



Les dessous du Code de la commande publique



Le Code de la commande publique entrera en vigueur le 1er avril 2019, laissant ainsi aux praticiens quelques mois pour se l'approprier. Sur le fond il n'y a pas eu de bouleversement majeur, codification à droit constant oblige. En revanche, sur la forme, certains choix peuvent laisser perplexe. Bertrand du Marais, conseiller d'État, a apporté quelques réponses mercredi 23 janvier lors d'une conférence organisée au pôle Universitaire Léonard de Vinci (La Défense).

Après plusieurs échecs, le Code de la commande publique a enfin vu le jour le 5 décembre 2018. Les praticiens ont pu découvrir un volumineux corpus rassemblant plusieurs textes jusque-là épars (les ordonnances marchés publics et concessions ainsi que leurs décrets d'application, la loi MOP, la loi sur la sous-traitance...). Bertrand du Marais, conseiller d'État et co-rapporteur du projet au sein de la Haute juridiction administrative, a répondu à quelques interrogations sur ce texte, lors d'une conférence organisée par le Centre de recherche sur le droit public, le forum sur les institutions, le droit, l'économie et la société, et le Cabinet Delsol Avocats.

Codification de certaines jurisprudences

[Visualiser l'article](#)

Le conseiller d'État a tout d'abord expliqué que l'habilitation donnée par la loi Sapin 2 (article 38) imposait une codification à « droit constant », mais qu'elle offrait quand même quelques degrés de liberté. C'est pour cette raison que plusieurs solutions issues de la jurisprudence ont fait leur apparition, notamment dans le titre préliminaire (la théorie de l'imprévision, le régime des biens de retour en concession, l'offre anormalement basse...). Toutefois, « **nous avons été prudents, et avons veillé à ce que ces codifications des jurisprudences soient faites en des termes très génériques, c'est-à-dire en gardant le principe le plus en amont du raisonnement. L'idée étant de laisser une marge d'appréciation pour des contentieux ultérieurs.** »

Par ailleurs, cette habilitation à « droit constant » ne valait que pour les dispositions de nature législative, et pas pour celles de nature réglementaire. « **Mais finalement, nous ne nous sommes quasiment pas écartés des deux décrets d'application des deux ordonnances (marchés publics et concessions), à quelques détails près** », assure le conseiller d'État.

Ajout d'un titre préliminaire

La différence la plus notable entre le projet soumis à consultation du public et le projet final est l'introduction par le Conseil d'État d'un titre préliminaire composé de six articles. « **Notre idée était de rassembler un certain nombre de grands principes qui s'appliquent dès le premier euro et quelle que soit la disposition législative qui peut intervenir postérieurement** », commente Bertrand du Marais. L'objectif est surtout que les utilisateurs n'oublient pas ces grands principes.

Parmi ces derniers, « nous en avons introduit un certain nombre concernant le droit des contrats administratifs, et notamment ceux relatifs à l'indemnisation comme la théorie de l'imprévision, et aussi le droit à indemnité en cas de résiliation pour motif d'intérêt général. » Le but étant de rassurer les opérateurs économiques, « il nous semblait important de fléchir ces garanties », explique le conseiller d'État.

Architecture du code

Outre le chapitre préliminaire, le Code de la commande publique est composé de trois parties avec « une cloison étanche entre la deuxième partie relative aux marchés publics et la troisième relative aux concessions », admet Bertrand du Marais. Résultat : un texte volumineux composé de quelque 1747 articles, et surtout des dispositions copiées-collées d'une partie à l'autre, surtout au niveau réglementaire. Le conseiller d'Etat a justifié ce choix : « **Nous avons voulu faire un outil très pédagogique, en partant du principe que ceux qui passent des marchés publics ne sont pas les mêmes que ceux qui passent les concessions. Souvent les concessions, notamment en matière de réseaux, sont conclues au niveau des établissements publics de coopération intercommunale, et non au niveau de la collectivité elle-même** . »

Par ailleurs, il y a eu un autre point de discussion : le nombre de subdivisions à utiliser. Le choix s'est finalement porté sur quatre niveaux. Bertrand du Marais, ravi de cette décision, explique que « cela a l'avantage de permettre, grâce à des intitulés au niveau des chapitres et des sections, de retrouver rapidement la disposition qui nous intéresse. »

www.lemoniteur.fr
Pays : France
Dynamisme : 0[Visualiser l'article](#)

Les dispositions hors du Code de la commande publique

Le conseiller d'État s'est enfin arrêté sur les dispositions qui traitent de la commande publique, mais qui n'ont pas été intégrées dans ce nouveau code. Par exemple, les dispositions relatives aux concessions d'aménagement restent dans le Code de l'urbanisme, et celles relatives aux concessions hydrauliques dans le Code de l'énergie. « **Nous avons pris le parti de ne pas dé-codifier ces dispositions pour ne pas bouleverser les utilisateurs habituels des différents codes. Puis, dans le titre préliminaire, nous avons ajouté une disposition qui, de façon générique, renvoie aux dispositions spécifiques (article L2) »**

Toutefois, concernant le Code général des collectivités territoriales (CGCT), « le débat a été plus vif », soutien Bertrand du Marais. « **Nous avons décidé que les dispositions d'ordre institutionnel (celles relatives au fonctionnement de la commission d'appels d'offres par exemple) restent dans le CGCT, et qu'au contraire les dispositions de fond, qui sont liées au régime spécifique de la commande publique, sont rapatriées dans le Code de la commande publique . »**