

## ***L'OBJECTIF DE RATIONALISATION***

**701.** On ne peut pas sérieusement justifier l'extrême diversité de régime au sein des procédures de passation, des contentieux ou des normes techniques applicables, par la seule liberté contractuelle ou les contraintes de la vie économique. Elles fondent assurément une partie de la variété, des disparités des régimes, mais si elles l'expliquent, elles ne justifient pas l'éparpillement actuel. La source essentielle de ces complexités est à rechercher dans la manière désordonnée avec laquelle le droit de la commande publique a été formé. La rationalisation du droit applicable à ces contrats devient alors nécessaire. Elle peut prendre diverses formes

**702.** La première consiste en la reconnaissance de la commande publique comme matière englobante qu'il convient de mettre officiellement au-dessus des catégories existantes. Cette reconnaissance peut prendre la forme d'un Code de la commande publique qu'une partie de la doctrine, comme certains parlementaires et entrepreneurs appellent de leurs vœux depuis quelques mois<sup>1</sup>. Ce code devra contenir les principes qui gouvernent la commande publique (§ 1<sup>er</sup>)

**703.** La seconde consiste en la possibilité de développer un régime commun à tous les contrats visés. Biens des textes applicables à telle ou telle sous-catégorie comme les marchés publics et les délégations de service public pourraient sans doute être rattachés à la notion de commande publique. La situation en serait d'autant simplifiée que de ces qualifications communes pourrait sortir un régime partiellement commun. Il suffit de penser aux différentes procédures de publicité, à appliquer selon que l'on est dans le cadre d'un marché public ou de la loi Sapin, pour se convaincre de l'utilité de ces efforts de rationalisation (§ 2<sup>e</sup>).

### **§ 1<sup>er</sup> : Le développement de l'unité à travers la notion de commande publique**

**704.** L'unité de la commande publique suppose la reconnaissance d'une notion autonome à laquelle correspondra un régime spécifique. Cela passe par la reconnaissance non seulement de « principes de la commande publique », et par la garantie de leur effectivité, afin qu'ils puissent s'appliquer directement aux opérateurs et constituer un « droit positif » de la commande publique (A). Mais la grande évolution serait incontestablement la mise en place d'un Code éponyme (B).

---

<sup>1</sup> Il est notamment possible de faire référence au rapport à l'Assemblée nationale de M. Etienne BLANC, sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, rapport n° 1635, dont quelques développements sont consacrés à un code de la commande publique.

## A) Une unité de régime à travers les principes de la commande publique

705. Si l'on entend par « notion juridique » le binôme constitué, d'une part, d'une définition faite de critères permettant de circonscrire une série de faits ou d'actes juridique<sup>2</sup> et, d'autre part, un régime applicable à ces faits ou actes en considération de la qualification qu'on leur a donné, on pourrait objecter à notre proposition que la commande publique n'a pas de régime propre. On voudra démontrer le contraire. Si ceux-ci feront l'objet de développements plus nombreux par la suite<sup>3</sup>, il est possible de les aborder rapidement (1). On pourrait aussi prendre argument de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un « droit commun de la commande publique ». Mais les règles de « droit commun » reconnues ne semblent pas avoir la portée que le Conseil constitutionnel leur accorde tant leurs fondements paraissent contestables. (2).

### 1) Première approche des principes de la commande publique

706. Le Code des marchés publics reconnaît depuis 2001 une série de principes<sup>4</sup> et leur accorde une place symboliquement importante à son article 1<sup>er</sup>. Le Conseil constitutionnel est venu confirmer leur importance en les élevant au niveau constitutionnel<sup>5</sup> et en les étendant à un ensemble de contrats qu'il qualifie lui-même de « *Commande publique* ». Il semble, si l'on s'en réfère aux noms des principes reconnus, qu'il

<sup>2</sup> L. RICHER, « L'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA*, 1994, spécial, pp. 13-17, à la suite de sa définition de la « définition juridique » (*cf. supra*, note 103) précise qu'une définition doit présenter les trois caractères suivants : « *non-contradiction, univocité, caractère non tautologique* »

<sup>3</sup> Les « principes de la commande publique » font l'objet de l'ensemble du Titre 2 de la deuxième partie.

<sup>4</sup> L'article 1<sup>er</sup> du code a subi des modifications entre la version de 2001 et celle de 2004, mais les dispositions communes aux deux codes regroupent l'essentiel des principes en question : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Notons qu'une partie de ces principes étaient reconnus dans le Code précédent, *Cf. infra*

<sup>5</sup> Cette reconnaissance des principes issus du Code des marchés publics par le Conseil constitutionnel est tirée des décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002, rec. p. 198 et n° 2003-461 DC du 29 août 2002, rec. p. 204 ; *AJDA*, 2002, p. 1059, note J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU et surtout de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18<sup>e</sup> considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, par A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

estime que ces principes sont spécifiques à la matière – ce qui sera confirmé plus avant dans cette étude.

