



PAR
RAPHAËL LEONETTI
GROUPE DROIT PUBLIC IMMOBILIER



L'ORDONNANCE N° 2015-899 DU 23 JUILLET 2015 RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS : ENTRE SIMPLIFICATION ET REFORGE DES PRATIQUES CONTRACTUELLES DES PERSONNES PUBLIQUES DANS LEURS OPÉRATIONS IMMOBILIÈRES

A la suite d'une consultation publique lancée par le gouvernement, l'ordonnance relative aux marchés publics datée du 23 juillet 2015 a été publiée au Journal Officiel du 24 juillet 2015 (p. 12602). Prise sur le fondement de l'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, elle transpose en droit français deux directives européennes du 26 février 2014 relatives aux marchés publics dites « secteurs classiques » et « secteurs spéciaux ».

La volonté affichée par le gouvernement est donc de « transposer les directives et simplifier l'architecture juridique existante » (Fiche d'impact, p. 7), afin notamment d'augmenter en ce domaine la compétitivité de notre système juridique.

Cette ambition est naturellement guidée par l'importance économique des contrats conclus. En effet, selon l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), la commande publique représentait en 2012 plus

de 74 milliards d'euros HT, auxquels il faut ajouter les 31 milliards d'euros que représente, selon la Mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP), le stock global des paiements publics au cours de la durée des partenariats publics-privés (PPP) conclus jusqu'à fin 2012.

“ La principale simplification est l'unification des réglementations. ”

de 74 milliards d'euros HT, auxquels il faut ajouter les 31 milliards d'euros que représente, selon la Mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP), le stock global des paiements publics au cours de la durée des partenariats publics-privés (PPP) conclus jusqu'à fin 2012.

La principale simplification est l'unification des réglementations. Le rapport au Président de la République indique que « L'objectif de la présente ordonnance est de rassembler, au sein d'un corpus unique, les règles régissant tous les contrats constituant des marchés publics au sens des directives européennes, tout en conservant des dispositions propres à chaque catégorie de contrats et en prenant en compte les spécificités de certains acheteurs, notamment dans le secteur des réseaux. Le même rapport indique ainsi qu'« Il est mis fin, en particulier, à la dichotomie entre les marchés relevant du code des marchés publics et ceux relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. », et le communiqué

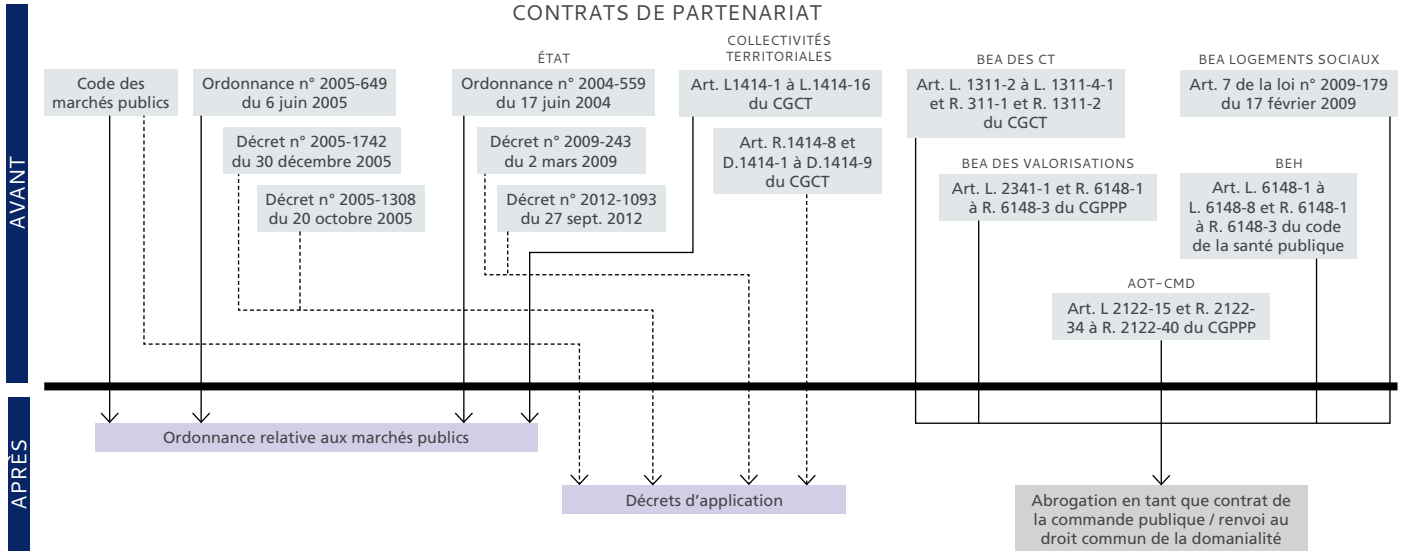
du Conseil des ministres précise que l'ordonnance « établit en outre un cadre juridique sécurisé pour le recours aux partenariats public-privé [...]. Elle procède ainsi à une unification et à une consolidation des différentes formules contractuelles existantes au profit d'une forme unique, générique et transversale : le contrat de partenariat rénové, dont la qualification juridique comme marché public est consacrée par un changement d'appellation en "marché de partenariat" ».

Un schéma fourni dans la fiche d'impact de l'ordonnance (p. 9) résume clairement la simplification réalisée par ce texte (voir p. 5)

Cette démarche simplificatrice redessine donc fortement le paysage des contrats de la commande publique et va particulièrement impacter à cet égard les pratiques des personnes publiques et autres acheteurs publics s'agissant des contrats dont l'objet principal est la réalisation de travaux, lesquels concernent la quasi-totalité des PPP et 40 % des marchés publics.

