



GIDE

GIDE LOYRETTE NOUËL

NOUVEAU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ce qu'il faut en retenir avant son entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019

- 1. Contexte**
- 2. Une codification à « droit constant »**
- 3. Présentation de l'architecture du code de la commande publique**
- 4. Les apports du code de la commande publique**
- 5. Les évolutions postérieures à l'ordonnance de codification (Loi Elan, Décret du 24 décembre 2018, Loi Pacte)**

.1.

CONTEXTE

1. CONTEXTE

- ❖ **Une réforme attendue depuis 1997** : trois tentatives (1997 /2004/2009) de codification du droit de la commande publique ont échoué
- ❖ **Un travail de rationalisation et d'organisation de textes épars** : objectif « d'harmonisation » et de mise en « cohérence » (art. 38 de loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016)
- ❖ **Objectif de rendre plus accessible et intelligible les textes de la commande publique**

.2.

UNE CODIFICATION À « DROIT CONSTANT »

2. UNE CODIFICATION A « DROIT CONSTANT »

❖ Art. 38 de la loi d'habilitation n°2016-1691 du 9 décembre 2016 :

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par voie d'ordonnance [...] à l'adoption de la partie législative du code de la commande publique [qui] regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession. [...]

Le Gouvernement est autorisé à apporter aux règles relatives à la commande publique les modifications nécessaires pour :

1° Assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet [...]» .

Objectif du législateur :

Attribuer un cadre juridique au droit de la commande publique

.3.

PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ Les questions préalables qui se sont posées :

- Les seuls contrats visés sont les marchés publics et les concessions
- Exclusion :
 - conventions d'occupation du domaine public ;
 - concessions d'aménagement ;
 - SEMOP.
- Parties législatives et réglementaires séparées (à la différence du Code des Relations entre le Public et l'Administration)

❖ L'architecture du code repose sur la distinction marchés publics / concessions

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ L'intégration des textes majeurs de la commande publique :

- Ordonnance Marchés Publics n°2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- Décret Marchés Publics n°2016-360 du 25 mars 2016 (tel que modifié par le décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique) ;
- Ordonnance Concessions n°2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- Décret Concessions n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
- Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Titre Préliminaire

- ❖ Un rappel des **principes fondamentaux** de la commande publique et des **grandes solutions jurisprudentielles** (articles L. 1 à L. 6)
- ❖ Les principes fondamentaux de la commande publique qui permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics :
 - **Egalité de traitement des candidats ;**
 - **Liberté d'accès à la commande publique ;**
 - **Transparence des procédures de passation.**
- ❖ Les grandes solutions jurisprudentielles :
 - Pouvoir de contrôle
 - Respect du principe de continuité du service public ;
 - Imprévision ;
 - Modification unilatérale et résiliation unilatérale.

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Partie 1 : Une définition des catégories de contrat de la commande publique et des acteurs

❖ Livre I : Les catégories de contrats de la commande publique

- Définitions des contrats de la commande publique (marchés et concessions) ;
- Les « autres marchés » exclus de l'application du code : transferts de compétence, subventions, contrats de travail, titres d'occupation domaniale

❖ Livre II : Les acteurs de la commande publique

- Titre 1^{er} – Définitions des acheteurs et autorités concédantes
 - Distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices
- Titre 2 – Définitions des opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Partie 2 : Les marchés publics (articles L. 2000-1 à L. 2691-2)

- ❖ **Livre préliminaire** : Marchés publics mixtes
- ❖ **Livre Ier** : Dispositions générales
- ❖ **Livre II** : Dispositions propres aux marchés de partenariat
- ❖ **Livre III** : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité
- ❖ **Livre IV** : Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée
- ❖ **Livre V** : Autres marchés publics
- ❖ **Livre VI** : Dispositions relatives à l'Outre-mer

3. PRÉSENTATION DE L'ARCHITECTURE DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Partie 3 : Les concessions (articles L. 3000-1 à L. 3381-3)

- ❖ **Livre préliminaire** : Contrats de concession mixtes
- ❖ **Livre Ier** : Dispositions générales relatives à la vie du contrat : préparation de la concession, procédure de passation, exécution de la concession
- ❖ **Livre II** : Autres contrats de concession
- ❖ **Livre III** : Dispositions relatives à l'Outre-mer

.4.

LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ L'intégration de textes épars, notamment :

- Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
- Décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé
- Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance
- Décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics
- Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'UE en matière économique et financière
- Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

- Les principes fondamentaux de la commande publique afin d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics :
 - **Egalité de traitement des candidats** ;
 - **Liberté d'accès à la commande publique** ;
 - **Transparence des procédures de passation.**
- Les grandes décisions jurisprudentielles :
 - **Pouvoir de contrôle** (CE 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*) ;
 - **Respect du principe de continuité du service public** ;
 - **Imprévision** (CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*) ;
 - **Modification unilatérale** (CE 10 janvier 1902 , *Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*) **et résiliation unilatérale** (CE 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*).

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Egalité de traitement des candidats

2 fondements :

- Un **principe constitutionnel** : le principe d'égalité de traitement découle de du principe d'égalité des citoyens devant la loi (Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*)
- Un **fondement communautaire** : le principe d'égalité a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Liberté d'accès à la commande publique

- Corollaire du principe d'égalité, principe garanti par la publicité que les acheteurs publics diffusent pour faire connaître leurs besoins et par la mise en concurrence que cette publicité engendre
- Principe consacré par la CJUE (CJCE 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*) et par le Conseil Constitutionnel (Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

❑ Transparence des procédures de passation

- Obligation pour l'acheteur public d'assurer un degré de publicité convenable à tous les candidats, afin de favoriser la libre concurrence et l'impartialité des procédures.
- Principe consacré par la CJUE (CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*) et par le Conseil Constitutionnel (Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Pouvoir de contrôle

- Le Code consacre **le pouvoir de contrôle de la personne publique lors de l'exécution du contrat** (CE 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*).
- Le pouvoir de contrôle permet à la personne publique acheteuse de veiller au respect par le titulaire du contrat de ses obligations (contractuelles, légales et réglementaires) par la mise en œuvre de contrôles.

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Principe de continuité du service public

- Pour les contrats ayant pour objet l'exécution d'un service public, le Code impose le **respect du principe de continuité du service public** de valeur constitutionnelle (Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Droit du contractant au maintien ou au rétablissement de l'équilibre financier du contrat

- Le code affirme expressément le droit du titulaire d'un contrat administratif au maintien de l'équilibre financier du contrat en cas de modification unilatérale du contrat

(Art. L. 2194-2 pour les marchés, art. L. 3135-2 pour les concessions)

- Un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat ouvre au cocontractant titulaire d'un contrat administratif qui en poursuit l'exécution le droit à une indemnité (L. 6).
 - Codification du principe de l'imprévision

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

❑ Pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs (art. L. 6)

- Il précise ainsi expressément que les contrats administratifs, marchés ou concessions, peuvent donc être modifiés tant par avenant **que par voie unilatérale** (Art. L. 2194-1 pour les marchés, art. L. 3135-1 pour les concessions)
- Le Code encadre cette faculté de modification unilatérale :
 - La modification est engagée sous réserve du droit à indemnisation du cocontractant (L.6) (cf. **droit au maintien de l'équilibre financier du contrat en cas de modification**)
 - Contractuelle ou unilatérale, **la modification doit respecter les conditions permettant de considérer qu'elle n'entraîne pas la passation d'un nouveau marché exigeant une nouvelle mise en concurrence** (Art. L. 2194-1 pour les marchés, art. L. 3135-1 pour les concessions)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification des principes historiques

□ Pouvoir de résiliation unilatérale

Les dispositions applicables aux marchés et aux concessions **listent désormais les cas permettant la résiliation unilatérale**, selon que le contrat est administratif ou non :

- Si le contrat est administratif, il peut être résilié **pour « une faute d'une gravité suffisante »** ou **pour un motif d'intérêt général**

(Art. L. 2195-3 pour les marchés, art. L. 3136-3 pour les concessions)

Intérêt général : le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve du contrat (L. 6).

