



Synthèse par Bercy de la consultation ouverte sur le projet de code de la commande publique

Florian Linditch

► **To cite this version:**

Florian Linditch. Synthèse par Bercy de la consultation ouverte sur le projet de code de la commande publique. Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121793

HAL Id: hal-02121793

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121793>

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Alertes Octobre 2018

FOCUS

Synthèse par Bercy de la consultation ouverte sur le projet de code de la commande publique

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

Bien qu'elle ne permette pas l'accès direct aux avis recueillis, la DAJ a rendu publics les résultats de la consultation lancée sur le prochain projet de code de la commande publique. Cette démarche est riche d'informations sur le mécanisme de consultation, ses limites et ses apports, y compris sur le fond du droit.

1. Contexte de la consultation lancée par la DAJ

Dans son principe, cette consultation n'est en rien spécifique aux marchés publics, ni même à Bercy. Il résulte en effet de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, que l'administration peut décider d'organiser une consultation publique sur internet afin d'associer le public à la prise de texte normatif.

La consultation sur le projet de code de la commande publique a été mise en ligne le 23 avril 2018 sur le site du Premier ministre www.vie-publique.fr et sur les sites internet du ministère de l'économie et des finances et de la DAJ.

Au cas présent, elle s'est déroulée en deux phases :

- du 23 avril au 13 mai 2018 inclus pour la première phase, portant sur l'ensemble des dispositions du code de la commande publique ;
- du 14 mai au 28 mai 2018 pour les dispositions du code de la commande publique applicables à l'outre-mer.

2. Projet de code de la commande publique

Comme on le sait, le projet de code, a été élaboré en application de l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Il s'agissait de « rassembler, au sein d'un corpus juridique unique, l'ensemble des règles régissant les contrats de la commande publique » (p. 1). Doivent par conséquent être l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 et leurs décrets d'application, ainsi que les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, à la sous-traitance et aux délais de paiement. Pour autant, la DAJ précise que « ce travail de codification vise également à rendre le droit de la commande publique plus lisible et plus accessible, dans le respect de la règle de la codification à droit constant. Ce projet de code permettra de renforcer substantiellement la sécurité juridique des procédures et d'accroître l'efficacité de l'achat public » (Idem).

3. Résultats statistiques

On pourra être surpris par le faible nombre de réponses enregistrées : 53 contributions exprimées (regroupant il est vrai 769 observations).

Les acheteurs publics représentent logiquement 22 contributeurs sur 53, il faudrait d'ailleurs ajouter 7 contributions des ministères pour évaluer le degré d'intérêt des institutions publiques. Les 13 contributions des personnes privées peuvent également comporter des réactions d'entités adjudicatrices (SEM, SPL...), mais le rapport n'entre pas dans ce détail, même s'il ont apprend que des organismes de formation, voire des particuliers ont également répondu (p. 2). Le secteur privé est, au final, puissamment mobilisé si l'on considère que pas moins de 11 Fédérations professionnelles ont répondu à la consultation.

Par ailleurs, le système de consultation mis en place par la loi n'interdit nullement aux personnes publiques ou privées de formuler des avis en dehors du processus de consultation. Ainsi rien n'interdit des démarches plus ou moins informelles (courrier à la DAJ, voire au ministre, demandes d'auditions, etc...), y compris alors que la consultation est désormais close. Il en a toujours été ainsi, on ne voit pas pourquoi ces initiatives cesseraient : l'obligation de contrôler les situations sociales et fiscales des candidats, le contrôle de l'offre anormalement basse, l'obligation d'allotissement constituent autant d'illustrations, déjà

anciennes, de l'écoute des acteurs du monde économique. Quant aux acheteurs publics, l'évolution des seuils des petits achats est souvent résultée de leurs revendications.

Autant de raisons de considérer que le système de consultation issu de la loi ne devrait pas modifier sensiblement la situation, même s'il permet sans conteste d'encourager les réactions des personnes concernées par la réglementation.

