

Les « autres marchés publics » ou le remodelage des « marchés exclus »

Parmi les dispositions de ce Code qui ont fait l'objet des modifications les plus importantes par rapport aux textes de 2015/2016, on recense notamment celles relatives aux « marchés exclus » rebaptisés « autres marchés publics ». Si ce Code clarifie la nature juridique de ces marchés, des ambiguïtés subsistent s'agissant de leur régime.

Très attendu, le Code de la commande publique apporte aux marchés publics anciennement « exclus » de l'ordonnance du 23 juillet 2015 un certain nombre de retouches. Une véritable attention apparaît même avoir été portée par les rédacteurs du code à cette catégorie que l'on peut qualifier de « fourre-tout »^[1] et qui, ce faisant, est l'un des rares sujets à connaître de réelles évolutions.

D'emblée, trois modifications notables retiennent l'attention.

La première – et non des moindres – est d'ordre sémantique avec le nouveau nom donné à ces « marchés exclus » de l'ordonnance, ainsi rebaptisés « autres marchés publics ». Ce changement s'explique en raison du champ d'application plus large du Code de la commande publique, qui ne se résume pas à la simple transposition

Auteur

Thomas Rouveyran
Avocat associé

Christophe Farineau
Avocat à la cour
SEBAN & Associés

Mots clés

Autres marchés publics • Contrats administratifs • Passation

[1] Les « Autres marchés publics » comprennent notamment les cas de relations internes au secteur public (quasi-régie, coopération entre pouvoirs adjudicateurs, marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ou à une coentreprise), les marchés publics conclus en application de règles internationales, liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'État, relatifs à la recherche et le développement, aux services financiers, et certains marchés de défense et de sécurité.



des règles de passation. D'autres textes qui concernent ces contrats – comme ceux relatifs à la sous-traitance, aux délais de paiement ou à la facturation électronique – sont désormais rassemblés dans le code^[2].

La deuxième est plus formelle : la présentation des anciens « marchés exclus » a été repensée pour l'occasion, et ce sur plusieurs points. On remarquera tout d'abord que les rédacteurs du code ont décidé de mettre en avant la question des relations internes au secteur public en débutant la liste des « autres marchés » par ces dispositions. Ils ont également procédé à un découpage en plusieurs articles de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sur la quasi-régie et de l'article 19 sur les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée afin d'assurer, selon toute vraisemblance, une meilleure lisibilité de l'ensemble.

La même entreprise se remarque aussi à propos de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relatif aux « exclusions applicables aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs ». Les rédacteurs du code en ont d'ailleurs profité pour regrouper les cas de figure communs aux pouvoirs adjudicateurs^[3] et aux entités adjudicatrices^[4] dans une nouvelle catégorie intitulée « Marchés publics conclus par un acheteur », puis pour procéder à l'intérieur à un début d'organisation : Section 1 sur les « marchés publics conclus en application de règles internationales »^[5] ; Section 2 sur les « marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat »^[6] ; Section 3 sur les « Autres marchés publics »^[7].

La troisième, enfin, porte sur le fond. Certes, les articles 14 à 20 de l'ordonnance sont reproduits pour l'essentiel à l'identique ; les seules modifications remarquées à leur égard sont mineures^[8] et semblent surtout relever d'un souci esthétique.

Mais les véritables apports du code se trouvent ailleurs : au sein de l'article L. 6 de son « Titre préliminaire » et dans le Titre II du Livre V de la Deuxième partie relatif aux « Règles applicables » à ces « Autres marchés publics ».

[2] Telle est l'explication de la DAJ dans sa fiche de présentation du code de la commande publique, point 1.1.1.

[3] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14, 1° à 13°.

[4] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 15-1°.

[5] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14-5°, 12° et 13°.

[6] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14-11°.

[7] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14-2° à 4° et 6° à 10°. Cette organisation au regard des exclusions communes entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices était d'ailleurs déjà remarquée par G. Clamour dans son analyse des marchés exclus. Voir : G. Clamour, « Les marchés exclus », *Contrats et marchés publics* 2015, n° 10, dossier 3.