La reconnaissance de ces principes constitue une profonde évolution et donne toute sa valeur à la notion de commande publique, et cela pour deux raisons. Premièrement, les principes reconnus constituent, en eux-mêmes, un régime juridique d'ores et déjà applicable à la notion qui a été précédemment définie. Deuxièmement, les principes en question donnent un sens à l'évolution future de ces contrats en permettant, à terme, d'unifier une partie de leurs régimes autour de réponses communes correspondant à des obligations issues de principes communs. Ainsi, si comme on le verra les procédures de publicité font partie des obligations issues des principes, on peut penser qu'elles pourraient faire l'objet d'une procédure unique à tous les contrats de la commande publique.

707. La décision 2003-473 DC va plus loin encore en estimant que ces principes fondent d'ores et déjà un « *droit commun de la commande publique* », solution qui va dans notre sens, mais dont le support est constitué de règles dont on peut douter de la pertinence.

## 2) L'idée mal appliquée d'un « droit commun de la commande publique »

708. Bien que la solution du Conseil constitutionnel et les réserves d'interprétation qu'il pose dans sa décision 2003-473 DC aillent nettement dans le sens de la thèse ici défendue, il peut être permis de faire des « réserves doctrinales » sur ces « réserves d'interprétation ». Les professeurs Étienne FATÔME et Laurent RICHER sont d'ailleurs allés dans ce sens en émettant des doutes quant à la pertinence de la qualification de « *règles de droit commun* » de la commande publique ou de la domanialité publique de certaines dispositions<sup>6</sup>.

Le Conseil constitutionnel considère en effet deux règles différentes comme étant de *droit commun* de la commande publique et fait une réserve d'interprétation interdisant au législateur de revenir de façon trop généralisée sur celles-ci, en considérant que cela « *priverait de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes* » aux principes de la commande publique<sup>7</sup>. Ces deux règles ne nous semblent pas pouvoir être qualifiées de « droit commun » et obliger le législateur à les respecter comme découlant directement des principes.

709. La première « *impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services* ». On voit aisément le lien de cette « *règle de droit commun de la commande publique* » avec le principe d'égalité, l'interdiction de regrouper les missions de maîtrise

---

<sup>6</sup> E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354, spé. p. 2350 et s.

<sup>7</sup> Et plus précisément « *à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ».

d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre, issue de la loi MOP de 1985<sup>8</sup>, visant à protéger les petites et moyennes entreprises contre les grands groupes. Cependant, généraliser cette règle issue d'un texte ne s'appliquant qu'aux marchés publics au sens strict du terme, et pas à l'ensemble de la commande publique, est malvenu. En effet, d'une part la loi MOP ne vise que les « marchés publics de travaux » qui ne sont qu'une simple partie des marchés publics. D'autre part, la décision du Conseil constitutionnel revient à étendre cette règle d'exception à toute la commande publique. À l'opposé, certains contrats de la commande publique permettent, sans que l'on mette en avant un quelconque risque pour les petites entreprises, le cumul des deux fonctions : c'est le cas des ventes en l'état futur d'achèvement ou des baux emphytéotiques sur le domaine public, c'est aussi le cas des « marchés publics » au sens du droit communautaire, ce dernier ne connaissant pas la notion de maîtrise d'ouvrage. Si la règle de la séparation des fonctions est importante en droit des marchés publics internes, par opposition aux marchés issus du droit communautaire, il semble difficile, malgré son lien avec le principe d'égalité, d'en faire un « droit commun » de l'ensemble de la commande publique.

**710.** La deuxième règle de « droit commun » de la commande publique porte sur l'interdiction, « *en cas d'allotissement* », que des offres portant simultanément sur plusieurs lots « *fassent l'objet d'un jugement commun* ». On peut, *mutatis mutandis* appliquer le même raisonnement que pour la séparation des fonctions de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre à cette règle-ci. Le jugement par lot procède en effet, lui aussi, de la défense des petites et moyennes entreprises et il est, lui aussi, propre aux marchés publics au sens du Code des marchés publics. D'ailleurs, la règle est directement issue de l'article 10 al. 4 de ce Code, ce qui montre qu'elle se limite à son champ d'application<sup>9</sup>. Plus encore, l'article 10 a été modifié entre le Code de 2001 et celui de 2004 dans le sens d'une plus grande liberté en acceptant qu'au moment de la signature, un seul marché soit passé avec le titulaire de plusieurs lots<sup>10</sup> ; il s'agit là d'une simplification procédurale symbolique de la volonté de limiter, même pour les marchés du Code, les contraintes pesant sur le regroupement des lots<sup>11</sup>.

