

Exclusivité et accord-cadre, l'éternel retour

Chapo : Une réponse ministérielle datée de février dernier sème actuellement le trouble sur une question que l'on pensait résolue, eu égard à l'écriture du décret du 25 mars 2016 (art. 78 à 80): celle de savoir si un accord-cadre garantit, ou non, l'exclusivité des prestations (services, travaux, ou fournitures) à son titulaire. Faute d'une clarification, qui ne coûterait pas grand-chose, les services utilisateurs des accords-cadres vont continuer de s'opposer, des contentieux se nourriront de l'ambiguïté créée par la doctrine administrative (Réponses min. , avis de la DAJ de Bercy) destinée à commenter un texte, pourtant relativement clair, dans la mesure ou désormais, rien dans sa rédaction n'évoque l'exclusivité, ni à titre principal, ni à l'occasion des exceptions qu'il pourrait prévoir à ce même principe.

Texte commenté : Réponse ministérielle Sénat n° 3543 du 20.02.2018 (JO du 20/02/2018, p. 1435). Question N° 3543 (JO le : 05/12/2017, p. 6034)

« L'article 77 de l'ancien code des marchés publics prévoyait que, par exception au principe du droit à l'exclusivité détenu par le titulaire sur les prestations objet d'un marché public, l'acheteur pouvait, si ce marché était un accord-cadre à bons de commande, s'adresser à un autre prestataire, pour des besoins occasionnels de faible montant, pour autant que le montant cumulé de ces achats ne dépassait pas 1% du montant total du marché ni la somme de 10 000 euros HT. Le décret no 2016-360 du 25 mars 2017 relatif aux marchés publics ne prévoit plus une telle limitation et apporte un assouplissement au principe de l'exclusivité susmentionné.

Un accord-cadre demeure, sous l'empire des textes entrés en vigueur le 1er avril 2016, un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Une fois l'accord-cadre conclu, seuls son ou ses titulaires peuvent se voir attribuer les bons de commande ou marchés subséquents faisant l'objet de ce marché public. Cependant, les acheteurs publics ont désormais une liberté plus grande de prévoir contractuellement des exceptions à ce principe d'exclusivité. Ils peuvent définir, dans l'accord-cadre, les limites de leur engagement contractuel. En dehors de ces limites, l'acheteur est libre de recourir à d'autres opérateurs économiques que le titulaire d'un accord-cadre, pour les mêmes besoins. L'acheteur doit insérer de manière expresse, dans les documents contractuels du marché, une clause stipulant qu'il se réserve la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat et ce, sous certaines conditions déterminées. Dans le silence de l'accord-cadre, l'acheteur est tenu, par principe, de garantir à son ou ses titulaires l'exclusivité des prestations qui en sont l'objet. Les clauses dérogeant au principe d'exclusivité doivent être suffisamment précises pour éviter tout risque

contentieux. Elles peuvent notamment indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles l'acheteur pourra en faire usage. Cette démarche n'exonère pas les acheteurs publics de l'obligation de respecter l'ensemble des engagements contractuels souscrits au titre de l'accord-cadre antérieur. Ainsi, notamment dans l'hypothèse d'un accord-cadre avec montant minimum, l'insertion d'une clause dérogatoire au principe d'exclusivité ne dispense pas l'acheteur de respecter son engagement à passer à chaque titulaire de l'accord-cadre les commandes à hauteur du montant minimum. Rien n'interdit à chaque titulaire de l'accord-cadre de postuler à l'attribution des marchés publics correspondant aux commandes effectuées hors contrat ».

Introduction

Selon une doctrine administrative déjà ancienne, le titulaire d'un marché à bon de commande bénéficierait « en principe d'une clause d'exclusivité » sur les prestations prévues par même marché, sans qu'il y ait besoin de la stipuler dans le cahier des charges (*Rép. min. à QE n° 50911 : JOAN Q, 15 mars 2005, p. 2778 ; BJCP 2005, p. 250. – Rép. min. à QE n° 75327 : JOAN Q, 16 mai 2006, p. 5178. – Contra, F. Linditch, Exclusivité et marchés à bons de commande. Chronique d'une rencontre manquée : Contrats-Marchés publ. avr. 2003, n° 5, p. 13*).

