

Les marchés publics globaux

L'ordonnance du 23 juillet 2015 améliore le régime des marchés globaux en harmonisant les différents dispositifs existants. En outre, ce texte procède à un assouplissement du régime juridique de ces marchés en élargissant les cas de recours aux marchés globaux de performance et en supprimant la définition de la notion de « motifs d'ordre technique » s'agissant des marchés de conception-réalisation.

Dans un contexte de renchérissement des financements privés et de rationalisation des partenariats public-privé, les marchés publics globaux revêtent un fort intérêt pour les collectivités publiques et, à ce titre, constituent un élément essentiel des dispositions de la loi d'habilitation⁽¹⁾ qui a autorisé le gouvernement à prendre, par ordonnance, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire à la transposition des directives européennes du 26 février 2014 sur la passation des marchés.

La fiche d'impact relative au projet d'ordonnance concernant les marchés publics a ainsi clairement fixé comme objectif l'amélioration du régime de ces contrats de manière à les rendre plus attractifs pour les personnes publiques afin qu'ils constituent une alternative aux contrats de partenariat, notamment pour les projets de faible montant⁽²⁾.

Définis comme « des contrats par lesquels une personne publique peut confier à un titulaire unique une mission globale [pouvant] porter sur la conception et la construction d'ouvrages (marchés de conception-réalisation) ou bien sur la conception et / ou la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance (CREM / REM) »⁽³⁾, les marchés publics globaux diffèrent des partenariats public-privé en ce qu'ils demeurent soumis aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique⁽⁴⁾ ainsi qu'à l'interdiction du paiement différé⁽⁵⁾.

Auteur

Élisa Jeanneau et Nathalie Ricci

Avocats à la Cour, SCP Seban et Associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 33 et s.

Mots clés

Allotissement • Loi MOP • Marchés de conception-réalisation
• Marchés globaux de performance

(1) Article 42-I de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

(2) *Ibidem*.

(3) Fiche d'impact sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, décembre 2014.

(4) Article 1^{er} de la loi MOP.

(5) Article 96 du Code des marchés publics et article 19 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, repris à l'article 60 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Toutefois, ils n'en permettent pas moins d'octroyer une certaine souplesse aux acheteurs publics en ce qu'ils constituent une dérogation au principe de l'allotissement⁽⁶⁾ ainsi qu'à la règle de non-cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur⁽⁷⁾.

À cet égard, il convient de relever que si l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a étendu le principe de l'allotissement à l'ensemble des acheteurs soumis aux règles de la commande publique, elle a, dans le même temps, prévu que ce principe ne s'appliquait pas aux marchés publics globaux⁽⁸⁾.

La nouvelle ordonnance concilie ainsi accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et recours aux marchés publics globaux en érigeant l'allotissement en principe tout en limitant les marchés publics globaux à un statut clairement dérogoire.

De même, la loi MOP interdit de confier à une même personne la mission de maîtrise d'œuvre et celle d'entrepreneur⁽⁹⁾. Toutefois, lorsque des motifs d'ordre technique ou des engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage, comme c'est le cas dans le cadre des marchés globaux, il est possible de confier une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux⁽¹⁰⁾.

Ainsi, compte tenu des différents avantages que présentent les marchés publics globaux, et en cohérence avec la démarche de simplification, de rationalisation et de modernisation guidant la réforme du droit des marchés publics⁽¹¹⁾, l'ordonnance du 23 juillet 2015 améliore le régime des marchés globaux en harmonisant les différents dispositifs existants et en assouplissant leurs conditions de recours.

Consécration des marchés publics globaux

L'ordonnance procède à l'harmonisation des différents dispositifs existants en les regroupant dans une même section, laquelle comporte trois catégories distinctes de marchés publics globaux.

Harmonisation des différents dispositifs existants

Compte tenu des différentes contraintes inhérentes à la loi MOP, liées notamment à l'interdiction du paiement différé ou encore à la responsabilité de la maîtrise d'ouvrage, le recours aux contrats globaux est aujourd'hui exponentiel.

En conséquence, différentes formes de contrats globaux se sont développées ces dernières années. Outre les partenariats public-privé, les marchés publics globaux ont ainsi fait l'objet de nombreuses initiatives législatives aboutissant à une accumulation de régimes et ce, tant dans le Code des marchés publics qu'en dehors de celui-ci.