**711.** Par ailleurs, le Conseil constitutionnel reconnaît une autre règle de droit commun mais liée, semble-t-il, non pas à la commande publique mais à la domanialité publique : l'interdiction du « *recours au crédit-bail ou à l'option d'achat pour préfinancer un ouvrage*

<sup>8</sup> Et plus précisément de son article 7 alinéa 2 qui n'a pas été modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la 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.

<sup>9</sup> Art. 10 al. 4 : « *Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.* »

<sup>10</sup> Art. 10 al. 1<sup>er</sup>, Code des marchés publics de 2004 : « *Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marché regroupant tous ces lots.* »

<sup>11</sup> Notons toutefois que le nouvel alinéa 5 de cet article 10 a augmenté les contraintes en obligeant à séparer les lots de construction et d'entretien des immeubles. Cependant, cette contrainte n'est pas à proprement parlé destinée à développer une vision stricte de l'allotissement, elle a directement pour objectif d'interdire le développement des « marchés d'entreprise de travaux publics », et surtout, pour être précis, des « faux » METP. On peut d'ailleurs douter de la pertinence d'une règle aussi stricte puisqu'elle a conduit à développer les nombreuses formes de contrats de partenariat spécialisées ou généraux alors que des exceptions à cet article et dans la loi MOP auraient suffi à atteindre le même objectif.

*public* ». On ne peut ici aussi que regretter la contrainte que cette règle, fondée sur le seul Code du domaine de l'État, fait peser sur le législateur<sup>12</sup>.

**712.** Les règles de droit commun de la commande publique reconnues par le Conseil constitutionnel ne sont pas celles qui auraient dû l'être. L'idée qui sous-tend cette reconnaissance est de concrétiser les principes de la commande publique en en précisant les effets obligatoires, c'est-à-dire en donnant des « exemples » des effets nécessaires des principes. On peut y voir un aspect positif malgré l'extension du contrôle du juge constitutionnel, mais le choix des règles a, en l'espèce, été trop été inspiré des moyens soulevés par les députés. Cela a conduit le Conseil à se fonder sur des règles propres aux marchés publics<sup>13</sup> en considérant que, comme les principes, elles s'étendaient à l'ensemble de la commande publique, ce qui est une erreur. Si effectivement, une partie des règles applicables aux marchés publics pourrait servir de base à un régime commun à l'ensemble de la commande publique<sup>14</sup>, on ne saurait estimer que ce régime commun se constituera des règles qui contraindraient le législateur comme découlant directement des principes. C'est oublier un peu vite que, même en dehors de la théorie pure, toutes les règles sont censées découler peu ou prou de ces principes ; c'est même le sens du contrôle de constitutionnalité. Mais cela ne fait en aucun cas un « droit commun » qui limite l'action du législateur ; il faut que le lien avec les principes soit indéfectible et pas seulement qu'il existe un lien.

**713.** Si certaines règles peuvent avoir ce rôle, elles doivent être bien plus circonscrites et constituer, avant leur reconnaissance, des règles à la fois nécessairement liées aux principes et appliquée généralement à tous les niveaux. Pour la commande publique, on ne saurait les tirer du Code des marchés publics ou de la loi MOP sans vérifier qu'elles s'appliquent aux autres contrats de la commande publique. On pourrait par exemple estimer que le « droit commun » de la commande publique comprend une obligation minimum de publicité<sup>15</sup>, mais il paraît inadapté de qualifier de droit commun les règles reconnues dans la décision 2003-473 DC.

La mise en place d'un droit commun à la commande publique et la reconnaissance des principes de la commande publique passe vraisemblablement par la mise en place d'un véritable « Code de la commande publique ».

---

<sup>12</sup> On retrouve en effet cette règle à l'article 34-7 du Code du domaine de l'État, et encore est-elle limitée au seul crédit-bail. La seule différence entre le crédit-bail et la location avec option d'achat est que dans le second cas le transfert de propriété n'est pas automatique, ce qui constitue une différence peu importante, sauf pour la notion de maîtrise d'ouvrage qui se réfère au destinataire final de l'ouvrage qui doit en fixer les caractéristiques essentielles.