En effet, en dehors des modifications issues de la transposition de la directive 2014/24, dont les principaux traits ont été commentés dans ces colonnes (cf. Bulletin Cheuvreux n°77 de mai 2014 « Directives commande publique », notamment sur la coopération publique/publique, les critères en in house,

CONTRATS DE PARTENARIAT



ou encore le développement de la négociation), deux évolutions majeures vont sensiblement modifier les habitudes des personnes publiques :

- il s'agit d'abord de la nouvelle définition des marchés publics de travaux au sens du droit interne et de son annexion d'un certain nombre de contrats de travaux non soumis à 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, dite loi MOP (I) ;

- il s'agit ensuite du regroupement sous une même procédure de l'ensemble des montages complexes dits « aller-retour » ou PPP, et bouleversant le recours en la matière aux contrats d'occupation domaniaux (II).

1 – LA REDÉFINITION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Pour bien comprendre la portée de l'ordonnance, il est nécessaire de revenir sur l'état actuel du droit (A) avant de présenter les principaux traits de la réforme (B et C).

A. ÉTAT DU DROIT AVANT L'ORDONNANCE

Jusqu'à présent, la qualification des marchés publics de travaux en droit interne était liée à la maîtrise d'ouvrage publique. L'article 1^{er} du code des marchés public conditionne en effet cette qualification par l'exercice par le pouvoir adjudicateur de la maîtrise d'ouvrage des travaux. Il dispose ainsi que :

« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage ».

Cette condition n'offrait cependant aucun choix au pouvoir adjudicateur sur l'exercice des compétences de maître d'ouvrage puisque, parallèlement au code des marchés publics, l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 dite loi « MOP »¹ dispose que « Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

Pèse donc sur les personnes visées à l'article 1^{er} de la loi MOP, parmi lesquelles figurent

bien évidemment l'ensemble des personnes morales de droit public, une véritable obligation de maîtrise d'ouvrage dont le Conseil d'État a précisé les contours.

Il résulte en effet de la jurisprudence qui a interprétée ce texte² – et, donc, l'idée de travaux « pour » la personne publique –, à

l'occasion du recours à la vente en l'état futur d'achèvement (« VEFA ») par les personnes publiques, et plus particulièrement de l'avis rendu par le Conseil d'État le 31 janvier 1995, que les personnes entrant dans le champ d'application de la loi MOP ont l'obligation d'être

maître d'ouvrage uniquement si les quatre conditions ci-dessous sont cumulativement remplies :

- l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique ;
- l'immeuble doit être destiné à devenir sa propriété ;
- l'immeuble doit être entièrement destiné à devenir sa propriété ;
- l'immeuble a été conçu en fonction de ses besoins propres.

C'est une interprétation réaliste et pragmatique de l'article 2 de la loi MOP que le Conseil d'État a retenu en exigeant que les travaux ou immeubles deviennent immé-

1- 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.
2- CE, 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, Rec. p. 41 ; CE, avis, 31 janvier 1995, Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies, n°356.960, EDCE 1995 n°47, p.407 ; comm. E. Fatôme et P. Terneyre in Les grands avis du Conseil d'État, 3^e éd. 2008, n°26, p. 297. V. également, des mêmes auteurs, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux- Retour sur l'arrêt Jean Auroux », AJDA 2009, p. 1868.

diatement et entièrement la propriété de la personne publique pour qu'ils puissent être qualifiés de travaux « pour » la personne publique. Cette interprétation permet ainsi, de façon tout à fait logique, de ne pas imposer une obligation de maîtrise d'ouvrage aux personnes publiques qui ne deviennent propriétaires, au sein d'un ouvrage complexe, que d'une partie de travaux ou des constructions en cause.

Comme le notent les professeurs Étienne Fatôme et Philippe Terneyre dans leur commentaire de cet avis (Grands avis, 3^e éd. p. 315), l'objectif du Conseil d'État était de permettre aux personnes soumises à la loi MOP d'acquiescer en l'état futur d'achèvement des locaux qui, bien que « *répondant à des besoins architecturaux [...] très spécifiques* », font partie « *d'ensembles immobiliers complexes où se poseraient de redoutables problèmes techniques s'ils devaient être réalisés sous une double maîtrise d'ouvrage* ». Ainsi, la complexité et l'imbrication de l'opération justifie, dans la mesure où la personne publique ne récupérera qu'une partie des constructions, une maîtrise d'ouvrage privée unique.

Par exemple, dans le cas qui lui était soumis dans l'avis de 1995, le Conseil d'État a ainsi considéré que l'État n'avait pas l'obligation d'être maître d'ouvrage de la construction d'un commissariat de police « *dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires* ». Pour prendre un autre exemple, le juge administratif a admis l'acquisition en l'état futur d'achèvement par une collectivité publique d'un parc de stationnement public réalisé par un opérateur privé au sein d'un immeuble plus vaste³.

La pratique a donc largement utilisé cette solution pour des acquisitions en VEFA, par des personnes publiques, d'équipements imbriqués dans des ouvrages plus vastes. Étant ici rappelé que, dans l'hypothèse où la personne publique n'aurait pas à être maître d'ouvrage des travaux (en ce qu'elle ne deviendrait propriétaire, au sein d'un ouvrage complexe, que d'une partie des constructions en cause), toute qualification de marché public de travaux de l'opération envisagée doit être exclue dans le cadre de l'application du code des marchés publics en vigueur à ce jour

puisque, comme nous l'avons vu, l'article 1^{er} de ce code conditionne cette qualification à l'exercice par la personne publique des responsabilités de maître d'ouvrage. Cependant, en l'état actuel du droit, cette définition des marchés publics, au sens du droit interne, implique de jongler avec l'application des directives européennes sur les marchés publics dans la mesure où celles-ci ne retiennent pas cette condition de maîtrise d'ouvrage publique dans la définition qu'elles donnent des marchés publics de travaux. Autrement dit, une opération exclue du champ du code des marchés publics parce qu'elle serait réalisée sous maîtrise d'ouvrage privée peut néanmoins être qualifiée de marché public de travaux au sens du droit de l'Union européenne et doit, si le montant des travaux en cause dépasse les seuils d'application des directives (soit 5 186 000 € HT), respecter les procédures formalisées de passation du contrat en cause imposées par le droit communautaire.

