

## ■ ■ ■ La commande publique, outil d'interventionnisme public

par Mathieu HEINTZ

Avocat au barreau de Grenoble – Spécialiste en droit public – SCP Seban & Associés

La commande publique est-elle un outil de l'interventionnisme public? Plus encore, dans un contexte de crise économique peut-elle être un moyen ou un levier au service d'une politique de relance?

Ce questionnement peut a priori surprendre dans la mesure où le droit de la commande publique, quel que soit le type de contrat concerné (marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, etc.), est avant tout un droit procédural; c'est-à-dire schématiquement des règles de procédures portant sur des obligations de publicité et de mise en concurrence afin d'assurer l'attribution de ces contrats dans la plus grande transparence.

Or, ces procédures poursuivent l'objectif principal d'assurer la bonne utilisation des deniers publics<sup>1</sup>. « Il y a là l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »<sup>2</sup>.

Pourtant, la commande publique est clairement inscrite parmi les outils que le gouvernement a souhaité réformer dans le cadre du plan de relance, et dont les principales lignes ont été annoncées dans le discours du président de la République prononcé à Douai le 4 décembre 2008<sup>3</sup>.

Cette volonté s'est concrétisée principalement dans trois textes:

- ▶ le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance<sup>4</sup>, précisé par une circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française<sup>5</sup>;
- ▶ le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils<sup>6</sup>;
- ▶ la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (dite LAPCIPP)<sup>7</sup>.

L'ensemble des mesures qui ont été adoptées dans ce contexte – procédurales, à caractère financier, voire concernant l'objet même des contrats publics – devait contribuer en tant que telles au plan de relance. Elles devaient réenclencher une dynamique des marchés et permettre le redémarrage d'une activité économique. Autrement dit, il y aurait là un glissement du droit procédural de la commande publique vers un instrument de politique publique. Or, on constatera que ces mesures sont nombreuses et diverses, privant cette réforme d'une certaine lisibilité. Il conviendra éga-

lement d'analyser l'efficacité et la pertinence de ces mesures. On s'interrogera ainsi sur le point de savoir si l'interventionnisme public peut véritablement s'appuyer sur l'outil de la commande publique comme l'un des remèdes à la crise économique.

### *La commande publique comme outil d'interventionnisme face à la crise économique*

Les outils de la commande publique en faveur du plan de relance de l'économie sont divers.

Si on en établit une typologie, deux catégories peuvent être identifiées. Certaines ressortent plutôt d'une facilitation ou d'une simplification procédurale, d'autres sont destinées à inciter la contractualisation ou à favoriser l'exécution des contrats.

#### *La simplification des procédures de passation*

Ce sont tout particulièrement les marchés publics qui sont concernés par la simplification des procédures.

En premier lieu, les seuils de certaines catégories de marchés ont été relevés afin de les soumettre davantage à des procédures adaptées, autrement dit à des procédures simplifiées par opposition à des procédures qui seraient plus formalisées.

Il s'agit, d'une part, du relèvement de 4000 euros HT à 20000 euros HT<sup>8</sup> du seuil en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des marchés sans procédure de publicité ni mise en concurrence, d'autre part, du relèvement de 206000 euros à 5150000 euros HT (aujourd'hui 4845000 euros HT<sup>9</sup>) du seuil en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés en procédure adaptée<sup>10</sup>.

On relève également, en termes de simplification des procédures, la suppression de la commission d'appel d'offres pour les marchés formalisés de l'État, de ses établissements publics, et des établissements hospitaliers ou médico-sociaux<sup>11</sup>. L'objectif poursuivi est un gain de temps dans les procédures d'attribution, en supprimant une part du formalisme lié aux convocations et réunions de ces commissions.

Les règles de procédures sont également impactées en ce qui concerne la simplification des formalités qui pèsent sur les soumissionnaires aux marchés publics. La suppression de la règle dite de la double enveloppe dans la procédure d'appel d'offres est

(1) Art. 1<sup>er</sup>, II du C. marchés publ.

(2) Concl. D. Piveteau, AJDA 2002. 46, ss CE 25 juill. 2001, *Commune de Gravelines*, Lebon p. 391.

(3) Discours du président de la République, Présentation du plan de relance de l'économie française, Douai, 4 déc. 2008.

(4) JO 20 déc. 2008.

(5) JO 20 déc. 2008.

(6) JO 20 déc. 2008.

(7) JO 18 févr. 2009.

(8) Décret n° 2008-1356, 19 déc. 2008, art. 1<sup>er</sup>.