On pensait cette doctrine révolue, d'autant que les dispositions consacrées aux accords-cadre ont été réécrites dans le décret du 25 avril 2016 (suppression de la possibilité de procéder à des achats à d'autres opérateurs économiques que le titulaire de l'accord-cadre). Et voilà qu'à la faveur d'une réponse ministérielle, resurgit l'idée que l'acheteur public s'interdirait par avance de commander des prestations de même nature à un autre opérateur économique que le titulaire de l'accord-cadre, idée fondée sur le principe d'exclusivité dont on ne connaît guère l'origine dès lors qu'il ne figure ni dans la réglementation, ni dans la jurisprudence.

Il est donc nécessaire de tirer au clair la question de savoir si le droit positif interdit, ou pas, de confier des prestations à un autre opérateur que le titulaire de l'accord-cadre (I), avant de rechercher les fondements possibles du principe d'exclusivité mis en avant par la doctrine officielle (II) et d'envisager les enjeux de cette controverse récurrente (III).

I – L'origine de l'interdiction de sortir de l'exclusivité de l'accord-cadre

Sauf à solliciter abusivement le droit de l'Union (A), il semble bien que l'interdiction de recourir à un autre fournisseur que le titulaire de l'accord-cadre résulte uniquement, d'une doctrine constante de la Direction des affaires juridiques de Bercy (B).

A – Doctrine européenne

Il serait tentant de considérer que l'exclusivité en accord-cadre s'inscrit dans l'esprit de la directive 2014/24 dont le considérant 60 dispose « L'accord-cadre est un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation de marché efficace dans toute l'Europe. (...) De même, une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques (...)».

Lue trop rapidement, la dernière phrase paraît devoir être interprétée comme imposant l'exclusivité des titulaires de l'accord-cadre. Mais en réalité rien n'est moins sûr. On serait même plutôt porté à penser qu'elle entend signifier qu'une fois attribué, les prestations objet de l'accord-cadre ne peuvent plus être attribuées qu'aux seuls titulaires désignés lors de la mise en concurrence initiale. Pour l'exprimer différemment, lorsque un, ou plusieurs, attributaire(s) de l'accord-cadre a (ont) été désigné(s), il n'est pas possible de leur en adjoindre de nouveaux en cours d'exécution dudit accord-cadre.

La question de l'exclusivité est tout autre, il ne s'agit plus de savoir si de nouveaux opérateurs peuvent devenir titulaires de l'accord-cadre déjà conclu avec d'autres, mais de vérifier si, en parallèle de cet accord-cadre l'administration peut conclure un ou plusieurs marchés (et pourquoi pas un autre accord-cadre) portant sur le même objet, en totalité, ou en partie.

On constatera qu'à prendre le considérant précité au pied de la lettre, rien n'indique qu'il ait été question de poser le moindre interdit sur la question de l'exclusivité.

B - La Fiche DAJ accord-cadre

La direction des affaires juridiques de Bercy adopte une autre solution, en apparence plus souple, mais qui se révèle contraignante. Elle peut être résumée de la manière suivante :

1° Pour commencer, la DAJ ne confond pas, d'une part, le fait que l'accord-cadre soit un système fermé et, d'autre part, l'exclusivité. La confusion précitée est donc évitée.

2° Selon la DAJ, tout accord-cadre garantit naturellement (implicitement) l'exclusivité de la délivrance des prestations, sauf si une clause contraire le prévoit. En d'autres termes, selon la

doctrine officielle, il n'y aurait pas de principe réglementaire d'exclusivité, mais une obligation dérivant du contrat initial.

