

Marchés publics : des transports scolaires sous tension



Le 15 janvier dernier, au Novotel Paris-Bercy, l'ANATEEP organisait son 5^{ème} Séminaire national, consacré cette année à la sécurisation des marchés publics de transport scolaire. Dans un contexte d'activisme judiciaire préoccupant ces derniers mois, de nombreux recours ont conduit les juridictions administratives à casser tout ou partie des marchés de transport scolaire.

Dans son discours d'ouverture, Jean-Claude Frécon, Président de l'Anateep, accueille la centaine de participants, représentant 36 départements, dont 24 issus de conseils généraux, 5 de communautés d'agglomération, 2 syndicats mixtes, l'association AGIR, regroupant les réseaux indépendants des groupes. Côté opérateurs, outre la FNTV, l'association Réunir le transport interurbain, regroupement de PME, était présente. Enfin, les structures départementales de l'Anateep étaient au nombre de 11. Bref, tous les protagonistes du débat étaient bien là !

REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

Jean-Claude Frécon rappelle tout d'abord le contexte. Toutes les autorités organisatrices de transport sont régulièrement confrontées à la passation des appels d'offre pour sélectionner les futurs opérateurs privés qui seront amenés à assurer les transports collectifs de personnes sur leur territoire de compétences. Les transports scolaires sont assujettis au code des marchés publics, depuis que le Conseil d'Etat (Préfet Bouches-du-Rhône), en 1996, a quasiment exclu la possibilité de recourir à une délégation

«De nombreux référés précontractuels ont ainsi conduit des tribunaux administratifs à casser tout ou partie des marchés de transport scolaire»

de service public (DSP) pour les déplacements d'élèves. Certaines et certains se souviennent sans doute encore, du moins pour ceux qui étaient déjà "aux affaires", de la vive incompréhension de ces autorités organisatrices ayant tant bien que mal mis en œuvre, dès 1993-1994, leurs délégations de service public (DSP) conformément à la loi Sapin... pour devoir les transformer peu de temps après en marchés publics de transport scolaire ! Une situation si simple qu'elle contraignit le ministère des transports à produire une cir-

culaire, la circulaire du 19 mars 1998 relative aux règles applicables aux conventions de transports publics réguliers de personnes (MELTT 98/7 du 25 avril 1998. Non publiée au J.O), qui précisait les modalités concrètes et pratiques de passation des marchés.

Ainsi, depuis la fin des années 1990, les autorités organisatrices de transport ont recours aux marchés publics négociés. On croyait que "tout était bien dans le meilleur des mondes possibles". Mais voilà, une récente évolution de la jurisprudence (Conseil d'Etat, Syndicat EGF-BTP et autres. 9 juillet 2007) vient remettre en cause cette possibilité de négociation. Pour le Conseil d'Etat, la version 2006 du code des marchés publics ne respectait pas la lettre de la directive européenne "marchés publics", en assimilant la «mise à disposition d'un réseau» à «l'exploitation confiée à un tiers». Ce qui signifie que, confier un service de transport scolaire à un transporteur, en application de l'article 7-II de la LOTI, revient à conclure un «marché de service

classique» dans l'esprit de la directive européenne. Les implications d'un tel revirement dans l'analyse juridique des marchés sur les pratiques constatées partout en France sont très importantes, tant dans leur ampleur administrative de

suivi des contrats que financière par leur impact sur le montant des offres. Jean-Claude Frécon note qu'un tel revirement juridique se combine à un environ-



nement « d'activisme judiciaire » particulièrement intense constaté ces derniers mois. De nombreux référés précontractuels ont ainsi conduit des tribunaux administratifs à casser tout ou partie des marchés de transport scolaire (Gard, Hérault, Dordogne, Manche, Lot-et-Garonne, Var, le Conseil d'Etat ayant donné satisfaction à la Vendée le 8 novembre dernier,...), mais tout cela pour des motifs les plus divers. Ce qui a d'ailleurs récemment conduit la section "contentieux" du Conseil d'Etat [arrêt Smirgeome du 3 octobre 2008] à tenter d'encadrer plus fortement le recours au référé précontractuel.