D'une part, le Code des marchés publics comporte trois types différents de marchés publics globaux.

En effet, en application de la loi MOP⁽¹²⁾, le code a tout d'abord autorisé le recours aux contrats de conception-réalisation⁽¹³⁾ avant d'intégrer, à la suite de la loi dite « Grenelle 2 »⁽¹⁴⁾, les contrats associant l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation (marchés dits, de « CREM » et de « REM ») de manière à « recevoir » les contrats de performance énergétique.

Dans le cadre des marchés de conception-réalisation, les pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage si des motifs d'ordre technique justifient une telle association ou si, à la suite de la loi Grenelle 2, l'entrepreneur s'engage contractuellement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique⁽¹⁵⁾.

Suscitant les critiques des représentants de la maîtrise d'œuvre et des PME dès leur création, les marchés de CREM et de REM permettent, par ailleurs, de recourir à un contrat global - pouvant intégrer la conception, si les conditions prévues par la loi MOP sont remplies - afin d'atteindre des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique⁽¹⁶⁾.

D'autre part, différents dispositifs législatifs sectoriels ont été créés successivement depuis 2002, pour une durée limitée ou non⁽¹⁷⁾, de manière à répondre à des

(12) Article 18-I de la loi MOP.

(13) CMP, art. 37 ; article 41-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et article 4.1-1 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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.

(14) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement codifiée par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.

(15) CMP, art. 37 et 69.

(16) CMP, art. 73.

(17) À cet égard, il convient de relever que si certains de ces régimes ont une durée limitée, le législateur n'hésite pas à la proroger. À titre d'exemple, alors que l'article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 prévoyait le recours à ces marchés globaux jusqu'au 31 décembre 2013, il a été modifié par la loi n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction.

(6) CMP, art. 10.

(7) Article 7 de la loi MOP.

(8) Article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(9) Article 7, deuxième alinéa, de la loi MOP.

(10) Article 18-I de la loi MOP.

(11) Voir en ce sens le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

besoins spécifiques en matière de sécurité⁽¹⁸⁾, de santé⁽¹⁹⁾, de logements sociaux⁽²⁰⁾ ou encore de revitalisation artisanale et commerciale⁽²¹⁾.

Ainsi, des contrats globaux, plus ou moins étendus, peuvent être passés dans le cadre d'opérations portant sur (i) les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense⁽²²⁾, (ii) les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur⁽²³⁾, (iii) les immeubles affectés à la brigade de sapeurs-pompiers de Paris⁽²⁴⁾, (iv) les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurités civiles⁽²⁵⁾, (v) les établissements pénitentiaires⁽²⁶⁾, (vi) les centres de rétention ou de zones d'attente⁽²⁷⁾, (vii) les bâtiments ou les équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé de certains organismes gérant établissements de santé et de certaines structures de coopération sanitaire⁽²⁸⁾, (viii) certains logements locatifs aidés par l'État⁽²⁹⁾ et (ix) la revitalisation artisanale et commerciale⁽³⁰⁾.

Cet état du droit a largement été critiqué par la doctrine en ce qu'une telle accumulation de dérogations au principe de l'allotissement ainsi qu'à la règle de non-cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur avait pour effet de menacer la cohérence du droit de la commande publique⁽³¹⁾.

En conséquence, compte tenu, d'une part, du caractère hétéroclite des différents régimes de marchés publics globaux et, d'autre part, des objectifs de simplification, de rationalisation et de modernisation qu'elle s'est assignée,

l'ordonnance du 23 juillet 2015 a procédé à une harmonisation bienvenue de ces différents dispositifs au sein d'une unique section, afin de les rendre plus lisibles.

Création de trois catégories distinctes de marchés publics globaux

La section 4 de la nouvelle ordonnance relative aux marchés publics structure l'ensemble des dispositions relatives aux marchés publics globaux en trois sous-sections, comprenant chacune un article. Chacune de ces sous-sections porte sur un type de marché public global : les marchés publics de conception-réalisation⁽³²⁾, les marchés publics globaux de performance⁽³³⁾ et les marchés publics globaux sectoriels⁽³⁴⁾.

À cet égard, il convient de relever que le choix de cette structure paraît plus judicieux que celui opéré par le premier projet d'ordonnance, lequel regroupait sous un même article l'ensemble des dispositions portant sur les marchés publics globaux et était ainsi bien moins lisible.

