

La note 28 - juin 2001

44bis, rue Pasquier - 75008 Paris • téléphone : 01.42.93.35.25 •
télécopie : 01.42.93.35.28 • mél : courrier@cabinet-comptes.com ;
site : www.cabinet-comptes.com • s.a.r.l. au capital de 45.000 €
d'expertise comptable et de commissariat aux comptes • région
Paris et Île-de-France • R.C.S. de Paris • S.I.R.E.N.E. : 394.245.443 •

Juin 2001

NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET SEML

Les principes de passation des contrats des SEML

La pratique distingue habituellement, dans les contrats conclus par les SEML (sociétés d'économie mixte locales) :

- Les contrats d'amont qui sont passés entre les SEML et les collectivités territoriales et qui permettent à ces sociétés d'exercer leur activité. Il peut s'agir de mandats (de la loi « MOP » ou relevant d'un autre texte), de conventions d'aménagement (les concessions d'aménagement devenues, depuis la loi « SRU », des conventions publiques d'aménagement ou bien encore de conventions privées d'aménagement), de concessions de service public ou même encore de prestations de services.
- Les contrats d'aval qui sont passés entre la SEML et ses fournisseurs pour mener son activité, par exemple : les marchés avec les entreprises ou les bureaux d'études pour la réalisation des opérations dont elles ont la charge, la location ou l'achat des bureaux, des photocopieurs...

Comme les SEML sont à la fois publiques et privées, elles sont soumises, pour la passation de leurs contrats, à des règles précises.

Les contrats d'amont

Les contrats entre les SEML et les collectivités territoriales qui sont les « donneurs d'ordres » sont soumis, selon leur nature, à différentes formalités de passation et d'exécution.

- Dans de très nombreux cas, les SEML peuvent contracter avec les collectivités territoriales en toute liberté.
- C'est le cas pour les contrats d'aménagement, qu'il s'agisse des conventions privées ou publiques d'aménagement (anciennement les conventions et les concessions d'aménagement).
- Avec le nouveau code des marchés publics, tous les contrats de mandats confiés à une SEML entrent désormais dans cette catégorie (mandats de la loi « MOP », de la loi « Hoguet » ou du code de l'urbanisme pour les opérations d'aménagement).
- Dans d'autres cas, les SEML (ou les collectivités territoriales) ne sont obligées que d'accomplir des formalités tenant au prix. Il en va tout spécialement ainsi pour ce qui concerne les acquisitions immobilières des SEML qui sont l'objet d'un avis préalable du service des domaines (décret n° 86-455 du 14 mars 1986).
- Lorsque le contrat prend la qualification de « délégation de service public », il ne peut être conclu (quoique librement) qu'après des formalités de publicité et selon une procédure fixée par la loi « Sapin ».
- Dans certains contrats enfin, les SEML fournissent aux collectivités territoriales des prestations qui sont considérées comme relevant normalement du secteur marchand. Elles entrent alors en concurrence avec d'autres entreprises privées et les contrats relèvent pleinement du code des marchés publics ; la SEML n'est alors qu'une entreprise comme les autres. Tel est notamment le cas des prestations de services informatiques (les SEML informatiques) ou des études d'urbanisme ou d'aménagement (sous réserve de la loi « SRU » : voir article joint).

Le nouveau code des marchés publics qui est issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 apporte quelques innovations, il est vrai limitées, à ce dispositif.

- Les mandats sont expressément écartés des dispositions de ce code (article 3, 7°). Et il faut préciser que cette exclusion vaut pour tous les mandats, quel que soit leur fondement juridique.

- Les prestations fournies par les SEML aux collectivités territoriales (à condition qu'elles ne s'inscrivent pas dans un mandat) sont, en revanche, soumises au code des marchés publics. Il ne s'agit pas là d'une nouveauté. Notons cependant que l'article 3, 1° du nouveau code prévoit que n'est pas un marché public le contrat passé avec une entreprise dont la personne publique assure le contrôle. Si, véritablement, l'on considère que les SEML relèvent de ce cas, alors les contrats conclus avec elles échapperaient au code des marchés publics. Mais l'on se souvient que le Conseil constitutionnel avait cassé une disposition de la loi « Sapin » qui prévoyait que les SEML seraient exclues des règles de passation des délégations de service public au motif d'une atteinte à la concurrence. Ce point est donc à suivre.