Certes, depuis la jurisprudence « *Telaustria* » de la Cour de Justice⁴, on sait que si les règles des directives « marchés publics » ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas les seuils communautaires, ces marchés ne sont pas pour autant exclus du champ d'application du droit de l'Union européenne puisque la passation de ceux-ci est néanmoins tenue de respecter les règles fondamentales du Traité, et notamment le principe de non-discrimination duquel découle une obligation de transparence. Plus précisément, cette obligation de transparence implique alors un degré de publicité adéquate et une impartialité des procédures. Toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'application des principes généraux du Traité aux procédures de passation des marchés publics d'une valeur inférieure au seuil présuppose que lesdits marchés présentent un intérêt transfrontalier certain⁵. La communication interprétative de la Commission 2006/C 179/02 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises aux directives « marchés publics » prévoit à cet égard que l'exis-

tence d'un intérêt transfrontalier certain doit être fondée sur « *une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.), ainsi que du lieu géographique de l'exécution du marché* »⁶.

En somme, à l'heure actuelle et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il convient d'avoir deux niveaux d'analyse et de se demander :

- dans un premier temps si le contrat en cause est susceptible d'être qualifié de mar-

“

En l'état actuel du droit, cette définition des marchés publics au sens du droit interne implique de jongler avec l'application des directives européennes.

”

ché public de travaux au sens du Code des marchés publics (application dudit code), en vérifiant à cet égard si la personne publique a l'obligation des maîtres d'ouvrage des travaux en cause ;

- puis, dans un second temps, dans l'hypothèse où tel ne serait

pas le cas, si le contrat en cause peut être qualifié de marché public de travaux au sens du droit communautaire (application des directives), ce qui impliquera de respecter une procédure formalisée au-dessus du seuil de 5 186 000 € HT.

Si l'opération n'entre dans aucun de ces champs et que l'opération ne présente pas d'intérêt transfrontalier, la pratique considèrerait jusqu'à ce jour que les personnes publiques étaient libres de conclure de gré à gré avec le constructeur, tout en lui imposant certaines spécifications propres à répondre à ses besoins⁷.

C'est ce que la pratique a souvent considéré pour la réalisation de petits équipements publics imbriqués – en pied d'immeuble par exemple – dans une construction plus vaste d'initiative privée – et ce d'autant plus lorsque l'acquisition est le fait d'un concessionnaire d'aménagement qui avait lui-même déjà été soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Et c'est cette pratique qui est aujourd'hui remise en cause par la redéfinition de la notion de marché public de travaux.

3- CAA, Bordeaux, 19 mars 2002, Cté urbaine de bordeaux, DA 2002, n°124.

4- CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98.

5- La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a pu mettre en avant certains critères permettant de révéler l'existence d'un tel intérêt. Dans l'arrêt SECAP SpA du 15 mai 2008 (aff. C-147/06), la Cour indique : « *De tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause. Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'États membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain.* »

6- Divers paramètres peuvent donc être considérés pour déterminer un tel intérêt :

- La valeur estimée du marché public : il s'agit notamment de l'importance économique du contrat dont la conclusion est projetée.

- La technicité : une technicité élevée suppose certes moins d'opérateurs mais implique un marché géographiquement plus large dans la mesure où les opérateurs potentiellement intéressés sont davantage disséminés.

- La localisation des travaux : les zones frontalières coïncident plus facilement avec l'existence d'un intérêt transfrontalier.

7- Sous réserve des principes généraux de la commande publique protégés par le droit interne : v. infra. sur la proposition relative à l'écriture du futur décret d'application de l'ordonnance.

B. ÉTAT DU DROIT À COMPTER DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ORDONNANCE

L'ordonnance du 23 juillet 2015 introduit une modification fondamentale de notre ordonnancement juridique en alignant la définition interne des marchés publics de travaux sur la définition communautaire.

Désormais, la maîtrise d'ouvrage publique n'est plus une condition de la qualification de marché public de travaux au sens du droit interne.

L'article 5 de ladite ordonnance dispose que : « I. - Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;
2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

Partant, pour qu'il y ait marché public de travaux en droit interne selon l'ordonnance, le contrat doit répondre aux trois conditions cumulatives suivantes :

- le contrat doit être conclu à titre onéreux entre un acheteur et un opérateur économique public ou privé ;
- le contrat doit avoir pour objet l'exécution de travaux répondant aux besoins précisés par l'acheteur ;
- l'ouvrage doit répondre aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception⁸ (l'ordonnance suit en cela la définition de la directive 2014/24 et la jurisprudence de la CJUE qui considère que « Pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci »⁹).

L'abandon de la référence à la maîtrise d'ouvrage publique, qui n'est pas sans soulever certaines critiques¹⁰, est la principale

modification du champ d'application des procédures formalisées définies par le droit interne, en application des directives au-dessus du seuil de 5 186 000 €, et de façon autonome en dessous de ce seuil.

Cet abandon appelle trois observations.

1° Il convient d'abord d'attirer l'attention sur le fait que le retrait de la condition de maîtrise d'ouvrage dans la définition des marchés publics de travaux n'a aucun effet sur l'application de la loi MOP. L'obligation de maîtrise d'ouvrage qu'elle pose et qui a été interprétée par le Conseil d'État, dans les termes que nous avons vus (cf. supra), ne change pas. Et les prestations de travaux pour lesquels les personnes publiques seront maître d'ouvrage seront toujours dans le champ des marchés publics de travaux dès lors que, si la personne publique à une telle obligation de maîtrise d'ouvrage, c'est parce que les travaux en cause sont réalisés « pour » elle et qu'elle aura à leur égard une influence déterminante.

2° En cas de maîtrise d'ouvrage publique, le droit interne des marchés publics s'applique donc toujours, mais il faut ensuite noter qu'il s'applique désormais également aux hypothèses dans lesquelles la personne publique n'a pas l'obligation d'être maître d'ouvrage et même lorsque l'opération se situe en dessous des seuils communautaires (5 186 000 € HT).

