

3 - LE CONTRAT EST-IL EXCLU DU CHAMP D'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS ?

Certains contrats, bien que répondant à la définition de marché public, sont exclus du champ d'application du code. Ces exclusions sont énumérées aux articles LP 123-1, LP 123-2 et LP 123-3.

3.1. LES EXCLUSIONS A RAISON DE LA QUALITE DE L'OPERATEUR

3.1.1. Les contrats de quasi-régie (article LP 123-1-I et A 123-1 et A 123-2)

Il n'y a de marché que conclu entre deux personnes juridiquement distinctes. Réciproquement, une personne publique ne peut en principe passer une commande à une autre personne publique, qu'en la mettant en concurrence dans le cadre de la conclusion d'un marché.

Il est cependant des cas où deux personnes morales distinctes entretiennent des relations si étroites qu'on peut les assimiler à deux services relevant d'une même personne.

L'exception de quasi-régie procède de l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre une personne publique et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale est placée sous son étroite dépendance et constitue un simple prolongement administratif de celle-ci.

Aux termes de l'article LP 123-1, pour que les relations entre ces deux personnes relèvent du contrat « in house », trois conditions cumulatives doivent être réunies :

3.1.1.1. Un contrôle « analogue »

L'acheteur exerce sur le contractant, le cas échéant de façon conjointe avec d'autres acheteurs publics, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

La notion de contrôle analogue est précisée par l'article A 123-1. Ainsi, un acheteur public « *est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* ».

L'exercice d'un contrôle analogue sur la structure par l'acheteur impose **une analyse au cas par cas des modalités d'organisation ou de fonctionnement de la structure**. Le « contrôle » renvoie à l'idée de direction et doit se traduire par un lien de dépendance institutionnelle très fort. Certains indices peuvent être considérés comme décisifs, comme par exemple :

- la désignation de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou de direction²² de l'entité contrôlée ou du dirigeant par l'acheteur public ;
- l'absence d'autonomie de l'entité contrôlée dans son fonctionnement et son activité notamment les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu et leur tarif.

La composition du conseil d'administration d'un grand nombre d'établissements publics de la collectivité prédispose ces derniers à la reconnaissance d'un contrôle analogue (beaucoup d'établissements publics disposent d'un conseil d'administration composé quasi-exclusivement de membres du gouvernement ou désignés par le conseil des ministres), mais une analyse des textes institutifs demeure toutefois incontournable.

L'article LP 123-1 dispose que le contrôle peut être exercé conjointement par plusieurs acheteurs publics. Il en est ainsi lorsque plusieurs d'entre eux participent conjointement à la création d'une structure leur permettant d'assurer en commun la mise en œuvre d'une mission de service public. Tel peut être le cas

²² CAA Paris 30 juin 2009 n° 07PA02380 Ville de Paris

dans le cadre d'une association créée à l'initiative de plusieurs personnes publiques²³, d'un groupement d'intérêt public²⁴ ou d'organismes à capital exclusivement public, comme les sociétés publiques communales (SPL dont la création est désormais autorisée par l'article L. 1864-1 du CGCT).

Dans les sociétés à capital entièrement public comme les SPL réunissant au moins deux acheteurs publics, la condition de contrôle analogue est remplie lorsque chaque acheteur participe tant au capital qu'aux organes de direction de la structure créée²⁵.

La participation d'un acheteur aux organes de direction peut toutefois être exercée de manière indirecte, une même personne pouvant aux termes du a) de l'article A 123-1 du code représenter plusieurs acheteurs publics. Tel est le cas par exemple lorsqu'il est fait application du mécanisme de l'assemblée spéciale prévu par l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales²⁶ (CGCT) pour la représentation des communes membres d'une société publique communale.

3.1.1.2. Le cocontractant est un opérateur dédié

Cette condition sera remplie si le contractant réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre de l'exécution de tâches confiées pour le ou les acheteurs qui le contrôlent ou au profit d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes acheteurs.

Doivent ainsi comptabilisés dans le pourcentage d'activités réalisées par l'entité dédiée non seulement les tâches confiées par l'acheteur qui la contrôle, mais également les tâches confiées par d'autres personnes morales que l'acheteur contrôle.

A titre d'exemple, les tâches réalisées par un EPIC de la Polynésie française à son profit, remplissant la condition de contrôle analogue, mais également celles qu'il accomplit au profit d'EPA également contrôlés par la Polynésie française devront être prises en compte pour l'appréciation de ce pourcentage.

La part des activités effectuées au profit d'autres personnes ne doit donc pas représenter plus de 20% de ses activités.

