

## 2 - LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC ?

La définition des marchés publics figure à l'article LP 122-1.

### 2.1. UN MARCHÉ PUBLIC EST UN CONTRAT

L'article LP 122-1 du CPMP indique que les marchés sont des **contrats** consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique et définissant à leur charge des obligations réciproques.

Une décision unilatérale par laquelle une personne impose une obligation à une autre ou obtient d'elle une prestation ne peut être un marché. A titre d'exemple, les réquisitions des moyens humains et matériels des entreprises dans le cadre pour les maires de l'exercice de leur pouvoir de police administrative générale (article L. 2212-2 du CGCT).

Il convient cependant de ne pas s'arrêter aux apparences c'est-à-dire aux qualifications retenues par les personnes en cause, mais d'apprécier la nature exacte du lien qui unit celles-ci. A titre d'exemple, l'octroi d'une subvention par une décision unilatérale mais prévoyant en contrepartie de son octroi, la réalisation de travaux au profit de la collectivité pourrait être qualifié de contrat de marché public (cf. 2.2.2.2).

L'objet du marché, qui précise le besoin de la personne publique, est un élément fondamental qui doit être défini avec précision.

Les marchés publics passés par la Polynésie française et les communes ainsi que par leurs démembrements respectifs ont le caractère de contrats administratifs<sup>4</sup>

### 2.2. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU À TITRE ONÉREUX

#### 2.2.1. L'existence d'une contrepartie

Le marché public est conclu « à titre onéreux » ce qui se traduit le plus souvent par le paiement d'un prix consistant en une somme d'argent versée par la personne publique en contrepartie de prestations réalisées à son profit.

Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut résider dans la rétribution du contractant par d'autres formes de contre parties ne générant aucune dépense effective à la charge de la personne publique. Il peut s'agir de :

- Une rémunération en nature telle que la mise à disposition gratuite de terrain appartenant à la collectivité<sup>5</sup>.
- Une rémunération par un tiers résultant d'un abandon par l'acheteur des recettes nées à l'occasion de l'exécution d'un marché. A titre d'exemple, a été regardé comme un prix l'abandon des recettes liées à l'organisation d'un festival de musique confiée à une entreprise de spectacle<sup>6</sup>. De même, ont été regardés comme des « avantages à titre onéreux », l'autorisation d'exploiter à des fins publicitaires des mobiliers urbains et l'exonération du paiement d'une redevance d'occupation du domaine en contrepartie des prestations de fourniture, d'installation et d'entretien dudit mobilier<sup>7</sup>. Un contrat confiant à des huissiers de justice le soin de procéder au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, sans dépense directe de l'Etat alors que le cocontractant de

<sup>4</sup> cf. article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) dans sa rédaction applicable en Polynésie française telle qu'issue de la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 « Les marchés passés par l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les îles Wallis et Futuna ou par leurs établissements publics respectifs ainsi que ceux passés par les provinces, les communes et les groupements de communes de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française ou par leurs établissements publics respectifs » ont le caractère de contrat administratif.

<sup>5</sup> Cour administrative d'appel de Paris 19 mars 2013, req. 11PA01978.

<sup>6</sup> CE 23 mai 2011 Commune de Six-Fours-les-Plages req. 342520

<sup>7</sup> CE 4 novembre 2005 Sté Jean-Claude Decaux, req. n° 247298



l'administration est rémunéré par les frais de recouvrement réglés par le débiteur ou le condamné, est une prestation de service pour le compte de l'Etat avec une contrepartie constituée par un prix (CE 26 septembre 2012, n° 359389 GIE groupement des poursuites extérieures).

**Attention :** Le contractant ne peut librement encaisser les sommes en cause que si les recettes perçues sont la contrepartie de son activité commerciale. Lorsque les recettes générées peuvent être regardées comme des « recettes publiques »<sup>8</sup>, l'autorisation donnée au contractant de percevoir de telles recettes doit reposer sur une disposition normative et respecter les principes de la comptabilité publique.

Pour les communes et leurs établissements publics, ceux-ci ne peuvent, sauf dans le cas où la loi l'autorise spécifiquement, décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques en application de l'article L.2343-1 du CGCT applicable localement<sup>9</sup>.