(9) Décret n° 2009-1702, 30 déc. 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et aux contrats de partenariat.

(10) Décret n° 2008-1355, 19 déc. 2008, article 1<sup>er</sup>.

(11) Art. 16 et 17, décret n° 2008-1355, 19 déc. 2008.

emblématique de cet objectif <sup>12</sup>. Cette règle impliquait que les entreprises qui soumissionnaient à une procédure d'appel d'offres remettent deux enveloppes distinctes comprenant l'une les renseignements relatifs à leur candidature, l'autre les éléments relatifs à leur offre. Ils remettent désormais une seule enveloppe qui comprend l'ensemble de ces documents.

Enfin, la LAPCIPP permet aux collectivités de déléguer à leur exécutif le pouvoir « de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et accords-cadres », ainsi que les avenants à ces contrats, sans limite de montant <sup>13</sup>. Cette délégation n'est donc plus limitée aux seuls marchés à procédure adaptée, mais à tous les marchés publics et accords-cadres, y compris formalisés. Ainsi, le maire d'une commune, par exemple, peut recevoir délégation de son conseil municipal, pour la durée de son mandat, pour signer tous les marchés de fournitures et de services supérieurs à 206 000 euros HT et tous les marchés de travaux supérieurs à 4 845 000 euros HT, sans que l'assemblée n'ait à autoriser préalablement la signature de chacun d'eux.

Là encore, c'est un gain de temps qui est recherché puisque l'étape consistant à faire délibérer l'assemblée de la collectivité sur la signature du marché n'est plus nécessaire lorsqu'une telle délégation est accordée.

### **Les mesures incitant à la contractualisation ou à l'exécution des contrats**

Le plan de relance comporte également des mesures incitant à la contractualisation ou à l'exécution des contrats.

Ces mesures sont financières et concernent aussi l'objet ou le contenu des contrats.

Les mesures financières sont diverses. Elles concernent aussi bien les marchés publics que les autres formes de contrats publics, comme les délégations de service public ou les contrats de partenariat. L'objectif est clairement d'améliorer la trésorerie des entreprises.

En ce qui concerne les marchés publics tout d'abord, le décret du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance prévoit une réduction des délais de paiement, qui de 45 jours initialement, sont passés à quarante jours à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, puis à trente-cinq jours depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, et à trente jours à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2010.

La deuxième mesure symbolique porte sur la possibilité d'accorder des avances au titulaire d'un marché public lorsque le montant de son marché est supérieur à 20 000 euros <sup>14</sup>. Avant l'introduction de cette dérogation, une avance n'était possible qu'à la condition que la durée d'exécution du marché soit supérieure à deux mois et le montant du marché supérieur à 50 000 euros HT. Toutefois, cette mesure est limitée dans le temps puisqu'elle n'est applicable qu'aux marchés en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du décret ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009.

Les autres contrats sont également visés par des mesures visant à faciliter leur financement.

Ainsi, pour les contrats de partenariat, la LAPCIPP élargit les possibilités de cession de créances. Le titulaire d'un contrat de partenariat peut désormais céder la totalité de ses créances au titre des coûts d'investissement (notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts de financement). Mais l'acceptation de cette cession par la personne publique est limitée à 80 % du montant, et suppose que la personne publique ait au préalable vérifié que les investissements ont été réalisés conformément aux clauses du contrat <sup>15</sup>.

Toujours en matière de contrats de partenariat, l'entreprise titulaire peut désormais ne prendre en charge qu'une partie du financement de l'opération. Toutefois, pour les contrats conclus avec des collectivités territoriales, le partenaire privé doit financer la majorité du projet – sauf lorsque le montant excède un seuil fixé par décret <sup>16</sup>.

L'amélioration de la trésorerie des entreprises concerne aussi les délégations de service public. Pour ces dernières, la valorisation immobilière devient possible, comme elle l'était déjà pour les contrats de partenariat. Les entreprises titulaires peuvent en effet conclure des baux pour une durée dépassant celle de la délégation de service public et en tirer des recettes annexes <sup>17</sup>.

Enfin, le gouvernement cherche à apporter son soutien à des projets prioritaires en accordant la garantie de l'État pour faciliter leur financement, qu'ils soient réalisés en contrat de partenariat, en concession de travaux ou en délégation de service public. La garantie est payante et ne peut excéder 80 % du montant des prêts nécessaires aux opérations afin de laisser au partenaire privé une part du risque lié au projet.

