

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR

07 SEP. 1998

DIRECTION GÉNÉRALE
DES COLLECTIVITÉS LOCALES

Sous-Direction des Compétences
et des Institutions Locales

Bureau du Contrôle de Légalité
et des Affaires Juridiques

Référence : 98-710 MB/JF CIL/1

☎ : 01.49.27.39.73

📁 : 01.40.07.26.48

Affaire suivie par : Mireille BERBARI

LE MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

à

MESDAMES ET MESSIEURS LES PRÉFETS
DE RÉGIONS ET DE DÉPARTEMENTS

NOR INTB98010199C

(y compris DOM-TOM)

OBJET : Contrôle de légalité des marchés publics. Contrats signés par un mandataire en vertu des dispositions de l'article 3 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (Loi MOP).

REFER : Conseil d'Etat, section des finances, avis n° 361425 du 22 janvier 1998.

P. - J. : 1.

Les contrats signés par un mandataire relevant de la loi MOP sont assujettis aux règles de contrôle applicables au mandant. Sont, en conséquence, soumis à l'obligation de transmission les marchés conclus par ces mandataires, au nom et pour le compte des collectivités locales et de leurs établissements publics. Il incombe au préfet territorialement compétent pour connaître des actes du mandant, d'exercer le contrôle de légalité sur les marchés conclus par le mandataire.

...

Par un avis n° 361425 en date du 22 janvier 1998, la section des finances du Conseil d'Etat a précisé que les contrats signés par un mandataire, en vertu des dispositions des articles 3, 4 et 5 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (loi MOP), sont assujettis aux règles de contrôle applicables au mandant.

Il en résulte :

" que les contrats et marchés signés par un mandataire au nom et pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public auxquels s'appliquent les dispositions des articles L. 2131-1 et suivants, ou L. 3131-1 et suivants ou L. 4141-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, sont eux-mêmes soumis, dans les mêmes conditions, au contrôle de légalité qui s'applique au mandant."

Par la présente circulaire, je vous demande de bien vouloir diffuser l'avis ci-joint aux collectivités locales et à leurs établissements publics.

Il importe en effet que les collectivités locales et leurs établissements publics puissent rappeler, lorsqu'elles ont recours à des mandataires, les obligations qui leur incombent en matière de contrôle de légalité, en leur indiquant notamment les actes soumis à l'obligation de transmission ainsi que le préfet territorialement compétent pour exercer le contrôle de légalité.

Je vous demande également de contrôler le respect de votre compétence territoriale chaque fois que des mandataires vous transmettent des contrats et marchés conclus au nom et pour le compte des collectivités locales.

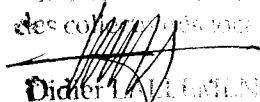
Il vous appartient à cet égard de contrôler lorsque vous recevez un acte pris par une personne publique ou privée désignée comme mandataire sur le fondement de la loi MOP, que vous êtes compétent pour exercer le contrôle de légalité sur les actes de la collectivité locale ou de l'établissement public qui a consenti, à cette personne publique ou privée, le mandat (1).

...

(1) Exemple : La collectivité locale A (mandante) conclut une convention de mandat avec la collectivité locale B (mandataire). La collectivité locale B transmet les actes pris au nom et pour le compte de la collectivité locale A au préfet compétent pour exercer le contrôle de légalité sur les actes de la collectivité locale A.

Il importe en effet que vous ne soumettiez à votre signature ou à celle des membres du corps préfectoral que les déférés relatifs aux actes conclus au nom et pour le compte de collectivités publiques mandantes entrant dans le champ de votre compétence territoriale. La même règle de compétence régit la signature des demandes de pièces complémentaires nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité et des recours gracieux.

En cas d'erreur de transmission, il vous appartient d'adresser les actes au préfet territorialement compétent pour en connaître, dans des délais compatibles avec l'exercice du contrôle de légalité.

