
L'arrêt du 19 octobre 2001 apporte un éclairage intéressant sur la portée de la loi du 11 décembre 1992 et de la directive 93/38 dans le secteur des transports, et plus particulièrement des tramways.

Il porte sur la passation d'un marché pour la fourniture et l'entretien de rames de tramway à un syndicat intercommunal de transports urbains. La question était celle de savoir si l'avis d'appel à concurrence devait comporter l'indication des modalités de financement ; la réponse dépendait de la directive applicable : si c'était la directive sur les marchés publics de services (92/50) la mention n'était pas exigée, si c'était la directive sur les marchés dans les secteurs spéciaux (93/38), elle l'était.

L'arrêt tranche en faveur de l'application de la directive 93/38.

Un doute pouvait exister parce que l'entité adjudicatrice a en charge à la fois la réalisation de l'infrastructure de transport et l'exploitation du service. Le doute ne vient pas de la lecture des textes français ; l'article 392 de l'ancien code des marchés publics mentionne au nombre des secteurs spéciaux l'« exploitation de réseaux destinés à fournir un service public » (l'article 82 du nouveau code ayant substitué au service public la destination au public), ce qui peut correspondre à l'exploitation de **l'infrastructure** de transport.

Mais, la transposition est imparfaite et le Conseil d'Etat éclaire le code des marchés publics par la directive 93/38.

En matière de transports la directive 93/38 donne une définition très particulière de la notion de réseau: « en ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un Etat membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service ».

Il s'en déduit que la notion de réseau ne s'applique qu'au transport lui-même, au service et non à l'exploitation de l'infrastructure. Une entité qui a pour seule mission de mettre à la disposition de transporteurs des capacités de transport n'exploite donc pas un réseau au sens de la directive et ses marchés n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 93/38.

Mais, très souvent, et, notamment dans la présente espèce, c'est la même entité qui est compétente pour gérer l'infrastructure et pour exploiter le service. En pareil cas, la solution qui découle de la directive est simple dans son principe, même si elle l'est moins dans l'application : la directive ne s'applique pas aux marchés « que les entités adjudicatrices passent...à des fins autres que la poursuite » d'une des activités relevant des secteurs spéciaux. Si un marché est passé pour la réalisation et l'exploitation de l'infrastructure, il ne relève donc pas de la directive 93/38.

Sans viser expressément cette disposition, le Conseil d'Etat en fait application, mais de manière constructive. Il juge, en effet, que :

« le marché envisagé par le syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération toulonnaise a pour objet la constitution du réseau de transport, préalable nécessaire à son exploitation ; qu'à la date à laquelle la procédure de passation du marché a été engagée, le syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération toulonnaise était responsable de l'exploitation du réseau ; qu'ainsi le marché envisagé par ce syndicat est un marché de services relevant du secteur des transports ».

En fin de compte, le marché relève de la directive 93/38 parce que l'entité adjudicatrice gère à la fois l'infrastructure et le service et parce que par son objet le marché intéresse l'exploitation.

Le rattachement à l'activité d'exploitation de réseau résulte, selon l'arrêt, de ce que le marché intéresse « la constitution du réseau de transport, préalable nécessaire à son exploitation ». Est-ce à dire que les marchés relatifs à la réalisation des voies ferrées et des haltes, préalables tout aussi nécessaires au fonctionnement du service que l'achat des rames, relèvent aussi de la directive 93/38 ? La formulation de l'arrêt n'est pas en ce sens, car les travaux d'infrastructure constituent un préalable à l'exploitation, mais ne portent pas sur la « constitution du réseau de transport », dès lors que le réseau est le service.

Le marché en cause portait à la fois sur la fourniture de matériel roulant et sur l'entretien dudit matériel ; dès lors que la valeur des services de maintenance dépassait celle de la fourniture des rames, le marché est un marché de services (art. 379 de l'ancien code). Il en résulte que l'avis d'appel à concurrence devait comporter les mentions indiquées par le modèle d'avis annexé à la directive 93/38, en l'absence de l'arrêté ministériel prévu à l'article 380 de l'ancien code des marchés publics (pour une solution identique : voir CE 27 juillet 2001 Compagnie générale des eaux, ACCP, n°5, p.--) puisque le modèle d'avis qui figure en annexe de la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications comporte une mention n° 13 : « Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent », mention qui ne figure pas dans le modèle annexé à la directive 92/50.