L'article A 123-2 précise que le pourcentage d'activité de 80% réalisé par l'entité dédiée doit être déterminé en tenant compte du chiffre d'affaires total moyen sur les trois derniers exercices comptables précédant l'attribution du contrat. Lorsque les éléments tirés du chiffre d'affaires sur les 3 dernières exercices ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents en raison de la date de création de la structure ou la date de début de ses activités, le calcul doit se baser sur une estimation vraisemblable pouvant résulter des projections d'activité.

Dans l'hypothèse particulière où plusieurs autorités publiques détiennent l'organisme contrôlé, l'activité à prendre en compte est celle que l'entité réalise avec l'ensemble des acheteurs publics et non avec tel ou tel acheteur public.

²³ CE section, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence : Est un prestataire in house, l'association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence qui réunit les conditions suivantes :

- créée par l'Etat, une région, un département et une commune
- objet statutaire exclusif : programmation et organisation du festival international d'art lyrique
- CA : 15 membres dont 11 désignés par les collectivités publiques
- Ressources : pour moitié constituées de subventions + autres aides (mise à disposition de locaux + garantie d'emprunt).

CE section 01 07 2016 Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée
Est un prestataire in house, l'association centre art et de culture de marne la vallée :
Créé par le syndicat et l'Etat pour gérer le centre d'art

- Objet statutaire : réalisation de mission de SP
- AG et CA comprenant majoritairement des représentants de l'Etat du SAN et d'autres personnes morales de droit public
- Financement essentiellement d'origine publique, la part des recettes liées aux résultats d'exploitation du centre étant comprise entre 14 et 22%.

²⁴ A titre d'exemple, est un prestataire in house **un GIP** créé à l'initiative de plusieurs établissements hospitaliers et un syndicat inter hospitalier dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leur propre service CE 4 mars 2009 Syndicat national des industries d'information et de santé.

²⁵ CE 6 novembre 2013, n° 365079 Commune Marsannay-la-Côte.

²⁶ Selon ce mécanisme, les collectivités ne pouvant être directement représentées au conseil d'administration d'une SPL en raison de leur faible participation au capital peuvent se regrouper en assemblée spéciale et bénéficier collectivement d'au moins un siège au CA.

3.1.1.3. Les capitaux privés

Le cocontractant ne comporte pas, en principe, de participation directe de capitaux privés

Les participations directes de capitaux privés pourront toutefois être admises dès lors que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- Les capitaux privés ne doivent conférer aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions de l'entité ;
- Ces formes de participations de capitaux privés sont requises par loi ou une réglementation locale ;
- L'actionnaire privé ne peut exercer une influence sur l'entité contrôlée.

La question de savoir si cette hypothèse permettrait de faire bénéficier les sociétés d'économie mixte locales de l'exception des contrats de quasi-régie n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence administrative. La doctrine administrative, quant à elle, sur la base de dispositions équivalentes en droit national, s'oppose sur cette question²⁷.

3.1.2. **L'octroi d'un droit exclusif**

Cette exclusion, prévue par l'article LP 123-1-II ne concerne que les marchés de service

Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle le cocontractant de l'acheteur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.

En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services.

Trois conditions doivent être réunies pour que cette exception puisse jouer :

1° L'existence d'un texte qui constitue le fondement du droit exclusif

L'application du code ne peut être écartée que si le droit exclusif dont bénéficie le prestataire découle d'une disposition légalement prise. Le droit exclusif résulte nécessairement d'un texte législatif ou réglementaire. Le texte, lorsqu'il attribue le droit, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de l'activité doivent également être précisément définis.

2° L'antériorité du droit exclusif

Ce droit doit être antérieur au marché. Il ne peut être accordé simultanément, c'est-à-dire par le contrat lui-même.

3° La qualité de la personne attributaire du droit exclusif

Le cocontractant de l'acheteur public passant le marché doit lui-même avoir la qualité d'acheteur public soumis au code polynésien des marchés publics (ex : un EPIC).

A titre d'exemple, l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) de Polynésie française bénéficie du monopole de droit sur les réseaux et services de téléphonie fixe et le service postal (art D 112-6 et D 212 -9 du code des postes et télécommunications).

3.2. **LES EXCLUSIONS A RAISON DE L'OBJET DES MARCHES**

En application de l'article LP 123-2, sont également exclues du champ d'application du code des marchés publics :

⇒ les contrats d'acquisition ou de location de biens immobiliers, notamment de bâtiments existants, ou de droits réels sur ces biens.

