

Contentieux des marchés globaux de performance : des précisions bienvenues

Un arrêt du 8 avril dernier contribue à clarifier les règles applicables aux marchés globaux de performance que ce soit sur leur contenu ou les règles de passation applicables : le Conseil d'État précise notamment pour la première fois que ces marchés ne sont pas soumis à une obligation d'allotir et souligne que la constitution d'un jury est en principe requise pour certains de ces marchés.

La décision *Société Orange et Région Réunion*, rendue par le Conseil d'État le 8 avril dernier⁽¹⁾, est venue apporter de premières précisions bienvenues sur les marchés globaux de performance.

Précisions sur le contenu du marché global de performance

Cette décision a d'abord été l'occasion pour le Conseil de préciser les contours de l'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, désormais codifié à l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique, et ce sur deux points : le champ des prestations que peut renfermer un marché global de performance et le champ sur lequel les objectifs de performance doivent porter dans un tel contrat.

L'objet du marché global de performance

S'est d'abord posée la question de savoir si les prestations d'exploitation ou de maintenance que doit nécessairement renfermer un marché global de performance, doivent ou non porter sur l'intégralité de l'équipement réalisé. La société requérante reprochait en effet à l'acheteur d'avoir inclus dans le marché global de performance des prestations d'assistance commerciale, alors même que le marché ne renfermait pas de mission

Auteur

Maeva Guillerm
Avocat à la Cour
SCP Seban et associés

Références

CE 8 avril 2019, req. n° 426096

Mots clés

Allotissement • Engagements de performance • Jury • Objet

(1) CE 8 avril 2019, req. n° 426096.

complète d'exploitation du service. Le Conseil d'État y a répondu en précisant que si les dispositions relatives au marché global de performance « permettent d'associer dans un marché global de performance l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations, [elles] n'imposent pas qu'un tel marché porte sur l'intégralité de l'exploitation des équipements réalisés ».

De ce point de vue, la décision ne surprend guère. Les conclusions du rapporteur public retiennent en revanche nettement plus l'attention, en ce qu'elles peuvent être interprétées comme allant quelque peu au-delà.

Après avoir indiqué que l'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 n'impose pas que les marchés globaux de performance comportent « totalement » les prestations relevant de l'exploitation ou de la maintenance, le rapporteur public poursuit en effet en affirmant que « le recours à ce marché permet seulement aux acheteurs d'attribuer à un même opérateur des missions qui sont en principe distinctes, en vue de remplir des objectifs chiffrés de performance ; il ne saurait les y contraindre ». Faut-il aller jusqu'à comprendre que les marchés globaux de performance pourraient ne pas comporter d'autres prestations que la réalisation ou la conception-réalisation des ouvrages ? Certains auteurs l'envisageaient visiblement, avant même cette décision^[2]. On peine toutefois à le croire : un marché qui ne porterait que sur la réalisation de prestations n'aurait toutefois rien de global, et un marché global de performance qui ne porterait que sur la conception et la réalisation de prestations ferait doublon avec le marché de conception-réalisation, tout en étant soumis à des conditions de recours plus souples. Surtout, il nous semble que cette interprétation serait contraire à la lettre du texte, qui impose que le contrat associe des prestations se rattachant à la phase exploitation-maintenance à des prestations de réalisation ou de conception-réalisation. De notre point de vue, un marché global de performance doit donc a minima renfermer des prestations de réalisation et des prestations d'exploitation ou de maintenance, dont la rémunération sera liée à l'atteinte des engagements de performance. Et s'il est désormais clair qu'un tel marché peut ne renfermer que certaines des prestations d'exploitation ou de maintenance de l'ouvrage ou de l'équipement réalisé, il faut malgré tout sans doute que les prestations de maintenance ou d'exploitation confiées au titulaire du contrat revêtent un minimum de consistance, afin de pouvoir effectivement correspondre à des objectifs de performance, et au-delà pour que leur intégration dans le marché ne puisse pas apparaître comme trop artificielle, et (uniquement) destinée à pouvoir solliciter un marché global.