UN CADRE JURIDIQUE EN CONSTRUCTION

Michèle Hourt-Schneider, Sous-Directrice de la commande publique, de la Direction des affaires juridiques au Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, établit ensuite le cadre juridique applicable pour les marchés de transport scolaire. Elle prévient très vite : « Si la situation est difficile pour vous ; elle est difficile pour nous qui devons rédiger la réglementation... et l'expliquer. Nous avons au préalable négocié avec les instances communautaires. Et c'est sur cette base européenne, qui a été arbitrée, que nous sommes amenés à rédiger la réglementation natio-

nale. Depuis quelques années, celle-ci évolue fortement. Depuis 2001 en particulier, il y a eu plusieurs réformes du code des marchés publics, qui ont été inspirées par des consignes et/ou des objectifs qui ont varié dans le temps. [...] La liberté d'appréciation laissée aux différents acheteurs a commencé à susciter du contentieux, des recours. Les juridictions, restées relativement à l'écart de ce domaine jusque là, ont commencé à être saisies, à prendre des décisions allant un peu dans tous les sens. Le Conseil d'Etat a peu à peu cadré ces décisions, en s'investissant chaque jour davantage dans ce domaine des marchés publics et des délégations de service public (DSP). Ainsi les juridictions administratives et le Conseil d'Etat ont été peu à peu amenés à compléter ce que les textes ne disaient plus, en faisant évoluer des concepts traditionnels sur lesquels on pensait pouvoir s'appuyer. On ne le peut plus aujourd'hui, compte tenu de l'évolution constante de la jurisprudence. Cela explique certaines surprises, certains revirements de jurisprudence du Conseil d'Etat, comme celui de 2007 concernant les DSP. Ce sont des revirements tels que, non seulement la jurisprudence vient compléter la réglementation qui n'imposait jusque là rien de précis, mais interprète aussi des textes conformes aux directives européennes [...]. Ainsi, en ma-

Ainsi les juridictions administratives et le Conseil d'Etat ont été peu à peu amenés à compléter ce que les textes ne disaient plus, en faisant évoluer des concepts traditionnels sur lesquels on pensait pouvoir s'appuyer

compléter la réglementation qui n'imposait jusque là rien de précis, mais interprète aussi des textes conformes aux directives européennes [...]. Ainsi, en ma-



rière de gestion des systèmes de transport, nous nous étions contentés de recopier au mot près la directive afin d'éviter de susciter de nouveaux recours. Et bien, le Conseil d'Etat a eu une lecture différente de la directive. Donc, aujourd'hui, je suis un peu gênée lorsqu'on me présente comme la personne qui est capable d'aider».

Michèle Hourt-Schneider insiste alors sur certains points qui lui semblent essentiels. De manière un peu grossière, on peut dire qu'il y a un marché public lorsque la rémunération du prestataire ne dépend pas de la fréquentation du service. «Jusqu'en 2007, nous avons toujours considéré que les directives ont bien des règles spéciales selon qu'on est un acheteur public ordinaire ou qu'on est un acheteur public qui

fait fonctionner un réseau de distribution d'eau, de gaz... ou de transport. Quand on est un acheteur qui met à la disposition d'administrés un réseau de transport, on a alors la possibilité d'utiliser les règles applicables aux entités adjudicatrices. Celles-ci sont plus souples, parce qu'elles ne prévoient pas de procédures aussi encadrées que lorsqu'on est un acheteur public classique, et parce qu'elles donnent de plein droit accès à la négociation. Ainsi, nous avons jusqu'en 2007 toujours fonctionné en ne dissociant pas exploitation et mise à disposition d'un réseau. En 2007, nous avons été un peu "secoués" avec la décision du Conseil d'Etat.»