L'extrait reproduit ci-après en rendra compte :

« L'interdiction de faire entrer de nouveaux prestataires dans un accord-cadre déjà conclu ne s'oppose pas à la possibilité de passer d'autres marchés pendant la durée de l'accord-cadre. L'acheteur devra dans ce cas prévoir dans les documents contractuels la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat sous certaines conditions déterminées.

(...)

Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer que l'exclusivité est garantie au titulaire, par principe » (*Fiche DAJ Accord-cadre, point 1.3, www.economie.gouv.fr*).

On ne peut être plus clair sur l'énoncé de la règle de l'exclusivité.

II - Fondements possibles de la prétendue exclusivité accordée au titulaire

On aimerait bien savoir d'où est tirée cette fameuse « exclusivité... par principe » et quelque peu mystérieuse, car on n'en trouve trace, ni dans le contrat (A), ni dans la réglementation (B).

A – Le fondement contractuel

Aucune stipulation de l'accord-cadre ne garantit l'exclusivité au titulaire, mais à en croire la DAJ, il faudrait quand même considérer que le seul fait d'attribuer un accord-cadre garantit l'exclusivité à son ou ses titulaires. De quel principe contractuel est tiré l'exclusivité ? On cherche en vain. Dans l'opinion de certains juristes tout contrat comporterait « par nature » l'exclusivité au titulaire. Sur quel fondement ? On n'en trouve toujours pas. La seule obligation est de respecter le contrat. Si l'accord cadre comporte un minimum, il est logique (et juridique) que ce minimum soit atteint... mais ce n'est toujours pas l'exclusivité. Et si l'accord-cadre ne comporte pas de minimum, rien n'est dû, et le titulaire en a été informé. On ne voit pas sur quel fondement, il pourrait se retourner contre l'acheteur public, pour lui reprocher d'avoir acheté ailleurs.

Tout autre raisonnement repose sur une métaphysique contractualiste, mais non sur une obligation contractuelle.

Bien entendu, si l'accord-cadre indique expressément que l'acheteur accorde l'exclusivité au(x) titulaire(s), la solution inverse s'impose d'évidence. Par exemple, si l'accord-cadre comportant un minimum ou un maximum comporte une stipulation indiquant que « l'acheteur public s'engage à réserver ses commandes au(x) titulaire(s) », la solution de l'exclusivité s'impose d'évidence.

Mais si rien n'est dit, décidément on ne voit pas l'origine de cette prétendue exclusivité.

B - Fondement législatif et réglementaire de l'exclusivité ?

Si le principe d'exclusivité ne provient pas du contrat, on peut espérer qu'il trouve sa source dans une norme légale ou réglementaire. Or, on constate qu'aucune disposition n'impose l'exclusivité (1). Mieux même, la réécriture récente des dispositions relatives à l'accord-cadre fournit un argument contraire à l'exclusivité (2).

1) Sur l'absence de fondement textuel de l'exclusivité

Une réponse ministérielle récente considère qu'« en principe, la conclusion d'un marché public a vocation à conférer à son titulaire l'exclusivité de la relation entre lui et l'acheteur. Toutefois, cette règle n'est posée ni par les directives européennes, ni par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics. C'est ainsi que le fait de recourir à un autre prestataire que celui qui, pour une prestation déterminée, a été désigné au titre d'un marché public, n'est pas nécessairement sanctionné (CE, 29 juin 2012, Société Chaumeil, n° 358353).» (*réponse du Ministère de l'intérieur publiée dans le JO Sénat du 07/07/2016*).

En résumé, aucun texte ne peut être cité en faveur de l'exclusivité du titulaire de l'accord-cadre.

On remarquera cependant, la contradiction de la réponse qui commence pourtant par affirmer qu'« en principe, la conclusion d'un marché public a vocation à conférer à son titulaire

l'exclusivité de la relation entre lui et l'acheteur ». Toute la contradiction de la situation se trouve résumée ici : le droit positif dirait autre chose que ce que dit un hypothétique principe ! On veut bien être accueillant à toutes les hypothèses hypothético-déductives, lorsqu'il s'agit du droit, mais à la condition que celles-ci puissent se prévaloir d'un début d'argumentation juridique.