Par ailleurs, la politique de relance innove en influant sur l'objet et le contenu des contrats de la commande publique.

Tout d'abord, on note la naissance du bail emphytéotique administratif (BEA) « logements sociaux » qui permet à l'État de conclure ce type de baux pour construire des logements sociaux (selon des conditions particulières définies par la loi). Cela peut se faire également par la voie des contrats de partenariat <sup>18</sup>.

Est aussi créé un BEA « équipements sportifs » par lequel les collectivités peuvent confier aux opérateurs privés la réalisation de grands équipements sportifs via cette forme de contrat <sup>19</sup>.

En outre, on remarque la possibilité reconnue aux sociétés concessionnaires d'obtenir une prolongation d'un an de leur contrat de délégation de service public, à la condition qu'elles s'engagent à entreprendre rapidement des travaux portant sur l'insertion dans l'environnement, la sécurité ou encore les échanges avec le réseau non concédé <sup>20</sup>.

En définitive, on constate que les mesures adoptées sont diverses, très éparpillées, voire, dans certains cas, limitées dans le temps – comme c'est le cas de la dérogation au régime des avances – de telle sorte qu'il ne s'agit pas d'une modification substantielle du droit de la commande publique. À cet égard, on s'interrogera à présent sur l'efficacité de ces mesures comme outil d'interventionnisme en faveur du plan de relance.

(15) Art. 12 LAPCIPP

(16) Art. 14 LAPCIPP

(17) Art. 21 LAPCIPP

(18) Art. 7 LAPCIPP

(19) Art. 21 LAPCIPP

(20) Art. 25 LAPCIPP

(12) Art. 37, décret n° 2008-1355, 19 déc. 2008.

(13) Art. L. 2122-22-4° du CGCT pour les conseils municipaux, art. L. 3221-11 du CGCT pour les conseils généraux, art. L. 4231-8 du CGCT pour les conseils régionaux.

(14) Art. 43, décret n° 2008-1355, 19 déc. 2008.

## ***L'efficacité des mesures du plan de relance réformant la commande publique***

La mise en œuvre des mesures du plan de relance propres au droit de la commande publique se heurte à deux difficultés. Des difficultés juridiques, tout d'abord, liées au fait que certaines mesures peuvent être contraires notamment aux règles communautaires applicables aux contrats publics et aux principes fondamentaux de la commande publique. Ensuite, des difficultés qui montrent que la relance par la commande publique ne se décrète pas.

### ***Les difficultés juridiques de mise en œuvre des mesures du plan de relance relatives à la commande publique***

Malgré la volonté de simplifier les procédures, de favoriser l'accès des entreprises à la commande publique, certaines des mesures adoptées se heurtent à des obstacles purement juridiques. On en relève au moins deux.

Le premier porte sur le relèvement du seuil de 4 000 euros à 20 000 euros HT en dessous duquel le pouvoir adjudicateur peut décider de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence. Les commentaires avaient été très réservés sur ce nouveau seuil au regard des principes fondamentaux de la commande publique qui ressortent tant du droit communautaire que du droit français <sup>21</sup>.

En outre, le décret qui procédait à ce relèvement a fait l'objet d'un recours en annulation, et le Conseil d'État a annulé ce décret, dans un arrêt récent, en tant qu'il relèverait à 20 000 euros le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée <sup>22</sup>. La haute juridiction a considéré qu'« en relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

Une seconde difficulté avait été révélée à l'occasion de la suppression de la règle dite de la double enveloppe. C'était l'un des points essentiels de la réforme du code des marchés publics de décembre 2008 <sup>23</sup>. Cependant, quelques incohérences de rédaction étaient demeurées dans le code, et des précisions étaient attendues par les acheteurs publics, ce qui fut notamment l'objet d'un décret du 2 septembre 2009, dit effet utile <sup>24</sup>.

Tout d'abord, ce décret supprime le dernier alinéa de l'article 58-II aux termes duquel « les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes ». Cet alinéa avait échappé à la précédente réforme, mais était devenu sans objet précisément du fait de la suppression de la double enveloppe <sup>25</sup>.

Ensuite, il organise les conséquences de la suppression de la double enveloppe pour les marchés allotés qui n'avaient pas été prévues initialement. Pour ces marchés, les candidats peuvent soit présenter un seul exemplaire des documents relatifs à leur candidature et scinder lot par lot les éléments relatifs à leurs offres, soit présenter pour chacun des lots des éléments relatifs à leurs candidatures et leurs offres.