<sup>13</sup> Cf. A. MÉNÉMÉNIS, « La Constitution et les partenariats public-privé. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 », *Droit administratif*, octobre 2003, n° 191, p. 24-26. Cet auteur comprend, lui aussi, de cette façon les dispositions de la décision. Il écrit : « ce droit commun paraît devoir être constitué d'une large part des textes aujourd'hui applicables aux marchés publics ».

<sup>14</sup> Cf. *infra* § 2<sup>e</sup> pour des développements sur ces règles pouvant être regroupées.

<sup>15</sup> Cf. *infra* Titre 2<sup>e</sup>.

## ***B) Une unité par un code de la commande publique***

714. Comme le soulevait en 2001 la Commission supérieure de la codification<sup>16</sup>, la codification de la commande publique serait une grande réforme qui marquerait la reconnaissance de la notion en limitant les impacts que cela aurait sur l'impression d'instabilité de ce droit (1). Mais il faudrait pour cela que l'ensemble de ce droit soit effectivement codifié (2).

### **1) Accessibilité et intelligibilité contre naissance d'une matière : la tension de la codification**

715. La codification est avant tout une méthode. Elle correspond à un « *objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* » issu des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999<sup>17</sup>. Or il peut paraître bien contraire à cet objectif de vouloir mettre en place un nouveau Code alors que les collectivités locales et les entreprises ont été soumises à trois Codes des marchés publics différents en l'espace de 5 ans<sup>18</sup>, ce qui a, à chaque fois, porté atteinte à l'accessibilité et parfois à l'intelligibilité de ce texte. La contradiction est bien réelle mais la pousser trop avant serait méconnaître deux éléments : le premier est que ces différents codes n'ont jamais été des textes immuables, ils ont au contraire fait l'objet de modifications constantes<sup>19</sup> ; le second, plus important, est la modification du nom du code et, ce qui en découle, de son champ d'application. Comme dans d'autres matières, la mise en place d'un « *Code de la commande publique* » apparaîtra comme la naissance d'une matière<sup>20</sup>.

716. Bien que l'on puisse espérer un effort de stabilité dans l'évolution future des textes, la notion de commande publique est aussi faite pour permettre une évolution rationnelle tendant vers la simplification, c'est-à-dire un droit qui, au moins dans un premier temps, doit rester en mouvement<sup>21</sup>. Suivant en cela les réflexions menées par la

<sup>16</sup> Cf. 12<sup>e</sup> rapport relatif à l'année 2001.

<sup>17</sup> Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, rec. p. 136 ; *Dalloz*, 2000 p. 361, chron. B. MATHIEU ; *LPA*, 28 juillet 2000, p. 15, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *Droit administratif*, 2002 (4), pp. 6-14, note H. MOYSAN ; *AJDA* 2000, p. 31, note J.-E. SCHOETIL.

<sup>18</sup> Le Code de 1964 déjà modifié constamment jusqu'en 2001, le code de 2001 pour la période 2001-2004 et enfin le code de 2004 depuis.

<sup>19</sup> En témoigne le titre de l'article de CH. BRÉCHON-MOULÈNES, N. CHARREL et L. RICHER, « Une étape de la réforme permanente : le décret du 7 mars 2001 », *ACCP*, juin 2001, p. 7.

<sup>20</sup> En ce sens, C. LEPAGE, « Le Code de l'environnement : Acte de naissance officiel du droit de l'environnement ? », *Gaz. Pal.*, 1996, n° 66 doctr. p. 215. C'est aussi le sens qui est donné par la Commission européenne aux « codifications » (le mot est employé) des directives communautaires, Cf. A. MATTERA, « Vers un code européen des marchés publics », *RDUE*, 2000, p. 523.

<sup>21</sup> F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *RDP*, novembre 2003, n° 6, pp. 1529-1533, spé. p. 1531 montre que la simplification par un renforcement de la cohérence ne signifie pas forcément une simplification par la qualité d'écriture du droit ni par la quantité. Cette limite

Commission supérieure de la codification<sup>22</sup>, un code dont les numéros d'articles suivraient un plan réfléchi pour l'évolution de la matière semble le plus adapté, même si le modèle du Code civil fait préférer au juriste les articles qui se suivent dans l'ordre numérique<sup>23</sup>. On peut d'ailleurs regretter que les derniers Code des marchés publics n'aient pas été faits sur le modèle du Code général des collectivités territoriales ou du Code de justice administrative en considération du caractère mouvant du droit des marchés publics, caractère que l'on pouvait constater bien avant 2001. La raison en est vraisemblablement qu'il s'agit d'un Code qui émane de la *Direction des affaires juridiques* du Ministère de l'économie et des finances et non de la Commission supérieure de la codification, même s'il faut remarquer l'avantage que cela a eu de ne pas être une codification « à droit constant » comme le sont normalement celles de la Commission en question<sup>24</sup>.