En premier lieu, s'inscrivant dans la continuité de l'article 37 du Code des marchés publics, les dispositions de l'article 33-I de la nouvelle ordonnance reprennent le droit antérieur en ce qu'elles autorisent le recours à ces marchés « si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

De même, l'article suit également les dispositions actuelles du Code des marchés publics en précisant que si, en principe, les marchés de conception-réalisation sont confiés à un groupement d'opérateurs économiques, ils peuvent toutefois être confiés à un seul opérateur économique lorsqu'ils portent sur des ouvrages d'infrastructures.

En définitive, ces dispositions se distinguent uniquement des dispositions actuelles en incluant, parmi les marchés de conception-réalisation, ceux conclus en application de l'article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion.

En deuxième lieu, l'article 34 de la nouvelle ordonnance relative aux marchés publics dispose que « nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables ».

Ainsi, il ressort tout d'abord de ces dispositions que les marchés publics globaux de performance ont été consacrés en tant que tels et remplacent désormais les marchés de CREM et de REM.

(18) Article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (LOPSI 1).

(19) Code de la santé publique, art. L. 6148-7.

(20) Article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009.

(21) Article 19 de loi n° 2014-626 du 18 juin 2014.

(22) Article 3-I, premier alinéa, de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (LOPSI 1).

(23) Article 3-I, deuxième alinéa, de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (LOPSI 1).

(24) Article 3-IV de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (LOPSI 1).

(25) Article 3-V, deuxième alinéa, de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 (LOPSI 1).

(26) Article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987, tel que modifié par l'article 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002.

(27) Article 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, tel que modifié par l'article 52 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

(28) Code de la santé publique, art. L. 6148-7.

(29) Article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009.

(30) Article 19 de loi n° 2014-626 du 18 juin 2014.

(31) Voir notamment en ce sens : F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Le grand désordre du droit de la commande publique, Contrats et marchés publics*, n° 7, juillet 2009, p.1 ; P. de Baecke, « Renouveau des contrats globaux », *Droit des marchés publics*, III. 310.3.1., éd. Le Moniteur, septembre 2014.

(32) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 33.

(33) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 34.

(34) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 35.

Ensuite, le régime juridique de ces contrats semble avoir été considérablement simplifié et leurs conditions de recours assouplies (*cf. infra*).

En troisième lieu, l'article 35 de la nouvelle ordonnance reprend, à l'identique, l'ensemble des dispositifs législatifs portant sur les marchés publics globaux sectoriels, ce qui a le mérite de rendre plus lisible ces différents dispositifs qui étaient jusqu'ici prévus par des dispositions légales disséminées.

Au-delà de cet effort de simplification, l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à un véritable assouplissement du régime juridique des marchés publics globaux qui devrait conduire les acheteurs publics à y avoir recours de manière plus courante.

L'assouplissement du régime juridique des marchés publics globaux

L'ordonnance procède à un assouplissement du régime juridique des marchés publics globaux en élargissant les cas de recours aux marchés globaux de performance et en supprimant, au sein des dispositions relatives aux marchés de conception-réalisation, la définition de la notion de « motifs d'ordre technique » qui conditionne pourtant toujours le recours à un tel contrat. Ces deux mesures interrogent au regard notamment des dispositions de la loi MOP auxquelles elles semblent porter un coup.

Les marchés globaux de performance : une nouvelle exception à la loi MOP ?

L'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose, comme cela a déjà été rappelé, qu'indépendamment des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance, ayant pour objet la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'ouvrages « afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ».

Si ces nouvelles dispositions s'apparentent, à première vue, à celles qui régissent les marchés de CREM et de REM, elles en diffèrent toutefois largement en ce qu'elles ne reprennent pas le deuxième alinéa de l'article 73-II du Code des marchés publics codifiant les conditions de dérogations à la loi MOP figurant en son article 18.

Il convient, à cet égard, de rappeler que le Code des marchés publics précise, s'agissant des marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance que « si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37 ». Jusqu'à présent, lorsqu'un acheteur public souhaitait donc conclure un marché de CREM, portant notamment

sur la réalisation de travaux soumis à la loi MOP, il devait justifier, conformément aux dispositions de l'article 18 de la loi MOP, de motifs d'ordre technique ou d'engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Cette condition n'est toutefois pas reprise à l'article 34 de la nouvelle ordonnance en matière de marchés publics. Dans le cadre des nouveaux marchés globaux de performance, l'entrepreneur peut ainsi, de manière plus souple, être associé à la conception pour la réalisation de travaux qui relèvent de la loi MOP dès lors uniquement que des objectifs chiffrés de performance lui sont imposés. Il n'est désormais donc plus nécessaire de démontrer que cette association est rendue obligatoire compte tenu de motifs d'ordre technique - dont on sait qu'ils sont rarement retenus par le juge administratif - ou de la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ce qui nous semble constituer une dérogation à la loi MOP.