Enfin, la suppression de la double enveloppe est étendue à la procédure d'appel d'ouvert lancée par les entités adjudicatrices, auxquelles la réforme de décembre 2008 n'avait pas étendu cette simplification.

Ces quelques difficultés, qui ont pu marginalement retarder la mise en œuvre des dispositions concernées, ne font que révéler les obstacles juridiques à la relance par la commande publique. À cet égard, on peut également s'interroger sur la mise en œuvre concrète d'une telle réforme auprès des pouvoirs adjudicateurs.

### ***Les difficultés concrètes de mise en œuvre des mesures du plan de relance relatives à la commande publique***

Lorsqu'on s'interroge sur la mise en œuvre concrète de la réforme, il faut alors analyser la capacité et la volonté des pouvoirs adjudicateurs d'adapter leur fonctionnement, leurs propres règles, dans des délais qui soient compatibles avec la rapidité qu'impliquerait en théorie la mise en œuvre de mesures contribuant à un plan de relance.

C'est là l'une des principales difficultés.

En effet, on serait tenté de dire que la relance ne se décrète pas. En pratique, on peut constater, sans aucun jugement de valeur, qu'il y a une mise en œuvre défensive des réformes qui touchent à la commande publique. Précisément, les modifications opérées nécessitent un temps plus ou moins long au sein des administrations, nécessaire à la modification des pratiques internes, des règles internes de fonctionnement, des documents types ou des modèles de contrats avec lesquels elles travaillent.

Si l'on prend l'exemple des BEA logements sociaux ou équipements sportifs cités plus haut, leur mise en œuvre concrète nécessite pour les pouvoirs adjudicateurs de préparer de nouvelles procédures et l'ensemble du corpus contractuel nécessaire. Cela ne peut se faire en moins de six mois.

De même pour les mesures à caractère financier, on peut s'interroger sur la possibilité, dans le laps de temps laissé aux administrations (une année), de mettre en œuvre la le versement des avances pour les marchés supérieurs à 20 000 euros HT. Cela nécessite de conclure des avenants aux contrats en cours, voire d'adapter les logiciels comptables des collectivités à cette dérogation.

En ce qui concerne la simplification des procédures, la possibilité de déléguer à l'exécutif de la collectivité la signature des marchés, quel que soit leur montant, se heurte à une réticence des administrations ou du pouvoir politique de déléguer à l'exécutif la signature des marchés pour des montants relativement importants, et lorsqu'elle est mise en œuvre, il faut alors prévoir le temps nécessaire à l'adoption d'une délégation et à sa décliné dans la collectivité.

Ces exemples tendent à montrer qu'il existe une distance entre le modèle théorique et les effets estimés d'une réforme, dont l'application réelle dépend finalement des options retenues par les administrations chargées de la décliner.

(21) M. Heintz, Le relèvement du seuil de 4 000 euros à 20 000 euros HT, CP-ACCP n° 85, févr. 2009, 28.

(22) CE 10 févr. 2010, M. Franck Perez, req. n° 329100.

(23) MH. Pachen-Lefèvre et M. Heintz, Code des marchés publics: ce qu'il faut retenir de la réforme, La Gazette des communes, 30 mars 2009, p. 48.

(24) Décret n° 2009-1086 du 2 sept. 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics.

(25) Rép. Min. Q n° 07303, JO Sénat, 7 mai 2009, p. 1144.

En définitive, les mesures adoptées dans le cadre du plan de relance révèlent que le droit de la commande public est devenu un instrument de politique publique, un outil de l'interventionnisme public. Si l'on se focalise sur les marchés publics, on constate que le droit communautaire lui-même a eu recours ces dernières années de manière croissante à l'instrument des marchés publics pour répondre aux objectifs politiques dans le domaine de l'environnement, de l'énergie, de la politique sociale, de l'environnement <sup>26</sup>. Ces considérations ont conduit le Conseil des communes et régions d'Europe à attirer l'attention des pouvoirs publics, avant

tout communautaire, sur le risque d'une utilisation excessive des marchés publics comme instrument des politiques publiques, à la place de solutions qui peuvent être trouvées par le biais de politiques entrepreneuriales ou industrielles <sup>27</sup>.

Enfin, si on en revient à la conception développée initialement de neutralité de la commande publique, le risque d'utiliser cette réglementation comme un instrument de politique publique serait que cela soit au détriment de l'objectif inhérent à la commande publique de bonne utilisation des deniers publics.

(26) Conseil des communes et régions d'Europe, Messages clés du CCRE sur les marchés publics.

(27) *Idem*.