Comme nous l'avons vu, les opérations d'acquisition en VEFA de volumes imbriqués dans un ensemble immobilier complexe plus large (nous avons pris l'exemple de l'acquisition en VEFA d'une crèche en pied d'immeuble) ont été, de manière pragmatique dans son avis de 1995, exclues par le Conseil d'État du champ de la loi MOP et ce, quand bien même des spécifications techniques étaient imposées par la personne publique dans le cadre de cette acquisition (v. supra)¹¹. Aussi,

du fait de l'absence de maîtrise d'ouvrage publique, ces opérations étaient exclues du champ des marchés publics de travaux au sens du droit interne. Elles pouvaient toutefois être soumises aux procédures de passation prévues par les directives communautaires lorsque l'opération était qualifiée de marché public de travaux au sens des directives et que le montant des travaux dépassait le seuil de 5 186 000 € HT, ou au principe de transparence lorsqu'elles présentaient un intérêt transfrontalier.

Désormais, de telles opérations entreront dans le champ des marchés publics de travaux au sens de l'article 5 de l'ordonnance (du fait de la suppression de la condition de maîtrise d'ouvrage publique) et devraient, a priori, être soumises pour leur conclusion au respect des procédures de publicité et de mise en concurrence imposées par le droit interne même en-dessous du seuil de 5 186 000 € HT (marchés à publicités et procédures adaptées).

Cette conséquence nous semble regrettable. Comment procéder à la mise en concurrence d'un opérateur qui a pris l'initiative de la réalisation d'un immeuble dont la personne publique ne souhaite acquérir, en VEFA, par exemple pour y installer une crèche, qu'un local imbriqué dans un bâtiment plus vaste ? Faudrait-il lancer un appel au marché pour identifier d'éventuels autres projets de construction, dans le même secteur, susceptible d'accueillir ladite crèche ? Cela risque certainement d'empêcher la personne publique de saisir l'opportunité qui s'offrait à elle, du fait de la lourdeur de la procédure qu'elle devra mettre en œuvre.

3° Enfin, de façon plus prospective, pour que les personnes publiques puissent continuer à acquérir de tels équipements imbriqués, nous ne voyons qu'une seule solution qui consisterait à ce que le pouvoir réglementaire ajoute dans le décret d'application de l'ordonnance une possibilité de marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour ce type d'acquisition dans des ouvrages complexes, dès lors bien entendu que le montant de la VEFA serait inférieur aux seuils d'application des directives – puisqu'elles ne prévoient pas

“
L'abandon de la référence à la maîtrise d'ouvrage publique est la principale modification du champ d'application.
”

“
Le pouvoir réglementaire ajoute dans le décret d'application de l'ordonnance une possibilité de marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour ce type d'acquisition dans des ouvrages complexes.
”

8- Notons à titre subsidiaire que la définition des marchés publics donnée par l'ordonnance fait référence à la notion d'acheteur et non plus à celle de pouvoir adjudicateur. Bien que majoritairement remplacée par celle d'acheteur, la notion de pouvoir adjudicateur n'a pourtant pas totalement disparue de l'ordonnance.

9- CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08.

10- Cf. E. Fatôme et L. Richer, « Faut-il supprimer la référence à la maîtrise d'ouvrage dans la définition du marché public de travaux », CP-ACCP, 2005, p. 63.

11- CE, avis, 31 janvier 1995 : « il en va ainsi alors même que l'État demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières relatives aux besoins de ses services de police ».

une telle dérogation – et que cette dérogation soit justifiée par des raisons techniques ou économiques par exemple, afin d’assurer une certaine compatibilité de cette dérogation avec les principes fondamentaux de la commande publique. D’où l’importance de la concertation qui sera lancée à l’automne prochain sur le décret d’application de l’ordonnance du 23 juillet 2015.

C. QUELQUES POINTS FORTS DE L’ORDONNANCE

Outre la véritable simplification qu’apporte l’ordonnance, notamment en supprimant la dichotomie entre les marchés soumis au code des marchés publics et ceux soumis à l’ordonnance du 6 juin 2005, ou encore la généralisation de l’évaluation préalable (art. 40), on peut saluer la clarification apportée sur les contrats à double objet et l’obligation de respecter l’ordonnance uniquement lorsque, en présence d’un tel contrat, l’objet principal relève du champ de la commande publique¹².

On sait que la CJUE avait déjà apporté une solution à cette question en jugeant notamment que « dans le cas d’un contrat mixte [...] dont les différents volets sont liés d’une manière inséparable et forment ainsi un tout indivisible, l’opération en cause doit être examinée dans son ensemble de manière unitaire aux fins de sa qualification juridique et doit être appréciée sur la base des règles qui régissent le volet qui constitue l’objet principal ou l’élément prépondérant du contrat. [...] » « Cette conclusion est valable indépendamment de la question de savoir si le volet constituant l’objet principal d’un contrat mixte relève ou non du champ d’application des directives en matière de marchés publics. Par conséquent, il convient d’examiner si le contrat mixte en cause au principal constitue un tout indivisible et, le cas échéant, s’il relève dans son ensemble, en raison de son objet principal, de l’une des directives visées à l’article 1^{er} de la directive 89/665, qui régissent les marchés publics »¹³.

C’est ce que confirme désormais la directive 2014/24 (article 3 § 6), et l’ordonnance du 23 juillet 2015 dont l’article 22-I dispose que « Les acheteurs peuvent décider de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n’en relèvent pas, à condition que ce choix n’ait pas été

effectué dans le but de soustraire ce contrat du champ d’application de la présente ordonnance. Les dispositions de l’article 23 leur sont alors applicables. » Et l’article 23-I dispose que « Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n’en relèvent pas, la présente ordonnance n’est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent l’objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu’il n’est pas possible de déterminer l’objet principal du contrat, la présente ordonnance s’applique. »

Cette clarification est très importante car, dans de nombreuses hypothèses aujourd’hui, la personne publique est amenée à passer un contrat ne relevant pas de la commande publique mais à demander à son cocontractant, à titre accessoire, certaines prestations indivisibles de la prestation principale et qui pourraient, si elles étaient analysées isolément, relever de la commande publique. Il s’agit par exemple de contrats d’acquisition d’immeubles à construire, exclus du champ de la commande publique (cf. art. 10 de la directive 2014/24 ; art. 3.3° du code des marchés publics) lorsque la personne publique ne fait que saisir l’opportunité d’acheter un immeuble dont elle n’a pas eu l’initiative de la construction et qui est donc proposé au marché¹⁴, contrats à l’occasion desquels les personnes publiques peuvent parfois demander des travaux d’aménagement indissociables de la réalisation de l’ouvrage lui-même¹⁵.

