La définition des marchés publics dans l'ordonnance du 23 juillet 2015

L'ordonnance du 23 juillet 2015 regroupe sous l'appellation « marché public », des contrats qui relevaient de régimes juridiques différents. De ce fait, l'ordonnance procède à une redéfinition organique de la notion de marché public, et dans une certaine mesure, à une redéfinition matérielle.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics poursuit un indéniable objectif de simplification et de rationalisation à travers la réunion « au sein d'un corpus unique » des « règles régissant tous les contrats constituant des marchés publics au sens des directives communautaires, tout en conservant des dispositions propres à chaque catégorie de contrats et en prenant en compte les spécificités de certains acheteurs, notamment dans le secteur des réseaux »[1].

Le 26 février 2014 ont été publiées de nouvelles directives communautaires 2014/24/UE[2] et 2014/25/UE[3] qu'il appartient à la France de transposer avant le 1er avril 2016.

Le législateur a souhaité, dans le cadre de la transposition de ces directives, procéder à une refonte de l'architecture du droit des marchés publics interne existant.

Ainsi, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 a désormais mis un terme à la fragmentation des textes existants, pour créer au sein d'un même texte un cadre juridique commun à tous les marchés publics, lesquels ont fait eux-mêmes l'objet d'une redéfinition.

En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 transpose en droit interne la notion communautaire de « marché public » et définit ainsi le marché public de manière unique.

Elle regroupe sous un même terme ce qui constituait jusqu'alors, en droit interne, des notions juridiques différentes. Pour cela, elle procède à une redéfinition organique et, dans une certaine mesure, matérielle de la notion de marché public.

Auteur

Céline Record
Avocat à la Cour, SCP Seban et Associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 4, 6

Mots clés

Accord-cadre • Marché de partenariat • Marché public • Marché public de défense • Personne publique • Personne privée

(1) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(2) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

(3) Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

La définition organique de la notion de « marché public »

La définition générale du « marché public » fait référence à un nouveau critère organique, la notion d'« acheteur public ». Toutefois, les marchés de défense et de sécurité, par exception, bénéficient d'une définition propre.

L'élargissement de la définition organique des marchés publics

L'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose : « Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après. Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Cette définition est simplificatrice car elle regroupe les marchés conclus par tous les types d'acheteurs concernés.

Afin de le comprendre, il convient de rappeler l'état du droit antérieur.

Au jour de l'intervention des directives européennes 2004/17/CE[4] et 2004/18/CE[5] du 31 mars 2004, les contrats conclus par certaines entités publiques et parapubliques ne constituaient pas des marchés publics au sens du droit interne – ils étaient donc conclus sans procédure particulière – alors qu'ils constituaient des marchés publics au sens du droit communautaire, lequel imposait un minimum de formalisme.

Pour remédier à cela et transposer ces directives du 31 mars 2004, est intervenue l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005[6]. Cette dernière soumettait ainsi à des procédures de passation des marchés publics la conclusion de certains contrats passés par des personnes publiques ou parapubliques qui n'entraient pas dans le champ d'application du Code des marchés publics mais entraient dans celui des directives communautaires.

Le droit des marchés publics reposait donc, au jour de l'intervention de l'ordonnance du 23 juillet 2015, sur deux textes principaux : le Code des marchés publics, d'une part, l'ordonnance du 6 juin 2005 d'autre part. La différence fondamentale entre ces deux textes : ils ne s'appliquaient pas aux mêmes entités juridiques alors même qu'ils s'appliquaient à des types de contrats identiques ; des contrats ayant pour objet la réalisation de prestations de travaux, de fournitures et/ou de services.

En effet, jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 23 juillet 2015, l'article premier du Code des marchés publics définissait les marchés publics comme les contrats conclus soit par « l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » soit par « les collectivités territoriales et les établissements publics locaux »[7].

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 était, quant à elle, relative aux « marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ». Elle s'appliquait ainsi aux « pouvoirs adjudicateurs », au sens des directives communautaires, qui n'étaient soumis à aucune obligation en application du Code des marchés publics[8].

Parmi ces pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 figurent des personnes publiques et, notamment, les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial, les établissements publics administratifs ayant dans leur statut une mission de recherche, les offices publics de l'habitat, certaines personnes publiques *sui generis* telles que la Caisse des dépôts et consignations et bien d'autres.

Parmi ces pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 figurent des personnes privées et, notamment, des entreprises publiques locales (société d'économie mixte, société publique locale...), ou encore des organismes de logements sociaux (société anonyme d'habitation à loyer modéré...).

