

Le Code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique : une copie à revoir ?

Par Mathias Amilhat

Maître de conférences en droit public

Univ. Lille, EA 4487 - CRDP - Centre « Droits et perspectives du droit »

ERDP - « Equipe de recherches en droit public »

Résumé : L'adoption du Code de la commande publique permet des avancées. Parmi elles, la consécration des principes fondamentaux de la commande publique est généralement évoquée. Pourtant cette consécration soulève des interrogations qui, in fine, questionnent la notion même de commande publique.

Les principes fondamentaux de la commande publique sont désormais énoncés à l'article L. 3 du Code éponyme, au sein de son titre préliminaire. Cette consécration s'inscrit dans un double mouvement de continuité et d'évolution. Continuité d'abord, parce que ces principes existaient déjà avant l'adoption du code et trouvaient place à l'article 1^{er} du Code des marchés publics. Evolution ensuite, parce qu'ils sont désormais intégrés dans un code dont le champ d'application recouvre l'ensemble des contrats de la « commande publique ». Mais, c'est là que le bât blesse...

Les origines de la notion de commande publique et des principes fondamentaux qui y sont rattachés sont bien connues. Historiquement, la commande publique est d'abord envisagée comme une simple expression et non comme une véritable notion juridique. Les choses ont toutefois évolué après l'adoption du Code des marchés publics de 2001 dont l'article 1^{er} consacrait pour la première fois « *les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». La doctrine s'interrogeait alors pour savoir si l'expression de commande publique n'était qu'une appellation différente pour désigner les marchés publics ou si elle constituait une notion nouvelle dépassant le cadre des seuls marchés. Toutefois, cette question n'a été réglée que progressivement.

Dans un premier temps, la jurisprudence est venue conforter l'idée selon laquelle la notion de commande publique ne pouvait pas être assimilée à celle de marché public au sens classique du terme. Le Conseil d'Etat a initié le mouvement par un avis précisant que les marchés conclus sans formalités préalables relevaient du champ d'application du code des marchés publics et demeuraient soumis au respect « *des principes généraux* » posés par l'article 1^{er} du Code, alors même que les règles de procédure ne les concernaient pas¹. La véritable évolution est ensuite venue du Conseil constitutionnel. Celui-ci s'est d'abord référé au principe d'égalité d'accès à la commande publique dans une décision concernant les contrats de partenariat public-privé sectoriels², avant de faire expressément référence au « *droit de la commande publique* » dont « *les principes découlent des articles 6 et 14 de la*

¹ CE, avis, 29 juillet 2002, Sté Maj Blanchisseries de Pantin, rec. 29 ; AJDA, 2002, n°10, p. 755, note J.-D. Dreyfus

² Cons. const. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, rec. 198 ; AJDA 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; Cons. const. n° 2002-461 DC 29 août 2002, rec. 204

Déclaration de 1789 et sont rappelés par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics »³ à propos des contrats de partenariat public-privé. Ainsi, le juge constitutionnel a appliqué les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics à des contrats qui ne relevaient pas de la catégorie des marchés publics en les identifiant comme les principes du droit de la commande publique. Il a donc implicitement tranché la question de savoir si la commande publique devait être envisagée comme une notion synonyme de celle de marché public. Certains auteurs ont alors plaidé plus fortement pour qu'elle devienne une véritable notion juridique distincte de celle de marché public, ce qui fut progressivement admis. Finalement, la notion de commande publique a été consacrée officiellement par le législateur délégué au travers de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique puis, désormais, du Code de la commande publique.

Toutefois, cette présentation classique oublie – volontairement ou non – de répondre à une question essentielle : pourquoi le Code de 2001, le juge constitutionnel, puis le législateur délégué ont-ils consacré l'existence d'un droit de la commande publique et de principes fondamentaux attenants ? En réalité, la consécration de ces principes – et donc de la commande publique comme notion juridique – n'est que la réception en droit français des principes consacrés par la Cour de justice de l'Union européenne à partir des décisions *Telaustria*⁴ et *Bent Moustén*⁵. Dans l'arrêt *Telaustria*, la Cour a précisé que les concessions de services – qui ne faisaient pas l'objet de dispositions spécifiques dans le droit dérivé de l'époque – devaient « *respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* », lequel « *implique, notamment, une obligation de transparence* » qui « *consiste à garantir [...] un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché [...] à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ». Par la suite, dans l'affaire *Bent Moustén*, elle a ajouté que les marchés publics ne relevant pas du champ d'application des directives en raison de leur montant devaient également respecter les règles fondamentales du traité. L'insertion des principes fondamentaux de la commande publique à l'article 1^{er} du Code des marchés publics et leur consécration progressive par la jurisprudence et par les textes ne résultent donc ni du hasard, ni d'une heureuse concordance des calendriers et des points de vue. Il s'agissait pour les juges et pour le législateur délégué de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de contrats publics, sans s'y référer expressément. Un mouvement identique est d'ailleurs observable dans les autres Etats membres de l'Union⁶.

