussi permis de compléter la procédure de passation classique des marchés publics (l'appel d'offres) par d'autres procédures (par exemple celle du dialogue compétitif) et de prendre en compte de nouvelles préoccupations (notamment environnementales en permettant de faire du développement durable un critère de sélection entre les différents candidats à ce type de contrats), tout en préservant le principe selon lequel l'acheteur public doit pouvoir choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Bien entendu, les directives européennes ne sont pas les seules dispositions juridiques s'appliquant aux marchés publics. Des règles issues du droit primaire (traités) de l'Union européenne viennent compléter ce premier corpus. Il en découle certains principes essentiels aujourd'hui dans la commande publique : l'obligation de mise en concurrence, de transparence et d'égalité de traitement mais aussi l'interdiction de préférence nationale qui a pour effet de permettre aux opérateurs d'autres États membres de candidater et éventuellement d'obtenir de tels marchés publics. D'ailleurs ces dispositions de droit primaire de l'Union européenne ont longtemps été les seules à s'appliquer aux autres grandes formes

de contrats administratifs connus en France. Ainsi, pour les délégations de service public et les partenariats public-privé, il y avait lieu de considérer que ce droit primaire leur était applicable (à défaut de directive dédiée comme pour les marchés publics) sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 17 décembre 2000, Telaustria Verlags GMBH, n° C-324/98). Certes, les contrats de partenariats public-privé issus de l'ordonnance de 2004, précisée au cours des années 2008 et 2009, sont toujours concernés par ce régime en quelque sorte dérogatoire. Mais les délégations de service public n'échappent plus au droit dérivé (directive) de l'Union européenne. Au début de l'année 2014, une directive dite « concessions » (directive n° 2014-23/UE du 11 février 2014) a été adoptée et doit être transposée en droit national au cours de l'année 2016. Essentiellement calqué sur le droit de l'Union européenne applicable en matière de marchés publics, le droit des délégations de service public est donc en voie d'harmonisation au niveau de l'Union européenne.

3. Contrats administratifs et droit national

Si, depuis une trentaine d'années, l'influence du droit de l'Union européenne est avérée en matière de contrats administratifs, cela ne signifie pas que le droit national a complètement délaissé ce champ juridique. Bien au contraire, il est possible de constater que chaque grande catégorie de contrats administratifs (marchés publics, délégations de service public, partenariats public-privé) a continué à faire l'objet de précisions importantes. Au-delà des décisions jurisprudentielles qui ont permis et permettent encore chaque année d'élaborer toujours un peu plus ces contrats administratifs, le législateur et le pouvoir réglementaire ne sont pas complètement étrangers à l'essor et la construction de la commande publique. Il est d'ailleurs possible, pour chaque type de contrat, d'identifier les principaux textes structurant leur régime juridique.

Les marchés publics ont d'abord connu une codification de grande ampleur en 2001 avant d'être remaniés par le décret du 1^{er} août 2006 pour tenir compte des directives européennes 2004/17 et 2004/18. Les deux dernières directives en date (du 26 février 2014, n° 2014/24 pour les marchés publics dits « classiques » et n° 2014/25/UE pour les marchés publics relatifs aux activités de réseaux) vont nécessiter une nouvelle version du code des marchés publics à l'horizon 2016. En parallèle le décret du 9 décembre 2011 (n° 2011-1853) a introduit un seuil de 15 000 euros HT en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent passer un marché public sans aucune obligation en matière de mise en concurrence et de publicité, l'acheteur public disposant alors d'un libre choix dans les mesures à mettre en œuvre pour passer le contrat. De la même manière, un décret de 2008 (n° 2008-1355 du 19 décembre 2008) prévoit un seuil intermédiaire (entre le seuil de 15 000 euros HT et ceux applicables en

droit de l'Union européenne) pour permettre à l'acheteur public de passer un marché public au terme d'une procédure adaptée.

Pour les délégations de service public, il y a lieu de distinguer entre les règles générales applicables à tous les contrats recevant ce qualificatif et celles qui sont sectorielles et qui viennent s'ajouter, selon les cas, aux règles générales. Au titre des règles générales, et au-delà encore une fois de celles issues de jurisprudences rendues par le juge administratif, on relèvera la loi Sapin du 29 janvier 1993 (n° 93-122) qui sans être exclusivement adoptée pour ces contrats fixe le cadre moderne à la passation et à l'exécution des délégations de service public. Au même titre, le décret du 14 mars 2005 (n° 2005-236) précise toutes les informations qui doivent être communiquées annuellement à l'autorité déléguante par son délégataire. À ce sujet, la directive concessions de 2014 (préc.) vient fixer un nouveau cadre général pour ces contrats qui sera précisé lors de sa transposition au cours de l'année 2016. À côté de ces règles générales, plusieurs textes sectoriels ont été adoptés. Il en est ainsi par exemple de la loi Barnier de 1995 (n° 95-101 du 2 février 1995) dont le champ d'application impacte les délégations de services publics de l'eau, de l'assainissement, des déchets et ordures ménagères. Il en est de même par exemple pour le décret du 13 décembre 2006 (n° 2006-1595) modifiant le décret du 22 décembre 1959 (n° 59-1489) modifiant le régime des délégations de service public de casinos.