Désormais, l'ensemble de ces acteurs ne sera soumis qu'à un seul texte : l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cette dernière s'applique, plus précisément, aux contrats conclus par les « acheteurs publics » que sont « les personnes morales de droit public » ainsi que « les personnes morales de droit privé » qui remplissent notamment les conditions permettant de les

(4) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(5) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

(6) 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.

(7) Bien entendu d'autres critères de définition que ce critère organique étaient nécessaires afin qu'un contrat soit qualifié de marché public. Il devait s'agir d'un contrat à titre onéreux conclu pour répondre à un besoin de la personne publique.

(8) Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE à la suite des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE définissent la notion de pouvoir adjudicateur comme comprenant notamment les « organismes de droit public », autrement dit « tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :
a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
b) il est doté de la personnalité juridique ;
c) et soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

qualifier de pouvoir adjudicateur au sens des directives communautaires[9].

On ajoute que la définition des marchés publics établie par l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est plus globalisante que celle figurant dans les directives communautaires, car elle regroupe à la fois les marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs et ceux conclus par les entités adjudicatrices.

On rappelle que les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs qui agissent dans des secteurs précisément identifiés, dits secteurs de réseaux, ainsi que les « entreprises publiques » et certains organismes de droit privé titulaires de droits exclusifs ou spéciaux qui agissent dans les mêmes secteurs.

En droit communautaire, les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs sont dénommés « marchés publics » en application de l'article 2 de la directive 2014/24/UE, alors que les contrats passés par les entités adjudicatrices sont dénommés « marchés » en application de l'article 2 de la directive 2014/25/UE.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 dénomme, elle, « marchés publics » l'ensemble des « marchés » conclus par les « acheteurs publics » que sont les « pouvoirs adjudicateurs » et les « entités adjudicatrices ».

Cette dénomination de « marché public » de tous les contrats conclus en application de l'ordonnance n'a pas pour conséquence que l'ensemble de ces marchés publics sont des contrats publics ou contrats administratifs. En effet, ne sont des contrats administratifs en application de l'ordonnance de 2015 que les marchés publics conclus par des « personnes morales de droit public », ce que prévoit expressément son article 3. Les marchés publics conclus en application de cette même ordonnance par des personnes privées demeurent des contrats de droit privé, sauf rares exceptions jurisprudentielles.

Les autres critères de définition d'un marché public demeurent inchangés.

L'exception des marchés publics de défense et de sécurité

L'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que « les marchés publics de défense ou de sécurité sont les marchés publics passés par l'Etat ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial » et ayant pour objet, notamment, la fourniture de matériel de guerre et la réalisation de travaux et services à des fins spécifiquement militaires.

Ainsi, ce type de marché public fait l'objet d'une définition spécifique.

Cette définition est, notamment, organiquement restreinte et fait ainsi exception à la définition générale posée par l'article 4 de l'ordonnance selon laquelle les marchés sont conclus « par un ou plusieurs acheteurs soumis à l'ordonnance ».

Les marchés de défense et de sécurité – eu égard au caractère par essence régalien de leur objet – ne peuvent être conclus que par deux types seulement d'acheteurs que sont, d'une part l'État et d'autre part certains établissements publics de l'État.

Toutefois, bien que spécifique dans sa définition, ce type de marchés publics participe de la volonté de simplification du législateur car il a été intégré dans les dispositions générales de l'ordonnance.

Et cela est notable car jusqu'à l'intervention de l'ordonnance de 2015, les marchés de défense et de sécurité figuraient dans une partie à part du Code des marchés publics. En effet, ce dernier traitait en premier lieu des marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, en deuxième lieu des marchés publics passés par les entités adjudicatrices et en troisième lieu des marchés de défense et de sécurité.

Désormais, ce type de marché est réintégré dans les dispositions générales de l'ordonnance. Pour autant, ils bénéficient d'exceptions spécifiques. Ainsi, pour ce type de marché :

– l'article 16 prévoit des exclusions propres ;

– l'article 25 prévoit qu'en cas de marché valablement mixte comportant une partie de prestations relevant des marchés de défense et de sécurité, quel que soit l'objet principal du contrat, celui-ci relève du régime spécifique des marchés de défense et de sécurité ;

– l'article 32 exclut l'application de l'obligation d'allotissement ;

– l'article 40 exclut l'application de la nouvelle obligation de réaliser une évaluation préalable au lancement d'un marché ;

– l'article 46 prévoit des interdictions de soumissionner spécifiques ;

– l'article 60 prévoit la possibilité de comporter, dans certains cas, une clause de paiement différé ;

– l'article 63 prévoit des dispositions spécifiques pour leurs sous-contrats.