717. Il faut toutefois minimiser ces changements de code, lorsqu'ils ne se doublent pas d'une modification de fond. Les nombreuses différences entre les Codes de 2001 et 2004 ne sont, à bien y regarder, pas plus importantes que celles qu'a subies le Code de 1964 à plusieurs reprises, notamment à la suite du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 *portant simplification du Code des marchés publics*. En somme, si les différents codes des marchés publics et leurs modifications ont été des réformes constantes, on ne saurait les comparer avec la réforme essentielle que constituerait un « code de la commande publique » qui s'apparenterait plus à la naissance d'une matière qu'à une simple évolution. On remarquera d'ailleurs que la « matière » des marchés publics est née de la même manière avec le Code en 1964. À cette considération, il faut ajouter que le droit des marchés publics peut, dans un premier temps, être inséré « à droit constant » dans un Code de la commande publique, ce qui limiterait au moins l'atteinte à l'intelligibilité de la réforme et évacuerait presque la question de son accessibilité.

---

ne porte pourtant pas d'atteinte importante aux avantages de la codification présentés par R. SCHWARTZ, « L'éloge de la codification », *Droit administratif*, décembre 2002, pp. 11-13.

<sup>22</sup> Cf. les nombreux articles du président de la Commission supérieure de la codification : G. BRAIBANT, « La nouvelle codification », *La vie judiciaire*, 1993, n° 2484 p. 2 ; « Les problèmes actuels de la codification française », *RFDA*, juillet 1994, pp. 663-667 ; article "Codification" », *Encyclopédie Universalis*, 1996 ; « Rapport d'activité 1993 de la Commission Supérieure de la Codification (extraits) », *RFDA*, juillet 1994, pp. 686-689

<sup>23</sup> La numérotation du Code civil est appelée « numérotation continue », cf. PH. REIGNÉ *et alii*, *La numérotation dans la codification*, Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris 2 – CNRS, 1999. Ce rapport de synthèse montre l'intérêt de ce qu'il appelle la « numérotation indiciaire » (numérotation discontinue en fonction d'un plan préétabli) pour la codification des matières à la fois législatives et réglementaires, comme la commande publique.

<sup>24</sup> Pour une analyse des codifications de la Commission supérieure de la codification, dites *codifications administratives*, avec leurs limites – droit constant, absence de grande réforme – et leurs avantages – éviter les blocages durant la phase législative, cf. CH. ETTORI, « Les codifications administratives », *EDCE*, 1956, p. 41 à 47. Pour une vision plus extérieure, voir B. G. MATTARELLA, « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », *RFDA*, juillet 1994, pp. 668-685. Pour une analyse plus spécifique à notre matière, cf. aussi M. GUIBAL, « À propos de la codification administrative », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 1995, n° 3 p. 1 ; et du même auteur, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA*, 20 juillet 1994, Spécial p. 6

Mais pour que les bénéfices de la Codification en terme de cohérence et de rationalisation soient réels, il faut que celle-ci comprenne effectivement toutes les règles de cette matière.

## 2) La nécessité d'une codification complète

718. Les débats qui ont eu lieu à l'occasion de la recodification du Code de commerce ont montré l'une des grandes limites de la codification : elle perd une grande partie de son intérêt – et notamment son objectif d'accessibilité au droit – dès lors qu'elle est incomplète<sup>25</sup>. La question doit être soulevée de la même manière pour le Code de la commande publique qui ne doit oublier aucune disposition « extérieure » au Code des marchés publics, ni celles d'origine interne (a), ni celles transposant des dispositions communautaires (b), ni enfin les textes s'appliquant qu'à certains contrats de la commande publique (c).

### a) *L'intégration des textes internes sur les différents contrats de la commande publique*

719. Pour ce qui est des textes propres au droit français, ce nouveau code de la commande publique devra nécessairement englober le Code des marchés publics qui disparaîtra formellement. Cela ne pose pas spécialement de problème au fond dans la mesure où cette modification peut se faire à droit constant, ce qui a pour seul défaut de modifier, une nouvelle fois, les numéros d'articles. Le véritable problème vient de la nature réglementaire du Code des marchés publics qui le place logiquement dans la seconde partie d'un Code moderne<sup>26</sup>. Cette situation, due à une habilitation législative<sup>27</sup>, doit pouvoir à moyen terme se résoudre en rendant à ces articles la valeur législative qu'ils devraient avoir. On est bien conscient des problèmes de perte d'influence que cela signifie pour le ministère de l'économie et des finances, ainsi que des difficultés que cela pose pour l'adoption du texte par le Parlement où il sera vraisemblablement beaucoup discuté, mais cette dernière considération doit aussi laisser penser que le texte sera amélioré par le travail parlementaire.