Sur ce point, plusieurs commentateurs de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ont considéré qu'il s'agissait d'un « coup porté à la loi MOP »^[35]. Et, bien qu'en réponse à une interrogation du Conseil national de l'Ordre des architectes, s'agissant de l'élargissement du recours aux marchés globaux, le ministre de l'Économie ait affirmé que « l'ordonnance du 23 juillet 2015 [...] reprend le droit antérieur »^[36], on peut tout de même s'interroger sur l'articulation entre ces dispositions, qui ont valeur législative, et celles de la loi MOP ; étant rappelé que l'habilitation législative dont disposait le gouvernement en vertu de l'article 42 de la loi du 20 décembre 2014 ne l'autorisait pas à contrevenir aux cadres législatifs existants notamment en matière de maîtrise d'ouvrage publique.

Vers un assouplissement des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation ?

Contrairement aux dispositions précitées de l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relatives aux marchés globaux de performance, les dispositions de l'article 33 de cette même ordonnance s'articulent avec celles préexistantes de la loi MOP, en conditionnant le recours aux marchés de conception-réalisation, par des acheteurs soumis à la loi MOP, à la démonstration de « motifs d'ordre technique ou [d'] un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique [rendant] nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

[35] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », *Contrats et marchés publics*, n° 2, février 2015, repère n° 2.

[36] Réponse d'Emmanuel Macron au CNOA, par courrier du 31 juillet 2015, « Ordonnance marchés publics : controverses autour de l'allotissement et des contrats globaux », *Lemoniteur.fr*, 2 septembre 2015.

Il est néanmoins intéressant de relever que, contrairement à l'article 37 du Code des marchés publics, l'article 33 de la nouvelle ordonnance ne définit plus la notion de « motifs d'ordre technique » par référence à la « destination » ou « à la mise en œuvre technique de l'ouvrage », comme cela était le cas jusqu'à présent.

Faut-il, pour autant, y voir une volonté du gouvernement d'élargir le recours aux marchés de conception-réalisation au travers un assouplissement de la notion de « motifs d'ordre technique » ? On rappellera, à cet égard, que la fiche d'impact relative au projet d'ordonnance concernant les marchés publics a prévu le développement du recours aux marchés globaux afin d'octroyer plus de souplesse aux acheteurs publics dans le choix de l'outil contractuel le plus adapté à leur projet⁽³⁷⁾. Un assouplissement des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation nous semble donc parfaitement conforme aux objectifs assignés au gouvernement en termes de marchés globaux⁽³⁸⁾.

(37) *Ibidem*.

(38) Voir en ce sens la fiche d'impact sur le projet d'ordonnance en matière de marchés publics, p. 19.

Par ailleurs, un tel élargissement des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation apparaîtrait, d'un point de vue opérationnel, particulièrement bienvenu pour les acheteurs publics, au regard notamment de la jurisprudence administrative actuelle qui, bien que peu abondante en la matière, retient une interprétation assez stricte des dispositions de l'article 37 du Code des marchés publics en invalidant le recours à des marchés de conception-réalisation fondés sur des motifs d'ordre technique tenant notamment à l'urgence⁽³⁹⁾, à des impératifs liés à la conciliation entre la qualité architecturale de l'ouvrage et des exigences de solidité et de sécurité de celui-ci⁽⁴⁰⁾, ou encore à des contraintes particulières liées à la recherche de formes architecturales, la détermination des matériaux et des structures ainsi que le choix des procédés de construction⁽⁴¹⁾.

De ce point de vue, il sera donc particulièrement intéressant d'être attentif aux décisions jurisprudentielles à venir en la matière.

(39) CE 17 mars 1997, Syndicat National du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, req. n° 155573.

(40) CAA Nancy 21 octobre 2004, Conseil régional de l'Ordre des architectes de Lorraine, req. n° 00NC00373.

(41) CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, req. n° 268610.