Enfin, concernant les contrats de partenariats public-privé, les règles applicables sont dans l'ensemble plus récentes puisqu'il s'agit du dernier né de la commande publique. À partir de l'ordonnance de 2004 (n° 2004-559 du 17 juin 2004), le législateur a modernisé ce régime au cours de l'année 2008 (loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008) et apporté des précisions financières au cours de l'année 2009 (loi n° 2009-179 du 4 février 2009).

4. Contrats administratifs et agencement des règles de droit

La superposition des règles de droit nationales et au niveau de l'Union européenne peut faire un doute sur leur mise en œuvre simultanée. L'un prime-t-il sur l'autre? Peuvent-ils se concurrencer?

Le doute n'est pas possible et les réponses à ces questions sont évidentes. Partant du principe que le droit de l'Union européenne s'impose en droit interne et bénéficie d'une place supérieure, dans notre hiérarchie des normes, à la loi, aux textes réglementaires et *a fortiori* aux décisions des juridictions administratives, le droit national applicable aux trois grandes catégories de contrats administratifs doit respecter les règles issues du droit de l'Union européenne. Ainsi le code des marchés publics ne peut introduire une disposition permettant de contourner l'interdiction de la préférence nationale prévue par le droit primaire (traité) et dérivé (directives) de l'Union européenne (exception faite de certains

cas comme pour les marchés publics conclus en matière de défense nationale pour des raisons évidentes). De la même manière, la directive concessions de 2014 devra être respectée lors de sa transposition en droit national. Pour ce qui est des partenariats public-privé, et à défaut de textes de droit dérivé dédié au niveau de l'Union européenne, les grands principes de la commande publique prévus dans le droit primaire et rappelés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'appliquent pleinement.

Une fois cette supériorité affirmée, il faut enfin noter que, en deçà du champ d'application des règles du droit de l'Union européenne (par exemple en dessous des seuils fixés par des directives), le droit national peut librement prévoir les règles applicables tant que celles-ci ne sont pas contraires aux principes guidant la construction du marché économique commun de l'Union européenne.

CAS PRATIQUE

Une commune souhaite passer un marché public de fourniture en matière de bureautique (postes informatiques, imprimantes, cartouches d'imprimerie...) pour un montant de 435 000 euros TTC. Ce marché comprendrait en outre une prestation de service d'un montant de 12 000 euros TTC supplémentaires par an pour l'entretien, la mise à jour des postes et le dépannage. Elle se demande quelle est la nature de son contrat et, pour la passation de celui-ci, quelles règles juridiques s'appliquent. Elle envisage enfin d'avoir un recours à un avocat, grâce à un marché public de services de 8 000 euros TTC par an, pour défendre ses intérêts et lui réaliser des consultations. Elle s'interroge là aussi sur les règles applicables.

SOLUTION

En ce qui concerne le premier marché public, il s'agit d'un marché public de fourniture même si celui-ci comprend une partie de services, eu égard à sa nature dominante. Son montant (435 000 euros TTC et 12 000 euros TTC/an), qui dépasse le seuil d'application du droit de l'Union européenne (207 000 euros HT), explique que la passation de ce contrat imposera des mesures de publicité à la fois nationales et européennes sur le fondement de la directive 2004/18/CE (la directive marché public de 2014 n'étant pas encore transposée). Pour le second marché public, de services, la faiblesse de son montant permet une passation sans mise en concurrence et publicité (seuil de 15 000 euros HT issu du décret du 9 décembre 2011), la commune pouvant choisir librement les modalités de passation du contrat.

Fiche 2

Distinction des trois grands contrats administratifs

- **Objectifs**: Comprendre les éléments de distinction des contrats administratifs, Cerner les éléments stratégiques du choix de la forme du contrat, Appréhender la notion de risque
- **Prérequis**: Notion de contrats administratifs, Contexte et diversité des règles applicables
- **Mots-Clefs**: Risque, Rémunération, Forme juridique

1. Importance de la distinction

La fiche précédente a permis de cerner, à partir du contexte juridique général, que les textes applicables diffèrent entre les trois grandes formes de contrats, mais aussi au niveau national et européen. En conséquence, les règles applicables à la passation, l'exécution et à la fin de chaque forme de contrat administratif diffèrent selon qu'il s'agisse d'une délégation de service public, d'un marché public ou d'un contrat de partenariat public-privé¹. Il est donc incontournable de connaître les éléments distinctifs de ces trois grandes formes de contrats administratifs afin de déterminer, selon la situation donnée, les règles applicables à la décision de l'acheteur public. Or, la distinction ne paraît toujours pas aussi évidente et permet, à tout le moins, de laisser perdurer des confusions dans la pratique de la commande publique.