---

<sup>25</sup> L'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, *Relative à la partie législative du Code de commerce* (ratifiée par l'article 50-I de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003) a été critiquée sur le fondement de son périmètre qui n'englobait pas l'ensemble du droit « commercial » ou « des affaires » Cf. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le nouveau code de commerce ? une mystification », *Dalloz*, 2001, chr. pp. 361-369. Le « code privé » intitulé « Code de commerce » de l'éditeur *Lexis-Nexis*, ed. 2004, contient d'ailleurs des « annexes » au nouveau code de commerce une fois et demi plus importantes en volume que le Code lui-même. La question peut aussi être soulevée par le Nouveau Code pénal qui ne contient pas, loin s'en faut, l'ensemble des dispositions pénales du droit français.

<sup>26</sup> Chaque article se voyant attribuer la lettre R.

<sup>27</sup> Cf. *supra*

**720.** Les délégations de services publics devront aussi être incluses dans ce texte. La question est plus délicate car la loi Sapin<sup>28</sup> a déjà été codifiée, pour les contrats des collectivités territoriales, aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. La technique des dépendances entre codes qui existe déjà peut permettre de lier les dispositions d'un code à celles d'un autre, permettant ainsi que la modification de l'un modifie l'autre sans qu'il soit besoin de le faire formellement. Pour une plus grande cohérence de la commande publique, il semble que le CGCT devrait être le code « suiveur ».

**721.** Enfin, les ordonnances sur les contrats globaux, et spécialement sur les Contrats de partenariat, doivent aussi faire partie de ce Code. Selon sa procédure d'adoption, peut-être sera-t-il possible de rationaliser les différents textes dont les dispositions sont parfois inutilement divergentes, en prenant pour fondement les dispositions de l'ordonnance sur les Contrats de partenariat<sup>29</sup>. On remarquera ici aussi la possibilité de réunifier les dispositions applicables à l'État et celles applicables aux collectivités territoriales qui sont distinguées, *ab initio*, dans l'ordonnance. Les secondes étant intégrées aux articles L. 1414-1 et suivants du CGCT.

À ces textes importants et qui ont, ou devraient avoir une nature législative, il faut bien entendu ajouter les textes réglementaires d'application qui les précisent. On pense aux nombreux décrets et arrêtés d'application du Code des marchés publics<sup>30</sup> mais aussi aux décrets pris en application de la loi Sapin<sup>31</sup> ou de l'ordonnance sur les contrats de partenariat<sup>32</sup>.

**722.** La question d'autres dispositions qui concernent des contrats pouvant être inclus dans la commande publique sans y être toujours est plus délicate. Il en est ainsi par exemple des dispositions du Code du domaine de l'État<sup>33</sup> qui sont à l'origine des baux emphytéotiques sur le domaine public dont on sait qu'ils sont aussi, pour les commanditaires, une manière de se procurer un ouvrage. Il en est de même des dispositions du Code de l'urbanisme qui concernent les conventions d'aménagement qui

<sup>28</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, modifiée de nombreuses fois.

<sup>29</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

<sup>30</sup> Par exemple le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004, *Pris en application du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense* ou le décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001, *Relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics* pris en application de l'article 131 du Code des marchés publics de 2001, inchangé en 2004.

<sup>31</sup> Par exemple le décret n° 93-584 du 26 mars 1993, *Relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993...* parfois appelé le « petit code des marchés publics ».

<sup>32</sup> Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4 & décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, qui est venu mettre en place un « organisme expert ».

<sup>33</sup> Ou du futur « Code des propriétés publiques » que M. QUERRIEN appelle de ses vœux en conclusion au rapport de juin 2001 qui lui avait été demandé à ce sujet. Pour l'État, il s'agit aujourd'hui de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État qui permet la constitution de droits réels sur le domaine public. Pour les collectivités locales, les dispositions sur les baux emphytéotiques sur le domaine publics, issus de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, *d'amélioration de la décentralisation*, art. 13-II, ont été codifiées à l'article L. 1311-2 du CGCT

sont aussi, parfois, des contrats de la commande publique. Ces dispositions n'étant que partiellement des textes de la commande publique, la solution dans ce cas est vraisemblablement un renvoi au Code du domaine de l'État ou de l'urbanisme.