4. Contenu des avis

Il serait intéressant de connaître les points sur lesquels portaient les différentes contributions. Le Rapport fournit bien une répartition des observations par thématique, mais celle-ci demeure très globale : d'une part, elle se borne à ventiler les interventions dans des rubriques très vastes (marchés publics, partenariats, concessions...), et d'autre part, elle ne fournit pas l'origine des observations. Sans doute le degré d'information dépend-t-il d'une volonté de conserver aux participants la confidentialité de leurs observations, ou plus exactement de les laisser libres de les rendre publiques, ou non.

La DAJ propose un résumé de certaines observations et des réponses qui y ont été apportées. Résumé dont le caractère parfois laconique rend l'exploitation peu aisée.

Observations en faveur d'une plus grande codification

Selon le compte-rendu, « les contributeurs ont soutenu les initiatives de codification de règles issues de la jurisprudence, particulièrement celle portant sur la définition de l'offre anormalement basse » (p. 3).

Certains d'entre eux ont même souhaité une codification plus poussée des règles jurisprudentielles :

- celles « gouvernant l'indemnisation du cocontractant en cas de modification unilatérale (précision de la notion de « maintien de l'équilibre financier ») ou de résiliation du marché (régime indemnitaire, nature de la faute susceptible d'entraîner la rupture du contrat, etc.) » ;

- celle « des critères jurisprudentiels permettant la qualification de contrats administratifs » ;
- celle des règles gouvernant « en matière de contrat de concession, de la possibilité ouverte à l'autorité concédante de conclure un contrat en l'absence de formalités de publicité et de mise en concurrence en cas d'urgence résultant de l'impossibilité de faire assurer le service par son cocontractant (CE, 5 février 2018, n°416581) » (p. 3).

Difficile de savoir si ces propositions ont été reprises, car la DAJ ajoute juste après que « les autres observations des contributeurs n'ayant pas conduit à la modification de dispositions ont notamment porté sur :

- la suppression, pour les marchés classiques comme pour les marchés publics de défense ou de sécurité (MDS), des alinéas relatifs aux objectifs poursuivis par les grands principes de la commande publique (art. L. 2100-3 et L. 2300-2) ;
- le contenu du futur arrêté relatif aux données essentielles, compte tenu de l'allègement des dispositions listant les mentions obligatoires (art. R. 2196-1) », étant précisé que « la liste ainsi que les modalités de publication de ces données figureront bien dans un arrêté annexé au code » (Idem) ;

Nettement plus intéressante était la proposition de « suppression de la seconde condition (« *présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts* ») permettant la modification d'un marché public du fait de l'existence de travaux ou services devenus nécessaires (art. R. 2194-3), compte tenu de ce que l'autre condition liée à l'impossibilité demeure » (p. 4). Mais si l'on comprend bien la phrase précitée, la DAJ ne l'a pas retenue.

Il en va de même pour la proposition de suppression de « la nouvelle rédaction des dispositions législatives régissant la modification des contrats, particulièrement l'ajout de la mention relative à la « *modification par voie conventionnelle ou lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement* » et la réserve de la faculté de modifier unilatéralement un contrat aux acheteurs de droit public (art. L. 2194-1) » (Idem).

En réalité, la marge de manœuvre des pouvoirs publics était pour le moins étroite, dans la mesure, ou le respect de la directive marchés interdisait de prévoir des assouplissements non autorisés.