Pour le ministre, 
le directeur général
des collectivités locales
Didier LALLEMANT

LOI MOP : CONTRÔLES APPLICABLES AU MANDATAIRE

CONSEIL D'ÉTAT

Section des finances
Avis n° 361 425
du 22 janvier 1998

La question posée au Conseil d'État portait sur les contrôles qui s'appliquent à un mandataire, dans le cadre d'un mandat de maîtrise d'ouvrage publique : sont-ils obligatoirement les mêmes que ceux prévus pour le maître d'ouvrage (et dans ce cas les règles applicables à ces contrôles doivent-elles être modifiées), ou la détermination de ces contrôles peut-elle résulter de la convention de mandat ?

Le Conseil d'État répond qu'en vertu du principe de représentation, qui régit les relations mandant/mandataire, les contrôles prévus par les lois et règlements auxquels sont soumis les actes du maître de l'ouvrage s'appliquent aux actes pris par le mandataire au nom et pour le compte de ce maître d'ouvrage. Les contrats et marchés du mandataire sont donc soumis aux divers contrôles institués par les textes (contrôle financier, contrôle des commissions spécialisées des marchés (CSM), contrôle de légalité selon la nature du mandant).

la Haute Assemblée recommande de modifier les textes en vigueur, pour y faire apparaître la règle qui s'applique aux actes du mandataire dans le cadre de la loi MOP.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes concernant l'application des articles 1^{er} à 5 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée :

1° Dans le cas d'un mandat de maîtrise d'ouvrage, à quelle règles de contrôle et donc à quelles autorités doivent être soumis les actes passés par le mandataire pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale ? Ces règles sont-elles celles applicables normalement au mandataire ou au mandant ? Y-a-t-il lieu, pour répondre à cette question, de prendre en compte la qualité du mandataire (personne privée

ou publique) et de tenir compte du fait que le mandataire est déjà lui-même soumis au même type de contrôle (commissions spécialisées des marchés, contrôle financier, contrôle de légalité) ?

2° Ou bien encore, la détermination de ces règles et de ces autorités peut-elle résulter entièrement de la convention de mandat prévue par l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985 ?

3° Le dernier alinéa de l'article 4 de la loi précitée permet-il de définir par décret des adaptations à ces règles permettant de prévoir, en fonction de leur nature ou de leur montant, que certains actes doivent, en tout état de cause être soumis au contrôle du mandant ?

4° En fonction de la solution retenue, y-a-t-il lieu de modifier ou de compléter les règles applicables aujourd'hui au contrôle financier des dépenses de l'État (loi du 10 août 1922), de ses établissements publics à caractère administratif et au contrôle économique et financier de l'État sur certains organismes (décrets du 25 octobre 1935 et du 16 mai 1955) ainsi que les dispositions statutaires correspondantes, pour tenir compte de l'exercice de cette mission particulière tenant au contrôle des actes passés pour le compte de l'État ?

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu le Code de la construction et de l'habitation, notamment les articles L. 222-1 et L. 411-2 ;

Vu le Code de la santé publique, notamment les articles L. 714-4, L. 714-5, L. 714-10 et R. 716-3-31 à R. 716-3-33 ;

Vu le Code de la sécurité sociale, notamment l'article L. 124-4 ;

Vu le Code de l'urbanisme, notamment les articles L. 321-1 et L. 321-2 ;

Vu le Code des marchés publics, notamment les titres I^{er} et IV du livre II et le livre III ;

Vu la loi du 10 août 1922 modifiée relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage

publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu le décret du 25 octobre 1935 instituant le contrôle financier des offices et établissements publics autonomes de l'État ;

Vu le décret n° 55-733 du 26 mai 1955 modifié portant codification de la loi n° 55-360 du 3 avril 1955 et aménagement des textes relatifs au contrôle économique et financier de l'État ;

Vu le décret n° 96-629 du 16 juillet 1996 relatif au contrôle financier déconcentré ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations ci-après :

A) En vertu de l'article 1^{er} de la loi susvisée du 12 juillet 1985, les dispositions de cette loi sont applicables à la réalisation de certains ouvrages et équipements dont les maîtres d'ouvrage sont :

1° l'État et ses établissements publics,

2° les collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements, les syndicats mixtes, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L. 321-1 du Code de l'urbanisme,

3° les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations,

4° les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-1 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État qu'il réalisent.