723. En revanche, bien que plus ponctuelles, les dispositions organisant la passation des contrats de certaines entités précises doivent être incluses dans le Code de la commande publique, les Codes dans lesquelles elles sont actuellement devant devenir le Code « suiveur ». Il en est ainsi des marchés des établissements publics de santé que l'article L. 6141-7 du Code de la santé publique<sup>34</sup> soumet à un Code des marchés publics modifié<sup>35</sup>, ainsi que des sociétés privées gérant un régime obligatoire de sécurité sociale telles que définies à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale<sup>36</sup>, ou encore des organismes privés d'HLM ou les SEM exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux que le Code de la construction et de l'habitation soumet à un compendium particulier du Code des marchés publics<sup>37</sup>.

### ***b) L'intégration des textes spécifiques de transposition des directives « marchés publics »***

724. La transposition des directives communautaires a conduit le droit français, pour respecter le champ d'application de son Code des marchés publics, à prendre des textes – législatifs ceux-ci – transposant les directives « marchés publics » au-delà du champ d'application de ce Code. Ils devront naturellement être intégrés dans le Code de la commande publique. C'est le cas en premier lieu de la loi du 3 janvier 1991 qui

---

<sup>34</sup> Les établissements publics de santé sont définis à l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique

<sup>35</sup> Art. L. 6141-7 al. 2 CSP : « *Les dispositions du Code des marchés publics relatives à la passation des marchés sont adaptées, par voie réglementaire, aux conditions particulières de leurs gestion* ».

<sup>36</sup> Art. L. 124-4 du Code de la sécurité sociale (qui définit exactement les personnes qu'il vise), précisé par un arrêté du 31 janvier 2002, *Portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale*, J.O. 22 février 2002 qui adapte les dispositions sur les marchés de l'État à ces organismes (ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale régis par le Code rural). Notons qu'une lettre du 19 avril 2004 du Ministère de la santé et de la protection sociale et du ministère de la famille et de l'enfance précise les dispositions transitoires afin d'adapter les procédures de passation au Code des marchés publics de 2004.

<sup>37</sup> Il s'agit, pour les organismes privés d'HLM de l'article L. 433-1 du CCH pour le principe et des articles réglementaires correspondants pour une référence aux marchés des collectivités locales (référence qui correspond à l'ancien Code des marchés publics de 1964). Pour ce qui concerne les SEM de logements sociaux, l'article L. 481-4 du CCH pose lui aussi le principe de l'application de Code des marchés publics de façon adaptée. Ces deux articles sont issus de la loi Sapin, et notamment de ses articles 48-II et 48-III.

concerne les secteurs classiques<sup>38</sup> et de la loi du 11 décembre 1992 qui concerne les secteurs spéciaux<sup>39</sup>. C'est aussi le cas, en second lieu, de leurs décrets d'application<sup>40</sup>.

Dans la mesure du possible, la « réunification » dans un même code des dispositions issues du droit communautaire pourra être la source de simplifications en développant des solutions communes quand cela est possible. On a pu remarquer que la transposition des directives dans le Code des marchés publics était en effet plus rapide que l'intégration des dispositions communautaires dans les textes en dehors du Code<sup>41</sup>.

### ***c) L'intégration des textes ponctuels précisant le régime de certains contrats de la commande publique***

**725.** Les textes précités, d'origine interne ou communautaire, ont pour objectif de préciser les définitions et les régimes des sous-catégories contractuelles de la commande publique. Mais il existe d'autres textes ponctuels qui viennent préciser le régime de plusieurs catégories de contrats sur tel ou tel point particulier. C'est le cas de la loi du 31 décembre 1975, *relative à la sous-traitance*<sup>42</sup> qui fixe les règles de sous-traitance non seulement des personnes privées mais aussi des personnes publiques ou des entreprises publiques<sup>43</sup>. C'est aussi le cas de la loi MOP du 12 juillet 1985<sup>44</sup> dont on a vu qu'elle était au cœur de nombre des spécificités internes du droit des marchés publics. On peut aussi comprendre dans ces textes ponctuels des textes relatifs aux intérêts moratoires<sup>45</sup> ou autres

<sup>38</sup> Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, *Relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, modifiées de nombreuses fois, notamment par l'article 49 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « Sapin », par la loi n° 95-127 du 8 février 1995, par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et par l'art. 8-1 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF

<sup>39</sup> Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*.