Pour la Polynésie française et ses démembrements, la compétence exclusive du comptable public s'oppose de la même manière à l'encaissement de recettes publiques par des tiers (article 76 de la délibération n° 95-205 AT du 23 novembre 1995), étant toutefois précisé que le Pays pourrait aménager la rigueur de ce principe dans les conditions précisées par le Conseil d'Etat<sup>10</sup>.

## 2.2.2. Le caractère onéreux du contrat joue un rôle prépondérant pour distinguer le marché public de la délégation de service public ou des subventions

### 2.2.2.1. Les marchés publics se distinguent des délégations de service public

L'article LP 1 de la LP 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics dispose « [qu']une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, sous son contrôle, 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 de l'exploitation du service ».

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

- L'instrument juridique : une convention entre personne publique et une personne publique ou privée ;
- L'objet de la convention : la gestion 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.

Lorsque « la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'un service », le contrat ne peut être qualifié de marché public. La liaison de la rémunération, pour une part substantielle, qui peut ne pas être majoritaire<sup>11</sup>, aux résultats d'exploitation entraîne la qualification de délégation de service public.

Le caractère « substantiel » de la rémunération assurée par les résultats de l'exploitation doit être apprécié, non d'un point de vue quantitatif, mais, au regard de l'aléa financier qui caractérise, traditionnellement, le

<sup>8</sup> Sur la distinction entre recettes commerciales et recettes publiques, cf. CE sect. 6 novembre 2009, n° 297877, Sté Prest'action à propos d'un marché de services autorisant le contractant à percevoir les recettes issues de la commercialisation des encarts publicitaires dans un bulletin municipal et conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis, « si le contrat a pour objet de » faire exécuter une recette », pour employer ses termes, c'est-à-dire de percevoir le produit d'une créance existante, alors une disposition d'habilitation est nécessaire. Si en revanche le contrat a pour objet de faire naître une recette par l'action du cocontractant alors, la disposition n'est pas nécessaire car le produit perçu n'est pas destiné ou affecté à un organisme public autrement que par le truchement du contrat ».

<sup>9</sup> En droit national, les dispositions des articles L. 1611-7 et suivants du CGCT issues de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 sont venues fixer le cadre dans lequel les collectivités territoriales métropolitaines peuvent confier des mandats en matière de recettes et de dépenses publiques en métropole. Elles n'ont pas été étendues en Polynésie française à la date d'édition de ce guide.

<sup>10</sup> CE avis n° 393209 du 16 mai 2017

<sup>11</sup> CE 30 juin 1999 SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais)

contrat de délégation de service public. Un tel lien est reconnu dès lors que le contrat fait peser sur le contractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation<sup>12</sup>.

### 2.2.2.2. Les marchés publics se distinguent des subventions

Tout contrat ou tout acte par lequel une personne publique verse une somme d'argent ne sera pas nécessairement un marché public.

Il pourra s'agir d'une subvention c'est-à-dire « une aide financière donnant lieu à des versements financiers » destinée à « soutenir l'activité générale » ou « la réalisation d'une action ou d'un programme d'actions du bénéficiaire »<sup>13</sup> en faveur d'une personne publique ou privée.

Cependant, certaines subventions peuvent parfois dissimuler en réalité un marché public. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence administrative a défini des critères de distinction permettant de différencier la subvention du marché public.

⇒ *L'initiative du projet.*

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

⇒ *L'absence de contrepartie directe*

La collectivité, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire. Lorsque l'administration bénéficie de prestations destinées à répondre à un besoin qu'elle a exprimé et que le versement effectué peut être regardé comme leur contrepartie, ce versement constitue un prix, quelle que soit la qualification qui lui est donnée par les parties : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché<sup>14</sup>.

### 2.2.2.3. Les marchés publics et les autres contrats

Ne sont pas des marchés publics, les contrats qui excluent une rémunération du cocontractant et se caractérisent, au contraire, par le versement, par celui-ci, d'une redevance ou d'un prix à l'administration. C'est le cas des contrats d'occupation du domaine public, des ventes de biens domaniaux ou encore des offres de concours<sup>15</sup>.