Le Code de la commande publique poursuit ce mouvement en précisant dans son article L. 3 que « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique* », mais également qu'« *ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code* ». Ainsi, le nouveau Code n'évoque pas expressément les « principes fondamentaux de la commande publique » mais le Rapport au Président de la République les identifie ainsi⁷. Le titre préliminaire a été introduit

³ Cons. const. n° 2003-473 DC, ; AJDA 2003, p.1391, note J.-E. Schoettl ; p. 1404, note E. Fatôme

⁴ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, rec. p. I-10745 ; AJDA 2001, p. 106, note L. Richer ; p. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey

⁵ CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, rec. p. I-9507

⁶ En ce sens, v. par ex : CJUE, 19 avril 2018, aff. C-65/17, *Oftalma Hospital Srl*

⁷ Rapport relatif à l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JO n°0281 du 5 décembre 2018, texte n°19

à la demande du Conseil d'Etat afin, notamment, que les principes fondamentaux soient rappelés. Il s'agit d'une intention louable pour l'unité et la cohérence de la matière mais cette consécration suscite d'ores et déjà des interrogations⁸.

En réalité, l'adoption du Code amène à se demander si le fait d'évoquer les principes fondamentaux de la commande publique ne constitue pas une erreur. La question est en effet de savoir si les juges et le législateur délégué n'ont pas retenu un contenant inadapté et étriqué pour recevoir un contenu extrêmement riche. Or, tant du point de vue du contenu que du contenant, le Code de la commande publique semble en-deçà de la réalité : il maintient des principes au contenu étriqué et n'étend que partiellement leur champ d'application.

⁸ V. notamment : F. Melleray et R. Noguellou, « La codification des règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019, p. 381

I. Un contenu incertain : quels principes pour la commande publique ?

L'article L. 3 maintient un contenu assez pauvre, dans la droite ligne de l'ancien Code des marchés publics. Il confirme ainsi les certitudes antérieures, mais également les incertitudes et les oublis qui caractérisent depuis longtemps la matière.

A. Des certitudes confortées

Les certitudes concernent les principes essentiels qui sont rappelés et consacrés : le principe d'égalité de traitement, le principe de liberté d'accès et le principe de transparence des procédures. Ces principes, dégagés au niveau européen puis repris par le Conseil constitutionnel, peuvent eux-mêmes être considérés comme fondamentaux dans la mesure où ils ont contribué, dans une large mesure, au développement d'obligations complémentaires en sus de celles imposées par les réglementations sectorielles.

Chronologiquement, c'est le principe de liberté d'accès qui trouve à s'appliquer en premier. Dans l'absolu son contenu est assez limité. Il peut être défini comme le principe selon lequel toutes les personnes intéressées par la conclusion d'un contrat passé par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice doivent avoir la possibilité de candidater pour son attribution. Il a notamment été utilisé par la Cour de justice pour empêcher les Etats d'interdire purement et simplement la candidature des opérateurs publics⁹.

Surtout, le principe de liberté d'accès est prolongé par le principe d'égalité de traitement. Parfois présenté comme un principe accessoire au principe d'égalité d'accès, il découle du principe général d'égalité et dispose en réalité d'un contenu propre et particulièrement riche. Il comporte deux facettes qui correspondent à deux phases des différentes procédures de passation : l'égalité de traitement dans l'accès ou égalité d'accès aux contrats publics et l'égalité de traitement dans le choix du cocontractant. Il se définit donc comme un principe imposant de traiter de la même manière les opérateurs lors de l'examen de leurs candidatures et de leurs offres. De plus, le principe d'égalité de traitement se double d'un pendant négatif particulièrement mobilisé au niveau européen : le principe de non-discrimination. Sa première composante, le principe d'égalité dans l'accès, prolonge la liberté d'accès et implique que les opérateurs économiques qui candidatent à l'attribution d'un contrat public puissent le faire « *en bénéficiant des mêmes chances* »¹⁰. Quant à sa seconde composante, le principe d'égalité dans le choix du cocontractant, elle impose aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'évaluer les offres des opérateurs économiques en les traitant de la même manière. L'égalité dans le choix du cocontractant s'applique lors de la définition des critères de choix des offres et lors de l'appréciation des offres mais ses effets ne

⁹ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, rec. I-8121 ; D. 1999, p. 276 ; CJCE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, aff. C-305/08, rec. I-12129 ; RFDA 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2011, p. 432, obs. A. L. Durviaux

¹⁰ CJCE, 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, aff. C-87/94, rec. I-2043 ; RDI 1996, p. 368, obs F. Llorens et Ph. Terneyre

s'arrêtent pas là. Elle justifie également les limites apportées aux capacités des parties pour modifier ultérieurement le contrat.

Enfin, le Code de la commande publique rappelle l'existence et l'importance d'un troisième principe, celui de la transparence des procédures. La Cour considère de manière classique que « *le principe de non-discrimination [...] implique notamment une obligation de transparence* »¹¹. Ce lien entre la non-discrimination et la transparence explique que cette dernière soit parfois envisagée comme un principe accessoire au principe d'égalité de traitement¹². Malgré tout, la transparence ne saurait être réduite à cela et bénéficie depuis longtemps d'une définition autonome. Dans l'arrêt *Telaustria*, elle était déjà définie comme un principe imposant de « *garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture (des contrats) à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures* »¹³. Le principe de transparence s'apparente ainsi à un principe de publicité dont les modalités pratiques de mise en œuvre varient en fonction du contrat public concerné. La transparence est donc nécessaire à la réalisation de l'égalité de traitement mais elle implique par elle-même certaines obligations. Ainsi, c'est au nom de la transparence que des mesures de publicité ont pu être imposées lors des procédures de passation de contrats qui étaient pourtant exclus du champ d'application des directives européennes.

A eux trois les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures correspondent à ce que le juge et la doctrine identifient généralement comme les principes fondamentaux du droit de la commande publique. Pour autant le Code ne fait que confirmer l'existant sans régler un certain nombre de questions.

