



FORMATION

◀ 20% de réduction ▶
jusqu'au 3 juin 2016 - code 20FOR

Marchés publics : une simplification pour tous, vraiment ?

A propos de l'auteur

M. Etienne Colson

avocat



Voir les articles de cet auteur

La réforme de la commande publique, c'est près de trois cents articles à digérer... Un parcours du combattant pour la majorité des communes qui comptent moins de 500 habitants. Une simplification ? Étienne Colson, avocat au barreau de Lille, en doute. Il nous en dit plus sur ces inquiétudes, à travers cinq exemples.



Une ordonnance et un décret. Près de trois cents articles pour réformer la commande publique. Comprendre : simplifier, sécuriser, moraliser. Un air de déjà-vu ? Dame, vous n'y êtes pas. Cette fois, c'est la bonne ! L'essayer, c'est l'adopter, rassure Jean Maïa. Voire. Car, sans préjudice des opérateurs économiques qui, à peine plus d'un mois après son entrée en vigueur, ressentent déjà quelques vapeurs au déchiffrement de cette réforme, faut-il rappeler que l'acheteur public n'est pas non plus cet être désincarné que nul changement ne saurait rebuter ? Entendons-nous. Que, pêle-mêle, et sans préférence, les communes de Lyon, Lille ou Bordeaux puissent ingérer autant de textes en espérant, un jour, en faire l'usage attendu, on peut le concevoir. Mais quid de celles qui comptent moins de cinq cents habitants, soit près de 55 % des presque 36 000 communes de notre beau pays ? Les concernant, il faut dire le mot et la chose : une délégation de signature ou un arrêté de police sont déjà hérissés de difficultés juridiques. Cela, nul praticien et, au premier chef, les si méritants magistrats desdites communes, ne l'ignore. Dès lors, qui pour imaginer que le récent « paquet marchés publics » puisse un jour leur être familier ? Cinq exemples nous semblent le démontrer.

1. S'agissant des marchés de travaux publics, l'article 5 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sonne le glas de la maîtrise d'ouvrage. De là, une conséquence : depuis le 1er avril 2016, quel qu'en soit le montant, un BEA ou une vente immobilière avec charge pourront, le cas échéant, être requalifiés en marchés de travaux publics, au risque, au passage, de contrarier la loi MOP. Une certitude : Clochemerle ne le saura jamais.

2. Animé de considérations sociales ou environnementales, Monsieur le maire entend en imprégner les achats communaux. Il s'avise bientôt de l'article 10 du décret du 25 mars 2016.

Un label, se réjouit-il, peut être exigé des candidats comme moyen de preuve que les considérations de l'édile seront satisfaites. Le parcours du combattant peut alors commencer. Car l'exigence d'un label suppose la réunion de cinq conditions à l'entendement parfois bien malaisé. Ainsi, que peuvent-être les « critères objectivement vérifiables » qui doivent motiver l'exigence d'un label ? Qui vérifiera, et par quels moyens, que l'opérateur économique détenteur du label exigé n'aura « exercé aucune influence décisive » sur « le tiers » qui le lui aura décerné ? Enfin, quel agent communal saura juger de l'équivalence entre « le label particulier » exigé et ceux que pourront lui présenter les candidats ? Craignons donc qu'à la lecture d'un tel article, le maire n'ait qu'une conduite : renoncer.

“ Craignons donc qu'à la lecture d'un tel article, le maire n'ait qu'une conduite : renoncer. ”

3. La nouvelle procédure concurrentielle avec négociation le retrempera-t-il ? Oui, s'il s'en tient aux termes avenants de l'article 71 du décret, lequel fait de la négociation des conditions du marché le pivot d'une telle procédure. Mais à quelles conditions ! Car si l'article 25 du décret liste six cas possibles, gare aux chausse-trappes ! Ainsi du « besoin (ne pouvant) être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles »...ou du « besoin (consistant) en une solution innovante ».