- Qu'il soit ou non administratif, le contrat peut être résilié dans les cas prévus par le Code :
 - **en cas de force majeure** (Art. L. 2195-2 pour les marchés, art. L. 3136-2 pour les concessions)
 - **lorsqu'en cours d'exécution du contrat, le titulaire se trouve placé dans une situation constituant un motif d'exclusion des procédures de passation** (L. 2195-4 pour les marchés, L. 3136-4 pour les concessions)
 - **Si le contrat ne devait pas être attribué au titulaire en raison d'un manquement grave aux obligations communautaires reconnu par la CJUE après un recours en manquement** (Art. L. 2195-5 pour les marchés, art. L. 3136-5 pour les concessions)
 - **si l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux règles applicables** (Art. L. 2195-6 pour les marchés, art. L. 3136-6 pour les concessions)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification de la jurisprudence récente (marché public)

❑ Définition de l'offre anormalement basse

Art. L. 2152-5 : l'offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché public

Reprise de la jurisprudence : CE 29 mai 2013, *Société Artéis*, n°366606.

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ La codification de la jurisprudence récente (concession)

□ Régime des biens de retour

Art. L. 3132-4 et L. 3132-5 : Définitions des biens de retour, de reprise et propres du concessionnaire

Reprise de la jurisprudence :

- *Commune de Douai* (CE 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n°342788), et ;
- la récente jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat a étendu la qualification de bien de retour aux biens dont le concessionnaire de service public était propriétaire avant la conclusion de la concession (CE 29 juin 2018, *Ministre de l'intérieur c/ communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*, n°402251).

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ **La codification de la jurisprudence récente (concession)**

□ Concession provisoire sans mise en concurrence

en cas d'urgence ou d'une première procédure infructueuse

Art. L. 3121-2 : « [...] l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat, lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante »

Reprise de la jurisprudence : CE 14 février 2017, *Grand Port Maritime de Bordeaux et Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, n°405157

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ Le contentieux contractuel hors du champ du Code

❑ La jurisprudence sur le contentieux contractuel a été écartée

- **Recours en contestation de la validité ou des conditions d'exécution du contrat par les parties**, dit « Recours Béziers 1 » (CE 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802)
- **Recours en reprises des relations contractuelles**, dit « Recours Béziers 2 » (CE 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806)
- **Recours en contestation de la validité du contrat par les tiers**, dit « Recours Tarn-et-Garonne » (CE 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994)
- **Recours en résiliation du contrat par les tiers**, dit « Recours SMPAT » (CE 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n°398445)

4. LES APPORTS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

❖ Erreurs matérielles du code de la commande publique

- Un **oubli** : en procédure formalisée, absence d'obligation de communiquer les motifs du rejet d'une candidature (Art. R. 2181-1 et R.2181-3, Art. 99-II du décret marchés publics)
- Une **erreur de renvoi** : l'article 20-III de l'ordonnance de codification prévoit un cas d'application immédiate du Code de la commande publique, mais cet article renvoie à un titre inexistant dans le Code.
- Une **différence de codification** entre la partie marché et la partie concession en matière d'informations confidentielles : (i) *pour les marchés*, seules les informations confidentielles obtenues pendant la procédure de passation ne peuvent être communiquées, tandis qu'en matière de (ii) *concessions*, ces informations protégées sont celles obtenues pendant la procédure de passation et en cours d'exécution (Art. L. 2132-1 et L. 3122-3).
- Un **projet de décret portant correction** de ces erreurs matérielles est en cours d'examen par le Conseil d'Etat.

.5.