2) Indice supplémentaire : l'évolution des dispositions relatives aux accords-cadres

L'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2015 et du décret du 25 avril 2016, ont quelque peu changé la donne en faveur de la suppression de toute velléité de garantir l'exclusivité au titulaire.

Or tel n'a pas toujours été le cas. Dans le code des marchés 2006, l'exclusivité n'était pas affirmée expressément, mais tout le monde s'accordait sur son existence, dès lors que le pouvoir réglementaire s'était cru tenu de créer une exception très encadrée. Cette disposition très connue des praticiens, concernant les « besoins occasionnels de faible montant ». Elle était rédigée comme suit : « III. – Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 € HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu » (*CMP 2006, art. 77-III*).

Précisément, cette exception a disparu au moment de l'entrée en vigueur des textes de 2015 et 2016. On peut alors raisonnablement considérer que « l'exception confirmait la règle, à savoir, le principe d'exclusivité » : l'exception en définitive ne se justifiait que si un principe d'exclusivité était posé. Dès lors qu'aujourd'hui, l'exception a disparu, le principe auquel elle dérogeait a également disparu. Pour le dire autrement, il était nécessaire de prévoir une dérogation pour les petits achats, tant que l'exclusivité s'imposait. Mais le fait même que l'exception n'ait pas été reprise traduit le fait que le principe a disparu : plus de dérogation nécessaire, car plus de principe.

Certes, il se trouvera bien quelqu'un pour soutenir que le pouvoir réglementaire, en supprimant l'exception, entend désormais que l'exclusivité s'applique dans toute sa rigueur. La difficulté vient cependant du fait qu'en supprimant l'exception, plus aucune trace, même implicite de cette exclusivité ne subsiste dans la disposition. En effet, dans sa formulation même, l'exception du 77-III laissait entrevoir l'existence du principe d'exclusivité (« (...) le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché...»). Cette phrase étant supprimée, tout indice de l'exclusivité disparaît avec elle.

Aucune disposition réglementaire ou législative ne pourrait donc soutenir la thèse de l'exclusivité accordée aux titulaire.

III – Les véritables enjeux de la controverse sur l'exclusivité

Il semblerait que les risques juridiques soient infiniment plus faibles qu'on le croit habituellement (A). En revanche, les risques économiques résultant de l'application du principe d'exclusivité mériteraient d'être mieux considérés (B).

A – Faibles risques juridiques

La réponse ministérielle du 20 février dernier traduit une certain gêne de ses auteurs sur ce point : « Au plan contentieux, un arrêt du Conseil d'Etat (CE, 29 juin 2012, « *Société Chaumeil* », n° 358353) n'écarte pas l'exclusivité mais il constate que le moyen tiré du non-respect de l'exclusivité dont bénéficient les titulaires d'un accord-cadre ne figure pas au nombre des moyens susceptibles d'être invoqués en référé précontractuel. Ce qui ne préjuge pas de l'accueil qui pourrait en être fait en recours de pleine juridiction » (*Réponse ministérielle Sénat n° 3543 du 20.02.2018, préc., Extrait non reproduit ci-dessus*).

Donc à supposer que le juge administratif admette l'existence d'un principe d'exclusivité (qui n'est pour l'heure identifié que par la seule doctrine administrative et ne repose, on l'a vu sur aucun argument textuel ou jurisprudentiel), le titulaire du marché pourrait agir en responsabilité contre l'acheteur public. Même si la jurisprudence reste rare, il a en effet été admis que le titulaire d'un marché à bons de commande puisse engager la responsabilité de l'administration s'il est en mesure de prouver que les prestations qui font l'objet de ce marché

ont été confiées à un autre opérateur (*CAA Bordeaux, 30 juill. 2009, n° 08BX00239, Marcellin X : Contrats-Marchés publics n° 10, oct. 2009, comm. 321*).

