

# Interrogations et incertitudes soulevées par l'ordonnance du 23 juillet 2015

Un certain nombre d'interrogations demeurent à la lecture de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : ce texte est-il conforme à la Constitution ? Quelles sont les implications exactes du nouveau champ d'application de l'ordonnance ? Les règles posées sont-elles suffisamment précises ?

Attendue depuis plusieurs mois, et en « gestation » depuis près de trois ans, la réforme du droit de la commande publique est en marche. L'idée d'un Code de la commande publique homogène et pratique, regroupant tous les textes applicables, conçu comme une boîte à outils au service des acheteurs publics, commence à prendre forme<sup>(1)</sup>. C'est au demeurant un premier texte incomplet qui est présenté ici, puisque des décrets d'application devraient être élaborés rapidement<sup>(2)</sup>, leur consultation publique organisée par Bercy devant débiter très prochainement.

Destinée à simplifier les règles applicables en la matière, l'ordonnance du 23 juillet 2015 (ci-après, l'Ordonnance) opère donc une refonte des textes applicables (Code des marchés publics, 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, ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat), tout en intégrant les règles issues des nouvelles directives européennes « marchés » n° 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014.

Alors que l'achat réalisé par le biais des marchés publics en France représente un montant total de près de 72 milliards d'euros, les conséquences pratiques de ce texte méritent qu'on s'attarde, au-delà des nouveautés qu'il contient, sur les incertitudes et interrogations qu'il soulève.

## Une entrée en vigueur différée qui interroge sur la constitutionnalité du texte

Les premières interrogations soulevées par ce nouveau texte portent sur son entrée en vigueur, qui n'est pas précisément fixée. L'article 103 de l'Ordonnance précise en

### Auteur

**Samuel Couvreur**  
Avocat

**Guillaume Gauch**  
Avocat associé  
SCP Seban et Associés

### Mots clés

Champ d'application • Concours • Entrée en vigueur  
• Interdiction de soumissionner • Marché de partenariat • Octroi d'avantage injustifié

(1) Les délégations de service public sont naturellement exclues de ce texte, puisqu'une nouvelle ordonnance sera édictée aux termes des consultations engagées pour la transposition des nouvelles directives concessions.

(2) La publication des décrets est prévue pour la fin de l'année.

effet que la date d'entrée en vigueur sera fixée par voie réglementaire, « et au plus tard, le 1<sup>er</sup> avril 2016 », date limite de transposition des nouvelles directives marchés. Les acheteurs ne feront donc probablement pas application de l'Ordonnance avant l'année 2016, ce qui aura le mérite de leur permettre d'assimiler les nouvelles normes issues de cette réforme.

Toutefois, ce choix de différer l'entrée en vigueur par le « législateur délégué » – il s'agit d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution – conduit à s'interroger sur la constitutionnalité de ce texte. Selon l'article 38, en effet, les ordonnances « entrent en vigueur dès leur publication ». Or, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit son entrée en vigueur à une date que le pouvoir réglementaire se réserve de déterminer. Ce faisant, le pouvoir réglementaire s'autorise une prolongation de délai qui n'est pas prévue par la loi d'habilitation. Dès lors, ce nouveau texte pourrait en réalité s'avérer inconstitutionnel. Ce constat semble toutefois assez inconséquent sur les plans pratique et juridique, précisément parce que ce texte n'a pas encore d'effets juridiques. Et pour les praticiens de la commande publique, un tel délai avant son application ne paraît pas inutile.

## Un champ d'application élargi, source d'interrogations sérieuses

Le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est large et englobera sous la dénomination de « marché public » plusieurs contrats qui en étaient jusqu'alors exclus. La notion définie par le Code des marchés publics actuel va disparaître au profit d'une nouvelle définition. Ainsi, les marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance précitée du 6 juin 2005<sup>[3]</sup>, les contrats de partenariat, qui deviennent par ailleurs des marchés de partenariat<sup>[4]</sup> ou encore certains baux emphytéotiques administratifs<sup>[5]</sup>, vont être compris dans la notion de « marché public ». Ce nouveau périmètre préserve toutefois la spécificité de chacun de ces contrats sans en modifier les éléments essentiels. Pour autant, certaines questions peuvent être posées.

