Question / Réponse

Délégataire de service public et soumission au code polynésien des marchés publics

Question

Les délégataires de service public sont-ils soumis au code polynésien des marchés publics ?

Réponse

C'est la qualité d'acheteur public qui conditionne l'application du code polynésien des marchés publics (CPMP).

Cette qualité ne concerne en principe que des personnes publiques limitativement énumérées au CPMP (1). Par exception, certaines personnes privées peuvent se voir tenues d'appliquer le code lorsqu'elles sont mandataires d'un acheteur public soumis au code polynésien des marchés publics (2). La qualification de mandataire ne peut toutefois être reconnue au délégataire de service public (3).

1) LES PERSONNES PUBLIQUES AYANT LA QUALITÉ D'ACHETEUR PUBLIC

L'article LP 121-1 du CPMP rappelle que les acheteurs publics soumis audit code sont des personnes publiques dont il dresse une liste limitative.

Il s'agit de :

- La Polynésie française
- Les établissements publics de la collectivité quelle que soit leur nature
- Les communes
- Les établissements publics communaux
- Les EPCI et syndicats mixtes.

Aussi, si le délégataire de service public est une de ces personnes publiques, il dispose de la qualité d'acheteur public et la passation des marchés nécessaires à la réalisation des travaux ou aux acquisitions prévues dans le cadre de l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée est effectivement soumise au code polynésien des marchés publics.

2) LES PERSONNES PRIVEES SOUMISES AU CODE POLYNESIEN DES MARCHES PUBLICS

En principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du CPMP (Guide des bonnes pratiques pour la passation des marchés publics, p 10).

Le deuxième alinéa de l'article LP 121- 1 réserve toutefois l'hypothèse où une personne privée serait mandataire d'une personne publique soumise au code. Dans ce dernier cas, la personne privée est tenue, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, de respecter les dispositions du CPMP.

3) DISTINCTION ENTRE MANDATAIRE ET DELEGATAIRE

3.1 le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant

Le contrat de mandat est *« un procédé juridique par lequel la personne agit pour le compte et au nom d'une autre de sorte que l'acte accompli par le représentant produit directement ses effets sur la tête du représenté ».*

Il a donc pour objet de confier, à titre principal, une mission de représentation du mandant. Reposant sur la logique représentative, tout doit se passer comme si c'était le mandant lui-même, et non le mandataire, qui était intervenu.

C'est donc le mandant qui sera lié par les contrats conclus par le mandataire et qui verra sa responsabilité engagée à l'égard des tiers pour tous les actes accomplis par le mandataire dans les limites de son mandat.

Aussi, puisque c'est le mandant qui est censé avoir conclu le contrat passé en pratique par le mandataire, ce dernier devra respecter les règles de passation auxquelles est tenu le mandant, même si le mandataire n'y est, habituellement, pas assujetti. C'est ce qu'exprime la règle d'origine jurisprudentielle posée par le deuxième alinéa de l'article LP 121-1.

Tel n'est pas le cas du délégataire.

3.2 Le délégataire agit pour son propre compte

La convention de délégation de service public tel que définie par l'article 1er de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 applicable aux délégations de service public de la Polynésie française et ses établissements, reproduit dans des termes identiques par l'article 1er de la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 applicable aux délégations de service public des communes et de leurs établissements publics, se caractérise par deux éléments :

- Un élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Ce mode de rémunération implique, en principe, que le prestataire prend en charge le risque financier de l'exploitation du service et non l'autorité délégante ;
- Un élément matériel, c'est-à-dire son objet : la gestion d'un service public.

A la différence du mandat, la délégation n'a donc pas pour objet de confier une mission de représentation mais la responsabilité de la gestion d'un service public « aux risques et périls » du délégataire, ce qui suppose que ce dernier dispose d'une suffisante autonomie et des responsabilités suffisamment étendues.

Ces caractéristiques empêchent de regarder le délégataire comme un simple mandataire de la collectivité. La juridiction administrative a ainsi estimé , au vu des critères permettant d'identifier l'existence d'une délégation de service public, que la convention confiant à un tiers une mission de service public comportant la réalisation d'un ouvrage et son exploitation pendant toute la durée de la convention et dont la rémunération est assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation, est une délégation de service public dans le cadre de laquelle le délégataire ***« agit pour son propre compte et non pour celui de la collectivité délégante en concluant des marchés avec des tiers »*** (CE 17 juin 2009, Sté anonyme d'économie mixte nationale Bibracte req. n° 297509).

De même, le Conseil d'Etat, rappelant *« (qu') un contrat conclu entre personnes privées est en principe un contrat de droit privé »*, sauf *« dans le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique »* (comme un mandat), a estimé qu'un marché passé par une SEM pour l'exécution de missions confiées par une convention de délégation de service public revêtait un caractère de droit privé, la SEM agissant en qualité de délégataire, le contrat conclu par la SEM doit être regardé comme conclu **« *pour son propre compte* »** (CE du 7 mars 2005 Société Seco-Rail req. n° 271289).

*Pour plus d'informations, vous pouvez consulter « **le guide des bonnes pratiques pour la passation des marchés publics** », disponible sur le site LEXPOL, Espace marchés publics, à l'adresse suivante :*

https://lexpol.cloud.pf/LexpolMarchesPublics.php, rubrique :