<sup>40</sup> Notamment les décrets n° 92-311 du 31 mars 1992, *Soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence* et n° 93-990 du 3 août 1993, *Relatif aux procédures de passation des contrats et marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, eux aussi de nombreuses fois modifiés.

<sup>41</sup> J.-F. SESTIER, « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584

<sup>42</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance*, modifiée notamment par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF, art. 6.

<sup>43</sup> Le Titre II de la loi prévoyant le paiement direct s'applique en effet au terme de l'article 4 de la loi « *aux marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics* ». Le sens de « marché » est ici celui de « contrat de la commande publique », et l'on remarquera l'utilisation des derniers termes qui signifient que non seulement les EPA et les EPIC sont visés (ces derniers n'étant pas soumis au Code des marchés publics, rappelons le) mais aussi les entreprises publiques prenant la forme de sociétés de droit privé. On retrouve ici le critère de « l'influence publique » qui sera retenu plus tard par le droit communautaire.

<sup>44</sup> 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*.

<sup>45</sup> La loi n° 94-679 du 8 août 1994, *Portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, dont l'article 67 prévoit que les renonciations contractuelles aux intérêts moratoires sont réputées non écrites. Notons que l'article 96 du Code des marchés publics prévoit : « *Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.* »

dispositions de paiement<sup>46</sup>, aux avenants<sup>47</sup>, à la lutte contre le travail illégal<sup>48</sup>, aux obligations de décoration des constructions publiques<sup>49</sup>, à la fin des contrats de travaux<sup>50</sup> ou à la dématérialisation des procédures<sup>51</sup>.

Ces dispositions sont très disparates et leurs différentes sources ne facilitent pas la codification. Des efforts particuliers devront être portés sur le plan de l'ouvrage.

### 3) Les difficultés de plan d'un Code de la commande publique.

726. Le plan d'un code qui suit la « numérotation indiciaire » telle qu'elle existe dans le Code général des collectivités territoriales, le Code de la Santé publique ou le Code de justice administrative ne peut contenir que neuf Parties, elles-mêmes divisées en neuf Livres, chacun divisés en neuf Titres. Le choix d'un plan à quatre niveaux comme le CGCT ou le Code de la Santé publique ne semble pas adapté à la commande publique. Sur le plan de l'organisation de ces Parties, il paraît intéressant de rechercher la cohérence et les similitudes avec les autres codes afin d'améliorer l'accessibilité aux règles au sein même du code.

727. La première Partie pourrait ainsi comprendre les « dispositions générales », et notamment la définition de la commande publique et les principes qui lui sont applicables. À cela on peut ajouter un ou plusieurs Titres qui seraient voués à être augmentés au cours des années et qui comprendraient un régime commun à tous les contrats en question<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *Relative aux nouvelles régulations économiques* prévoit un délai maximal de paiement qui remplace le délai auparavant fondé sur le mandatement, ce qui conduisait à opposer aux entreprises un délai interne aux personnes publiques. On peut voir dans l'article 96 commun aux Codes des marchés publics de 2001 et 2004 qui prévoit un délai de paiement de 45 jours, ainsi que le droit à des intérêts moratoires (*cf.* note ci-dessus) une application de cette loi.

<sup>47</sup> Article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, *Relative aux marchés publics et aux délégations de service publics*, qui prévoit un avis de la commission d'appel d'offre pour tous les avenants aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global de plus de 5%.

<sup>48</sup> Loi n° 97-210 du 11 mars 1997, *Relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal*, et son décret d'application n° 97-638 du 31 mai 1997. Le champ d'application de ce texte est spécialement adapté à la notion de commande publique puisqu'au terme de l'article 27 de la loi : « Ces dispositions s'appliquent à toutes personnes morale soumise pour la passation de ses contrats et marchés à des règles de publicité et de mise en concurrence ». Le texte de ce décret a d'ailleurs été repris quasiment à l'identique à l'article 43 du Code des marchés publics (article commun aux codes de 2001 et 2004).

<sup>49</sup> Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002, *Relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation*, et l'arrêté le précisant du 30 septembre 2003.

<sup>50</sup> Décret n° 66-665 du 31 août 1966, *Fixant des délais et des règles de procédure propres à accélérer les opérations de constatation, de liquidation et de règlement des travaux de construction effectués pour le compte de l'État, des collectivités et établissements publics et des organismes d'habitation à loyer modéré*.

<sup>51</sup> Décrets n° 2001-846 du 18 septembre 2001, *Pris pour l'application du 3° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques*, et n° 2002-692 du 30 avril 2002 *pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics*.

<sup>52</sup> Pour des exemples, *Cf. infra* paragraphe second suivant.