



# Le mandat, entre opacité et transparence

***Qui mandat dicitur ipse vere facere.*** Cet adage latin, qui signifie « qui donne mandat est réputé agir par lui-même », exprime parfaitement la transparence consubstantielle au mandat. Il suppose que le mandataire agit en toute transparence pour le compte du mandant. Pourtant, le mandat a souvent été utilisé comme un moyen pour la personne publique d'échapper aux obligations de mise en concurrence. Il devient un écran, un paravent derrière lequel elle va pouvoir se cacher. Pour mieux comprendre, nous étudierons dans un premier temps ce qu'est le contrat de mandat puis, dans un deuxième temps, son traitement au regard du droit des marchés publics.

## I. Définition du mandat

Il n'existe pas de définition spécifique du mandat en droit administratif. La doctrine a pendant un temps mis en avant la théorie du mandat administratif (lire à ce sujet la thèse de Marguerite Canedo, *Le mandat administratif*, LGDJ, 2001). Cependant c'est bien la version civiliste du mandat qui prime aujourd'hui (voir en ce sens L. Richer, « Le mandat au risque du droit administratif », *CJEG*, 1999, p. 127).

Aux termes de l'article 1984 du Code civil, « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le mandat, « contrat spécial du droit civil », est un contrat à double détention : c'est un acte juridique qui est lui-même orienté vers la conclusion d'autres actes juridiques. Le mandataire est transparent ce qui signifie que les actes juridiques effectués par le mandataire n'ont d'effet qu'à l'égard du mandant. Ainsi, l'acte est réputé effectué directement entre le tiers cocontractant et le représenté. Cependant, des mandats sans représentations sont possibles. Dans ce cas, le mandataire agit « pour le compte de » et non « au nom de ». En droit commercial, on parle alors de « contrat de commission », et en droit administratif, de « semi-mandat ».

Le contrat de mandat par excellence est le contrat de représentation, comme celui qui est confié à un avocat, « en vue du règlement d'un litige ». Il est d'ailleurs le seul qui soit visé expressément par le Code des marchés publics (CMP). L'article 30 du CMP dispose en effet que « les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État ».

Par ailleurs, nonobstant la définition civiliste du mandat, certains contrats sont des mandats de par la loi, comme le mandat de maîtrise d'ouvrage défini par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite « loi MOP ». Son article 3 prévoit que « dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :

- 1° Définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
- 2° Préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- 3° Approbation des avant-projets et accord sur le projet ;
- 4° Préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
- 5° Versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;

6° Réception de l'ouvrage, et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.

Le mandataire n'est tenu envers le maître de l'ouvrage que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

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 dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5. Il peut agir en justice ».

En droit des marchés publics, le contrat de mandat est un marché de services. L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 20 octobre 2005, aff. C-264/03, précise en son considérant 58 que « le contrat de mandat, tel que défini par la loi n° 85-704, est un marché public de services au sens de l'article 1<sup>er</sup> a) de la directive 92/50 et relève du champ d'application de celle-ci ».

Néanmoins, comme vu précédemment, si les missions confiées au mandataire comportent à titre principal des missions de représentation, le contrat de mandat relèvera de l'article 30 du Code des marchés publics.

## II. Mandat et obligations de mise en concurrence

L'organisme écran, bien connu des fiscalistes, est une pratique utilisée par les organismes publics pour échapper aux contraintes des marchés publics comme d'autres veulent échapper aux impôts. Pour ce faire, la collectivité décide soit de créer une association qui a pour objet de gérer des services relevant normalement des attributions de l'administration, soit de confier par mandat à une personne privée le soin de réaliser et de financer un équipement tout en étant quasi intégralement subventionné par la collectivité.

Cela était particulièrement astucieux puisque, par son article 3, 7°, le Code des marchés publics de 2001 avait exclu les contrats de mandat de son champ d'application. Beaucoup pensaient que, par voie de conséquence, les contrats passés en vertu de ce même mandat n'étaient pas soumis au Code des marchés publics.

Cependant, cette disposition a été annulée par le Conseil d'État (CE, Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC*, n° 233372). Le Code des marchés publics de 2004, puis celui de 2006, ont entériné cette jurisprudence. L'article 3 du code en vigueur ne prévoit aucune exclusion spécifique pour les contrats de mandat, ce qui soumet à son champ d'application l'ensemble de ces contrats dénommés « mandats ».

Les contrats passés par le mandataire en vertu de ce mandat sont eux-mêmes soumis au Code des marchés publics, ce qui rend inopérantes les tentatives d'esquiver les obligations de mise en concurrence par le truchement d'un mandat confiée à une personne privée. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques indique en son article 1.2 que : « Les personnes privées ne relèvent pas, en principe, du champ d'application du Code des marchés publics. Il en va autrement dans les cas suivants :

a) Lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique soumise au Code des marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions de ce code. Il faut noter que les conventions de mandat sont soumises au code des marchés publics [...] ».

Ceci dit, la jurisprudence ne s'est pas explicitement prononcée sur la soumission au Code des marchés publics des contrats passés en vertu du mandat et le code 2006 n'indique rien. Seul l'article 4-IV de la loi MOP indique que « les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire ».

Pour finir, il convient de relever qu'un mandat à titre gratuit et sans aucun abandon de recette par la personne publique n'est pas un marché public. Pour autant, les contrats passés en vertu de ce même mandat doivent, au nom du raisonnement énoncé plus haut, respecter le Code des marchés publics.

### Sources :

- CMP, art. 30
- 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
- Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics
- CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c/ République française*, aff. C-264/03
- CE, Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et a.*, n° 233372