[8] « réaliste » au lieu de « vraisemblable » à l'article L. 2511-5 du CCP, « membres » en remplacement de « parties prenantes » à l'article L. 2511-9 du CCP...

La clarification de la nature juridique des « autres marchés publics »

L'article 3 de l'ordonnance de 2015 disposait que « Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs ». Un doute subsistait cependant sur le fait de savoir si les marchés « exclus » de l'application de l'ordonnance l'étaient également sur ce point^[9]. Le Code de la commande publique est maintenant sans équivoque, voire en précise davantage la portée.

Refus du bénéfice de la qualification légale

Tout en reprenant en substance l'article 3 de l'ordonnance, le premier alinéa de l'article L. 6 du Code de la commande publique comporte des précisions importantes quant à la nature juridique à donner aux « autres marchés publics » et « aux autres contrats de concession ».

En effet, il précise que « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie ». Il ajoute que « Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses ».

Les rédacteurs du code tirent sur le premier point les conséquences de l'exclusion de ces marchés du champ d'application de l'ordonnance de 2015. Dans la mesure où ces contrats ne relevaient pas de ce texte, il est en effet logique que leur soit désormais refusé le bénéfice de cette qualification légale.

Le renvoi au Livre V du nouveau code clarifie définitivement la question : les « autres marchés publics » sont bien des contrats tantôt administratifs, tantôt de droit privé^[10].

Il est d'ailleurs remarquable que les rédacteurs du code se soient essayés à codifier les critères jurisprudentiels de qualification d'un contrat administratif. La référence – inédite – reste toutefois à demi-mot : aucune mention n'est faite des questions de « participation directe à l'exécution même d'une mission de service public » ou de présence au contrat d'une « clause exorbitante de droit commun ». Le lecteur comprendra néanmoins que les mentions de « l'objet » et des « clauses » du contrat

[9] Voir : Fl. Linditch, « L'ordonnance relative aux marchés publics : champ d'application », *JCPA* 2015, 2290.

[10] Sur ce point, l'article L. 2521-3 du CCP confirme que les « autres marchés publics » sont soit des contrats administratifs, soit des contrats privés, dans la mesure où il distingue, en fonction de cette qualification, les règles applicables en matière de résiliation.



renvoient à définir, selon ces termes, la nature juridique du marché en question. Cette qualification se fera donc au regard des critères établis par la jurisprudence sur le sujet.

Ceci étant dit, le fait que ces « autres marchés publics » puissent être qualifiés de contrats administratifs ou de contrats de droit privé a son importance. Outre l'incidence que cela aura sur l'ordre de juridiction compétent en cas de litige, la qualification du contrat comme administratif entraînera l'application des règles générales relatives à cette catégorie, dorénavant codifiées elles aussi dans le texte.

Application, le cas échéant, des règles générales du contrat administratif

L'article L. 6 du Code de la commande publique formule, dans son second alinéa, cinq points applicables « au titre » de la qualité de contrats administratifs.

En effet, cette qualification impose selon le nouveau texte que :

« 1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ;

2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ;

3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;

4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;

5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat. »

La question qui surgit immédiatement est celle de l'articulation entre ces dispositions et le fait que les « autres marchés publics », lorsqu'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, se voient refusés le bénéfice de la qualification légale et sont « sans préjudice de dispositions législatives spéciales » soumis aux règles particulières définies au titre II du livre V de la deuxième partie du code.