L'article 3 de la loi dispose que le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par une convention, l'exercice en son nom et pour son compte d'un certain nombre des attributions de la maîtrise d'ouvrage, limitativement énumérées, parmi lesquelles figurent notamment la signature et la gestion du contrat de maîtrise d'œuvre, la signature et la gestion du contrat de travaux ainsi que le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux. Le même article

précise en son dernier alinéa que «le mandataire représente le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission...»

L'article 4 de la loi réserve ensuite expressément l'exercice de la fonction de mandataire à certaines personnes morales limitativement énumérées, de droit public ou de droit privé, parmi lesquelles figurent notamment l'État, les collectivités territoriales, et leurs établissements publics mentionnés à l'article 1^{er}. Le dernier alinéa de l'article 4 précise que «les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve des adaptations éventuelles nécessaires auxquelles il est procédé par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.»

Enfin, l'article 5 de la loi dispose que les rapports entre le mandant et le mandataire sont définis par une convention qui doit, à peine de nullité, régler par ses stipulations un certain nombre de questions et notamment les suivantes : attributions confiées au mandataire, mode de financement de l'ouvrage, modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération, conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage.

B) Il ressort de l'ensemble des dispositions susrappelées, notamment de celles des articles 3 et 4 de la loi du 12 juillet 1985, que le législateur a entendu faire produire au mandat ainsi institué et réglementé tous les effets du principe de représentation du mandant par le mandataire, dans l'exercice et dans la limite des attributions confiées à ce dernier par la convention de mandat.

Il en résulte en particulier que, dans cette limite, le mandant est tenu d'exécuter les engagements que le mandataire a contractés en son nom et pour son compte à l'égard des tiers. Il y a lieu d'admettre, par voie de conséquence, que, lorsque les actes du maître de l'ouvrage qui ont pour effet d'engager des dépenses sont soumis, à ce titre, à certains contrôles financiers prévus par les lois et règlements,

lesdits contrôles doivent s'appliquer, dans les mêmes conditions, aux actes de même nature ou de même portée qui ont été pris par le mandataire au nom et pour le compte de ce maître d'ouvrage, notamment les contrats et marchés. Par suite, lorsqu'un mandat de maîtrise d'ouvrage a été confié, dans les conditions prévues par la loi du 12 juillet 1985, par une personne morale à laquelle s'appliquent les dispositions de la loi du 10 août 1922 ou du décret du 16 juillet 1996 susvisés, relatifs au contrôle financier de l'État, du décret du 25 octobre 1935 susvisé relatif au contrôle financier des établissements publics de l'État ou du décret du 26 mai 1955 susvisé relatif au contrôle économique et financier de l'État, et des textes pris pour leur application, lesdites dispositions doivent être interprétées comme s'appliquant de plein droit aux actes du mandataire comme si ces actes avaient été pris par le mandant lui-même.

Le même principe de représentation conduit à considérer que, lorsque certains actes du maître de l'ouvrage sont normalement soumis, en vertu des lois et règlements, à des contrôles d'opportunité, de régularité ou de légalité, l'utilisation de la faculté de délégation partielle de la maîtrise d'ouvrage ouverte par les articles 3 à 5 de la loi du 12 juillet 1985 ne saurait avoir pour effet d'éluder ces contrôles. Il suit de là :

1° que les marchés signés par un mandataire au nom et pour le compte d'une personne dont les marchés sont soumis au contrôle des commissions spécialisées des marchés prévues par les articles 206 et suivants du Code des marchés publics doivent être eux-mêmes soumis, dans les mêmes conditions, à ce contrôle ;

2° que les contrats et marchés signés par un mandataire au nom et pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public auxquels s'appliquent les dispositions des articles L. 2131-1 et suivants, ou L. 3131-1 et suivants ou L. 4141-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, sont eux-mêmes soumis, dans les mêmes conditions, au contrôle de légalité qui s'applique au mandant.