Alors que la nature administrative des marchés passés sous l'empire du Code est certaine, celle des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 l'est beaucoup moins et mérite une analyse *in concreto* qui peut conduire à une qualification de contrats de droit privé. D'ailleurs, si l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise que les marchés passés par les personnes morales de droit public sont des contrats administratifs (ce qui a le mérite de supprimer l'incertitude qui existait sur la nature des contrats passés, par exemple, par les établissements publics locaux de nature industrielle et commerciale), une telle qualification n'existe pas pour les contrats passés par les acheteurs privés. Dès lors, l'inclusion dans la catégorie des

marchés publics de ces contrats peut prêter à confusion et pourrait contribuer à semer le trouble quant à leur nature, un marché public pouvant constituer un contrat de droit privé. L'ancienne notion de « marchés privés » paraissait ainsi moins ambiguë.

En outre, toutes les formes de pouvoirs adjudicateurs (publics ou privés) sont concernées par ce même *corpus* et ils concluront désormais tous des marchés publics. Cette assimilation pourrait avoir une incidence sur l'appréciation du juge pénal quant à la caractérisation du délit d'octroi d'avantage injustifié prévu par l'article 432-14 du Code pénal et destiné à réprimer les atteintes aux règles applicables aux marchés publics. En effet, le juge pénal avait tendance à adopter une appréciation plus souple dans l'application de ces dispositions lorsqu'il s'agissait de pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, puisqu'il ne s'agissait pas nécessairement de marchés publics. Du reste, les contrats de partenariat ne semblaient pas être concernés par ce délit. Avec la nouvelle ordonnance, le texte va réprimer les atteintes à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et concerner potentiellement tous les contrats inclus dans ce texte, sans distinction. La position du juge pénal pourrait ainsi évoluer et les acheteurs devront être prudents, même si, pour Emmanuel Macron, il serait néanmoins nécessaire de « recentrer [ce délit] sur les faits commis volontairement et non pas tenant au simple non-respect du formalisme »<sup>[6]</sup>.

En outre, le fait que l'Ordonnance inclut dans son champ d'application, sous le vocable de « marchés de partenariat », les anciens contrats de partenariat et les considère comme des « marchés publics » interpelle également.

En effet, tout en préservant des conditions de recours et une procédure spécifiques et inchangées pour l'essentiel, l'Ordonnance opère ici une inclusion qui rompt singulièrement avec l'exclusion de la qualification de marché public qui prévalait jusqu'alors dans le droit national. Cette exclusion trouvait son origine dans les modalités de financement du contrat de partenariat (paiement différé et lissé sur la durée du contrat) et une maîtrise d'ouvrage privée, incompatibles avec la définition actuelle des marchés publics. La qualification de marché public sera toutefois neutre du point de vue juridique puisque, par exception, le financement différé et la maîtrise d'ouvrage privée sont, bien entendu, maintenus pour ce type de contrat par l'Ordonnance, qui consacre une partie spécifique aux marchés de partenariat.

Plus globalement, on peut s'interroger sur l'inclusion de tous ces contrats sous un même terme et dans un même texte. Cette volonté de ne plus distinguer les acheteurs publics et privés (ce qui rejoint l'approche du droit communautaire), au-delà des interrogations évoquées ne devra pas faire disparaître la souplesse évoquée jusqu'à maintenant pour certains contrats. À cet égard, on notera que l'obligation d'allotissement est posée expressément par l'article 32 de l'Ordonnance pour tous les acheteurs, y compris privés, alors qu'une telle obligation n'existait pas pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du

[3] Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 4, 9 et 10.

[4] Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 67.

[5] Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 101.

[6] Les Echos, mercredi 22 juillet 2015.

6 juin 2005. On relèvera ensuite que l'article 21 de l'Ordonnance inclut dans son champ d'application, certes sous certaines conditions relatives au montant et à l'objet du marché, les contrats passés par des personnes privées et subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur. Il s'agit ici d'une évolution importante qui risque de concerner beaucoup de structures françaises, pour lesquelles un subventionnement public est courant. Aujourd'hui, les personnes morales de droit privé financées à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur ne sont soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 que si elles sont « créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial », ce qui autorise une certaine marge d'appréciation. Demain, de telles structures de nature industrielle et commerciale seront susceptibles d'être concernées, ce qui élargit ainsi considérablement le champ d'application de l'Ordonnance.