2. Distinction marché public / délégation de service public

L'article 1 du code des marchés publics définit ces derniers comme des « *contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux,*

1. La notion de partenariat public-privé englobe à la fois les contrats de partenariats public-privé soumis à l'ordonnance de 2004 et à la loi de 2008 (préc.) et celle de PPP institutionnels qui renvoient à des montages plus complexes de la commande publique. Ces derniers ne sont pas étudiés dans le présent ouvrage.

de fournitures ou de services». À la différence, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit les délégations de service public comme des contrats par lesquels « *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 aux résultats d'exploitation* ».

Dans le premier cas, les marchés publics, le contrat permettrait le paiement d'un prix par l'acheteur public qui aurait donc une incidence indirecte sur le contribuable (« *contrat conclu à titre onéreux par le pouvoir adjudicateur* »). Dans le second, la délégation de service public, le contrat confierait le risque d'exploitation au délégataire / au cocontractant qui doit alors se rémunérer en voyant confier le service (« *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* »).

En réalité, cette distinction quelque peu simpliste a été remise en question (CE, 30 juin 1999, SMITOM Centre Ouest et Marnais, n° 198147) après quelques années d'application (CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune du Lambesc, n° 168325). Le juge administratif a en effet pu considérer en 1999 qu'un contrat pouvait être qualifié de délégation de service public alors même que la part majoritaire de sa rémunération ne provenait pas de l'exploitation du service public, et donc des usagers, mais d'un prix payé par l'autorité délégante. Selon lui le risque était constitué même si seulement 30 % des recettes du délégataire provenaient de l'exploitation du service public. Il est même allé plus loin en 2008 (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794) en considérant que cette part pouvait même être résiduelle (en l'espèce 20 %). Il prend soin à cette occasion de préciser qu'aucun seuil n'existe pour apprécier la rémunération « *substantiellement liée aux résultats d'exploitation* ». En réalité, il apparaît et ressort de ces jurisprudences que la délégation de service public est, au-delà des modalités de rémunération, un contrat qui doit permettre de transférer au délégataire le risque de l'exploitation, alors que dans un marché public le cocontractant ne doit pas l'assumer en principe eu égard au prix payé par l'acheteur public.

À noter enfin que le droit national et le droit de l'Union européenne n'ont pas la même approche du risque. Les dernières jurisprudences du Conseil d'État (en particulier, CE, 11 août 2009, Société Maison Comba, n° 303517) laissent entendre que le délégataire doit obtenir du contrat le remboursement des investissements qu'il finance de sorte que le risque qu'il lui est transféré porte sur le fait d'obtenir ou non une marge nette bénéficiaire. À l'inverse, le droit de l'Union européenne (point 21) du postulat de la directive concessions 2014 (préc.) considère que le risque porte aussi sur l'offre et la demande de sorte que le délégataire peut subir, par le fait de l'exécution du contrat, des pertes. La transposition de la directive concessions imposera des modifications du droit national.

3. Distinction délégation de service public / contrat de partenariat public-privé

La distinction entre la délégation de service public et le contrat de partenariat public-privé est sans doute plus aisée à réaliser. L'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales définit le contrat de partenariat comme un contrat administratif par lequel «une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la construction, ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages [...] ainsi que tout ou partie de leur financement [...]. Le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat». Le contrat de partenariat public-privé donne donc lieu au financement d'investissements par le titulaire du contrat (le partenaire) qui se rembourse et obtient une marge bénéficiaire en facturant des loyers à l'acheteur public et, éventuellement, en assurant pour partie ou complètement l'exploitation du service public (le paiement des usagers venant alors en complément des loyers versés par l'acheteur public). Non seulement le risque est essentiellement assumé par l'acheteur public, mais, en sus, le partenaire bénéficie durant le contrat de droits plus étendus sur les biens qu'il finance pour l'acheteur public (le rachat au moyen de loyers versés par l'acheteur permettant en quelque sorte de transférer progressivement la propriété sur les biens). Par ailleurs, le régime juridique des contrats de partenariats public-privé ne prévoit pas, comme pour certaines délégations de service public (de l'eau, de l'assainissement, des déchets et ordures ménagères, des casinos qui ne peuvent, sauf dérogation, dépasser 20 ans), de durées contractuelles plafonnées en fonction du secteur d'activités.

4. Distinction marché public / contrat de partenariat public-privé

À partir des définitions déjà évoquées, il est possible de distinguer les marchés publics des contrats de partenariats public-privé. Les premiers consacrent l'idée que, une fois les réalisations effectuées par le cocontractant, le pouvoir adjudicateur doit en payer le prix. Il s'agit là d'une règle essentielle des marchés publics : le paiement après service fait (exception faite d'avances qui peuvent être convenues à la marge entre l'acheteur public et son cocontractant). À la différence, les contrats de partenariats public-privé prévoient un paiement échelonné du partenaire dont les modalités sont librement définies dans le contrat au moment de son élaboration par les parties (mensuels, trimestriels, annuels).