

[Jurisprudence] Quelle est la valeur estimée d'un marché de chèque emploi-service et de titre-restaurant ?

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 4 mars 2021, n° 438859, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A81214IM](#))

N6878BYE



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie, le 22-03-2021

Mots clés : marché public • calcul de la valeur estimée du besoin • marché de titres de paiement.

Le calcul de la valeur estimée du besoin à satisfaire est une question cruciale pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence et de mise en concurrence applicables à tel marché. Le Conseil d'Etat s'est penché sur les modalités d'estimation de la valeur des marchés de titres de paiement.

Le calcul de la valeur estimée du besoin à satisfaire est une **question cruciale** pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence et de mise en concurrence applicables à tel marché. Le Conseil d'État s'est penché sur les modalités d'estimation de la valeur des marchés de titres de paiement.

Un pouvoir adjudicateur a lancé une consultation pour l'attribution d'un marché alloti portant sur l'émission et la distribution de divers titres de paiement. Si le lot n° 1 a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres ouvert, les lots n°s 2 à 6 ont été passés sans publicité ni mise en concurrence préalable. Le pouvoir adjudicateur a invité une société à présenter une offre pour ces lots ; invitation déclinée par la société. Cette dernière a préféré introduire un référé précontractuel en vue d'annuler les procédures de passation des lots n°s 2 à 6. Le juge du référé précontractuel a fait droit à ses demandes. C'est en vain que le pouvoir adjudicateur s'est pourvu en cassation.

Les collectivités sont amenées à passer des marchés relatifs à l'émission, la distribution et la gestion de titres de paiements, à destination de leurs agents (chèques emploi-service, tickets restaurant, titres cadeaux...). Dans le cadre de ce type de marché, le pouvoir adjudicateur acquitte la valeur faciale du titre de paiement considéré auprès du titulaire à l'émission du titre ; le soumissionnaire verse la contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles le titre a été utilisé, à la demande de ces dernières. Le titulaire conserve les produits du placement des sommes qu'il reçoit et place à l'émission du titre de paiement, et perçoit, le cas échéant, soit des frais de gestion à l'émission du titre, soit une commission lors du reversement de la contre-valeur. Le coût de l'émission et de la distribution des titres est, en principe, entièrement pris en charge par le pouvoir adjudicateur, de sorte que le titulaire ne supporte aucun risque d'exploitation.

Ce type de contrat constitue donc un **marché public**, et non pas une concession, ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans la décision rapportée. La qualification du contrat en marché public n'est guère une surprise. Bien plus intéressante est la question de la détermination de la valeur estimée de ce marché : faut-il prendre en compte la valeur faciale des titres de paiement à émettre en sus d'une estimation des frais de gestion ou de commission, ou seuls ces derniers peuvent-ils être pris en considération ? La réponse est bien évidemment déterminante de la procédure de passation qui sera applicable, eu égard à l'importance de l'écart entre la valeur estimée selon les sommes dont il est tenu compte.

Le Conseil d'État juge que, pour estimer la valeur d'un marché de titres de paiement, « l'acheteur doit prendre en compte, outre

les frais de gestion versés par le pouvoir adjudicateur, la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, somme que le pouvoir adjudicateur doit payer à son cocontractant en contrepartie des titres mis à sa disposition ».

Le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération et les frais de gestion qui lui seront facturés, et la valeur faciale des titres à émettre, qui lui sera également facturée ; soit l'ensemble des sommes qu'il va être amené à payer au titulaire.

L'article R. 2121-6 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L3736LRS](#)) dispose, à cet effet, que, « pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle ». S'agissant, en outre, comme au cas d'espèce, d'un accord-cadre, l'article R. 2121-8 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4384LRS](#)) énonce que « la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique. / Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédures formalisées ».

Ainsi, de manière schématique, s'agissant d'un marché de titres de paiement, la valeur estimée du besoin se détermine ainsi en fonction des sommes à verser par le pouvoir adjudicateur, et non pas du montant de la rémunération perçue par le futur titulaire sur le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, la décision rapportée apporte une précision intéressante sur **l'appréciation de la lésion des intérêts du requérant dans le cadre du référé précontractuel**.

L'auteur d'un référé précontractuel ne peut utilement se prévaloir que « de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ».

Cette formule sacramentelle, régulièrement reprises depuis la décision « Smirgeomes »^[1], a fait l'objet d'une interprétation souvent perçue comme extrêmement rigoureuse, par les requérants malheureux.

En l'espèce, la société requérante avait été invitée à présenter une offre par le pouvoir adjudicateur mais avait décliné l'invitation, en indiquant expressément, par courrier, qu'elle ne souhaitait pas présenter d'offre.

D'aucun serait tenté de soutenir, avec un bon espoir de succès, que la requérante serait, dans ces circonstances, insusceptible d'avoir été lésée par le moyen tiré du recours illicite à une procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence.

Le Conseil d'État écarte cette circonstance comme **inopérante**, en considérant que la société requérante « a été dissuadée de présenter une offre par l'irrégularité dont elle considérait que la procédure était entachée, qui conduisant à ce que la passation des lots en litige soit dispensée de formalités de publicité et de mise en concurrence ».

Il est vrai qu'il a déjà pu être jugé que « toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ([N° Lexbase : L3270KG9](#)), lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque »^[2].

La requérante aurait en revanche été considérée comme insusceptible d'être lésée dans ses intérêts, dans l'hypothèse où, ayant remis une offre, elle aurait été déclarée attributaire^[3].

A retenir

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à prendre en compte, outre une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles, la **valeur faciale** des titres de paiements à émettre (chèques emploi-service, tickets restaurant, chèque cadeaux...) pour déterminer la valeur estimée d'un marché relatif à l'émission et la distribution de titres de paiement.

En l'absence d'éléments permettant de déterminer le dépassement des seuils de publicité et de procédure, la procédure à mettre en œuvre ne pourra qu'être la procédure de droit commun : la **procédure d'appel d'offres**.

^[1] CE, Sect., 3 octobre 2008, n° 305420 ([N° Lexbase : A5971EAE](#)).

^[2] CE, 29 avril 2015, n° 386748 ([N° Lexbase : A3385NHT](#)).

^[3] CE, 23 décembre 2011, n° 350231 ([N° Lexbase : A8356H8Y](#)).