Les contrats d'aval

Les contrats que les SEML concluent avec différentes entreprises pour exécuter les missions dont elles sont chargées par les collectivités ou qui leur sont propres répondent aussi à des contraintes de publicité et de passation. L'on peut, en gros, distinguer deux cas.

- Si la SEML agit en qualité de mandataire d'une personne morale de droit public qui est, elle-même soumise aux contraintes du code des marchés publics, elle doit alors respecter et appliquer les règles qui valent pour le mandant.
- Si la SEML agit pour son propre compte, elle reste néanmoins soumise à des obligations de publicité et de passation pour certains marchés. Cette obligation a un double fondement.
 - Elle découle d'abord de la réglementation européenne transposée en droit français par la loi de 1991, étant donné que les SEML ont des organes de gestion composés, en majorité, de personnes publiques.
 - Elle a également été imposée par la loi « Sapin » de 1993 pour certains contrats des SEML.

Dans ce domaine, le nouveau code des marchés publics n'apporte pas les précisions attendues, sauf de façon limitée.

- Il est désormais certain que les SEML qui agissent en qualité de mandataire d'une personne soumise à ce code devront en faire application lorsqu'elles agissent en son nom et pour son compte. Si le principe existait déjà et était même inscrit dans d'autres textes (comme la loi « MOP »), il est répété à l'article 2-I-2°.
- Pour ce qui concerne les obligations découlant de la loi de 1991, le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune précision sur les marchés des SEML.

Rappelons que la situation actuelle est la suivante :

Objet du marché	Seuils en FRF	Obligations
Fournitures Services	< 1.300.000 H.T.	Néant
	> 1.300.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence
Travaux	< 32.700.000 H.T.	Néant
	> 32.700.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence

Dans le nouveau code des marchés publics, des obligations sont imposées aux acheteurs lorsque les marchés dépassent certains seuils : ces obligations portent sur l'émission d'un avis de pré-information et sur un appel à la concurrence à l'échelle européenne. Ces obligations sont résumées dans les tableaux ci-dessous.

Avis de pré-information

Objet du marché	Seuils	Commentaires
Fournitures ou services	€ 750.000 H.T.	À adresser en début d'année en évaluant les produits ou services susceptibles de marchés dans les 12 mois.
Travaux	€ 5.000.000 H.T.	À adresser dans les meilleurs délais.

Avis d'appel à la concurrence

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Publication
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures Services	< 130.000	< 200.000	non
	> 130.000	> 200.000	oui
Travaux	< 130.000	< 200.000	non
	> 130.000	> 200.000	non
	> 5.000.000		oui

S'agissant des obligations imposées par la loi « Sapin » de 1993, l'on distingue deux catégories de SEML : celles exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux et les autres.

- Pour les SEML de construction et de gestion de logements sociaux, l'ensemble de leurs contrats sont soumis à des règles de publicité et de passation (à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 13 mars 1998 qui a cassé les restrictions de l'article R. 433-5 du CCH consistant à réserver ces mesures aux seuls contrats relatifs à des logements aidés par l'État).

Objet du contrat	Seuils en FRF et T.T.C.	Procédure
Tous	< 700.000	Libre
	> 700.000	Appel d'offres Marché négocié (cas limités)

- Pour les SEML autres que celles exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux, les mêmes règles s'appliquent mais seulement pour les contrats suivants :

- S'ils portent sur des travaux, des études ou de la maîtrise d'œuvre ;
- S'ils sont conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les SEML en leur nom ou pour le compte de personnes publiques.

Le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune précision sur le sort à réserver à ces contrats conclus par les SEML. Il faudra, sans doute, attendre la parution d'autres décrets.

Comptes