Michèle Hourt-Schneider conclut son intervention en indiquant que le code des marchés

publics donne d'autres possibilités de «respiration», déjà évoquées dans l'instruction de 1998 et pas remises en cause depuis. «C'est tout d'abord l'éventuel allotissement, afin de scinder les problématiques et d'avoir des interlocuteurs bien ciblés, qui vont faire des offres sur des secteurs ou des types de transport particuliers. On dispose également des avenants. Il ne faut pas hésiter, il ne faut pas avoir peur des avenants, surtout lorsqu'il y a des sujétions techniques particulières qui surviennent à un moment ou à un autre dans la vie du marché. Il y a aussi les bons de commande, avec des unités d'œuvre. En effet, un dispositif classique est susceptible d'être complété par des bons de commande pour des prestations complémentaires particulières. Vous disposez également des tranches conditionnelles, lorsqu'il est envisagé des extensions au marché classique. Dans ce cas, vous prévoyez dès le départ une tranche conditionnelle qui sera affirmée si l'hypothèse se voit confirmée dans les faits.»

Daniel Barnier, Sous-Directeur des compétences et des institutions locales à la Direction générale des collectivités locales rappelle le rôle de la DGCL qui est de prendre en compte les spécificités des collectivités locales dans l'élaboration d'une réglementation à la fois complexe et évolutive, avec en outre la charge, au ministère de l'intérieur, du réseau des préfetures. «A travers le contrôle de légalité, mais surtout au titre de conseil, nous pouvons épauler les collectivités locales, notamment les autorités organisatrices de transport, lorsqu'elles sont confrontées à des difficultés juridiques. Et elles en ont bien besoin ces derniers mois !»

LE CHOIX DE LA DSP

Daniel Barnier évoque ensuite la question des DSP. «La délégation de service public (DSP) est issue de la loi Sapin du 29 jan-



Daniel Barnier

vier 1993, relative à la prévention de la corruption, mais résulte en fait d'une assez longue tradition juridique française. C'est la France qui, la première, élabore d'une manière un peu théorique et structurée ce qu'on a appelé les concessions. Une DSP est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un tiers qui, en général, est un opérateur privé. Cette DSP est caractérisée par une rémunération qui doit être substantiellement liée au résultat de l'exploitation. Bien entendu, la DSP correspond à un service public où l'utilisateur peut rémunérer en partie, la plus large possible, l'exploitant choisi par la collectivité. La loi Murcef du 11 décembre 2001 a effectivement repris cette approche jurisprudentielle en la codifiant à l'article 1411 du code général des collectivités territoriales et en introduisant comme critère une rémunération substantiellement liée au résultat d'exploitation du service. Je vous rappelle également que, pour des raisons historiques, les marchés publics sont régis par un code réglementaire. En revanche, les textes traitant des délégations de service public relèvent du législateur, et sont dans le code général des collectivités territoriales.»

Daniel Barnier envisage ensuite ce qu'il faut entendre par "substantiel". «Le système des DSP se traduit essentiellement, à la différence de celui de marchés publics, par la part de l'intuitu personae. En effet, in fine, pour une collectivité ou une autorité organisatrice de transport, ce qui fait l'attrait d'une DSP, c'est de choisir le délégataire qui cor-

A l'issue du séminaire national, l'ANATEEP a diffusé le communiqué de presse suivant :

L'ANATEEP s'inquiète de l'incertitude juridique généralisée qui règne dans la passation des marchés publics de transport scolaire

Ces derniers mois ont vu les contentieux juridiques entre autorités organisatrices de transport et transporteurs littéralement « exploser ». Ces recours n'ont été rendus possibles que par les interprétations divergentes qui entourent l'application des textes législatifs et réglementaires en vigueur, créant une situation très préjudiciable à la qualité de l'offre de transport scolaire mais aussi à la continuité du service public de transport d'élèves.

Tel est le constat brutal du récent séminaire national organisé sur ce thème par l'Association nationale pour les transports éducatifs de l'enseignement public (ANATEEP), en présence d'une centaine de participants, principalement des organisateurs de transport. Le quart des conseils généraux étaient présents, témoignant d'une sourde inquiétude des services de la commande publique concernés.