## **2.3. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU AVEC UN OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE PUBLIC OU PRIVE**

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique.

### **2.3.1. Qu'est-ce qu'un opérateur économique ?**

L'article LP 121-1 du code dispose que le cocontractant de l'acheteur doit être un opérateur économique, c'est-à-dire une entité, qui offre sur le marché la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services<sup>16</sup>.

Les contrats qui sont passés avec des entités n'exerçant pas une activité économique échappent à cette qualification.

<sup>12</sup> CE 7 novembre 2008 Département de la Vendée, req. 291794

<sup>13</sup> Cf. articles LP 1 et LP 3 de la loi du pays n° 2009-15 du 24 août 2009 définissant les conditions et critères d'attribution des aides financières et d'octroi de garanties d'emprunt aux personnes morales autres que les communes

<sup>14</sup> CE 23 mai 2011 Commune de Six-Fours- les-plages précité

<sup>15</sup> L'offre de concours est un contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir, gratuitement, une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation de prestations).

<sup>16</sup> La définition de l'opérateur économique figure à l'article LP 122-3.

Lorsque la nature de la mission confiée au contractant et les conditions d'exercice de celle-ci ne revêtent pas un caractère économique, le contrat à conclure peut être attribué sans mise en concurrence préalable<sup>17</sup>.

Cette exception devrait connaître des applications très limitées.

En droit national, celle-ci a essentiellement connue des applications pour certaines prestations d'actions sociales<sup>18</sup> ou pour certaines activités de prestations de conseil et d'assistance juridique accomplis par l'Etat au profit des collectivités dans le cadre de l'exercice de sa mission de garant de la légalité.<sup>19</sup>

### 2.3.2. L'opérateur économique peut être public ou privé

Il n'existe pas en principe d'exception générale aux règles de publicité et de mise en concurrence qui serait fondée sur un critère organique et qui reviendrait à réserver un traitement de faveur aux contrats conclus entre deux personnes publiques. Ces contrats qui donnent lieu à l'accomplissement d'une prestation rémunérée sont donc soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>20</sup>.

La conclusion d'un marché public peut donc se faire tout aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique. La candidature d'une personne publique a toutefois été progressivement encadrée par la jurisprudence administrative.

### 2.3.3. Les règles régissant la candidature publique

#### 2.3.3.1. Condition de l'admission d'une candidature d'une personne publique

Une personne publique peut candidater à l'attribution d'un marché public à la condition que cette candidature réponde à **un intérêt public** c'est-à-dire qu'elle doit constituer « *le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission* ».

#### 2.3.3.2. Modalités de présentation de la candidature

Une fois que la candidature a été admise dans son principe, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et le droit de la concurrence. La personne publique qui soumissionne, devra être en mesure de justifier, si nécessaire par la production « de documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié » :

- que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat,
- qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens (subventions directes par exemple) qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public<sup>21</sup>.

Ainsi, la candidature de l'Institut géographique national, établissement public à caractère administratif de l'Etat a été regardée comme n'étant pas de nature à fausser la concurrence, dès lors que :

---

<sup>17</sup> Le Conseil d'État a jugé que les collectivités publiques peuvent ne pas passer un marché public « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel » (CE 6 avril 2007 Commune d'Aix en Provence).

<sup>18</sup> CE, Assemblée 23 octobre 2003 avis numéro 369.315 association Jean-Moulin.

<sup>19</sup> CE Assemblée 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris n° 275331.

<sup>20</sup> CE 20 mai 1998 n° 188239 Communauté de communes de Piémont de Barr

<sup>21</sup> CE Avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants, req. n° 222208 : à, propos de la candidature de l'IGN établissement public à caractère administratif à une procédure de marché relatif au renouvellement du système d'information géographique lancée par le district de l'Agglomération dijonnaise ; CE, Ass. 30 décembre 2014 Société Armor SNC, req. 355563.

- son régime fiscal est comparable à celui des entreprises privées lorsqu'il accomplit des activités entrant en concurrence avec des entreprises privées,
- il justifie au moyen d'un document établi à partir de sa comptabilité analytique des conditions d'établissement de son prix.