2 – LA CRÉATION DES MARCHÉS DE PARTENARIAT

Parmi les contrats dont l’objet est à la fois immobilier et de travaux, mais dont l’objet principal relève assurément de la commande publique, figurent à l’heure actuelle les différents types de partenariats publics-privés, assis sur un contrat d’occupation domaniale, qui ont été imaginés pour faire préfinancer et réaliser un équipement public sous maîtrise d’ouvrage privée, en permettant à la personne publique de payer la réalisation en cause de façon différée dans le cadre de loyers d’occupation.

Ces contrats sont aujourd’hui regroupés au

sein des « marchés de partenariats », qualifiés par l’ordonnance de marchés publics, mais dont le régime comporte un certain nombre de spécificités nécessaires pour permettre le « partenariat public-privé ». Là encore, pour prendre toute la mesure de cette réforme (B et C), il convient de revenir sur l’état du droit positif à ce jour (A).

A. ÉTAT DU DROIT AVANT L’ORDONNANCE

C’est à cette fin que, en 2004, le gouvernement-législateur a décidé de créer les contrats de partenariat pour donner un cadre juridique à la pratique des montages contractuels dits « complexes », que l’on peut également qualifier de montages « aller-retour », par lesquels les personnes publiques mettent à la disposition d’un opérateur des biens leur appartenant, à charge pour ce dernier d’assurer une prestation globale de travaux (financement, conception, réalisation, maintenance), puis la mise à disposition de la personne publique en « retour » de l’ouvrage réalisé dans le cadre d’une convention de location non détachable du contrat de tête.

Eu égard aux spécificités de cet outil contractuel et aux dérogations au droit commun de la commande publique et de la domanialité publique qu’il comporte (maîtrise d’ouvrage privé, prestation globale de conception-réalisation-maintenance/entretien, attribution de droits réels et possibilité de valorisation du domaine, paiement différé), l’ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 encadre strictement les possibilités d’y recourir. En effet, dans sa décision n°2003-476 DC du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel avait admis la validité juridique du dispositif sous la réserve que leur utilisation ne soit pas généralisée mais uniquement réservée à des situations répondant à des motifs d’intérêt général. En particulier, le Conseil constitutionnel avait estimé que la « généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l’égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics », obligeant le législateur à « réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d’intérêt général tels que l’urgence qui s’attache, en raison de circonstances particulières ou

12- Sur cette question, v. : E. Fatôme et P. Terneyre « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux » AJDA 2009. 1868. V. également : E. Fatôme et L. Richer, « Contrats à objets immobiliers et de travaux : le critère de l’objet principal, critère second », AJDA 2015, p. 1577.

13- CJCE 6 mai 2010 Club Hôtel Loutraki AE, affaires jointes C-145/08 et C-149/08.

14- Sous réserve de l’application de la jurisprudence Telaustria (v. supra) lorsque la construction ne peut pas être considérée comme entamée au sens de l’arrêt « Cne di bari » (CJUE, 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti & C.Spa d/ Commune de Bari - aff. C-213/13). Nous renvoyons sur cette question très complexe à l’article déjà cité des professeurs Étienne Fatôme et Laurent Richer, « Contrats à objets immobiliers et de travaux : le critère de l’objet principal, critère second », spéc. pp. 1580 et 1581. L’ensemble de ce sujet sera également traité lors de la Conférence-débats annuelle de Cheuvreux Notaires qui se tiendra le 20 novembre prochain au Centre de conférence Étoile St Honoré.

15- Cf. sur l’ensemble de cette question et des exemples de contrats : E. Fatôme et L. Richer, « Contrats à objets immobiliers et de travaux : le critère de l’objet principal, critère second », loc. cit., p. 1581.

16- Étienne Fatôme et Laurent Richer, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique », AJDA 2003, pp. 2348-2354.

locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

Mais, malgré la création de ce nouveau contrat, les collectivités publiques ont continué à utiliser les montages contractuels inventés par la pratique pour obtenir de telles prestations. Ces montages consistent à conclure des contrats d'occupation domaniaux (principalement des baux emphytéotiques administratifs (« BEA ») et autorisations d'occupation temporaires du domaine public (« AOT ») constitutives de droits réels comme support d'une opération aux termes de laquelle le partenaire de la collectivité finance et réalise sous sa maîtrise d'ouvrage privée un ouvrage destiné à être occupé par la personne publique.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de valider le recours à de tels montages aller-retour, notamment dans l'arrêt « SOFAP MARIIGNAN Immobilier »¹⁷ s'agissant des BEA et dans l'avis précité du 31 janvier 1995 s'agissant des AOT constitutives de droits réels. En effet, outre que ces contrats s'inscrivent dans un cadre législatif autorisant ce type de mise à disposition au profit du maître du domaine, le commissaire du gouvernement sur l'affaire SOFAP Marnigan notait que la collectivité publique ne sera pas propriétaire de l'ouvrage pendant toute la durée du contrat (en l'espèce 65 ans) et qu'elle n'assurera aucune responsabilité de maître d'ouvrage¹⁸. Le Conseil d'État, dans cette affaire, a donc jugé « que, dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics ; [...] que s'il résulte des dispositions de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique qu'il est interdit à un maître d'ouvrage public de se démettre de son rôle lorsqu'il fait édifier un ouvrage pour son compte, et que si l'ouvrage en cause répond pour partie aux besoins de la ville de Lille, cette dernière ne peut, ainsi qu'il vient d'être dit, être regardée comme maître d'ouvrage ; que par suite le moyen tiré de la violation des dispositions susmentionnées ne peut

qu'être écarté ».

