



ARTICLE

LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE : UN BEL OUTIL.

Immobilier et Construction Droit de l'environnement Droit public et commande publique Droit européen |
21/12/18 | Vincent Brenot Emmanuelle Mignon Hélène Billery



La fin de l'année 2018 est marquée par la publication du **code de la commande publique**.

L'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et le décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique ont été publiés au Journal officiel du 5 décembre 2018.

L'entrée en vigueur du code de la commande publique est fixée au **1er avril 2019** afin de permettre aux « acteurs » (nouvelle terminologie utilisée par la table des matières du code) de la commande publique (acheteurs et opérateurs économiques) de s'approprier la nouvelle architecture des règles applicables.

A la trentaine de textes épars qui régissaient jusqu'à présent la commande publique (textes sur les marchés publics, sur les concessions, sur les délais de paiement, sur la maîtrise d'ouvrage publique, sur la facturation électronique, sur le recours à l'arbitrage, sur la sous-traitance, etc.) se substitue désormais un texte unique de 1 747 articles.

Une architecture didactique

Le code se veut un outil facile à manipuler au quotidien par les acteurs de la commande publique. Il comprend un titre préliminaire et trois parties.

Le titre préliminaire, composé des articles L.1 à L. 6, comporte les grands principes communs à tous les contrats de la commande publique, constitutifs en quelque sorte de son identité.

Le tout premier article (article L.1) rappelle le principe de libre choix, par les autorités contractantes, de la manière dont elles veulent répondre à leurs besoins (utilisation de leurs propres moyens ou recours à la commande publique), issu de la jurisprudence *Unipain* (CE 29 avril 1970 n°77935 au Recueil).

L'article L. 2 définit les contrats de la commande publique en mettant en exergue les quatre critères fondamentaux que sont : l'existence d'un contrat, conclu à titre onéreux, par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins.

L'article L. 3 remanie les anciens articles 1er de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession quant aux principes fondamentaux de la commande publique : à la rédaction prévalant jusqu'à présent (« *principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ») est désormais substituée une rédaction mettant le principe d'égalité, qui constitue l'objectif principal, avant les deux autres principes qui en sont les modalités : « *Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

L'article L. 4 dispose que les contrats de la commande publique ne peuvent être attribués à des opérateurs économiques ayant fait l'objet de mesures d'exclusion définies par le code, l'article L. 5 rappelle le principe selon lequel les contrats de la commande publique sont d'une durée limitée et l'article L. 6 fait office d'article balai en reprenant quelques règles essentielles de la commande publique comme la théorie de l'imprévision, le principe de continuité du service pour les contrats ayant pour objet l'exécution du service public, le pouvoir de modification unilatérale de l'autorité contractante, ou encore le principe d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général.

Le code comprend ensuite trois parties :

- la première précise le champ d'application du code en excluant les transferts de compétences ou de responsabilités entre autorités contractantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles, les subventions et les occupations domaniales, et fixe un certain nombre de définitions (marchés, concessions, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice, opérateur de réseaux etc.) ;

- la partie 2 est consacrée aux marchés publics et est divisée en cinq livres : le premier comprenant les dispositions générales, les autres étant consacrés aux dispositions spécifiques des marchés de partenariat, des marchés de défense et de sécurité, des marchés liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée et enfin des « autres marchés » (cf. infra) ;

- la partie 3 est consacrée aux concessions.



Se retrouve ici, sans surprise, la distinction binaire issue des directives européennes de 2014 et qui constitue évidemment l'axe majeur de structuration de la commande publique depuis leur entrée en vigueur en 2016.

Le plan de chacune des parties consacrées respectivement aux marchés publics et aux concessions suit la chronologie de la vie des contrats : préparation, choix de la procédure, engagement de la procédure, examen des candidatures puis des offres, attribution, exécution.

Quelques nouveautés

Le nouveau corpus est une codification à droit constant, autrement dit une compilation des textes existant sans innovation juridique, sous réserves des modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs, abroger les dispositions obsolètes ou devenues sans objet, et adapter les textes aux collectivités d'outre-mer. L'expérience prouve que c'est toujours dans ces détails que se cachent les pièges et qu'une codification, même très rigoureuse, n'est jamais à droit vraiment constant.