Une certaine redéfinition matérielle des marchés publics

L'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à une certaine redéfinition matérielle des marchés publics en ce qu'elle qualifie de « marchés publics » deux types de contrats particuliers que sont « les marchés de partenariat » et « les accords-cadres ».

(9) En application des articles 9 et 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont notamment des acheteurs publics au sens de cette ordonnance : « les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur » ainsi que « les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».

La redéfinition des accords-cadres

L'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose : « les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après ».

Cette définition constitue une innovation car, là où le Code des marchés publics et l'ordonnance de 2005 qualifiaient les contrats soit de marchés, soit d'accords-cadres, l'ordonnance de 2015 qualifie l'accord-cadre de marché public.

Surtout, l'article 4 de l'ordonnance dispose que « les accords-cadres sont les contrats [...] ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

Cette définition des accords-cadres est renouvelée. En effet, le Code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005 distinguaient jusqu'ici, d'une part, les accords-cadres et, d'autre part, les marchés à bons de commande. Désormais, la notion d'accord-cadre recouvre ces deux types de contrats.

À cet égard, on note que les directives ne font pas mention des marchés à bons de commande. L'article 33 de la directive 2014/24/UE dispose, dans la continuité de la directive 2004/18/CE, qu'« un accord-cadre est un accord [...] ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ». C'est la Commission européenne dans une fiche explicative relative aux accords-cadres qui a précisé que « bien que la directive classique se réfère exclusivement aux « accords-cadres », les dispositions visent en réalité deux situations différentes : les accords-cadres qui fixent tous les termes et ceux qui ne les fixent pas tous »[10].

S'agissant des modalités concrètes de fonctionnement de ces nouveaux accords-cadres, avec ou sans émission de bon de commande, il conviendra d'attendre les décrets d'application car l'ordonnance est à ce jour silencieuse.

La création des marchés de partenariat

Jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 23 juillet 2015, certains contrats, en raison de leur objet spécifique, étaient régis en droit interne par des textes distincts du Code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005. Ces contrats n'étaient pas des marchés publics au sens du droit interne. Pour autant, ils n'en étaient pas moins des marchés publics au sens du droit communautaire.

Il en allait ainsi des différents contrats dit « partenariat-public-privé » et, plus particulièrement, des « contrats de partenariat » définis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

Afin de s'assurer que l'ensemble de ces montages soit conforme au droit communautaire, le législateur a créé un nouveau type de marché public : le marché de partenariat.

Ainsi, en application de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, « les marchés de partenariat définis à l'article 67 sont des marchés publics ». Et l'article 67 de l'ordonnance définit le marché de partenariat comme « un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser ».

Cette définition est similaire à celle des contrats de partenariat créés par l'ordonnance du 17 juin 2004. De même, cette définition peut correspondre à des montages complexes (tels que les baux emphytéotiques administratifs ou autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels) par lesquels les personnes publiques confiaient à des tiers la réalisation d'ouvrages qui ne leur revenaient qu'en fin de contrat et qui pouvaient être appréhendés par le droit communautaire de la commande publique.

Désormais, ce type de montages complexes devra faire l'objet de marchés de partenariat et aura ainsi la qualité de marché public.

Il est intéressant de faire le parallèle entre la nouvelle définition des marchés publics de travaux et celle des marchés de partenariat.

Plus précisément, tant les contrats de partenariat que désormais les marchés de partenariat prévoient que le titulaire du contrat « assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération », par dérogation à la 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, dite loi MOP.

A contrario, les marchés publics ne comportent pas de dérogation à l'obligation imposée (par la loi MOP) au maître d'ouvrage de ne pas se démettre de sa maîtrise d'ouvrage. Il en résultait initialement une définition selon laquelle les marchés publics de travaux comportaient l'exécution de travaux définis « par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage ».

Désormais, l'ordonnance du 23 juillet 2015 modifie cette rédaction et ne fait plus expressément référence à la maîtrise d'ouvrage du pouvoir adjudicateur. Elle dispose plus souplement que les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de travaux ou d'ouvrages dont les « exigences » sont « fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

Cette nouvelle définition du marché public de travaux pourrait être inspirée de la jurisprudence communautaire mais ne dispensera pas, en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur de respecter la loi MOP lors de la conclusion de ses marchés publics, sauf à ce que le marché public à conclure ne soit pas un marché public de travaux ou un marché public mixte mais un marché de partenariat.

(10) Commission européenne, Direction générale Marché intérieur et Services, Politique des marchés publics, Fiche explicative – Accords-cadres – Directive classique 1.