B. Des incertitudes et des oublis regrettables

L'article L. 3 crée deux incertitudes et laisse place à plusieurs oublis qui auraient mérité davantage d'attention de la part du législateur délégué.

La première incertitude porte sur l'existence d'une distinction, voire d'une gradation, entre les principes fondamentaux formulés. En effet, l'article L. 3 ne reprend pas à l'identique la formulation de l'article 1^{er} de l'ancien Code des marchés publics. Celui-ci prévoyait le respect des « *principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* », tout en précisant que ces obligations devaient être « *mises en œuvre conformément aux règles fixées par le [...] code* ». Cette formule avait été réitérée par les Ordonnances de 2015 et 2016 mais le Code de la commande publique retient une énonciation différente. Il précise que « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique* » et qu'« *ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code* »¹⁴. Il s'agit donc d'une formulation en deux temps distinguant le principe d'égalité de traitement et les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures. Certains s'interrogent déjà sur

¹¹ CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, aff. C-275/98, rec. I-8291, pt 31 ; D. 1999, p. 275

¹² P. Cassia, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », RTD. Eur. 2002, p. 413

¹³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, préc.

¹⁴ CCP, art. L. 3

la signification de ce changement qui « *semble ne donner de caractère autonome qu'au principe d'égalité de traitement, les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures étant dépendants des conditions de leur mise en œuvre par le Code* »¹⁵. Deux raisons permettent toutefois de considérer que cela n'aura pas de conséquences particulières. La première est que la codification a été effectuée à droit constant. Le découpage devrait donc, en toute logique, s'analyser comme un simple changement de forme et non comme un changement de fond. La seconde raison provient de l'origine européenne des principes évoqués. En toutes hypothèses, que ce soit avec l'ancienne formulation ou la nouvelle, le Code ne peut pas limiter la portée de principes qui sont directement issus des règles fixées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les juges devraient donc aisément clarifier ce point.

La seconde incertitude concerne le rôle et la valeur juridique des objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics. Ces objectifs figuraient déjà dans les différentes versions du Code des marchés publics depuis 2001 mais la question reste de savoir s'ils font partie de la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle et peuvent être invoqués en tant que tels devant le juge. En réalité, il est nécessaire de distinguer les deux objectifs.

La bonne utilisation – ou « bon usage » – des deniers publics est clairement identifiée comme un objectif à valeur constitutionnelle¹⁶ même si le Conseil constitutionnel l'envisage souvent comme une exigence constitutionnelle. L'objectif de bon usage des deniers publics dépasse le cadre du droit des contrats publics¹⁷ mais, dans la plupart des hypothèses, le juge ne le mobilise pas en tant que tel, quel que soit le type de contrôle exercé. Il l'a clairement affirmé dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité en indiquant que cet objectif ne peut pas être invoqué « *en lui-même [...] sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »¹⁸. Par ailleurs, dans le cadre du contrôle a priori, le Conseil constitutionnel combine cet objectif avec d'autres règles dont l'invocabilité et la juridicité ne font pas de doutes. Ainsi, il utilise le principe d'égalité devant la commande publique lorsqu'il est question de contrats publics mais, dans d'autres domaines, il fait appel à d'autres dispositions comme l'article 13 de la DDHC¹⁹ ou la prévention des atteintes à l'ordre public et la bonne administration de la justice²⁰. Cela atténue la portée réelle de cet objectif mais cette jurisprudence n'a pas vocation à rester figée. Il est donc possible d'imaginer que le juge accepte à l'avenir de contrôler directement des dispositions législatives au regard de l'objectif constitutionnel de bon usage des deniers publics. Le fait que le droit des marchés publics ne repose plus uniquement sur des dispositions réglementaires devrait d'ailleurs entraîner une augmentation du nombre de saisines lors des modifications du Code et pourrait favoriser une

¹⁵ G. Eckert, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats-Marchés publ.* 2019, repère 1 ; v. également F. Melleray et R. Noguellou, « La codification des règles jurisprudentielles », *préc.*

¹⁶ Cons. const., 22 mars 2012, n° 2012-651 DC, ; AJDA 2012, p. 625

¹⁷ Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC ; AJDA 2015, p. 1570 ; D. 2016, p. 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *Constitutions* 2015, p. 421, chron. A. Fabre ; Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC ; AJDA 2016, p. 1604 ; D. 2016, p. 2252, obs. P. Lokiec et J. Porta

¹⁸ Cons. const., 5 décembre 2014, n° 2014-434 QPC, Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs ; AJDA 2014, p. 2393 ; D. 2014, p. 2528 ; *Constitutions* 2015, p. 110, note M. Sztulman

¹⁹ V. les décisions 2015-715 DC et 2016-736 DC *préc.*

²⁰ Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC ; D. 2015. 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano

évolution en ce sens. Il faudrait toutefois, au préalable, que le Conseil constitutionnel définisse ce que recouvre le « bon usage » des deniers publics.

Une telle évolution paraît plus compliquée pour l'objectif d'efficacité de la commande publique. Outre le fait que cet objectif soit lui aussi délicat à définir tant la notion d'efficacité peut sembler subjective, le problème provient du fait que le Conseil constitutionnel ne la reconnaisse pas comme un objectif constitutionnel. En-dehors des hypothèses dans lesquelles le juge cite l'article 1^{er} de l'ancien Code, l'efficacité de la commande publique n'apparaît qu'en 2001, lors du contrôle de la loi MURCEF²¹. Toutefois, même dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'identifie pas l'efficacité de la commande publique comme un objectif à valeur constitutionnelle. Elle est seulement accolée à l'égalité de traitement, à une époque où le juge n'avait pas encore identifié l'existence d'un droit commun de la commande publique auquel des principes fondamentaux devaient être rattachés. Il est donc difficile d'envisager que cette efficacité soit prochainement reconnue comme un objectif à valeur constitutionnelle invocable devant le juge.