Les implications de cette inclusion sont d'autant plus significatives et incertaines qu'il est indiqué, sans autre forme de précision, qu'il appartiendra aux pouvoirs adjudicateurs octroyant de telles subventions de veiller au respect des dispositions de l'Ordonnance par la structure subventionnée. Leur responsabilité pourrait ainsi être engagée dans une mesure qu'il est difficile de prévoir aujourd'hui.

Enfin, les exclusions prévues par l'Ordonnance sont assez similaires à celles que prévoyait le Code des marchés publics ou l'ordonnance du 6 juin 2005. Néanmoins, on peut regretter, en particulier, la « sur-transposition » des directives – plaidons pour notre cause – s'agissant des marchés de prestations juridiques qui pouvaient être exclus du champ de la commande publique. Surtout, on s'interroge sur la formulation de certaines exclusions. Ainsi par exemple, les marchés de services bancaires ou d'assurances conclus par un pouvoir adjudicateur fournissant des services postaux pourront être exclus<sup>[7]</sup>.

## De nouvelles règles dont les contours demeurent incertains

Les nouveautés apportées par l'Ordonnance procèdent de deux fondements : une reformulation des règles existantes et l'insertion de nouveautés notables issues pour la plupart de l'exercice de transposition des directives « marchés » précitées. Dans les deux cas, des incertitudes découlent de l'application future de ces normes et nous tenterons d'en souligner ici les plus significatives.

La première d'entre elles provient de la possibilité, indirectement introduite, de limiter la sous-traitance dans son étendue. L'article 62 de l'Ordonnance prévoit en effet que l'acheteur pourra imposer la réalisation par le titulaire de « certaines tâches essentielles », ce qui conduit *de facto* à la possibilité d'une telle limite. Mais la détermination de cette notion pose un certain nombre de questions, puisqu'il semble s'agir d'une définition qualitative et non quantitative des prestations qu'il sera possible de

fermer aux sous-traitants. Les contentieux liés à l'acceptation ou non des sous-traitants, fondée sur cette nouvelle notion, pourraient dès lors se multiplier.

Toujours s'agissant des sous-traitants, l'Ordonnance permettra aux acheteurs de demander des justifications lorsque leur offre apparaîtra comme anormalement basse. Si les explications ne convainquent pas, l'offre du titulaire pourra alors être rejetée. Pour satisfaisante qu'elle soit, cette nouvelle règle pourrait se révéler délicate à appliquer, compte tenu notamment de la complexité de la réalité économique. En effet, il est souvent difficile, pour les acheteurs, de qualifier sans risque juridique une offre d'anormalement basse, et il nous semble que cette appréciation, s'agissant des sous-traitants, sera encore plus délicate, notamment dans la mesure où ceux-ci proposent des prix parfois très avantageux à des titulaires avec lesquels ils ont intérêt à nouer des relations pérennes.

On peut, ensuite, s'étonner de la large part faite aux contrats globaux dans l'Ordonnance, là où l'intention affichée du gouvernement était de favoriser les petites et moyennes entreprises et l'accès à la commande publique. Ainsi, sont consacrés les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance, les marchés globaux sectoriels et les marchés de partenariat. Si l'Ordonnance prévoit expressément que les marchés de partenariat devront être confiés, en partie, à des petites et moyennes entreprises et qu'ils ne pourront être utilisés qu'au-delà d'un seuil, les contours de ces règles ne sont pas précisés et l'Ordonnance reporte à un texte réglementaire ultérieur le soin de les cadrer. Gageons que les décrets d'application seront, sur ce point, protecteurs des petites et moyennes entreprises, afin que la part faite aux marchés globaux dans l'Ordonnance, et donc, de fait, aux grands groupes, rétablisse un certain équilibre.

Une autre nouveauté interpelle également : l'article 67-II-3° de l'Ordonnance prévoit que le titulaire d'un marché de partenariat pourra se voir confier la gestion du service public. Cette possibilité restait incertaine pour les contrats de partenariat. Désormais, le marché de partenariat se rapproche sensiblement de la concession de service public (la différence résidant dans les modalités de rémunération) et les contentieux liés à la qualification de certains contrats vont être amenés à se développer.

Par ailleurs, les acheteurs devront être vigilants dans la détermination des éléments de rémunération des autres contrats globaux pour lesquels le paiement différé reste interdit. L'article 60 de l'Ordonnance précise ainsi que la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne pourra contribuer au paiement de la construction. Les modalités qui permettront aux acheteurs publics de s'assurer du respect de cette obligation dans le contrat devront être prévues, mais il nous semble qu'une telle obligation ne sera, en tout état de cause, pas aisée à mettre en œuvre, ni à vérifier.