LES ÉVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ Les apports de la loi ELAN

□ La conception-réalisation

- Un **nouveau motif général de recours au marché de conception-réalisation** : la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur (Art. L. 2171-2)

- De **nouvelles dérogations sectorielles** de recours autorisant d'office le recours au marché de conception/réalisation :
 - ❖ Pour les ouvrages liés à l'organisation des JO (art. 17 de la loi ELAN)
 - ❖ Pour les infrastructures et les réseaux de communications électroniques définis à l'art. 1425-1 CGCT (art. 230 de la loi ELAN)

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ Les apports de la loi ELAN

□ Harmonisation des règles relatives au fonctionnement des commissions d'appels d'offres

- Seuls les marchés dont la valeur estimée est supérieure aux seuils européens et passés selon une procédure formalisée relèvent de la compétence de la CAO.

- Sont désormais exclus les marchés suivants, quel que soit le seuil :
 - Marchés services sociaux et autres services spécifiques
 - Marchés soumis à un régime particulier
 - Marchés sans publicité, ni mise en concurrence

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ **Les apports du décret n°2018-1125 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique**

❑ Les achats publics innovants, un dispositif expérimental

- **Définition** : sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés (Art. R. 2124-3)
- Mécanisme **expérimental** d'une durée de 3 ans à compter du 25 décembre 2018
- Possibilité de conclure **sans publicité ni mise en concurrence préalables** des marchés de travaux, fournitures ou services innovants dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT
- **Le mécanisme est ouvert à toutes les entreprises** (et non plus seulement aux PME comme le prévoyait le projet de décret)

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ **Les apports du décret n°2018-1125 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique**

❑ **L'exécution financière des marchés facilitée pour les TPE et PME**

- Par principe, le titulaire de tout marché d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à 2 mois a le droit à une avance d'un montant minimal de 5% du montant du marché
- Désormais, les **marchés conclus par l'Etat avec les TPE** donnent lieu au **versement d'une avance minimale de 20% du montant du marché** (Art. R.2191-7)
- Le pouvoir adjudicateur peut conserver une retenue de garantie sur les versements du marché pour couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures et services, qui ne peut excéder 5% du montant
- Abaissement de la retenue de garantie par l'acheteur à **3% du montant du marché** pour les TPE (Art. R. 2191-33)

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ Les futurs apports du projet de loi PACTE

- Projet de loi adopté en seconde lecture à l'Assemblée nationale le 15 mars 2019, en discussion au Sénat depuis le 18 mars 2019

□ Délais de paiement

- **Fin des ordres de services à 0 €** : rémunération des travaux supplémentaires ou modificatifs (Article 63 Bis du projet), principe déjà affirmé par le Code (droit au maintien de l'équilibre financier du contrat)
- L'intervention de la loi s'explique par des pratiques des acheteurs critiquées par la Fédération Française du Bâtiment (FFB) (refus de payer des travaux commandés par OS et n'ayant pas donné lieu à la passation d'un avenant).
- Banalisation de **l'affacturage inversé** et l'extension de cette possibilité aux entités adjudicatrices afin qu'elles puissent charger un prestataire externe d'assurer le paiement anticipé des factures émises par leurs fournisseurs

5. LES EVOLUTIONS POSTÉRIEURES À L'ORDONNANCE DE CODIFICATION

❖ Les futurs apports du projet de loi PACTE

❑ Facturation électronique

- Le projet de loi PACTE autorise le gouvernement à adopter par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi relative à la **facturation électronique dans le cadre des marchés publics**
- Pourtant, la facturation électronique a déjà été mise en place par l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, complétée par le décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016 et son arrêté d'application du 9 décembre 2016.
- La mesure a vocation à accélérer les délais de paiement et éviter les intérêts moratoires

QUESTIONS & RÉPONSES

MERCI DE VOTRE ATTENTION

VOTRE CONTACT



Alexandre Gauthier
Associé

tél. +33 (0)1 40 75 95 78
gauthier@gide.com

gide.com



Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I.

15 rue de Laborde
75008 Paris – France
tel. +33 (0)1 40 75 60 00
info@gide.com | gide.com