La reprise des objectifs d'efficacité de la commande publique et de bon usage des deniers publics à l'article L. 3 du Code entretient donc des incertitudes quant au périmètre exact des principes fondamentaux. Or, ces incertitudes sont prolongées par des oublis qui correspondent à des principes que le législateur délégué n'a pas intégrés parmi les principes fondamentaux alors que leur existence et leur application ne font pas de doute.

Trois principes qui découlent du droit de l'Union européenne figurent ainsi parmi les oubliés. Il s'agit des principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité, ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective. Ces principes sont consacrés au niveau européen et trouvent à s'appliquer au-delà des réglementations sectorielles développées en matière de marchés publics et de contrats de concession. Il est donc certain que leur application s'impose en droit interne. Toutefois, leur absence de l'article L. 3 indique la volonté du législateur délégué de ne mettre l'accent que sur les principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence antérieure. Ce choix n'est pas totalement surprenant dans la mesure où il s'inscrit dans la droite ligne de l'ancien Code et parce qu'il trouve un relais dans la quasi-totalité des présentations doctrinales. Pour autant, il n'est pas possible de considérer que ces principes ne s'appliquent pas aux contrats relevant du nouveau Code de la commande publique. Il s'agit, a minima, de principes secondaires qui complètent les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Ainsi, la Cour de justice n'hésite pas à mobiliser le principe de proportionnalité pour contrôler « le degré de détail des spécifications techniques d'un marché public » au-delà de ce qui est expressément prévu par les dispositions de la directive 2014/24²². Elle rappelle aussi régulièrement que les mesures prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pour assurer le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence doivent respecter le principe de proportionnalité, principe général du droit de l'Union européenne²³. Dans le même sens, la Cour envisage la reconnaissance mutuelle comme l'un des principes découlant des principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté

²¹ Cons. const., 6 déc. 2001, n° 2001-452 DC ; D. 2002, p. 1952, obs. V. Bertile

²² CJUE, 25 octobre 2018, « Roche Lietuva » UAB, aff. C-413/17

²³ CJUE, 8 février 2018, Lloyd's of London, aff. C-144/17

d'établissement et de la libre prestation de services²⁴. Enfin, depuis son arrêt *Fastweb*²⁵, la Cour de justice mobilise également le « *principe fondamental* » imposant une protection juridictionnelle effective en matière de contrats publics²⁶. Le législateur délégué n'a cependant pas repris ces principes et la codification ne constitue donc pas une avancée du point de vue des droits reconnus aux opérateurs économiques. Ce manque d'ambition s'explique probablement par le fait que ces principes ne soient pas « reçus » par les juges français : le Conseil constitutionnel ne les évoque pas et le Conseil d'Etat n'utilise que le droit au recours de manière anecdotique²⁷. Il semblait difficile de reconnaître de nouveaux principes dans le cadre d'une codification à droit constant même si, sur d'autres points, le Code consacre des solutions issues de la jurisprudence administrative. Il n'aurait donc pas été moins légitime de codifier une partie de la jurisprudence européenne...

Ce manque d'ambition est confirmé par l'absence du principe d'impartialité, autre oublié de la codification. Depuis plusieurs années, le Conseil d'Etat fait appel à ce principe qu'il identifie comme un principe général du droit « *dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁸. Le juge administratif envisage ainsi l'impartialité comme un principe consubstantiel aux autres principes fondamentaux de la commande publique. De son côté, et de manière classique, la Cour de justice consacre l'impartialité comme l'une des conséquences du principe de transparence, impliquant un contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution²⁹. Pourtant l'impartialité n'apparaît pas parmi les principes fondamentaux consacrés par le nouveau Code. Elle est simplement évoquée – sans être envisagée comme un principe – dans les articles qui permettent aux acheteurs et aux autorités concédantes d'exclure les personnes dont la participation à la procédure créerait une situation de conflit d'intérêts³⁰. Le législateur délégué n'a donc pas saisi l'occasion de la codification pour étendre le contenu des principes fondamentaux à d'autres principes qui s'appliquent pourtant à l'ensemble des contrats soumis au Code...

Les incertitudes et les absences affectent ainsi la portée et le sens des principes rappelés par le Code. Or, ces errances s'agissant du contenu du Code sont renforcées par le maintien d'un contenant inadapté qui repose sur un champ d'application sous-évalué.