Bien que la situation ne soit pas exactement la même, mais pour aller dans le sens de la DAJ, il serait alors possible de transposer ici, les méthodes d'indemnisation appliquées lorsque l'administration ne commande pas le minimum prévu dans le marché. Mais sa demande ne pourrait porter que sur la commande perdue. Et encore, le chiffre d'affaire non réalisé ne lui sera pas dû, il pourra seulement prétendre à l'indemnisation de la marge bénéficiaire à laquelle il pouvait prétendre, et encore après en avoir établi la réalité (*CAA Bordeaux, 4 mai 2006, n° 02BX01049, Sté d'Exploitation Dufour, note F. Linditch ; JCP A 2006, 1177. – Rép. min. n° 14584 : JO Sénat Q 10 mars 2005, p. 691 ; Contrats-Marchés publ. juin 2005, n° 178, comm. F. L. et P. S.-C. ; CAA Douai, 12 août 2010, n° 10DA00361, SARL Grand Nord*). La même solution retenant l'indemnisation d'une marge bénéficiaire de 4 % est rendue à propos de prestations de reprographie (*CAA Bordeaux, 30 juin 2011, n° 09BX00241 : SA Technique-Plan*).

Si les commandes parallèles de l'accord-cadre demeurent minoritaires, on remarquera que l'administration ne supportera au mieux qu'une faible condamnation.

A quoi il convient d'ajouter, même si l'argument est plus pratique, que juridique, qu'il faudra de plus imaginer que le titulaire d'un accord-cadre engage la responsabilité de son donneur d'ordre, ce qui ne paraît pas de bonne pratique commerciale dans un marché dont le montant peut varier au gré de l'acheteur public.

Le risque contentieux demeure donc très faible. Ceci vaut-il que l'on entrave l'achat public, sur le fondement d'un principe introuvable, et d'une jurisprudence non rendue sur le sujet ?

B – Risque économique certain : effet nocif sur la commande publique

La doctrine administrative de l'exclusivité paraît inspirée d'un autre âge de la commande publique. Comme au temps jadis de la tutelle de l'Etat, elle traduit un manque de confiance de Bercy dans les pratiques des acheteurs publics (1). Elle est même plus dommageable qu'il n'y paraît, si l'on considère que l'exclusivité empêchera les acheteurs de bien gérer leurs marchés (2).

1) Les inquiétudes de Bercy

La position de Bercy, ne traduit pas seulement un refus de faire évoluer une interprétation stricte de l'accord-cadre, elle cache une réelle inquiétude : celle de la dispersion de l'achat public, ou, pour le dire autrement, d'une « décomputation » des besoins qui conduirait à la violation des seuils.

La DAJ s'inquiète des possibles dérives dans l'application de la réglementation qu'elle a conçue. Dès lors, en produisant une doctrine officielle d'accompagnement de cette réglementation, elle entend la protéger contre les tentations de dérives, tel est son rôle légitime (mais non normatif). Aussi, elle veut convaincre les acheteurs publics de demeurer dans l'accord-cadre lorsqu'ils réalisent leurs acquisitions. Ceci la conduit à avancer plusieurs idées :

- 1° l'accord cadre supposerait naturellement l'exclusivité accordée au titulaire ;
- 2° seule une clause pourrait permettre d'y déroger (ce qui confirme au passage que la DAJ ne fonde donc pas l'exclusivité sur une disposition législative ou réglementaire, car si tel était le cas une simple clause ne pourrait permettre d'y déroger)
- 3° cette pratique d'achat à un autre opérateur ne doit pas violer les règles de computation des seuils.