C) Les solutions de principe ci-dessus énoncées valent non seulement lorsque le mandataire est une personne de droit

privé qui n'est soumise, en tant que telle, à aucun des contrôles susmentionnés, mais également lorsque le mandataire est lui-même une personne à laquelle s'applique, pour les actes qu'elle accomplit en son nom propre, des contrôles de même nature que ceux qui s'appliquent au mandant : par exemple, lorsque le mandataire de l'État est l'un de ses établissements publics administratifs, ou lorsqu'une collectivité territoriale est mandataire d'une autre, de même niveau ou non.

Ces solutions sont en effet fondées tant sur le principe de représentation du mandant par le mandataire à l'égard des tiers que sur la nécessité de faire respecter, même en cas de mandat, les règles de contrôle normalement applicables au maître de l'ouvrage : elles postulent donc, en principe, que le mandant reste soumis, à travers les actes de son mandataire, aux contrôles qui s'exerceraient normalement sur ses propres actes en l'absence de mandat.

En résumé, s'agissant des divers contrôles évoqués ci-dessus, les règles à appliquer sont celles auxquelles est soumis le mandant, et non le mandataire.

II

Si l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985 dispose que la convention de mandat doit prévoir «les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération», il s'agit là, exclusivement, du contrôle que le mandant exerce lui-même et en cette qualité sur le mandataire, et non des contrôles externes mentionnés ci-dessus (contrôle financier, contrôle des commissions spécialisées des marchés et contrôle de légalité), qui sont définis par des lois et règlements et mis en oeuvre par des autorités spécialement compétentes. En l'absence d'habilitation législative, les modalités d'application de ces contrôles ne peuvent en aucune façon être déterminées par la convention de mandat.

III

Le dernier alinéa de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1985 ne concerne que les «règles de passation des contrats», lesquelles ne comprennent aucune des règles de contrôle qui font l'objet de la présente demande d'avis. Le décret mentionné par

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

cet alinéa, s'il était pris, ne pourrait donc avoir pour objet que de définir les adaptations jugées nécessaires des règles de passation des contrats, pour tenir compte de l'intervention du mandataire. Cela étant, la plupart des règles de contrôle évoquées dans le présent avis sont de nature réglementaire et pourraient donc être modifiées par la même voie, comme il est dit ci-après.

IV

Il a été indiqué au I ci-dessus qu'en droit, et alors même qu'ils n'envisagent pas explicitement le contrôle des actes d'un mandataire, les textes relatifs au contrôle financier de l'État, au contrôle des commissions spécialisées des marchés

et au contrôle de légalité des actes des autorités territoriales doivent être interprétés en ce sens qu'en cas de délégation de la maîtrise d'ouvrage dans les conditions prévues par la loi du 12 juillet 1985, les actes pris par le mandataire, dans l'exercice et les limites des attributions qui lui ont été confiées, doivent être soumis à ces contrôles, comme s'ils émanaient du mandant lui-même.

Cette définition du champ d'application desdits contrôles a la même valeur juridique que les textes qui les prévoient. A l'exception des dispositions législatives du Code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité des actes des autorités territoriales, ces textes sont de nature réglementaire, y com-

pris le premier alinéa de l'article 5 de la loi du 10 août 1922 relative au contrôle des dépenses engagées qui, au regard de l'article 34 de la Constitution, ne relève pas aujourd'hui du domaine de la loi.

S'agissant du contrôle financier et du contrôle des commissions spécialisées des marchés, il serait sans doute opportun de modifier les textes en vigueur, tant pour y faire explicitement apparaître le principe d'applicabilité de ces contrôles aux actes du mandataire que pour adapter les règles existantes à cette situation particulière.

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'État dans sa séance du 22 janvier 1998.



ERRATUM

Numéro 6/97 de la revue de l'achat public **MARCHES PUBLICS** p. 75
Comité J : restauration dans les services publics :

Il faut lire : « Président du groupe d'élaboration du guide pour l'étude, la programmation, la **conception**, la réalisation et l'équipement des locaux de restauration collective des collectivités publiques : M. DAHAN.