²⁴ CJUE 2 juin 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, aff. C-410/14 ; Rev. UE 2017, p. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues ; RTD eur. 2017, p. 311, chron. A. L. Durviaux

²⁵ CJCE, 11 décembre 2014, *Fastweb*, C-19/13 ; RTD eur. 2015, p. 397, chron. A.L. Durviaux

²⁶ CJUE, ord., 23 avril 2015, *Commission c/ Vanbreda Risk & Benefits*, aff. C-35/15 ; CJUE 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA*, aff. C-439/14 et C-488/14 ; AJDA 2016, p. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler, Rev. UE 2017, p. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues

²⁷ CE 23 févr. 2005, n° 264712, *ATMMP* ; AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2005, p. 483, concl. D. Casas ; RTD eur. 2006, p. 301, chron. D. Ritleng ; CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, *SMPAT* ; AJDA 2017, p. 1669, chron. G. Odinet et S. Roussel ; AJ contrat 2017, p. 387, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2017, p. 937, concl. G. Pellissier

²⁸ CE 14 octobre 2015, n° 390968, *Société Applicam* ; AJDA 2015, p. 1955 ; RDI 2015, p. 581, obs. S. Braconnier ; AJCT 2016, p. 40, obs. O. Didriche ; CE, 12 septembre 2018, n° 420454, *Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse* ; AJDA 2018, p. 2246, note S. Agresta et S. Hul

²⁹ V. not. : CJUE, 19 décembre 2018, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, aff. C-375/17 ; CJUE, 19 avril 2018, *Oftalma Hospital Srl*, aff. C-65/17, préc. ; CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, préc.

³⁰ CCP, art. L. 2141-10 et L. 3123-10

II. Un contenant inadapté : quel champ d'application pour les principes ?

La consécration des principes fondamentaux de la commande publique par le nouveau Code conduit à un paradoxe. Elle permet en effet une avancée parce qu'elle consacre textuellement l'application de ces principes à l'ensemble des contrats relevant de la commande publique. Pourtant, dans le même temps, elle révèle une forme de négation de la réalité parce qu'elle rejette le fait que ces principes s'appliquent au-delà de la commande publique.

A. Une extension attendue par la commande publique

La codification poursuit l'entreprise entamée par les Ordonnances de 2015 et 2016 en faisant reposer le nouveau droit de la commande publique sur la distinction binaire entre les marchés publics et les contrats de concession³¹. Lors de l'adoption de ces textes, le législateur délégué avait expliqué ce choix par sa volonté de rendre la réglementation applicable plus lisible en procédant à un alignement sur le droit de l'Union européenne.

Le Code de la commande publique s'applique donc...aux contrats de la commande publique ! Ceux-ci sont définis comme des « *contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* »³². Le Code retient une double approche organique et matérielle qui permet de délimiter le champ d'application des principes fondamentaux³³. Ces principes ont donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs et par les entités adjudicatrices lorsqu'ils ont un objet de commande publique. L'extension du champ d'application confirme ainsi que les principes fondamentaux s'appliquent au-delà des seuls marchés publics, mais aussi qu'ils ne concernent pas uniquement les contrats qui présentent un intérêt économique « suffisant », ni seulement ceux qui relèvent de la catégorie des contrats administratifs.

L'extension concerne tout d'abord les contrats de concession. La définition proposée par le Code ne permet aucune hésitation : les contrats de la commande publique sont soit des marchés publics, soit des contrats de concession³⁴. La critique négative de cette définition – envisagée ultérieurement – amène à relever que la commande publique dispose d'un champ d'application assez pauvre parce qu'elle se limite justement aux contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession. La version positive de la critique permet toutefois de se féliciter parce que les contrats de concession sont désormais envisagés par les textes comme intégrés à la commande publique, au même titre que les marchés publics³⁵. Tous ces contrats se trouvent ainsi soumis à un ensemble de principes communs, ce qui

³¹ Sur l'adoption du code, v. not. : B. Dacosta, S. Roussel, « L'écriture du code », *AJDA* 2019, p. 376

³² CCP, art. L.2, al. 1

³³ V. not. : M. Ubaud-Bergeron, « Champ d'application du Code de la commande publique », *Contrats-Marchés publ.* 2019, dossier 5

³⁴ CCP, art. L.2, al. 2

³⁵ V. not. : C. Frackowiak, « Des ordonnances de transposition au code de la commande publique », *AJDA* 2019, p. 395

confirme la jurisprudence antérieure. En effet, depuis près de dix ans le Conseil d'Etat étend l'application des principes fondamentaux de la commande publique aux contrats de délégation de services publics³⁶. Ainsi, en prévoyant l'application des principes fondamentaux de la commande publique aux contrats de concession, le Code n'innove pas. Il permet seulement de donner une assise textuelle aux solutions jurisprudentielles antérieures tout en étendant l'application des principes à l'ensemble des contrats de concession, c'est-à-dire bien au-delà des seules délégations de services publics. Or, cette consécration va de pair avec l'extension du champ d'application des principes aux contrats de la commande publique sans que leur montant n'entre en jeu.

L'extension concerne en effet également les marchés publics et les contrats de concession dont la valeur estimée n'atteint pas les seuils européens. Il s'agit ici aussi de la reprise de solutions jurisprudentielles antérieures et, notamment, de la jurisprudence ANPE³⁷. Celle-ci s'inscrivait ainsi dans le prolongement de l'ordonnance Bent Moustén³⁸, ce qui a permis au juge français de développer une jurisprudence riche et construite à propos des marchés passés en procédure adaptée³⁹. Désormais, le Code affirme clairement l'application des principes fondamentaux à ces marchés⁴⁰. Il n'existe pas de disposition équivalente pour les contrats de concession mais ceux qui sont soumis à des obligations « allégées » doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique, comme le révèlent les règles de publicité et de mise en concurrence spécifiques qui leur sont applicables⁴¹. Le Code confirme ainsi que la valeur estimée des contrats n'a pas d'incidence sur leur soumission aux principes. D'ailleurs, ils s'appliquent également aux marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de leur montant, c'est-à-dire lorsque leur valeur estimée est inférieure à 25000€ HT⁴². En réalité, le montant du contrat n'a pas d'incidence sur le principe même de l'application des principes fondamentaux de la commande publique. Il permet simplement de déterminer quelles sont les conséquences précises que ces principes vont avoir : celles-ci sont limitées au strict minimum pour les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, elles sont plus importantes en procédure adaptée ou allégée, et elles deviennent extrêmement précises dans le cadre des procédures formalisées.