Quitte à s'attirer les foudres de cette doctrine « officielle » ou « dominante », il est possible de prétendre que depuis une dizaine d'années, le marché à bons de commande, puis l'accord-cadre (à bon de commande ou s'exécutant par marché subséquent) ne constitue pas une simple formule contractuelle dans l'esprit des concepteurs de la réglementation. L'accord-cadre est également perçu par les pouvoirs publics, et parfois les acheteurs publics eux-mêmes, comme le moyen de mettre un terme à la dispersion de l'achat public. Sont en particulier visés, les petits achats de dernière minute, ceux qu'on nomme fréquemment les petits marchés à procédure adaptée de moins de 25.000 €HT (pas d'obligation de publicité, ni plus largement de concurrence).

Le dogme de l'achat public réussi passe désormais par sa mutualisation, ce qui suppose de centraliser tous les besoins. Un dogme pourtant demande à être questionné régulièrement. Par exemple, qu'en est-il du degré de concurrence entre les opérateurs, du niveau des prix, de la qualité de la prestation ? Est-il aussi sûr que la massification des achats présente un bilan si satisfaisant qu'on se plait à le croire ? Il faudrait interroger les services bénéficiaires de ces

fameux achats « mutualisés », sur la perte de souplesse qu'ils impliquent. Ouvrir le débat (v. ci-dessous, les « quatre raisons »)...

2) Libéraliser l'achat public, une nécessité

En recourant à d'autres fournisseurs que le titulaire de l'accord-cadre, l'acheteur public, ne pense pas nécessairement à contourner les règles de computation. D'ores et déjà, quatre bonnes raisons de sortir de l'accord cadre existent :

1° Le titulaire de l'accord-cadre peut n'être pas en mesure de livrer telle ou telle prestation, pourtant prévue dans le marché (exemple : des fruits de saison dans un marché de restauration)

2° Les prestations prévues, notamment s'agissant des fournitures, peuvent s'avérer obsolètes ou inadaptées à tel besoin survenu en cours d'exécution (exemple : marchés de matériel informatique) ;

3° Les prix pratiqués par le titulaire sur une partie de ses prestations peut s'avérer rédhitoire, excessif, au regard de ceux proposés par d'autres opérateurs économiques, notamment en période de soldes ou de promotions (exemple : les marchés de titres de transport).

Bien entendu, comme Bercy y invite les praticiens (preuve de son évolution depuis ses prises de position au début des années 2000), ces différentes situations, et sans doute d'autres, peuvent faire l'objet de stipulations, mais elles doivent être anticipées, rédigées avec le plus grand soin, et pour certaines d'entre elles, demeurent encore inédites.

L'alternative est la suivante. Soit l'exclusivité n'existe pas, et le recours à d'autres fournisseurs constitue une faculté offerte aux acheteurs publics. Soit au contraire, il existe un principe d'exclusivité, comme le prétend la trop prudente réponse ministérielle commentée dans ces lignes conduit, et l'acheteur se trouve donc soumis à l'obligation de stipuler ces clauses. En adoptant ce dernier point de vue, Bercy place les acheteurs dans une situation nettement plus inconfortable...

Pour finir, l'inquiétude des pouvoirs publics sur le fractionnement des besoins qui pourrait résulter du fait du recours à d'autres fournisseurs que le titulaire de l'accord-cadre, même si

elle comporte sa part de vérité, ne se justifie pas pleinement. Effectivement, il y a là une opportunité de « décomputation » de l'achat public. Encore que celle-ci peut se fonder sur les fractionnements autorisés par la réglementation : « opération de travaux » ou « unités fonctionnelles » pour les fournitures et les services (décret du 25 mars 2016, art. 21). Le recours à un autre opérateur n'entraîne donc pas nécessairement une violation des seuils.

Et puis, enfin, ne serait-il pas temps de faire confiance aux acheteurs publics ? Ceux-ci ne supportent-ils pas de toutes façons la pleine responsabilité administrative, disciplinaire mais également pénale, de la mauvaise application de la réglementation de la commande publique ?

Dès lors, la confiance (dont on sait qu'elle n'a jamais exclu le contrôle) permettrait peut être d'engager, ou plutôt de libéraliser l'achat public. Il semblait d'ailleurs que c'était l'idée directrice des dernières réformes de la commande publique ...