Enfin une proposition concernait « le changement de dénomination des contrats anciennement « exclus » du champ d'application des dispositions régissant le droit de la commande publique, désormais qualifiés de contrats « soumis à un régime juridique particulier ». Aucune dénomination autre n'a été proposée » (p. 4). S'il est vrai que la nouvelle formulation n'est guère précise dans la mesure où elle ne fournit aucune indication sur le régime juridique des contrats exclus, on touche ici une nouvelle fois aux limites de l'exercice de codification : celle-ci par définition ne s'applique qu'aux contrats soumis au nouveau code. Il restera aux juges de préciser leur régime juridique, notamment au point de vue des principes constitutionnels, communautaires, ou tout simplement jurisprudentiels internes ? Il serait par exemple envisageable que sur le fondement d'un principe général du droit, tel que celui de l'égalité d'accès au service public (voir la jurisprudence société des concerts du conservatoire), un jour prochain, le juge administratif encadre également leur passation de précautions minimales, tel que l'appel à manifestation d'intérêt ou tout autre technique de sourcing.

Autres propositions non reprises, mais peu explicites

Quelques propositions purement formelles, non pas été reprises. On citera celles qui concernaient :

- « l'harmonisation des règles relatives à l'intervention du jury dans le cadre de la passation de marchés de maîtrise d'oeuvre et des marchés globaux ». A qui la DAJ répond que « cette harmonisation a pour objet d'assurer la cohérence et l'unicité des règles relatives à la désignation du jury et aux modalités de versement de primes aux soumissionnaires » (p. 4) ;

- le « caractère limitatif ou non des hypothèses de résiliation du contrat (art. L. 2195-1 et suivants) ». La DAJ justifie l'absence de caractère exhaustif par un critère formel : « la rédaction actuelle permet d'énumérer les seuls cas de résiliation prévus par les textes de la

commande publique, indépendamment des dispositions législatives spéciales et des hypothèses de résiliation éventuellement prévues par contrat » (Idem) ;

- « l'absence de codification intégrale du décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques (art. R. 2172-7 et suivants) » a également été critiquée, sans contester ce point, la DAJ n'a pas souhaité exposer le motif du rejet de cette proposition. ;

- de même, « l'application du livre IV de la 2ème partie du code aux contrats de concession » a fait l'objet d'observations. La DAJ justifie le parti retenu en rappelant que « dans les contrats de concession, la maîtrise d'ouvrage est par définition exercée par le concessionnaire (maîtrise d'ouvrage privée) » (Idem)... réponse qui demanderait à être tempérée, dans la mesure où un simple affermage (maîtrise d'ouvrage publique en ce cas) peut également basculer dans le régime des concessions si la part de risque supportée par le cocontractant est suffisante.

Observations prises en compte par la DAJ

Les demandes suivantes des acheteurs publics ont « notamment » été prises en compte :

- Ajustement rédactionnel des dispositions fixant le régime juridique applicable aux marchés publics globaux sectoriels afin de garantir le respect du droit constant ;
- Clarification de la notion d'option qui recouvre les reconductions mais également les tranches et les prestations similaires ;
- Harmonisation de la rédaction des renvois aux arrêtés figurant en annexe du code ;

Quant aux fédérations professionnelles, elles sont suivies sur les points suivants :

- « Ajustement de la rédaction des dispositions régissant les modalités de calcul du montant des avances en présence de prestations sous-traitées donnant lieu à paiement direct afin de renforcer la lisibilité de ce dispositif » (p. 4);

- « Actualisation de la terminologie liée aux procédures collectives » ;

- « Suppression au sein du livre IV de la 2ème partie de la notion de convention de mandat pouvant être interprétée comme introduisant une nouvelle catégorie de contrat de la commande publique » (Idem).

Le caractère elliptique des questions, et, il faut bien le dire, des réponses de la DAJ, empêche de comprendre l'enjeu des observations et les motivations des solutions retenues (rejet ou acceptation). On ne trouvera pas dans les résultats publiés de la concertation l'équivalent des travaux préparatoires d'une loi. Il est donc regrettable que le futur texte ne bénéficie pas de cet éclairage précieux. Sans doute doit-on mettre ce caractère limité des informations publiées par le Minefi sur le caractère encore expérimental de la concertation sur les futurs textes. Mais, on se satisfera de l'évolution culturelle appréciable que traduit la démarche de transparence sur la genèse du nouveau code de la commande publique.