Pour autant, l'extension du champ d'application des principes fondamentaux n'empêche pas le Code de consacrer concomitamment un certain nombre d'exceptions pour lesquelles ces principes ne trouvent pas à s'appliquer ou s'appliquent de manière plus souple. Celles-ci recouvrent notamment l'hypothèse des marchés publics⁴³ et des contrats de concession⁴⁴ passés sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison de leur objet, ou celle des contrats passés en procédure adaptée ou allégée en raison de ce même objet⁴⁵. Il

³⁶ CE, 23 décembre 2009, n°328827, Etablissement public du Musée et du domaine national de Versailles ; AJDA 2010 p. 500, note J.-D. Dreyfus

³⁷ CE, 30 janvier 2009, n°290236, Agence nationale pour l'emploi, rec. 3 ; AJDA 2009, p. 183 ; p. 602, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2009, p. 242, obs. S. Braconnier

³⁸ CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, préc.

³⁹ V.

⁴⁰ CCP, art. L. 2123-1

⁴¹ CCP, art. R. 3126-1 à R. 3126-14

⁴² CCP, art. L. 2122-1 et R. 2122-8

⁴³ CCP, art. L. 2122-1, R. 2122-1 à R. 2122-7 et R. 2122-9

⁴⁴ CCP, art. L. 3121-2 et R. 3121-6

⁴⁵ CCP, art. L. 2123-1, 2° et R. 2123-1, 3° et 4° pour les marchés publics, et art. L. 3126-1 et R. 3126-1 à R. 3126-14 pour les contrats de concession

s'agit également des exceptions relatives aux « *autres marchés publics* »⁴⁶ ou aux « *autres contrats de concession* »⁴⁷. Toutes ces exceptions ne remettent pas en cause l'existence des principes ; elles confirment seulement que certains motifs peuvent justifier des atteintes limitées et raisonnables aux principes fondamentaux de la commande publique⁴⁸. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que les contrats de la commande publique exclus du champ d'application des ordonnances doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique, qu'il s'agisse des marchés publics⁴⁹ ou des contrats de concession⁵⁰.

Enfin, l'extension concerne les contrats de droit privé de la commande publique, même si l'article 6 de l'Ordonnance du 6 juin 2005 prévoyait déjà l'application des principes fondamentaux aux marchés publics de droit privé. Le Code innove toutefois en étendant l'application de ces principes aux contrats de concession de droit privé. Pour autant, la question la plus importante concerne le traitement jurisprudentiel de ces principes par les juridictions judiciaires. La Cour de cassation retient traditionnellement « *une interprétation restrictive de la dynamique des principes fondamentaux* »⁵¹. Or, dans la mesure où l'adoption du Code marque la soumission de l'ensemble des contrats de la commande publique à un même ensemble normatif, un alignement de la jurisprudence judiciaire sur celles du Conseil d'Etat et de la Cour de justice de l'Union pourrait légitimement être attendu. La jurisprudence récente de la Cour de cassation s'agissant de la notion de pouvoir adjudicateur ne pousse cependant pas à l'optimisme. Il semble en effet que celle-ci cherche avant tout à éviter une application large du droit de la commande publique et, partant, de ses principes fondamentaux⁵².

Il n'en demeure pas moins que le Code conforte l'extension du champ d'application des principes fondamentaux à l'ensemble des contrats de la commande publique. Pourtant, en liant le champ d'application de ces principes à la notion de commande publique, il oublie que d'autres contrats publics obéissent aux mêmes règles.

B. Une restriction irréaliste par la commande publique

Ce ne sont pas les principes fondamentaux qui posent un problème de cohérence mais la notion même de commande publique en raison de son caractère exclusif et de son champ d'application limité.

Le Code n'envisage que deux grandes catégories de contrats : les marchés publics et les contrats de concession. Leurs définitions sont proches mais ces contrats se distinguent à trois points de vue. Premièrement, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui passent des contrats de concession ne sont pas envisagés comme des acheteurs mais comme des autorités concédantes. Il s'agit, probablement, de mettre l'accent sur les logiques

⁴⁶ CCP, art. L. 2500-1 à L. 2515-1 et R. 2521-1 à R. 2521-4

⁴⁷ CCP, art. L. 3200-1 à L. 3215-1 et R. 3200-1 à R. 3221-3

⁴⁸ Sur cette question, v. not. F. Melleray et R. Noguellou, « La codification des règles jurisprudentielles », préc.

⁴⁹ CE, 5 févr. 2018, n° 414846, Centre national d'études spatiales

⁵⁰ CE, 15 déc. 2017, n° 413193, Synd. Mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit

⁵¹ M. Ubaud-Bergeron, « Le juge judiciaire et la commande publique », RFDA 2013, p. 531

⁵² Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-29.106, FS-P+B; AJDA 2018, p. 713 ; Cass. soc., 4 avr. 2018, n° 18-70.002, avis n° 15005, FS-P+B ; D. 2018, p. 801

différentes qui sous-tendent le droit des marchés publics et le droit des concessions en dépit de l'unité consacrée par le Code. Deuxièmement, les contrats de concession ne peuvent porter que sur l'exécution de travaux ou sur la gestion d'un service. Cela découle du modèle concessif même si des fournitures peuvent être livrées à l'occasion de l'exécution d'un contrat de concession de services ou de travaux. Enfin, et troisièmement, la rémunération du cocontractant est différente : la spécificité des contrats de concession repose sur le fait qu'ils transfèrent au cocontractant « *un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* »⁵³.

