

## SUR LA SUBDELEGATION DE SERVICE PUBLIC

L'avis rendu par le Conseil d'Etat le 8 Juin 2000 au sujet des cessions de marchés et délégations de service public a focalisé l'attention des commentateurs sur la cession de contrats, les conduisant à négliger quelque peu la question des subdélégations, pourtant fort importante dans la pratique.

Dans beaucoup de domaines, en effet, il est fréquent, pour ne pas dire habituel, que le délégataire confie à une autre entreprise une partie de l'exécution du service public, avec l'autorisation du délégant.

Ainsi, on voit les sociétés concessionnaires d'autoroutes confier à des entreprises spécialisées la gestion des aires de services, les communes concessionnaires de plages confier à des sociétés privées la gestion des plages, les chambres de commerce concessionnaires de ports confier à des tiers la gestion de ports de plaisance, Gaz de France, concessionnaire de transport de gaz encore pour quelques mois, confier à des filiales de la société Total Fina la gestion de certains réseaux, des concessionnaires de réseaux de chauffage urbain charger une société spécialisée de la mission de maîtrise d'ouvrage incorporée à la concession, etc..., etc...

Pourtant, dans la pratique, la notion de subdélégation est loin d'être bien identifiée.

La confusion la plus fréquente est celle qui est commise entre la subdélégation et le marché de travaux ou de services du délégataire. Ainsi, dans un arrêt récent, le Tribunal des Conflits n'a pas hésité à qualifier de contrat de « *sous-traitance* » les marchés conclus entre

une société concessionnaire d'un parc de stationnement souterrain et l'entreprise qu'elle avait chargé de réaliser les travaux de construction de ce parc de stationnement (cf. T.C., 17 Décembre 2001, société rue Impériale de Lyon) ; ce faisant, le Tribunal des Conflits a négligé la qualité de maître d'ouvrage du concessionnaire, ce qui aurait dû exclure la qualification de sous-traité puisque les contrats entre les concessionnaires et les entreprises qu'il choisit sont des contrats principaux ; il s'agit de marchés conclus par le concessionnaire.

La qualification comme sous-traité ne peut être appliquée qu'aux contrats par lesquels le concessionnaire confie une mission identique à la sienne.

En effet, « *le sous-traité peut être défini de manière générale comme le contrat par lequel une personne confie à un tiers l'exécution d'une partie du contrat dont elle est elle-même titulaire* » (André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé « *Traité des contrats administratifs* », Tome II, page 12). Le sous-traité constitue un sous-contrat, c'est-à-dire « *une convention secondaire qui, conclue après une convention principale sur laquelle elle est par nature calquée, relativement à tout ou partie de l'objet de celle-ci mais entre l'une des parties originaires et un tiers* » (vocabulaire juridique Henri Capitant). Dans ces conditions, un contrat n'est une subdélégation que s'il présente les mêmes caractéristiques que le contrat de délégation lui-même, c'est-à-dire s'il a pour objet de confier l'exécution du service public ou d'une partie de celui-ci moyennant une rémunération qui est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. Il n'y a, à cet égard, aucune différence à faire entre la notion de sous-traitance et celle de subdélégation, la subdélégation est tout simplement la sous-traitance appliquée à la délégation de service public, sous-traitance qui est, évidemment, soustraite à l'empire de la loi du 31 Décembre 1975 qui ne s'applique qu'aux contrats d'entreprises, ce qui ne vise pas les contrats de délégation de service public.

On ne voit pas non plus de différence à faire avec « l'affermage de concession » qui est pratiqué en matière de concession de transport de gaz (voir le décret du 15 Janvier 1952 approuvant le cahier des charges type, article 21) et, parfois, en matière de concession d'autoroute. Dans ces cas, le concessionnaire conserve directement les missions relatives à l'infrastructure mais il subdélègue la gestion du service.

Cette conception simple et logique de la subdélégation a été reprise récemment par un avis du Conseil d'Etat relatif aux sous-concessions autoroutières, qui a considéré que les gérants d'aires de services sont subdélégataires des sociétés d'autoroutes dans la mesure où ils sont chargés au moins pour une partie de leurs activités d'une mission de service public et rémunérés par les résultats de l'exploitation.

La subdélégation doit également être distinguée de la situation, beaucoup plus exceptionnelle, de co-concession. On sait que par un avis de la section de l'intérieur du 19 Décembre 1995 (EDCE 1995, n° 47 p. 430), le Conseil d'Etat a admis qu'une commune peut confier une concession à deux concessionnaires distincts, chargés, l'un de réaliser des ouvrages, l'autre de les exploiter moyennant le versement d'une partie des redevances au constructeur. En ce cas, les deux co-concessionnaires sont placés à égalité, ils sont tous deux liés directement à la collectivité délégante et, par conséquent, aucun sous-contrat ne peut être identifié.

Les textes relatifs à la convention de délégation de service public ne comportent aucune règle relative à la conclusion des subdélégations, mais, la jurisprudence a, depuis longtemps, apporté un certain nombre de précisions.