Désormais, le recours juridique auprès des tribunaux administratifs est devenu un exercice banal lorsqu'une entreprise ou un groupe se voit écarté d'un appel d'offre, pour le plus grand bonheur de quelques avocats spécialisés.

L'ANATEEP demande donc avec insistance aux pouvoirs publics de se saisir de toute urgence de cette question des marchés de transport scolaire et de permettre, y compris en amendant les textes existants, le rétablissement de la sérénité juridique nécessaire aux organisateurs de transport pour faire face à leur mission d'intérêt général au service des élèves et de leur famille.

respond le mieux à ses propres attentes et à l'idée qu'elle se fait de la gestion de son service. Sur les DSP, on a depuis le 7 novembre 2008 un arrêt de principe du Conseil d'Etat « Département de la Vendée » [requête n°291794] qui conforte plutôt les DSP en matière de transport scolaire.»

Daniel Barnier rappelle alors les faits et analyse l'arrêt, en montrant que, traditionnellement, les jurisprudences de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), qui jouent un rôle de plus en plus important, ne s'appuient pas sur le «résultat lié à l'exploitation» mais exclusivement sur le «risque d'exploitation». Plusieurs grands arrêts de la CJCE mentionnent sans ambiguïté ce critère. Pour le juge communautaire, ce critère est exclusif. En l'espèce, l'intérêt de l'arrêt du Conseil d'Etat est bien de réintroduire formellement dans le droit des DSP le risque d'exploitation. Une subvention partielle d'une AO ne fait pas disparaître forcément ce risque d'exploitation.

A la suite de Daniel Barnier, Michèle Hourt-Schneider recommande alors de bien lire les conclusions, même si elles n'ont pas toutes été reprises, du commissaire du gouvernement Boulois dans le cadre de l'arrêt "Département de la Vendée". La frontière entre DSP et marché public est bien entre le paiement forfaitaire du trajet et le paiement au nombre d'usagers pour un trajet déterminé.

S'ensuivent des échanges avec la salle qui portent sur :

- La validité des marchés négociés qui gardent encore ses défenseurs,
- L'allotissement,
- Les conséquences d'une DSP sur la concentration du secteur

- des transports de personnes,
- La notion d'exécution de service versus organisation du service,
- Les mandats de gestion.

LE MODÈLE PARTENARIAL

Le deuxième atelier du séminaire permet de donner la parole aux opérateurs de transport. Tout d'abord, **Eric Ritter**, Secrétaire général de la FNTV, reprend le cours des événements. «A l'époque de la LOTI, on n'est pas dans l'état d'avancement du droit communautaire qu'on connaît aujourd'hui. On passe à ce moment là progressivement du "gré à gré" au respect de procédures de plus en plus contraignantes. Il faut se souvenir qu'il y a eu en 1993 une directive européenne que nous avons transposée en France avec un grand retard. Il

«Parfois, notamment en interurbain, les collectivités réfléchissent ou font courir la rumeur de la création d'une régie pour donner un signe aux entreprises»

ne faut pas oublier que c'est dans le cadre de la loi Sapin, d'assurer de la transparence. Cela passe par des procédures. Et du coup s'engage un débat incessant pour savoir si, dans le domaine des transports collectifs, on est en présence d'une DSP ou d'un marché public. Aujourd'hui, l'enjeu est très important puisque ayant perdu la possibilité de négocier des marchés -et je crois qu'il ne faut pas espérer un retour en arrière-, l'AO a d'un côté l'appel d'offre, ouvert ou restreint, de l'autre côté la délégation de service public qui elle est négociée.»