Quoi qu'il en soit, les définitions retenues sont suffisamment larges et ont été choisies pour permettre un alignement progressif sur le droit de l'Union européenne. Celui-ci reste toutefois perfectible au regard du décalage qui persiste entre le droit français et le droit de l'Union s'agissant de la question de savoir si, dans le cadre des marchés publics, les travaux, les fournitures ou les services doivent répondre aux besoins de l'acheteur comme l'exige la définition française ou s'il suffit qu'ils présentent un « *intérêt économique direct* » pour ce dernier comme le permet la jurisprudence européenne⁵⁴. Saisi à propos d'un contrat portant sur la cession de certificats d'économies d'énergie par un pouvoir adjudicateur à une société, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler ce décalage en indiquant qu'un tel contrat n'est pas un marché public car il ne répond pas à un besoin du pouvoir adjudicateur⁵⁵. Surtout, il ne faut pas oublier que si les notions de marché public et de contrat de concession peuvent être désignées comme découlant de notions européennes, il en va différemment pour la notion de commande publique.

Les textes européens n'établissent pas une notion d'ensemble qui regrouperait les contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession. D'ailleurs, suivant les versions linguistiques des directives, les contrats de concession ne sont envisagés que comme une catégorie particulière de marchés publics, la notion de marché public devenant à son tour une notion englobante... Ainsi, si le Code permet de sceller « *l'unité de la commande publique* » initiée « *par la reconnaissance de principes communs par le juge constitutionnel* »⁵⁶, il ne s'agit pas d'une volonté européenne. L'unité de la commande publique n'est qu'une lubie française promue par les juges et la doctrine afin de consolider une notion qui, au départ, ne visait qu'à intégrer les principes dégagés par la jurisprudence européenne. Au risque de faire partie des « *esprits chagrins* »⁵⁷ et partant de ce constat, peut-on raisonnablement affirmer que le code « *est autant dans sa conception que dans son contenu, un modèle de modernisation et de simplification* »⁵⁸ ? Cette question mérite d'être posée au regard de la jurisprudence européenne et des évolutions récentes du droit administratif français.

En effet, tous les contrats passés par des personnes de la sphère publique ne sont pas des contrats de la commande publique. Leur classification pose de réelles difficultés, d'autant que les présentations doctrinales ont tendance soit à éluder la question, soit à considérer que la

⁵³ CCP, art. L. 1121-1

⁵⁴ CJUE, 25 mars 2010, aff. C- 451/ 08, Helmut Müller ; AJDA 2010, p. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RDI 2010, p. 383, obs. R. Noguellou ; RTD eur. 2011, p. 433, obs. A. L. Durviaux

⁵⁵ CE, 17 juin 2018, n°416664, Société Géo France ; AJDA 2018, p. 2278

⁵⁶ G. Eckert, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », Contrats-Marchés publ. 2019, repère 1

⁵⁷ F. Brenet, « La codification des textes « épars » du droit de la commande publique », AJDA 2019, p. 389

⁵⁸ A. Pannier Runacher, avant-propos du dossier de presse consacré au nouveau code, disponible sur le site du ministère

notion de contrat administratif, traditionnelle et en déclin, serait concurrencée et supplantée par la notion de commande publique, moderne et porteuse de simplification. Il s'agit cependant d'une présentation erronée car la notion de commande publique ne recouvre pas l'ensemble des contrats administratifs et laisse de côté un nombre important de conventions. En réalité, les catégories actuelles invitent à distinguer deux ensembles de contrats suivant si ceux-ci sont ou non soumis au respect des principes fondamentaux qui découlent du cadre concurrentiel fixé par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces principes sont ceux qui ont été rappelés, c'est-à-dire ceux dégagés par le juge européen et maladroitement réceptionnés comme des principes fondamentaux de la « commande publique ». Les contrats publics exclus du champ concurrentiel correspondent pour l'essentiel aux contrats d'administration tels que définis par de Laubadère⁵⁹, aux contrats de subventions⁶⁰ et aux contrats de recrutement des agents publics. Ils permettent également l'intégration de contrats ponctuellement exclus du champ concurrentiel, à l'image de certains des « autres » marchés publics ou contrats de concession. Les contrats soumis au cadre concurrentiel correspondent quant à eux, et pour l'essentiel, aux contrats de la commande publique. Toutefois, si la distinction ne peut pas être effectuée entre les contrats publics de la commande publique et les autres contrats publics, c'est parce que les contrats de la commande publique n'épuisent pas la catégorie des contrats publics soumis au cadre concurrentiel.

Les conventions d'occupation du domaine en constituent l'illustration parfaite. Ce sont des contrats soumis au cadre concurrentiel et aux principes fondamentaux européens sans être des contrats de la commande publique. Leur situation bouleverse l'unité et la simplicité avancées par les promoteurs de la notion de commande publique et de son Code. Jusqu'à récemment, et en dépit de certaines critiques doctrinales, la question de la soumission de ces contrats aux principes fondamentaux pouvait être éludée grâce à la jurisprudence Jean Bouin du Conseil d'Etat⁶¹. Cette solution était assurément contraire au droit de l'Union européenne mais la parole du juge administratif suprême permettait de nier l'évidence et de protéger les fondements de la notion de commande publique. Pour que la notion de commande publique existe, il faut que les principes fondamentaux éponymes ne s'appliquent qu'aux contrats de la commande publique car, à défaut, cette notion perdrait son unité. Or, les conventions d'occupation domaniale n'en font pas partie.