En premier lieu, comme en matière de cession et comme en matière de sous-traitance des marchés publics, la sous-concession, seule présente en la matière, doit être autorisée par la collectivité publique et cela à peine de nullité (voir Laubadère et autres, « *Traité des contrats* », n° 816).

Comme dans le cas de cession encore, la question a été posée de la soumission d'une subdélégation à la procédure prévue par la loi du 29 Janvier 1993 ; il s'est trouvé au moins un Tribunal Administratif pour juger que la sous-concession d'un port de plaisance par une société d'économie mixte concessionnaire devait être précédée d'une procédure de publicité et de concurrence (voir T.A. de NICE, 7 Décembre 1999, Etablissements Alain Marine, BJDCP, n° 10, p. 204). Cette solution qui n'est, d'ailleurs, aucunement motivée, est tout à fait contestable aussi bien au regard du texte législatif, qui ne soumet à procédure que les délégations des personnes publiques, qu'au regard des principes jurisprudentiels. En effet, tout comme l'autorisation de cession de contrat apporte à la collectivité publique des garanties suffisantes, l'autorisation de sous-traiter lui fournit la garantie que le subdélégataire sera à même d'exécuter les missions qui lui sont confiées. Dans le cas de subdélégation, la collectivité publique est, même encore mieux protégée que dans l'hypothèse de cession, puisque le contrat de sous-concession n'entraîne pas la disparition du concessionnaire, qui reste seul lié à la collectivité et seul responsable envers elle de la bonne exécution du contrat de délégation de service public, sans qu'aucun lien existe entre le délégant et le subdélégataire.

Mais, la solution du Tribunal Administratif de Nice qui semble être contredite la section des travaux publics du Conseil d'Etat dans son avis de 2002 relatif aux contrats conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroutes ; selon le Conseil d'Etat, dans la mesure où les sociétés concessionnaires sont des personnes morales de droit privé, les contrats qu'elles concluent en vue de l'exploitation des aires de service ne sont pas soumis à la loi du 29 Janvier 1993.

Ce principe de non soumission est cependant assorti de nombreuses exceptions.

En premier lieu, il faut faire la réserve du cas où le délégataire est lui-même une personne publique ; la passation du contrat de subdélégation est alors soumise aux dispositions de la loi du 29 Janvier 1993, dès lors que, comme on l'a vu, la subdélégation et la délégation ont la même nature juridique. Cependant, le délégataire qui subdélègue applique les règles qui lui sont propres et non celles qui valent pour le délégant : ainsi un département concessionnaire de l'Etat, qui subdélègue la gestion d'un aéroport va faire application des règles du Code Général des Collectivités Territoriales, alors qu'une chambre de commerce concessionnaire d'une collectivité locale, si elle subdélègue une mission de service public va, en tant qu'établissement public rattaché à l'Etat, faire application des règles définies par la loi du 29 Janvier 1993 pour l'Etat.

De plus, dans le cas où la subdélégation porte sur la réalisation de travaux et où le délégataire est un pouvoir adjudicateur, doivent être accomplies les formalités de publicité prévues par la directive n° 93-38 transposée par la loi du 3 Janvier 1991.

En dehors des règles de passation du contrat, le régime juridique de la subdélégation comporte également quelques règles de fond, qui ont pour objet de limiter l'étendue de la subdélégation.

Aucun principe d'interdiction des subdélégations totales n'a été formulé par la jurisprudence, à la différence de ce qui est prévu par la réglementation en matière de marchés publics ; cela s'explique par l'inutilité d'un tel principe car une subdélégation totale serait qualifiée de cession. En effet, il a été jugé que constituait une cession de concession un contrat conclu entre le concessionnaire de distribution électrique et un tiers, qui prévoyait que le concessionnaire restait tenu d'installer les lignes et postes de transformation, son co-contractant étant chargé d'établir les branchements, d'entretenir et surveiller le réseau : ce contrat « *transfère l'exploitation totale de la distribution aux abonnés puisque l'ensemble de ces exploitations constitue en réalité le service public* » (Cass. Ch. Civ., 3 Mai 1924, Sirey 1924.I.65, note Achille Mestre). La même solution a été admise dans le cas inverse où le concessionnaire a confié entièrement à une autre entreprise le soin d'établir le réseau (Cass, Ch. Req., 12 Novembre 1935, Revue des Concessions 1936 p. 347). Plus récemment, a été assimilée à une cession la convention par laquelle un concessionnaire de gaz avait donné ses installations à bail (C.E., 22 Février 1967, Société du Gaz de Nogent l'Artaud, Rec. p. 87).

Il n'est pas certain que le Conseil d'Etat reprendrait à son compte ces solutions jurisprudentielles ; on ne saurait exclure qu'il considère que le sous-traité par lequel le sous-délégataire se décharge totalement ou presque en totalité de sa mission est illicite, car, en

pareil cas, le co-contractant n'est plus véritablement délégataire du service public mais seulement une sorte de garant de l'exécution du service par un tiers.