

ARTICLE

JURIDIQUE

L'ESSENTIEL

■ Le code des marchés publics devient le code de la commande publique par regroupement à droit constant de tous les textes en la matière.

■ L'alignement sur le droit européen est consacré et impose de prendre en compte la jurisprudence de la CJUE sur la définition du pouvoir adjudicateur.

ÉCONOMIE SOCIALE
ET SOLIDAIRE

POUVOIRS ADJUDICATEURS ET NOUVEAU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Abouissement de deux ans de travaux post-loi Sapin 2, le nouveau code de la commande publique regroupe en un seul corpus les dispositions législatives et réglementaires afférentes aux marchés, concessions et autres contrats de partenariat. L'économie sociale et solidaire (ESS) demeure concernée.



AUTEUR	Pierre Faucon
TITRE	Expert-comptable, commissaire aux comptes, GMB A Walter Allinial

Le code des marchés publics devient le code de la commande publique.

D'UN CODE À L'AUTRE...

Au-delà de la sémantique, la création de ce code¹ constitue une nouvelle phase de rassemblement de l'ensemble des textes concernant les contrats issus de la commande publique, contrats qui s'ana-

lysent au sens du droit de l'Union européenne comme, d'une part, des marchés publics et, d'autre part, des contrats de concession.

Après un regroupement significatif de textes en 2006² qui avait notamment intégré l'ordonnance de 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes de droit privé³, puis une mise en conformité en 2015⁴ avec la réglementation européenne⁵, la dernière transformation initiée par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »⁶, a nécessité deux ans de travaux. Ceux-ci ont fait l'objet de concertations élargies et de consultations publiques sur Internet pour déboucher, fin 2018, sur une ordonnance pour la partie législative du code⁷ et un décret pour sa partie réglementaire⁸, applicables à compter du 1^{er} avril 2019 pour toute nouvelle mise en concurrence.

... À DROIT CONSTANT

Si le périmètre du nouveau code est élargi – aux contrats de concession –, ce regroupement de textes a été opéré à droit constant. Il n'y a aucune novation particulière de ce « nouveau » code. En particu-

lier, la définition de pouvoir adjudicateur⁹ issue de l'ordonnance de 2005¹⁰, et notamment celle s'agissant des personnes de droit privé, est reprise dans le code de la commande publique¹¹.

DE LA PRÉÉMINENCE DU DROIT EUROPÉEN

La mise en conformité du droit français avec la réglementation européenne renforce par ailleurs le caractère impératif de la prise en

1. JA 2019, n° 598, p. 6, obs. E. Royer.
2. Décr. n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, JO du 4.
3. Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005, JO du 7.
4. Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015.

10 du 24.
5. Dir. 2014/24/UE et 2014/25/UE
du 26 févr. 2014.
6. L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 38.
7. Ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018.
8. Décr. n° 2018-1075 du 3 déc. 2018.

9. Dossier « Pouvoirs adjudicateurs – Adjugé, vendu ! », JA 2019, n° 601, p. 16.
10. Ord. n° 2005-649, préc., art. 3 et 4.
11. CCP art. L. 1211-1 et L. 1212-1.



■ Les opérateurs de l'ESS d'intérêt général financés, contrôlés ou administrés majoritairement par les pouvoirs publics sont soumis au code de la commande publique.

considération des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour l'analyse de la situation du pouvoir adjudicateur, et notamment celle des opérateurs de l'ESS.

NOTION DE POUVOIR ADJUDICATEUR

La notion de pouvoir adjudicateur désigne l'acheteur de fournitures ou de services soumis au code de la commande publique. Sont concernées en premier lieu toutes les personnes morales de droit public – l'État et ses démembrements, les collectivités territoriales et leurs groupements, les entreprises publiques –, mais aussi les personnes morales de droit privé dans certaines situations exposées ci-après.

Le code de la commande publique ne vise aucune catégorie d'organismes privés en particulier : ni les sociétés, ni les associations, ni les fondations. Les directives européennes concernées ne tiennent pas plus compte de la nature de la personne morale au sens du droit interne, celui-ci différant bien sûr d'un pays à l'autre. Le statut juridique de la personne morale est donc indifférent pour la qualification d'organisme de droit privé au sens du code de la commande publique ainsi que pour la qualification de pouvoir adjudicateur au sens de ces directives. Le seul critère concerne la personnalité juridique de l'organisme, c'est-à-dire sa capacité à signer un contrat. Tel est le cas des associations déclarées et des fondations dotées de la capacité juridique, qui sont ainsi dans le périmètre du code de la commande publique.

Ce code vise deux situations distinctes et trois critères non cumulatifs :

■ les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial¹² : dont l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, ou dont la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, ou dont les membres de l'organe d'administration ou de direction ou de surveillance sont désignés pour plus de la moitié d'entre eux par un pouvoir adjudicateur ;

■ les groupements de commandes associant des personnes de droit public et des personnes de droit privé¹³.

Ces critères s'analysent comme suit à la lumière de la jurisprudence européenne.

Organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins

C'est l'activité effectivement exercée qu'il convient de prendre en compte pour qualifier ou non l'organisme de pouvoir adjudicateur, et non uniquement celle qui lui a été confiée à sa création¹⁴. Par ailleurs, le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités de l'organisme est sans incidences sur l'appréciation de ce critère dès lors que l'organisme continue à se charger des besoins qu'il est spécifiquement obligé de satisfaire.