La transposition des directives de 2014 a permis de conforter la solution retenue tout en mettant en exergue les ambiguïtés qu'il y avait à exclure les conventions d'occupation du champ d'application des principes fondamentaux. Les Ordonnances de 2015 et 2016⁶² ont modifié la réglementation afin de prévoir que les autorisations d'occupation temporaire et les baux emphytéotiques administratifs ne peuvent plus être utilisés s'ils ont un objet de commande publique⁶³. Les textes prévoient désormais que lorsque l'exécution d'un contrat de la commande publique nécessite l'occupation du domaine public, c'est le contrat de la commande publique qui doit prévoir les modalités de cette occupation. Le législateur délégué

⁵⁹ A. de Laubadère, « Administration et contrat », Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye, Bière, 1967, p. 453

⁶⁰ Par ex. CAA Nantes, 22 décembre 2017, Société Public Evènements, AJDA 2018, p. 1495, concl. François-Xavier Bréchet

⁶¹ CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin ; AJDA 2011, p. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser

⁶² Ordonnance n°2015-899 du 23 juin 2015 relative aux marchés publics, art. 101 et Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, Art. 57 et 72

⁶³ CGPPP, art. L. 2341-1 et L. 2122-6 ; CGCT, art. L. 1311-2 et L. 1311-15

a donc confirmé que les conventions d'occupation du domaine public ne sont pas intégrées à la commande publique, tout en soulignant la proximité que ces différentes catégories de contrats peuvent avoir.

Finalement, c'est la Cour de justice qui a sonné le glas de la jurisprudence Jean Bouin par son arrêt *PromoImpresa*⁶⁴. Elle envisage trois hypothèses pour déterminer les règles applicables lors de la délivrance d'autorisations domaniales. Il peut s'agir du régime juridique des contrats de concession fixé par la directive 2014/23, de celui fixé par la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur ou, a minima, des « *règles fondamentales du traité FUE en général et le principe de non-discrimination en particulier* »⁶⁵. Ainsi, même lorsque la convention d'occupation n'est pas adossée à un contrat de la commande publique, le cadre concurrentiel trouve à s'appliquer soit par la directive services de 2006, soit par le truchement des principes fondamentaux issus du traité.

Le législateur délégué a tiré les conséquences de cet arrêt en modifiant le Code général de la propriété des personnes publiques. Désormais, la délivrance des titres d'occupation du domaine public doit en principe passer par une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, bien que des exceptions restent prévues. Le nouvel article L. 2122-1-1 ne fait pas référence aux principes fondamentaux de la commande publique mais, sur le fond, il consacre l'application de principes identiques. Il en ressort donc que les principes fondamentaux dits de la commande publique s'appliquent au-delà de cette dernière. Ils s'appliquent à l'ensemble des contrats publics situés dans le champ concurrentiel, que ces derniers relèvent ou non de la commande publique. D'ailleurs, les conventions d'occupation du domaine privé sont, elles aussi, concernées⁶⁶ et il est probable que ce soit aussi le cas des contrats de vente d'immeubles publics ou, au moins, de certains d'entre eux⁶⁷. Le champ d'application des principes fondamentaux ne peut donc pas être envisagé au travers de la notion de commande publique et l'unité de la matière ne peut pas passer par elle. La seule solution qui permettrait de maintenir la notion de commande publique comme notion centrale serait qu'elle intègre l'ensemble des contrats soumis aux principes fondamentaux. Or, cela reviendrait à intégrer des contrats par lesquels les personnes de la sphère publique ne réalisent pas une « commande » publique mais se positionnent comme offreurs sur le marché. Il s'agit là d'une nouvelle limite qui semble difficilement dépassable et qui révèle à quel point la notion de commande publique a pu être surestimée.

L'adoption du Code de la commande publique et de son titre préliminaire invite donc à soulever les lacunes de la notion de commande publique. En donnant corps à une notion si imparfaite, le Code renforce l'approche traditionnelle des contrats administratifs pour les contrats exclus de la commande publique. Le choix originaire de la notion de commande publique sert donc le contrat administratif et les différentes catégories de contrats administratifs spéciaux, au détriment de la simplification annoncée.

⁶⁴ CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, *Promoimpresa* ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; AJCT 2017, p. 109, obs. O. Didriche ; RTD com. 2017. 51, obs. F. Lombard ; RTD eur. 2017. 843, obs. A. Zians

⁶⁵ pt. 64 de l'arrêt

⁶⁶ Rép. min. n° 12868 ; JOAN 2 octobre 2018, p. 8657

⁶⁷ V. not. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz 2016, pp. 172 et s.

Pour aller plus loin :

M. Amilhat, La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, Bruylant 2014

M.-C. Bontron, La fonction des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse, Montpellier, 2015

F. Brenet, Recherches sur l'évolution du contrat administratif, Thèse, Poitiers, 2002

G. Eckert, « Quelle place pour les principes de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2018, repère 10

H. Hoepffner et F. Llorens, « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », Contrats-Marchés publ. 2018, repère 4

G. Kalflèche, Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, Thèse Paris II, 2004

S. de La Rosa, Droit européen de la commande publique, Bruylant, 2017

R. Noguellou, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », AJDA 2015, p. 1789

M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », RFDA 2016, p. 218