On voit d'ici à quelles pesantes justifications l'acheteur public devra se livrer pour démontrer que son besoin suppose impérativement l'adaptation de solutions « immédiatement » (l'adverbe a son importance) « disponibles »...Sans rien dire des solutions dites « innovantes » définies, si l'on ose dire, par l'article 25 lui-même, comme mettant en œuvre des travaux, fournitures ou services « nouveaux » (ce que l'on conçoit) ou « sensiblement améliorés » (ce qui est beaucoup plus fuligineux...). Nous ne doutons pas que la jurisprudence contribue, un jour, à éclairer tant soit peu de telles notions. Mais, avant qu'il en soit ainsi, qui peut croire qu'un acheteur public sans juriste osera s'aventurer dans pareil maquis ? S'y risquerait-il qu'il s'exposerait d'ailleurs à de graves mécomptes car on est tenu d'y évoluer à pas comptés. La Direction des affaires

“ qui peut croire qu'un acheteur public sans juriste osera s'aventurer dans pareil maquis ? ”

juridiques de Bercy prévient, en effet, « que les conditions de recours à ces procédures, doivent s'interpréter strictement. ». Et de conclure, un brin menaçante : « A défaut d'être remplies, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office » (Fiche de la DAJ « La procédure concurrentielle avec négociation », 30 mars 2016)...

4. La question de la sous-traitance ne se révèle pas moins complexe. Car, en instaurant la possibilité pour l'acheteur



d'interdire la sous-traitance pour « certaines tâches » jugées par lui « essentielles », l'article 62 du décret est gros d'un contentieux multiple. À sa source, deux questions, au moins, se posent. Les termes, d'abord. «Tâches essentielles » : est-il vocables plus hostiles à toute définition ? Ce qui sera essentiel aux yeux de l'acheteur pourra être accessoire à ceux des opérateurs économiques. Sans doute, à terme, le juge tranchera entre les deux termes de l'alternative : une définition large, fondée sur un pouvoir discrétionnaire de l'acheteur ou, à l'inverse, une stricte acception du terme ; la tâche essentielle étant alors appréciée comme « objectivement » essentielle. Mais d'ici là, combien de procès opposeront, sur ce point, acheteurs et entrepreneurs, qu'ils soient principaux ou sous-traitants ? Et, surtout, ne peut-on s'interroger sur la compatibilité de cette restriction avec la loi, d'ordre public, du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, laquelle, nous semble-t-il, érige la liberté de sous-traiter en

liberté absolue ? Que l'on nous comprenne bien : que des communes dotées d'un service juridique soient en mesure de suivre la jurisprudence que ne manquera pas de susciter une telle expression, cela n'est pas douteux. Que, de proche en proche, ces mêmes communes achèvent d'en saisir les contours, c'est très probable. Mais les autres, et au premier chef, répétons-le, nos 20 000 clochers comptant moins de cinq agents, qu'en sauront-elles ? La réponse nous semble dans la question.

5. Les avenants, pour finir. Les articles 139 et 140 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics régissent désormais les modalités de modifications des marchés publics. Avec une célérité louable, Bercy y a consacré une fiche pratique (30 mars 2016). Qui ne suffira pas. Car tandis que l'article 20 du code des marchés publics de 2006 tenait en quatre lignes, ses successeurs prévoient six cas de modifications possibles dont la complexité semble érigée en système.

.S'y croisent en entrelacs cabalistiques les notions de « clause de réexamen », et autre« interopérabilité avec les équipements existants »... S'y ajoutent trois seuils de modifications du montant du marché (10%, 15% et 50%). Comprendre leur articulation est un défi aux migraineux. Last but not least, s'agissant toujours de l'article 139 précité, les « modifications substantielles » sont de celles, apprend-on, qui « si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue »...Comprenez qui pourra. Où l'on voit qu'une gigantesque explication de texte s'impose donc. L'Etat doit s'y consacrer sans mollir en dépêchant, sur les chemins vicinaux, ses missi dominici. À défaut, 20 000 communes demeureront ignorantes.

“ Tandis que l'article 20 du code des marchés publics de 2006 tenait en quatre lignes, ses successeurs prévoient six cas de modifications possibles dont la complexité semble érigée en système ”