Le rapporteur public indique, par ailleurs, que l'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 n'impose pas que les marchés globaux de performance « ne comportent que des prestations relevant de ces

différentes missions » (de l'exploitation, de la maintenance, de la conception et de la réalisation). À le suivre, il faudrait alors considérer que les marchés globaux pourraient porter sur des prestations qui ne sont pas expressément visées par le texte. Présentée de la sorte, l'affirmation surprend quelque peu. Elle doit sûrement être replacée dans son contexte : étaient en cause des prestations d'assistance à l'exploitation commerciale ; prestations dont il n'était sans doute effectivement pas acquis qu'elles relèvent directement de l'exploitation, mais qui y étaient à tout le moins très liées. Il faut donc plus sûrement considérer que les marchés globaux de performance peuvent inclure des prestations qui ne constituent pas des prestations d'entretien ou d'exploitation au sens premier du terme, mais qui s'y rattachent sans trop d'effort. Et il y a également tout lieu de penser qu'un marché global de performance peut renfermer tout à la fois des prestations qui relèvent de l'exploitation et d'autres qui relèvent de la maintenance, malgré l'emploi dans les textes de la conjonction de coordination « ou » plutôt que « et ». Cette question, posée par certains auteurs^[3], n'a pas été expressément tranchée par le Conseil d'État, ni d'ailleurs par le Code de la commande publique. Une lecture trop littérale du texte n'aurait toutefois ici guère de logique, et apparaîtrait au-delà particulièrement inopportune.

Le champ des objectifs de performance

Le Conseil d'État a ensuite eu à se prononcer sur le champ des objectifs de performance qui peuvent (doivent) être imposés au titulaire d'un marché global de performance, et dont on sait qu'ils peuvent notamment être définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. La critique portait plus précisément sur la circonstance que l'acheteur avait fixé des engagements de performances dont l'atteinte ne dépendait pas uniquement du titulaire du marché, mais également de tiers. Le Conseil d'État considère que les dispositions de l'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 – codifiées aujourd'hui à l'article R. 2171-2 du Code de la commande publique – au terme desquelles « la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixés par le marché public pour toute sa durée », n'impliquent pas que l'acheteur ne puisse demander aux candidats « que des engagements de performances exclusivement liés aux missions qui leur sont confiées dans leur totalité, et non également des engagements liés à des actions de tiers, dès lors que ces performances dépendent en partie des prestations fournies dans le cadre du marché ».

Le marché peut donc fixer des objectifs de performance, dont l'atteinte influera sur la rémunération du titulaire, alors même que la réalisation de la performance considérée ne dépendra pas exclusivement de lui, voire qu'il

[2] F. Linditch, « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et Marchés publics* n° 10, octobre 2015, dossier 6.

[3] F. Linditch, « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et Marchés publics* n° 10, octobre 2015, dossier 6.

ne pourra pas atteindre seul. Sur ce point, le cœur du sujet n'est donc pas juridique, mais plutôt fonction de l'acceptabilité par les candidats d'un dispositif qui fixerait des objectifs de performance dont l'atteinte ne dépendrait pas uniquement de leurs efforts, et pourrait être compromise du fait d'un tiers.

Précisions sur la procédure de passation du marché global de performance

La décision du 8 avril dernier a également donné au Conseil d'État l'occasion d'apporter quelques précisions sur la procédure de passation des marchés globaux de performance, et ce sur deux sujets bien distincts : l'allotissement et l'intervention du jury.

L'absence d'obligation d'allotir

Le Conseil d'État a été appelé à se prononcer, pour la première fois, sur l'applicabilité de la règle de l'allotissement aux marchés globaux de performance. Et il a jugé que les marchés publics globaux de performances n'étaient soumis à aucune obligation en la matière.

Cette précision est la bienvenue, mais ne surprend guère au premier regard. Il ressortait en effet assez clairement des textes que l'obligation d'allotir, posée par l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, ne s'appliquait pas « aux marchés publics globaux mentionnés à la section 4 », au nombre desquels figuraient notamment les marchés publics globaux de performance. Et le Code de la commande publique est aujourd'hui sans doute plus explicite encore sur le sujet, puisqu'il dispose, en son article L. 2171-1, que « sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement : (...) 2° Les marchés globaux de performance ». Au-delà, c'est bien le propre d'un marché global que d'être... global.

Le sujet pose toutefois une question plus large que celle de la réunion dans un seul et même marché de « prestations distinctes », sur laquelle on s'accorde aisément. Dans l'affaire qui était soumise au Conseil d'État, le sujet était celui du regroupement dans un seul et même marché – non-allotit – du déploiement d'une infrastructure (unique) de communications électroniques sur plusieurs communes qui ne forment pas un territoire continu, et dont le juge des référés considérait en première instance qu'elles auraient dû servir de support à un allotissement géographique. Le Conseil d'État censure ce raisonnement au motif que, comme le souligne son rapporteur public, « les marchés globaux sont totalement exclus du champ d'application de la règle de l'allotissement et pas seulement pour les prestations qui peuvent être comprises dans un marché unique », et qu'« il n'y a pas lieu de distinguer comme l'a fait le juge du référé précontractuel entre l'allotissement fonctionnel et l'allotissement géographique, qui sont des modalités d'allotissement soumises au même régime juridique ». De ce point de vue, le raisonnement est logique et ne souffre pas la critique.