Eric Ritter

donc fallu le décret n°98-111 du 27 février 1998 pour que s'applique au domaine des transports, non pas le code des marchés publics, mais une procédure négociée, quel que soit le montant. Ce fut très important à la fois pour les AO et pour les entreprises car en effet, la négociation d'une convention est un enjeu déterminant. On peut parler ici du modèle français de partenariat dans les transports. Les difficultés techniques, juridiques que nous connaissons mettent à mal ce modèle partenarial. Après la

«Une subvention partielle d'une AO ne fait pas disparaître forcément ce risque d'exploitation»



Les échanges au cours du séminaire ont été nombreux et riches.

mise en place de la convention, il s'est agi, notamment au travers de la loi Sapin, d'assurer de la transparence. Cela passe par des procédures. Et du coup s'engage un débat incessant pour savoir si, dans le domaine des transports collectifs, on est en présence d'une DSP ou d'un marché public. Aujourd'hui, l'enjeu est très important puisque ayant perdu la possibilité de négocier des marchés -et je crois qu'il ne faut pas espérer un retour en arrière-, l'AO a d'un côté l'appel d'offre, ouvert ou restreint, de l'autre côté la délégation de service public qui elle est négociée.»

«Quelques jours avant le séminaire, le 19 décembre 2008, le Conseil d'Etat a décidé de la non admission du pourvoi initié par le Département du Var.»

aujourd'hui, les entreprises font du droit bien malgré elles ! Et les autorités organisatrices, même si la LOTI ne le dit pas, ont une fonction de régulation du marché. Cet aspect commence à être avancé par le juge à l'instar des autorités de la concurrence. Car le marché pur et parfait, notamment dans les transports, n'existe pas. Il faut bien, par des obligations de service public, compenser ce que le libre jeu de l'offre et de la demande ne réalise pas. Les conventions permettent de compenser des charges de service public. Quand une collectivité lance un appel d'offre, lance une procédure Sapin, elle intervient sur le marché. Il lui appartient, au vu de cet engagement économique, de réaliser un certain nombre d'équilibres. La notion de régulation est bien au cœur du débat économique.»

RÉGULATION DU MARCHÉ

Eric Ritter revient ensuite sur la question : pourquoi tant de recours ?! «Les entreprises ne mènent pas des contentieux pour le plaisir ! Donc le problème ne vient pas des entreprises... Il vient des collectivités qui lancent des appels d'offre. Les irrégularités procédurales existent, elles ne sont pas le fait des entreprises. Evidemment, je regrette un formalisme excessif dans lequel on est parfois piégés. L'entreprise qui attaque défend un motif en droit ; mais le vrai motif, c'est qu'elle est exclue !... Au

Quelle meilleure entrée pour **Fabrice Oberto**, qui intervient ensuite au nom d'AGIR, que le thème de la régulation ? En effet, de plus en plus, la régie n'est pas une contrainte mais résulte d'un choix de la collectivité. Pourquoi ? «L'incertitude juridique, notamment vis-à-vis des marchés négociés, pèse chaque jour un peu plus. Ce n'est pas le seul,



Fabrice Oberto

voire même le plus important, motif de création d'une régie. Mais cette incertitude fait partie d'un faisceau de raisons de création d'une régie. Parfois, notamment en interurbain, les collectivités réfléchissent ou font courir la rumeur de la création d'une régie pour donner un signe aux entreprises. Ce que je constate, c'est que la régie est parfois agitée comme un épouvantail. Ces dix derniers mois, AGIR enregistre une recrudescence des missions de réflexion sur cette création éventuelle de régie.»

Puis Fabrice Oberto évoque le Règlement OSP qui va entrer en vigueur dans tous les Etats membres, sans transposition, le 3 décembre 2009 pour une mise en application dix ans après, en 2019. «Ce Règlement européen consacre la liberté du mode de gestion de la collectivité, donc l'autoproduction ou la délégation de service, sachant que la collectivité peut panacher les deux dispositifs. La régie peut ne concerner qu'une partie du territoire. C'est donc un point, validé au niveau européen, de régulation.»

Les débats qui suivent vont s'articuler autour :

- de l'arme potentielle de la régie, pour laquelle de nombreuses AO semblent s'intéresser,
- de la complexité technique des descriptifs qui engendrent des contentieux,
- du degré de stress accru lors de ces appels d'offre.