Parmi les nouveautés à signaler figurent :

- l'heureuse suppression de la distinction qui existait entre la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les entités adjudicatrices, au profit de la procédure avec négociation : la procédure avec négociation est ainsi unifiée quel que soit le statut de l'acheteur ;
- la réécriture des cas dans lesquels les marchés publics et les concessions peuvent être modifiés sans procéder à une nouvelle mise en concurrence, ce qui est une clarification bienvenue tant la transposition des directives de 2014 sur ce point était incompréhensible ;
- l'exposé synthétique assorti de leur définition des techniques particulières d'achat (accord-cadre, concours, système de qualification, système d'acquisition dynamique, catalogue électronique, enchères électroniques) afin d'en faciliter l'identification ;
- l'intégration de dispositions sur le règlement alternatif des différends (conciliation, médiation, transaction, arbitrage) afin d'inciter les acteurs de la commande publique à se diriger davantage vers ces modes de règlement des différends ;
- la codification de jurisprudences bien établies, notamment en matière de modification ou résiliation unilatérale, de force majeure, d'offre anormalement basse, de définition des biens de retour et de leur régime juridique dans les concessions, ou encore sur la possibilité, en cas d'urgence, de passer une concession sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Des incertitudes

Une des questions fondamentales qui demeure incertaine à ce stade tient au point de savoir si les marchés exclus (désignés comme les « autres marchés » dans le code, articles L. 2500-1 et suivants) sont soumis au respect des principes fondamentaux visés à l'article L. 3.

A cet égard, la prudence demeure de rigueur. En effet, dans le rapport au Président de la République, il est relevé que : « A l'occasion de l'examen du code de la commande publique par le Conseil d'Etat, celui-ci a tenu à souligner la nécessité d'appeler l'attention des acteurs de la commande publique sur le fait que, conformément à la jurisprudence, ces principes peuvent trouver à s'appliquer, selon des modalités qu'il leur appartient de définir, à la passation de certains contrats alors même que le code ne fixe, en ce qui les concerne, aucune règle précise ».

Ainsi, les acheteurs sont invités à apprécier, au cas par cas, pour les marchés exclus, s'il convient d'organiser un minimum de transparence et de mise en concurrence. La situation pourrait en effet diverger selon les contrats considérés.

Pour les contrats passés dans le cadre de relations internes au secteur public (quasi-régie, entreprise liée, coopération publique-publique), l'absence de publicité et de mise en concurrence semble possible.

Dans le même sens, une fois que le projet de loi relatif à la suppression des surtranspositions des directives européennes en droit français sera adopté et intégré au code de la commande publique, les marchés de services juridiques ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique s'y attachant ne devraient plus être soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence. C'est ce qui semble résulter de l'avis du 27 septembre 2018 rendu par le Conseil d'Etat sur ce texte.

Pour d'autres marchés, notamment les contrats d'emprunt, les services relatifs à la recherche et développement, etc. (cf. article L. 2512-5), le doute sur leur exclusion des obligations de publicité et de mise en concurrence demeure. Il conviendra de suivre l'évolution de la jurisprudence sur ce point.

Un code en évolution



Outre l'intégration des dispositions du projet de loi relatif à la suppression des surtranspositions des directives européennes en droit français (cf. contrats publics de services juridiques déjà évoqués), le code sera modifié par le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) avec, notamment, l'interdiction d'émettre des ordres de service portant sur des travaux supplémentaires nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage sans rémunération du titulaire du marché.

A plus brève échéance, le code va intégrer l'ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs ainsi que, en principe avant la fin de l'année 2018, des projets de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

La direction des affaires juridiques de Bercy a annoncé qu'elle publiera rapidement un tableau de concordance entre le nouveau code de la commande publique et les ordonnances et les décrets de 2015/2016 et qu'elle mettra à jour ses fiches avant le 1er avril 2019. Le code contiendra en annexe l'ensemble des arrêtés et avis portant sur la commande publique (notamment les avis sur les seuils) afin d'en faire un outil complet et pratique pour les acteurs de la commande publique.

Nous organiserons en début d'année 2019 deux sessions de formation sur l'actualité de la commande publique qui permettront, d'une part, de détailler le nouveau dispositif et d'en apprécier les nuances par rapport aux précédentes règles ainsi que les zones grises susceptibles de créer des difficultés dans la pratique quotidienne des contrats de la commande publique, d'autre part, de passer en revue l'actualité jurisprudentielle de l'année 2018 en matière de commande publique.