Sur ce point, si, au premier regard, plusieurs éléments pourraient faire douter de l'applicabilité du second alinéa de l'article L. 6 aux « autres marchés publics »

qualifiés d'administratif⁽¹¹⁾, il est plus que raisonnable de penser que ces dispositions s'appliquent bel et bien aux « autres » contrats de la commande publique. En effet, outre la dimension généraliste donnée par le plan du code à ces dispositions, il apparaît tout de suite que les rédacteurs ont souhaité codifier des principes extrêmement établis en jurisprudence⁽¹²⁾ : d'une part, les règles générales du contrat administratif (exercice d'un contrôle⁽¹³⁾, pouvoir de modification unilatérale⁽¹⁴⁾, de résiliation unilatérale⁽¹⁵⁾, théorie de l'imprévision⁽¹⁶⁾) ; et, d'autre part, le principe de continuité du service public⁽¹⁷⁾. Or ces règles, qui étaient jusqu'ici applicables même sans texte, ne vont pas perdre de leur portée du fait de la codification : elles pouvaient et pourront nécessairement être invoquées dans le cadre de l'un des marchés visés au Livre V, sous réserve – toujours – qu'il soit administratif.

Reste que ce faux débat introduit bien l'ambiguïté caractérisant le régime juridique des « autres marchés publics » au regard de la rédaction du code.

L'ambiguïté du régime juridique des « autres marchés publics »

Dans un bel effort, les rédacteurs du code ont établi les règles applicables aux « autres marchés publics » plutôt que de se contenter de mentionner de quoi ils étaient exclus. Des interrogations surgissent toutefois concernant les règles à prendre en compte pour ces contrats.

Compilation des textes juridiques applicables

L'établissement d'un Titre II relatif aux « Règles applicables » aux « Autres marchés publics » est, pour sûr, l'évidente nouveauté du code en la matière, par comparaison avec l'ordonnance de 2015.

[11] On observera ainsi que les points 1°, 4° et 5° renvoient expressément aux modalités ou aux conditions de mise en œuvre prévues par le code ; que l'article L. 2500-1, introduisant le Livre V sur les « Autres marchés publics », dispose que, « Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier [du livre V] sont soumises aux règles particulières définies au titre II » ; et que l'article L. 2521-3 précise spécifiquement, au sein de ce titre, que l'acheteur peut résilier un de ces « autres marchés publics » dans les conditions fixées au livre 1^{er} s'il s'agit d'un contrat administratif et selon les conditions prévues par le Code civil s'il s'agit d'un contrat de droit privé.

[12] Voir la fiche de présentation du Code de la commande publique, p. 2.

[13] CE 31 mai 1907, Deplanque, req. n° 16324, *Rec. CE* p. 513.

[14] CE 2 février 1983, Union transports publics, req. n° 34027, *Rec. CE* p. 33.

[15] CE 2 mai 1958, Distillerie Magnac-Laval, req. n° 32401, *Rec. CE* p. 246.

[16] CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928, *Rec. CE* p. 125.

[17] Cons. const. 25 juillet 1979, déc. n° 79-105 DC, p. 33 ; CE 13 juin 1980, Bonjean, req. n° 17995, *Rec. CE* p. 274.



Toutefois, les rédacteurs semblent avoir fait le choix de ne prendre aucune autre initiative que la compilation des textes déjà applicables à ces marchés soumis à un régime particulier. La DAJ, dans sa fiche de présentation du code, expose d'ailleurs en ce sens son objectif de codifier en un seul texte l'ensemble des règles régissant actuellement les contrats de la commande publique et indique que, si les « marchés exclus » sont bien exemptés de l'application des règles de passation prévues par les directives et les textes qui, jusqu'alors, les transposaient, ils ne sont pas exclus du champ d'application d'autres textes, maintenant rassemblés dans ce code^[18].

Dès lors, les « autres marchés publics » sont annoncés pêle-mêle comme soumis, le cas échéant, à la loi MOP^[19], aux règles relatives aux délais de paiement^[20], à la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance^[21], aux dispositions relatives au pouvoir de résiliation^[22], et à la quasi-intégralité de celles concernant le règlement amiable des différends^[23].

Force est donc de constater que l'essai n'est pas vraiment transformé : au-delà de l'absence de réelles nouveautés, le Titre ne connaît aucune structure et se contente d'énoncer, article après article, l'ensemble de ces règles éparses, qui plus est par renvoi aux autres dispositions du code. Or, l'hétérogénéité des marchés en question aurait pu justifier plus amples précisions. Il n'est pas illégitime de s'interroger par exemple sur le fait que l'ensemble de ces règles soient applicables aux marchés conclus dans le cadre des relations internes au secteur public, lesquels relèvent tout de même d'une logique différente des autres contrats listés au regard de leur objet ou de la qualité des parties^[24].