Le référé note notamment «l'absence de référence à des indications kilométriques, aux caractéristiques de l'itinéraire, au nombre potentiel de passagers à transporter, à la fréquence de la desserte»

DEUX EXEMPLES DÉPARTEMENTAUX

La troisième table-ronde est consacré à deux exemples départementaux. **Jacques Berthail**, Directeur des transports du conseil général du Var, évoque d'abord les dates les plus importantes de la procédure qu'a eu à connaître son département. Avec un scoop à la clé ! Quelques jours avant le séminaire, le 19 décembre 2008, le Conseil d'Etat a décidé de la non admission du pourvoi initié par le Département du Var. Jacques Berthail en tire la conclusion que «pour plus de sû-



Jacques Berthail

reté, et sauf si on apporte la preuve contraire, il faut désormais passer ses marchés comme pouvoir adjudicateur ou lancer des DSP si l'on désire de la négociation... Le recours nous a mis dans une situation très difficile. Pour nous, c'est un très mauvais souvenir ! Il a fallu faire une prolongation d'un an des conventions existantes, renégocier avec les transporteurs dans les limites des contrats en cours. Nous avons parallèlement déclaré "sans suite" notre marché des transports scolaires, qui était calé sur la même procédure.»

Nathalie Tuffal, Directrice des affaires générales au Conseil général du Lot-et-Garonne, rappelle elle-aussi les grandes dates de la procédure qui a conduit le Tribunal administratif de Bordeaux, le 10 juillet 2008, a annulé les 52 lots sur lesquels la PME requé-

rante avait répondu. Elle évoque successivement les motifs de l'annulation puis les solutions choisies par le Département. Parmi "la litanie" de motifs invoqués par le requérant, deux sont retenus par le juge et portent sur la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence : la rubrique relative aux "modalités essentielles de financement et de paiement" et la rubrique relative à "la quantité et l'étendue globales du marché". Le renvoi en annexe du règlement de la consultation n'est pas jugé suffisant pour le Tribunal. Le référé note notamment «l'absence de référence à des indications kilométriques, aux caractéristiques de l'itinéraire, au nombre potentiel de passagers à transporter, à la fréquence de la desserte.»

«En relation avec les services préfectoraux, de nombreuses solutions ont été envisagées [...]. Est alors décidée la mise en œuvre de "conventions provisoires". Cette solution s'appuie sur une décision du Conseil d'Etat (CE - 21 juin 2000 Syndicat intercommunal de Côtes d'Armor et de la presqu'île guérandaise). En l'espèce, une personne publique peut signer une convention provisoire d'une durée d'un an, sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette jurisprudence a été reprise par la Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA - 9 avril 2001, Fort de France).»

Nathalie Tuffal, à la fin de son intervention, évoque l'espoir des autorités organisatrices qui va vers ce récent revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat (CE - 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, Smirgeome, n° 305420). Celui-ci revoit les conditions de recevabilité du référé précontractuel. Cet arrêt réintroduit la notion de préjudice pour les entreprises. Cela devrait réduire le nombre de recours.



Nathalie Tuffal

Le dernier débat, très fourni, va évoquer de nombreuses problématiques :

- L'exhaustivité des descriptifs des lots et des services dans le BOMP et la presse locale : son importance quantitative (74 pages pour le Lot-et-Garonne !) et son coût !
- La nature des référés précontractuels
- Le type de pièces complémentaires à demander (licences communautaires,...)
- La DSP unique

INCERTITUDES...

Jean-Louis Flahaut, Secrétaire général de l'Anateep, pouvait conclure cette riche journée d'échanges. «Ce matin, nous avons une certitude en arrivant, c'est que nous n'en aurions pas. Mais cette journée a permis de tirer quelques leçons de l'expérience de l'autre, a permis sans doute de se conforter dans son analyse. Savoir qu'on n'est pas tout(e) seul(e) dans les procédures permet aussi de se rassurer. Le souhait de l'Anateep est de tendre à l'obtention de certitudes de la part des pouvoirs publics. L'Anateep, en organisant ce séminaire, a été très contente de l'accueil qu'elle a reçu par votre présence» ●



Jean-Louis Flahaut

Les Actes du séminaire sont consultables -pour les adhérents de l'Anateep- sur le site www.anateep.fr (Espace documentation).