Cette pratique persistante est certainement due aux difficultés liées aux contrats de partenariats, jugés trop lourds dans le montage financier qu'ils impliquent et souvent trop rigides et inadaptés à la diversité des projets des personnes publiques (cf. fiche d'impact de l'ordonnance commentée, p. 67).

Néanmoins, dès lors que l'objet principal du contrat en cause consiste en la réalisation d'une commande publique, il est impératif que les personnes publiques respectent les procédures de passation y afférant. Beaucoup se sont effectivement soumis à cette contrainte, en concluant par exemple des BEA-Concession de travaux avec une publicité et une mise en concurrence conforme à l'ordonnance du n°2009-864 du 15 juillet 2009.

Mais, selon la MAPPP, « depuis 2004, près de 300 BEA et 12 AOT-LOA permettant de réaliser une commande publique ont été conclus » (fiche d'impact précitée, p. 66), or « ils ne respectent pas toujours le régime de passation imposé » (fiche d'impact, p. 65).

Certes, le législateur a déjà essayé d'encadrer cette manière de procéder en rappelant que les BEA des collectivités territoriales qui peuvent s'analyser en des commandes publiques doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces contrats (loi n°2011-267 du 14 mars 2011 et décret n°2011-2065 du 30 décembre 2011). Et, à l'instar des contrats de partenariats (art. 2 de l'ordonnance 2004-559 précitée), les BEA de plus de 1 million d'euros HT conclus en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins de la justice, police ou de la gendarmerie nationales, les BEH (art. L. 1311-2 et R. 1311-1 du code de la santé publique), et les baux d'un loyer supérieur à 1 million d'euros HT conclus sur le fondement de l'article L. 2122-15 du CG3P, ont été soumis à une évaluation préalable.

Mais, en définitive, les outils contractuels permettant la réalisation de montages « aller-retour » avec des prestations globales se sont superposés et ont rendu l'état du droit illisible pour les non-spécialistes. En ajoutant à cela l'insécurité juridique qui entoure la passation de certains de ces contrats

et qui a été stigmatisée par la MAPPP, le gouvernement a donc décidé de simplifier les régimes actuels en les unifiant dans le cadre d'un outil unique.

B. ÉTAT DU DROIT À COMPTER DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ORDONNANCE

Dans une réponse ministérielle en date du 9 juillet 2015, le gouvernement a développé sur ce point ses objectifs : « La transposition des directives "marchés publics" est l'occasion de moderniser le cadre juridique des

“

Les outils contractuels permettant la réalisation de montages « aller-retour » avec des prestations globales se sont superposés et ont rendu l'état du droit illisible.

”

contrats globaux, dont les contrats de partenariat, et d'impulser une nouvelle doctrine d'emploi des partenariats public-privé (PPP). Il doit définir un cadre qui, à la fois, répond aux critiques et assure la stabilité du contrat. La multiplication des montages contractuels

complexes que sont les baux emphytéotiques administratifs (BEA), l'autorisation d'occupation temporaire du domaine (AOT) et le bail emphytéotique administratif hospitalier (BEH), lorsqu'ils sont utilisés en tant qu'outils de commande publique, constitue une source d'insécurité juridique, qui nécessite une refonte au sein d'un modèle contractuel unifié. En effet, il existe un fort risque de requalification par le juge administratif de ces montages. Lorsque ces partenariats publics-privés répondent aux besoins de la personne publique, ils constituent des contrats de la commande publique. Or, ils ne respectent pas toujours le régime de passation imposé à ce type de contrats pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique » (Rép. min. n° 16096 : JO Sénat Q, 9 juill. 2015, p. 1673).

Ce faisant, le gouvernement-législateur a voulu recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire, régir les relations entre les occupants du domaine et la personne publique propriétaire, à l'exclusion de toute prestation pour le compte de ladite personne publique qui relèverait du champ de la commande publique.

Aux termes de l'ordonnance, cette démarche se réalise sous deux angles.

1° En premier lieu, il est désormais exclu d'avoir recours à un contrat d'occupation domaniale dont l'objet est « l'exécution de

17- CE, Sect. 25 février 1994, n°144641/145406.
18- Conclusion J. Arrighi de Casanova, RFDA 1994, p. 510.

travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation¹⁹, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (...) » (article 101 de l'ordonnance). Et, le gouvernement-législateur de préciser que « dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions relatives au contrat de la commande publique en cause, les conditions de l'occupation du domaine »²⁰. Le contrat de la commande publique vaudra donc titre d'occupation, sans qu'il soit nécessaire de conclure un contrat à objet purement immobilier. Cette disposition, ainsi que l'abrogation de ces contrats d'occupation constitutifs de droits réels « en tant que contrat de la commande publique » (cf. schéma de la fiche d'impact reproduit en introduction), permet de considérer – malgré une rédaction peu convaincante²¹ – que l'ordonnance ne remet pas en cause le recours aux titres d'occupation domaniaux, même en vue de la réalisation d'opérations d'intérêt général, de logement sociaux, ou de valorisation, dès lors que leur objet n'entre pas dans la définition d'une commande de travaux, fourniture ou services.

2° En second lieu, l'ordonnance n°2015-899 unifie les « partenariats publics-privés » sous le régime unique du « marché de partenariat », lequel est ainsi défini en son article 67 :

« I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une

mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;
2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat. » (Article 67 de l'Ordonnance)

En conséquence, ce marché de partenariat absorbe les formes anciennes de partenariats publics-privés (en dehors des concessions qui seront traitées dans une autre ordonnance) et il nous semble qu'il ne sera donc plus possible de recourir aux BEA ou aux AOT constitutives de droits réels en les couplant à de véritables

commandes publiques.