Intérêt général

La notion d'intérêt général est une notion interprétée par la CJUE afin d'en assurer une application uniforme dans l'ensemble de l'Union européenne. La législation nationale ne peut discrétionnairement décider que tel ou tel besoin est ou n'est pas d'intérêt général. La Cour juge de façon constante qu'une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait, à ce titre, la prendre en charge¹⁵.

Financements publics majoritaires

Il s'agit ici des seuls financements versés par des personnes de droit public, sans contrepartie spécifique aux activités de l'organisme. Ainsi, ne constituent pas un financement public les versements effectués en contrepartie de prestations de services : seules les subventions versées dans le but de soutenir les activités sont qualifiées de financement public¹⁶.

Le terme « majoritairement » s'entend quant à lui comme « plus de la moitié » des ressources annuelles de l'organisme, y compris, le cas échéant, celles tirées d'une activité commerciale. Il a été jugé que le calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice, fussent-ils de nature prévisionnelle¹⁷.

Contrôle de la gestion

La notion de contrôle de la gestion se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme. Il doit s'agir d'un contrôle actif. L'hypothèse d'un simple contrôle *a posteriori* ne suffit pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait.

12. CCP, art. L. 1211-1, 2°.

13. CCP, art. L. 2113-6 et L. 2113-7.

14. CJCE 12 déc. 2002, aff. C-470/99.

15. CJCE 15 janv. 1998, aff. C-44/96.

cons. 22 à 24 ; CJCE 10 mai 2001, aff.

C-223/99 et C-260/99, cons. 33 et 34 ;

CJCE 27 févr. 2003, aff. C-373/00, cons.

51 à 53 et 66 ; CJCE 22 mai 2003, aff.

C-18/01, cons. 41 à 45, 61 et 62 ; CJCE

16 oct. 2003, aff. C-283/00, cons. 84 à 86.

16. CJUE 12 sept. 2013.

aff. C-526/11, cons. 21 et 26.

17. CJCE 3 oct. 2000, aff. C-380/98,

cons. 33, 36 et 44.



Mais la CJUE a cependant nuancé sa position en considérant que, dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut à elle seule aboutir à conférer une emprise importante¹⁸.

Membres de direction, d'administration ou de surveillance

Les dispositions statutaires de l'organisme peuvent établir des membres de droit représentant des autorités publiques, ou encore prévoir une répartition des membres de ses organes par collèges de personnes publiques/personnes privées, leur conférant, de droit, une majorité de sièges de direction ou d'administration ou de surveillance. Il s'agit bien là de personnes désignées *ès qualités* par des autorités publiques et non pas de membres librement désignés par l'organisme et qui auraient par ailleurs une fonction au sein de ces personnes publiques.

Groupement de commandes

Un groupement de commandes peut être constitué afin de passer conjointement des marchés entre un ou plusieurs acheteurs au sens du code de la commande publique et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs au sens dudit code. Cela implique alors que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par le code de la commande publique.

La convention constitutive du groupement définit ses règles de fonctionnement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres membres.

Les acheteurs membres du groupement de commandes sont tous solidairement responsables des opérations de passation ou d'exécution du marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive, et notamment le respect des règles du code de la commande publique. Tel est le cas des groupements de coopération sanitaire (GCS) et des groupements de coopération sociale et médico-sociale (GCSMS), par exemple, s'ils sont constitués pour partie d'organismes de droit public.

¹⁸. CJUE 12 sept. 2013, aff. C-526/11, préc., cons. 30.
¹⁹. CCP, art. R. 2124-1.

CONSÉQUENCE DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Dès lors qu'un organisme privé est considéré comme pouvoir adjudicateur selon les critères évoqués, il doit respecter l'ensemble des dispositions du code de la commande publique pour ses achats de fournitures et de services. Le sujet essentiel concerne la mise en concurrence des prestataires auxquels recourt l'organisme. Le code de la commande publique prévoit des modalités de publication, deux procédures de mise en concurrence et des cas d'exonération de leur application.

Procédure adaptée

Dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA), l'acheteur peut déterminer librement les modalités de la procédure dans le respect des principes de la législation en matière de marchés publics (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures). Toutefois, et bien que la procédure soit libre, cela nécessite un minimum d'organisation notamment s'agissant de la consultation et, à tout le moins, de la rédaction d'un cahier des charges incluant également les règles de cette consultation. S'il est prévu de négocier les offres, cela doit être précisé dans les documents de la consultation. À noter que les marchés de services sanitaires, sociaux, de soins de santé, éducatifs, culturels et postaux relèvent uniquement de la procédure adaptée, quel qu'en soit le montant.

Procédure formalisée

Lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils européens¹⁹, le marché est passé selon un appel d'offres ouvert ou restreint, une procédure concurrentielle avec négociation, une procédure négociée avec mise en concurrence préalable ou un dialogue compétitif. Les modalités de ces procédures formalisées sont fixées par le code de la commande publique.

Cas d'exonération de mise en concurrence

Parmi les nombreux cas d'exonération de mise en concurrence, il est possible de citer :

- l'urgence et les circonstances imprévisibles qui ne permettent pas de respecter les délais exigés par les procédures du code de la commande publique (dangers sanitaires, risques d'incendie, etc.) ;
- les travaux, fournitures ou services qui ne peuvent objectivement être fournis que par une seule entreprise ;
- le recours à des entreprises adaptées, à des établissements et services d'aide par le travail (ESAT) ou équivalents, ou à des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) ou équivalentes ;
- l'absence de candidature recevable proposée dans les délais prévus. ■