On soulignera ensuite l'absence de la notion de marché de maîtrise d'œuvre dans le texte, qui fait seulement référence, en son article 8, à la procédure de concours, applicable pour le choix d'un « plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de

[7] Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14.

l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement des données ». Cette procédure n'est d'ailleurs pas définie et, curieusement, ne figure pas dans la liste des procédures de mise en concurrence listées par l'article 42 de l'Ordonnance. Le concours est considéré comme un simple mode de sélection et il faudra probablement attendre la publication des décrets d'application pour mieux cerner cette procédure et les raisons de cette appellation. Par ailleurs, le champ d'application de cette procédure semble élargi, avec des projets d'ingénierie ou de traitement des données dont on mesure encore mal les contours exacts. Il conviendra d'examiner précisément les décrets d'application sur cette question pour en mesurer les conséquences exactes.

En outre, les interdictions de soumissionner sont étendues : l'article 48 de l'Ordonnance prévoit cinq cas dans lesquels un pouvoir adjudicateur pourra interdire l'accès à un opérateur. Par exemple, il sera possible d'exclure un opérateur ayant été sanctionné par une mesure comparable à une résiliation au cours des trois dernières années. Cette formulation retenue par l'article 48-I interroge : est-ce à dire qu'une mesure de mise en régie provisoire pourrait entrer dans ce champ d'application, alors même qu'il est clair qu'une telle mesure n'emporte pas la résiliation du contrat ? L'application de ce cas d'exclusion donnera certainement lieu à une jurisprudence abondante qui devra en préciser les limites.

Il faut souligner également que les critères d'attribution ne sont plus définis précisément mais font l'objet d'une définition large par l'article 52 de l'Ordonnance. Si cette liberté est salutaire et permettra l'insertion de critères innovants, elle n'en reste pas moins incertaine sur un plan juridique pour les acheteurs.

S'agissant des modalités d'information des candidats non retenus, on retiendra qu'il n'y a plus de distinction entre les marchés à procédure adaptée et les marchés passés selon une procédure formalisée. Ainsi, dès qu'il a fait son choix, l'acheteur devra informer les candidats non retenus, même en procédure adaptée<sup>(8)</sup>. Par ailleurs,

les modalités d'information publique du choix du titulaire, par la publication d'un avis d'attribution désormais également obligatoire pour les marchés à procédure adaptée<sup>(9)</sup>, ne sont pas précisées (support et délai de publication notamment). En revanche, l'Ordonnance est muette quant à la question de savoir si un délai de *stand still* devra être respecté pour ce type de marchés adaptés. Or, cette éventuelle obligation peut avoir une influence importante sur la recevabilité des requêtes en référé précontractuel introduites à l'encontre de ce type de procédure.

Enfin, l'absence de plusieurs éléments présents au sein du Code des marchés publics interroge (offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, appel d'offres ouvert ou restreint, dialogue compétitif remplacé par le concours, variation des prix, modification du marché en cours d'exécution<sup>(10)</sup>), même si les décrets d'application viendront certainement combler ces lacunes. Plus particulièrement, il est regrettable que la dématérialisation des marchés publics ne soit aucunement abordée, alors même qu'il s'agit d'un sujet capital pour les acheteurs qui devront revoir bon nombre de leurs pratiques<sup>(11)</sup>.

En définitive, l'Ordonnance apporte des nouveautés intéressantes, pour la plupart issues des nouvelles directives « marchés ». Le texte est assez clair et a le mérite de simplifier certaines règles, mais des incertitudes peuvent déjà être décelées. Si celles-ci sont inhérentes à la refonte opérée de l'architecture du droit de la commande publique, il faut espérer que les très prochains décrets d'application contribueront à les lever sans complexifier ce nouveau *corpus* juridique.

(9) Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 56.

(10) Sur ce point, l'article 65 de l'Ordonnance se contente de préciser que les conditions dans lesquelles un marché pourra être modifié seront fixées par voie réglementaire, sans que ces modifications ne puissent modifier la nature globale du contrat.

(11) Les nouvelles directives « marchés » entraînent la dématérialisation systématique des marchés.

(8) Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 55. Une telle obligation n'existait pas pour les MAPA : CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, req. n° 372214.