Cette simplification n'ajoute pas à l'état du droit s'agissant du champ de la commande publique puisque les titres d'occupation domaniaux qui étaient couplés à de telles commandes devaient nécessairement respecter les procédures applicables à ces commandes. Cependant, cette réforme va impacter les pratiques actuelles des personnes publiques à trois égards au moins.

a) En premier lieu, elles ne pourront plus utiliser ces contrats domaniaux spécifiques pour asseoir les travaux commandés²². Or, dans ce type d'opération, les aspects immobiliers sont aussi importants que ceux relevant de la commande publique. Dès lors que l'opérateur a besoin d'un titre lui conférant un droit réel, il est en effet nécessaire que le contrat, en vue de la publication de son droit, laquelle est indispensable – outre les questions d'opposabilité aux tiers – pour l'obtention de financements hypothécaires ou par voie de crédit-bail, comporte l'ensemble des clauses relatives à la désignation du bien, à l'effet relatif, ou encore à l'origine de propriété. Ces aspects sont naturellement présents et traités dans les contrats immobiliers que sont les BEA ou AOT constitutives de droits réels, au même titre que dans une vente. En excluant le recours à ces contrats dans l'hypothèse où l'opération comporte (à titre principal²³) une dimension commande publique, le gouvernement-législateur risque de ne pas favoriser la prise en compte de ces aspects par les personnes publiques et leurs partenaires, tel que cela s'est déjà produit à de nombreuses reprises dans le cadre des contrats de partenariats. De même, les problématiques relatives à l'environnement (ICPE notamment), à l'archéologie, au régime des monuments

“ Dans ce type d'opération, les aspects immobiliers sont aussi importants que ceux relevant de la commande publique. ”

“ L'ordonnance n°2015-899 unifie les « partenariats publics-privés » sous le régime unique du « marché de partenariat ». ”

19- Cette notion renvoie au système concessif. Et l'article 40 du projet d'ordonnance sur les concessions reprend donc la même logique en disposant que « Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le concessionnaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité de l'affectation du domaine public. ».

20- L'ordonnance ne semble s'intéresser qu'aux titres constitutifs de droits réels et non aux autres titres d'occupation, lesquels pourraient très bien avoir pour objet une commande publique de travaux ou services. Or, une différence de traitement sur ce point ne serait certainement pas justifiée.

21- Les termes « pour le compte » utilisés à l'article 101, qui ne reprend malheureusement pas la notion « d'influence déterminante » retenue dans la définition des marchés de travaux, auraient pu laisser penser que l'impact de l'ordonnance sur les contrats domaniaux dépassait le seul cadre de la commande publique. En effet, les contrats domaniaux permettent souvent la réalisation de prestations présentant un caractère d'intérêt général, pour le compte de la personne publique, sans pour autant relever du champ de la commande publique.

Ainsi, après avoir rappelé « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel » (CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris c/ Association Paris Jean Bouin, n°338272), le Conseil d'État relevait notamment « que les stipulations [...] en vertu desquelles l'association Paris Jean Bouin a conclu, avec des lycées, avec le département de Paris au titre de l'enseignement d'éducation physique et sportive dans des collèges ou avec d'autres tiers, des conventions de sous-concession prévoyant les conditions et les modalités de mise à disposition des équipements sportifs et des autres locaux, notamment les créneaux horaires d'utilisation et le montant de la redevance d'occupation, ont eu pour objet de mettre la Ville de Paris en mesure de s'assurer en permanence que le domaine public concédé était occupé conformément à sa destination, et ne sauraient être regardées comme donnant à la ville un droit de regard sur l'activité exercée par l'association ; que l'ensemble des stipulations de la convention du 11 août 2004 et de ses annexes, qui imposent des prescriptions à l'association Paris Jean Bouin, s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine » (v. également : CE, sect., 11 juill. 2011, n° 339409, Gilles ; CE 19 janvier 2011, CCI Pointe-à-Pitre, n°341669).

Aussi, si l'exclusion du recours aux contrats d'occupation du domaine devait être exclue au-delà du champ de la commande publique, dès lors que l'opération présente une dimension d'intérêt général, c'est l'existence même des BEA locaux, principalement consentis « en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence » (art. L. 1311-2 du CGCT), voire des BEA logements sociaux ou valorisation de l'État, qui serait remise en cause.

22- On peut à cet égard se demander si les contrats de la commande publique en cause doivent respecter les règles applicables aux contrats domaniaux dont il est question et relatives par exemple aux redevances, à leurs modalités de paiement, aux indemnités de résiliation, dès lors que la dimension domaniale ne constituera qu'un accessoire du contrat de la commande publique.

23- L'article 101 modifie donc les textes relatifs aux BEA et AOT constitutives de droits réels en disposant, comme nous l'avons vu, que ces titres « ne peuvent avoir pour objet l'exécution de travaux [...] ». On remarque que cette disposition ne précise pas s'il doit s'agir de l'« objet » principal du contrat, ce que l'on peut néanmoins supposer, sous réserve des précisions réglementaires ou interprétatives à venir, au vu des articles 22 et 23 de l'ordonnance sur les contrats mixtes. Si tel ne devait pas être le cas, des contrats d'occupation dont l'objet principal est de mettre à disposition du titulaire de l'autorisation une dépendance domaniale, pour lui permettre d'exercer sa propre activité, mais à l'occasion desquels le maître du domaine demande que soit pris en charge par l'occupant certains travaux de mise aux normes, d'accès, à titre purement accessoire, pourraient à eux seuls entraîner une requalification en commande publique. Mais cela nous semblerait excessif et contraire aux avancées apportées, comme nous l'avons vu, par les dispositions de l'ordonnance sur les contrats mixtes.

historiques, aux autorisations d'urbanisme, etc... lesquelles étaient traitées dans le cadre des BEA ou des AOT constitutives de droits réels, ne seront plus mises en exergue dès lors que ces contrats à double objet, immobilier et de travaux, ne seront que des contrats de la commande publique devant prévoir « dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, [...] dans le respect des dispositions relatives au contrat de la commande publique en cause, les conditions de l'occupation du domaine ». En tant que notaires, il nous semble donc nécessaire d'attirer l'attention des parties sur l'importance de cette dimension immobilière dans leurs rapports juridiques mais également dans la sécurité de leur financement.

b) En deuxième lieu, le champ d'application englobant des marchés de partenariat comporte plusieurs restrictions. L'article 75-I de l'ordonnance dispose ainsi que « La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'État. ». Cela correspond à la nécessité de ne pas généraliser les dérogations au droit commun de la commande publique et de la domanialité publique (cf. décision du Cons. Const. N° 2003-476 DC, précitée). Mais surtout, le recours à cet outil est catégoriquement exclu dans deux hypothèses.