Les ministères ont été suivis sur les propositions suivantes :

« - Ajustement de la rédaction concernant le régime juridique applicable aux marchés de partenariat. Si ces marchés constituent bien des marchés publics globaux, ils ne sont soumis ni à l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre, ni aux dispositions du livre IV relatives aux éléments de mission de maître d'oeuvre pour les ouvrages de bâtiment.

- Clarification de la répartition des rôles du jury et de l'acheteur dans le cadre d'un concours.

- Clarification du régime juridique applicable aux contrats exclus afin de prévoir l'éventuelle application de dispositions législatives spéciales » (p. 5).

Le contenu de ces « ajustements » et « clarifications » demeure encore inconnu, le compte-rendu n'en disant guère plus.

Enfin, les propositions suivantes des personnes privées ont encore été retenues :

« Clarification du régime juridique applicable aux contrats exclus afin de préciser expressément que ces contrats ne sont pas soumis à aucune des règles relatives à la passation, à l'exception de celles relatives au 1% artistique.

- Uniformisation de la rédaction et du niveau de norme des dispositions relatives aux cas de modification conventionnelle prévues au sein du livre IV de la 2ème partie du code ;
- Clarification de l'articulation entre le régime juridique applicable aux contrats de concession exclus et celui des contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ».

Sur ce point également, faute de précisions supplémentaires, difficile d'imaginer la nouvelle rédaction retenue.

Appréciation générale

Nombre de notions demandent encore à être éclairées (celles définissant du marché négocié avec, ou sans mise en concurrence, celles des modifications en cours d'exécution, par exemple). La ratification du futur code pourra à l'occasion fournir l'occasion d'un débat, de même les fiches de la DAJ, désormais nombreuses, détaillées et régulièrement mises à jour, devraient apporter les précisions nécessaires.

Et puis, à tout, il faut un début. Le travail de codification entrepris ne pouvait réussir dans les délais fixés par la loi d'habilitation qu'à la condition d'effectuer cette codification à droit constant. Au moins dans un premier temps...

Et puis, lâchons le mot... la codification constitue-t-elle véritablement une panacée. Les solutions juridiques uniques, auxquelles voudrait faire croire le droit écrit ne peuvent, bien souvent correspondre, à la diversité des situations qui se présentent.

De ce point de vue, la codification jurisprudentielle, ne peut être que parcellaire, provisoire. La récente décision par laquelle, le juge administratif décide qu'il n'y a pas lieu de respecter le délai de standstill lorsqu'une seule offre a été reçue (*CAA de Bordeaux, 5^e chambre – formation à 3, 12 juin 2018, n° 15BX03922, I*), constitue une claire invitation à réfléchir à ce point. La codification apparaît comme un moyen d'améliorer la lisibilité du droit, mais elle peut également fonctionner de manière réductrice car elle porte en son sein les limites fondamentales du droit écrit, à commencer par son caractère univoque et intangible.

Et pour aller à rebours des idées couramment admises, on risquera cette hypothèse : la codification ne correspond-t-elle pas à une vision du corpus juridique désormais dépassée. Légifrance, et plus généralement les ressources numériques désormais accessibles, ne permettent-elles pas en quelques clics d'accéder à un régime juridique unifié ? On peut le déplorer, mais la civilisation du Livre unique est sans doute en voie de dépassement...

VEILLE

A la DAJ

Fiche « La mise à disposition des données essentielles des contrats de la commande publique »

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

Mise à jour le 3 août dernier pour prendre en compte de la publication de l'arrêté du 27 juillet, cette fiche permettra de prendre la mesure des nouvelles obligations de mise à disposition des données essentielles de la commande publique.