Attention : les contrats passés avec des tiers mandataires, tels que des agences immobilières, sont, en revanche, des contrats de services soumis au code des marchés publics ;

²⁷ Voir notamment les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, Direction des affaires juridiques.

- ⇒ les contrats de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L.211-1 du code monétaire et financier ;
- ⇒ les contrats d'emprunt ;
- ⇒ Les marchés de services de recherche et développement pour lesquels l'acheteur public n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation,
- ⇒ les marchés qui ont pour objet d'achats d'œuvres ou d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité ou de collection²⁸ ;
- ⇒ les contrats de services relatifs à la conciliation ;
- ⇒ Les marchés passés dans le domaine des télécommunications ouvert à la concurrence et qui ont principalement pour objet de permettre l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public et la fourniture au public des services de télécommunications.

Il résulte, en outre, de la jurisprudence que sont exclus du champ d'application du code les marchés conclus et exécutés entièrement à l'étranger²⁹.

3.3. LES CONTRATS METTANT EN OEUVRE UNE COOPERATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS

3.3.1. Les contrats de coopération « public-public » prévus par l'article LP 123-3-2°

Les personnes publiques peuvent accomplir les tâches d'intérêt public qui leur incombent par leurs propres moyens, administratifs, techniques et autres, ou en collaboration avec d'autres personnes publiques.

Conformément à l'article LP 123-3-2°, une coopération peut être établie entre plusieurs acheteurs publics pour l'atteinte d'objectifs communs en lien avec leurs missions de service publics. Sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière, ces acheteurs peuvent coopérer en dehors de toute obligation de publicité et de mise en concurrence dès lors que leur coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général.

3.3.1.1. Réalisation de missions de services publics avec des objectifs communs

La coopération public-public doit avoir pour objet d'assurer conjointement la réalisation de missions de services publics en vue d'atteindre des objectifs communs.

Les acheteurs doivent établir ou mettre en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

La mission d'intérêt général doit être commune aux personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doive participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération. Une attribution unilatérale d'une tâche par un acheteur à un autre ne saurait être regardée comme une coopération. L'un des acheteurs ne doit ainsi pas pouvoir être considéré comme un donneur d'ordres et l'autre comme un prestataire.

3.3.1.2. La « coopération public-public » n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général

La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public.

²⁸ La commande de réalisation d'une œuvre d'art est soumise au code polynésien des marchés publics.

²⁹ CE, 4 juillet 2008, société Colas Djibouti, n 336028.

Les conditions de mise en œuvre de la coopération, notamment les transferts financiers entre les personnes publiques, ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale. Ainsi, alors même que les acheteurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle. La coopération doit révéler une collaboration authentique, même si elle implique « des droits et obligations réciproques ».

Les coûts et frais de gestion résultant de la coopération doivent présenter un caractère raisonnable par rapport aux pratiques du marché. Un coût qui serait égal ou supérieur aux coûts d'une entité privée pourrait ainsi laisser penser que l'acheteur public agit comme un prestataire réalisant une activité commerciale pour les besoins d'une personne publique, et non comme une entité publique dans le cadre de sa mission d'intérêt public. Plus généralement, la coopération ne peut impliquer des transferts entre les partenaires publics autres que ceux correspondant au remboursement des frais réellement encourus pour les travaux/services/fournitures.

A titre d'exemple, une convention de partenariat conclue entre plusieurs communes pour la mise en place et la mutualisation des services d'incendies et de secours par laquelle chacune contribue par la mise à disposition de moyens humains, matériels et financiers afin d'assurer la couverture opérationnelle des services d'incendies et de secours de leur territoire relève de cette exception.

Le juge administratif a pu considérer qu'une convention d'entente conclue entre collectivités territoriales au sens des dispositions de l'article L. 5221-1 du CGCT n'est pas soumise aux règles de la commande publique dès lors que cette entente ne permet pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques au profit de l'autre (*CE 3 février 2012, Commune Veyrier-du-Lac req. 353737*).

3.3.2. Les autres hypothèses de coopération entre personnes publiques

Il s'agit pour l'essentiel des hypothèses de coopération envisagées par la loi organique statutaire, tel est le cas :

- a) des concours techniques apportés par la Polynésie française aux communes ou à leurs groupements en application de l'article 54 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;
- b) des conventions en matière de réalisation d'équipements collectifs ou projets d'équipements collectifs et en matière de gestion de services publics conclues en application de l'article 55 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;
- c) aux concours apportés par l'État et par les organismes ou établissements publics métropolitains mentionnés à l'article 169 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.