Faut-il pour autant considérer que le regroupement dans un marché global de performance ou dans un marché de conception-réalisation unique de plusieurs ouvrages de même nature mais parfaitement indépendants, voire même d'ouvrages hétérogènes et sans lien entre eux, est possible, au seul motif que la règle de l'allotissement ne trouve pas à s'appliquer aux marchés globaux ?

La question, qui pose fondamentalement celle de la frontière entre ce qui relève de l'allotissement d'un seul et même marché, et ce qui doit relever de plusieurs marchés différents, mérite de notre point de vue d'être posée, et appelle sans doute une réponse nuancée. Il nous semble en effet permis de penser que, lorsque sont en cause non pas seulement des « prestations distinctes » mais, au-delà, des ouvrages distincts et autonomes, l'absence d'obligation d'allotissement ne permettra pas nécessairement de justifier leur regroupement dans un marché global unique. La limite serait, à l'instar de ce qu'il advient en matière de concessions⁽⁴⁾, celle posée par les impératifs de bonne administration et les obligations générales de mise en concurrence, qui s'opposent à ce que soit donné à un contrat un périmètre manifestement excessif, et à ce que soient réunis dans un même contrat des objets qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

Il faudrait donc considérer qu'il est possible de réunir dans un seul et même marché global, qu'il s'agisse d'un marché global de performance ou d'un marché de conception-réalisation, plusieurs ouvrages certes distincts et autonomes, mais de même nature (plusieurs collèges ou plusieurs lycées par exemple) ou présentant entre eux un lien suffisant, à l'image de ce qui se pratique souvent pour les marchés de partenariat et les contrats de concession. Cette conclusion suscite toutefois la réflexion car elle heurte quelque peu, dans l'esprit, en particulier pour ce qui est des marchés de conception-réalisation, mais elle se justifie visiblement par la circonstance que la règle de l'allotissement n'a pas une portée générale.

L'obligation de faire intervenir un jury

Enfin, la décision du 8 avril a été l'occasion pour le Conseil d'État de souligner que la constitution d'un jury est en principe requise pour les marchés globaux de performance dont la valeur estimée est supérieure ou égale aux seuils de procédure formalisée et qui portent sur la réalisation de travaux relevant de la loi MOP ; principe qui ne ressortait des textes qu'au travers d'un jeu de renvoi assez peu intelligible au sein du décret du 25 mars 2016.

Le Code de la commande publique l'affirme aujourd'hui bien plus clairement : son article R. 2171-15 dispose que, lorsqu'ils sont soumis au livre IV (qui codifie la loi MOP) les acheteurs passent leurs marchés globaux de per-

(4) CE 21 septembre 2016, Communauté urbaine du Grand Dijon, req. n° 399656.

formance selon l'une des procédures formalisées prévues par le code, « sous réserve des dispositions » des articles suivants ; articles qui prévoient notamment la désignation d'un jury. Les acheteurs seront ainsi libres de choisir entre l'appel d'offres ou, plus sûrement, le dialogue compétitif ou la procédure avec négociation, à tout le moins pour les marchés comportant des prestations de conception⁽⁵⁾. Mais ces procédures devront donc, sauf exception, s'articuler avec l'intervention d'un jury, ce qui les complexifie quelque peu, d'autant que le code demeure assez peu clair sur l'intervention du jury. Il semble toutefois qu'il n'intervient qu'au stade des candidatures et au stade des offres finales, et non pas également au stade des offres intermédiaires.

La décision *Société Orange et Région Réunion* contribue donc à clarifier les règles applicables aux marchés globaux de performance sur plusieurs terrains importants. Elle est de ce point de vue particulièrement bienvenue,

(5) CCP, art. R. 2124-3 3°.

d'autant que tout porte à croire que les marchés globaux de performance ont de beaux jours devant eux et devraient continuer à s'imposer dans le paysage contractuel. C'était d'ailleurs la volonté du gouvernement que de les ériger comme une véritable alternative aux marchés de partenariat, dont la jurisprudence récente témoigne de ce qu'ils restent décidément des contrats dérogatoires, auxquels il n'est possible de recourir que de façon très encadrée et contrôlée⁽⁶⁾. Et il en va de même des autres marchés globaux « classiques » (non sectoriels) que sont les marchés de conception-réalisation, qui demeurent le plus souvent inaccessibles aux acheteurs soumis au livre IV du Code de la commande publique (ex-loi MOP), faute pour l'acheteur d'être en mesure de prouver que l'association de l'entrepreneur aux études est nécessaire⁽⁷⁾.

(6) TA Marseille 12 février 2019, req. n° 1709848-1709963 et 1710044 et TA Montreuil 30 avril 2019, req. n° 1808492.

(7) CAA Nantes 9 novembre 2018, req. n° 17NT01596.