- D'abord, seuls l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements pourront conclure de tels marchés. On note cependant que l'ordonnance prévoit qu'un marché de partenariat peut : (I) être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions, et par ailleurs (II) que l'État pourra conclure un tel marché pour le compte d'un acheteur non autorisé à recourir à ce procédé contractuel sous réserve d'une instruction du projet par

le ministère de tutelle et de la soutenabilité de ce projet pour les finances de la personne publique concernée (article 72).

- Ensuite, la possibilité pour les personnes publiques de conclure ce type de PPP « aller-retour » pour des ouvrages de faibles montants risque d'être exclue. En effet, aux termes de l'ordonnance, le recours au marché de partenariat ne sera possible qu'à partir d'un certain seuil fixé par voie réglementaire (art. 75-II), et sous la condition d'un bilan favorable (les critères d'urgence et de complexité étant abandonnés aux termes de la nouvelle ordonnance). Les petits équipements publics qui ont pu être réalisés via des BEA-Concession ou marchés de travaux (soumis aux directives en l'absence de maîtrise d'ouvrage publique : v. supra) ne pourront donc pas faire l'objet de marchés de partenariat. Dès lors, se pose la question de savoir dans quelles conditions un préfinancement privé de ces équipements pourra être réalisé en dessous de ce seuil. Car, au vu de la nouvelle ordonnance, il semble qu'en deçà du seuil, seul un marché public pourra être conclu ; or celui-ci est contraint par la règle de l'interdiction du paiement différé (article 60)²⁴.

c) En dernier lieu, il nous semble important de signaler, même si cela peut paraître évident, que les personnes publiques devront désormais, lorsqu'elles auront recours à ce type de PPP, respecter l'ensemble des règles de forme, d'évaluation préalable (et notamment de soutenabilité budgétaire), de passation, mais également d'exécution propres aux marchés de partenariats²⁵.

À cet égard, on peut cependant noter que le régime juridique des marchés de partenariat présente un certain nombre de points forts.

C. QUELQUES POINTS FORTS DE L'ORDONNANCE

Sans entrer dans les détails car ces dispositions feront l'objet d'un prochain article dans le Bulletin, le régime juridique du marché de partenariat fait évoluer l'état du droit en matière de PPP sur plusieurs points intéressants, et notamment sur les recettes de valorisation et la participation de la personne publique de participer aux bénéfices de l'opérateur. Il s'agit respectivement :

• de l'article 86 de l'ordonnance qui apporte un éclaircissement sur la possibilité pour la personne publique contractante de valoriser son domaine dans le cadre du partenariat par le biais d'une cession d'un bien, mais également sur les conditions juridiques de

mise à disposition de son domaine au-delà des besoins propres à la réalisation de l'ouvrage commandé. En effet, cet article dispose que :

« I. - Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire :
1° À consentir des autorisations d'occupation du domaine public ;
2° À consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée ;
3° À procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés. »

• de l'article 80 de l'ordonnance qui prévoit désormais la possibilité pour les acheteurs publics de détenir une participation minoritaire au capital du titulaire du marché de partenariat lorsque celui-ci est constitué en société de projet (SPV).

Pour conclure, il faut bien noter que l'article 103 de l'ordonnance précise que :

- elle entrera en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1^{er} avril 2016 ;

- et que, sous réserve de son entrée en vigueur dans les conditions prévues ci-dessus, l'ordonnance s'applique aux marchés publics ainsi qu'aux contrats qui relèvent de cette ordonnance pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2016.

À NOTER

Concomitamment à l'adoption de l'ordonnance relative aux marchés publics, le ministère de l'économie a ouvert une consultation publique qui s'est clôturée le 30 septembre 2015 sur les projets d'ordonnance et de décret relatifs aux contrats de concession.

Est également engagée une concertation publique sur le projet de décret modifiant certains seuils du code des marchés publics. Ce projet vise à procéder au relèvement du seuil de dispense de procédure des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices à 25 000 € HT, tout en garantissant, en-dessous de ce seuil, le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cette consultation est ouverte depuis le 19 août 2015 et jusqu'au 14 septembre 2015 inclus.

24 - Etant précisé qu'en tout état de cause, même au-delà du seuil, le paiement différé ne peut à lui seul constituer un critère permettant le recours à un marché de partenariat (article 75 de l'ordonnance n°2015-899).

25 - Ces règles sont certainement plus rigides et complexes que pouvaient l'être celles des marchés publics de travaux soumis aux dispositions des directives (et non au code des marchés publics en l'absence de maîtrise d'ouvrage publique) auxquels étaient couplés les BEA ou AOT constitutives de droits réels (du moins, en ce qui concerne les BEA, avant le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs qui a introduit l'article R. 1311-2 du CGCT qui dispose que : « Lorsque l'un des baux emphytéotiques administratifs mentionnés à l'article L. 1311-2 est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics, une délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du présent code, un contrat de partenariat au sens de l'article L. 1414-1 ou un contrat de concession de travaux publics au sens de l'article L. 1415-1, sa conclusion est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat. ». On pouvait en effet comprendre de cet article que les BEA couplés à des prestations de marchés de travaux devaient être conclus selon les règles de passation et d'exécution du code des marchés, ce qui cependant posait une véritable difficulté puisqu'un BEA conclu sans maîtrise d'ouvrage privée et sans paiement différé dans le cadre de la convention non détachable de location était finalement vidé de sa substance et de son intérêt).