Quoi qu'il en soit, ces règles sont bien présentées comme étant les seules règles applicables aux « autres marchés publics », et à tous ces marchés. Aucune mention n'est faite d'ailleurs des règles de passation et ce, malgré les réelles avancées sur la question.

Omission des règles de passation applicables

Anciennement « exclus » du champ d'application de l'ordonnance de 2015, les désormais « autres marchés publics » continuent à ne pas être soumis aux règles de passation établies par le code.

En effet, les rédacteurs ont fait le choix de ne mentionner dans le Titre II « Règles applicables » que les seules

dispositions que connaissent ces contrats^[25]. Si l'on suit cette logique, toute norme qui n'est pas mentionnée dans ce Titre ne trouverait pas à s'appliquer aux « autres marchés publics ».

Cela étant dit, aucun article ne vient faire état des règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces marchés. Si le passage à une définition « positive » des règles applicables aux « autres marchés publics » se comprend et se salue^[26], il reste pour l'heure relativement malheureux : c'est en effet au lecteur qu'il appartiendra de comprendre en creux que l'exclusion de l'ordonnance de 2015 perdure et d'arbitrer – qui plus est – la pertinence de cette exclusion.

De surcroît, la question de savoir si les marchés « exclus » du champ d'application de l'ordonnance devaient ou non respecter certaines règles de passation a, pour rappel, déjà été posée au Conseil d'État. Il a ainsi jugé que, bien qu'exclus du champ de l'ordonnance, ces contrats demeurent « régis par la loi française » et sont « donc soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, [...] d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle »^[27]. Cette position a d'ailleurs visiblement été réitérée par la Haute juridiction lors de son examen du Code de la commande publique^[28], qui a tenu à souligner la nécessité d'appeler l'attention des acheteurs sur le fait que, conformément à la jurisprudence, les principes fondamentaux rappelés à l'article L. 3 du code peuvent trouver à s'appliquer à la passation de « certains de ces contrats », selon les modalités qu'il leur appartient alors de définir. Au regard de la position adoptée par le Conseil d'État sur la question, l'ambiguïté entretenue par le Code est regrettable.

Certes, la difficulté de mentionner les règles applicables à une énumération de contrats plus que divers, voire ayant des logiques totalement différentes, est réelle. Reste que beaucoup – du plan à la norme – est à construire dans ce nouveau titre relatif aux « Règles applicables » aux « Autres marchés publics », quitte éventuellement à se pencher individuellement sur chaque contrat.

[25] CCP, art. L. 2500-1.

[26] Voir à ce sujet H. Hoepffner et F. Llorens, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *Contrats et marchés publics* 2018, repère 4.

[27] CE 5 février 2018, Société Peyrani et autres, req. n° 414846, *Contrats et marchés publics* 2018, comm. 78, note M. Ubaud-Bergeron ; voir aussi : CE 29 juin 2012, Société Pro 2C, req. n° 357976, p. 25, *BJCP* 2012, p. 336, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012, p. 1314 ; *RD imm.* 2012, p. 560, obs. S. Braconnier, *Contrats et marchés publics* 2012, comm. 270 ; CE Sect. 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236, p. 4, *Contrats et marchés publics* 2009, comm. 121, W. Zimmer, *RJEP* 2009, comm. 32, note D. Moreau.

[28] Voir Fiche de présentation du Code de la commande publique, point 2.5.

[18] Voir Fiche de présentation du code de la commande publique, point 1.1.1.

[19] CCP, art. L. 2500-2.

[20] CCP, art. L. 2521-1.

[21] CCP, art. L. 2521-2.

[22] CCP, art. L. 2521-3.

[23] CCP, art. L. 2521-4.

[24] Sur cette classification, voir : S. de la Rosa, « Les exclusions », *RFDA* 2016, p. 227.