Elle précise désormais que l'arrêté définit un numéro d'identification unique qui permet d'identifier chaque marché au niveau national lorsqu'il est associé au numéro SIRET de l'acheteur. En réalité, il s'agit d'une demi-innovation, car ce numéro correspond au numéro utilisé pour le recensement des marchés publics.

De même, elle reprend la liste réglementaire des données devant être publiées pour chaque type de contrat (marché public, marché de défense et de sécurité, contrats de concession), leur délai de mise à disposition, et la durée pendant laquelle elles doivent demeurer disponibles à la consultation sur le profil d'acheteur.

On relèvera que cette liste des données à publier est allégée pour les marchés de défense ou de sécurité.

La nouvelle fiche rappelle également l'existence de trois référentiels de publication spécifiques à chaque type de contrat (marché public, contrat de concession, marché de défense ou de sécurité) annexés au décret. Selon la DAJ, « ces référentiels, conformes aux standards internationaux de l'ouverture des données, s'imposent à tous les acheteurs et autorités concédantes. Ils garantissent le caractère interopérable des données essentielles de la commande publique, sans lequel la réutilisation et la comparabilité des données pourraient être compromises ».

Enfin, l'arrêté rend obligatoire le recours à une licence de réutilisation afin que chaque acheteur puisse déterminer sa politique en matière de réutilisation des données.



Version 2 (Juillet 2018) des Guides « très pratiques » pour accompagner acheteurs et entreprises sur la dématérialisation des marchés publics au 1^{er} octobre 2018

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

Nouvelle illustration du travail de concertation mené par le Minefi. Quelques mois seulement après leur mise en ligne, les guides « *très pratiques* » de la dématérialisation des marchés publics au 1^{er} octobre sont modifiés et agrémentés de 39 questions nouvelles et 17 questions complétées et précisées sur la base des remarques adressées après la publication de la première version.

Pour le reste, la forme générale a été conservée. La DAJ a maintenu la numérotation linéaire, mais en « intégrant les nouvelles questions à leur place naturelle (et non en fin de document) ».

Retenant une présentation délibérément numérique, la table des matières signale les nouvelles questions ou les questions complétées par des caractères gras et un symbole distinguant les nouvelles questions ou les actualisations.

- Le symbole  caractérise la modification/actualisation d'une question
- Le symbole  caractérise une nouvelle question.

Fiche Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution

<https://www.economie.gouv.fr/daj>

Encore une mise à jour, datée du 13 juillet dernier. Compte tenu de leur fréquence, on vient à regretter que la DAJ ne matérialise pas clairement les modifications apportées. Il est donc difficile de rendre compte des évolutions, simplement, il conviendra de se reporter à la dernière version, en retéléchargeant systématiquement la fiche.

On signalera les développements consacrés aux cas d'application de la clause de rendez-vous (art. 139-1°), la fiche proposant deux illustrations intéressantes (mais non validées par la jurisprudence à ce jour) :

- pour certains marchés, « s'il est possible de déterminer, dès la conclusion du contrat, les événements pouvant nécessiter un changement de référence il est en revanche plus délicat de se prononcer sur les nouvelles références nécessaires qui, dans certains cas, pourraient n'avoir pas existé lors de signature du marché (fournitures informatiques notamment) » (p. 1) ;

- « de même, la solution d'une clause de renégociation pourrait être envisagée dans le cas d'une modification des montants minimum ou maximum des accords-cadres » (Idem).

En réalité, la clause de rendez-vous peut parfaitement aboutir à un échec, les parties ne s'entendant pas sur les nouvelles modalités d'exécution. La Fiche préconise d'envisager ce

risque : dans ce cas « le contrat devra prévoir les conséquences sur la poursuite du contrat d'un éventuel désaccord persistant entre les parties » (Idem).

Une fiche à relire attentivement, eu égard au caractère crucial de la question des « avenants », cette dernière expression n'étant finalement pas si datée qu'on l'aurait cru, car la fiche, elle-même l'utilise...