

→ ÉCLAIRAGE

Les nouveautés du Code de la commande publique et les associations

Contrairement aux idées reçues, les associations peuvent être directement concernées par la réforme du Code de la commande publique. Que ce soient en tant qu'acheteuses, en tant que prestataires de service, ou en tant qu'associations subventionnées, le futur Code s'intéresse à elles. Une vigilance particulière s'impose en conséquence.

N° 241

octobre

2015

ISSN 1275-7349

► Par Anne-Cécile VIVIEN

*Docteur en droit public
Chargée d'enseignement
à l'Université Lyon 3
Directeur Associé secteur public société
d'avocats Ernst & Young.*

Comme nous l'attendions tous, le droit de la commande publique a été profondément remanié par deux directives du 26 février 2014 : la *directive 2014/24/UE* relative à la passation des marchés publics (dite secteurs classiques) et la *directive 2014/25/UE* relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite secteurs spéciaux) publiées au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014 (*JOUE 28 mars, n° L 94*). La transposition de ces directives devant intervenir avant le 18 avril 2016, l'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises a autorisé le Gouvernement à procédé à cette transposition par voie d'ordonnance (*L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014*).

Une première transposition des Directives marchés a été mise en œuvre avec le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics. Ce décret a notamment instauré le partenariat d'innovation, allégé

les dossiers de candidatures et limité les exigences pouvant être imposées lors de l'examen de la capacité financière des candidats.

Depuis, une ordonnance n° 2015-899 en date du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a été adoptée. Elle entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} avril 2016 sachant que l'on attend les décrets d'application. Il est déjà possible de constater qu'elle réforme profondément le Code des marchés publics en modifiant son champ d'application et ses règles de passation et d'exécution (on peut citer notamment comme nouveautés, outre la précision du champ d'application du Code et des exclusions, l'harmonisation des marchés globaux et la création des nouveaux marchés de partenariat).

SOMMAIRE

ÉCLAIRAGE	1
Les nouveautés du Code de la commande publique et les associations	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	
► Suppression du registre spécial	5
► Publication de la Circulaire Valls	6
► Liberté d'expression et obligation de loyauté	7
À NOTER	8

Pour vous abonner
à l'ouvrage
et à son actualisation,
contactez-nous au

► N° Indigo 0 825 08 08 00
0,15 € TTC / MN

www.wkf.fr

Ce constat peut être étendu au secteur associatif qui est plus que jamais concerné par cette ordonnance tant au regard de son champ d'application (I) qu'au regard de certaines modalités contractuelles qui le concernent spécifiquement (II).

I. – Le secteur associatif et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : un champ d'application dédié ?

L'ordonnance précitée du 23 juillet 2015 contient de nombreuses dispositions innovantes quant au champ d'application du futur Code de la commande publique, mais certaines dispositions concernent directement aussi bien les associations acheteuses que les associations prestataires de service.

Ainsi, l'ordonnance met tout d'abord fin à la distinction entre les procédures de mise en concurrence relevant du code des marchés publics et celles 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 (1) et précise, ensuite, les règles applicables à la procédure *in house* (2).

1. L'unification des règles applicables aux marchés publics au sens des directives européennes

Désormais, l'ensemble des règles applicables aux marchés soumis à mise en concurrence, au sens des directives européennes, est réuni en un seul texte à valeur législative.

La distinction entre les acheteurs soumis au Code des marchés publics et les acheteurs soumis à l'*ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005* (dont certaines associations) n'existera plus puisque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices relevant jusqu'à présent de ces deux textes distincts relèveront d'un même code.

Cette unification est particulièrement importante car, rappelons-le, de nombreuses associations ont aujourd'hui des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'*ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005*. La définition du pouvoir adjudicateur soumis aux règles de mise en concurrence est en effet reprise dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 à son article 10.

Ces associations vont donc bénéficier de règles de mise en concurrence précisées et clarifiées puisqu'il est logique de penser que les décrets à venir suivront très vraisemblablement les jurisprudences administratives existantes qui sont beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus précises que les jurisprudences judiciaires en la matière.

Une unification d'application des règles de mise en concurrence devrait en résulter.

La seule différence qui restera applicable concernera la nature des marchés puisque, seuls seront des contrats administratifs, les marchés publics passés par des personnes publiques (*Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, art. 3*). Les marchés publics des associations qualifiées de pouvoirs adjudicateurs resteront en conséquence des marchés privés relevant des juridictions judiciaires.

On ne peut que regretter que l'unification des règles de droit ne soit pas allée jusqu'à son terme avec une unification des règles de compétence, comme dans d'autres domaines (*cf. les récentes évolutions en matière d'emprise irrégulière pour un exemple d'unification de compétence*) car cela risque de compliquer inutilement l'interprétation de certaines dispositions et de créer des divergences de jurisprudences selon l'ordre de juridiction ayant rendu la décision.

2. Des relations de quasi-régie précisées

L'ordonnance prévoit plusieurs exclusions relatives aux relations internes au secteur public qui deviennent codifiées alors qu'elles n'étaient jusqu'alors que jurisprudentielles.

À cet égard, on peut relever deux points qui concernent les relations de quasi-régie (*Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, art. 17*) et la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs (*Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, art. 18*).

Le secteur associatif est plus particulièrement concerné par les relations de quasi-régie.

L'ordonnance confirme ainsi la définition traditionnelle d'une relation *in house*, que le contrôle analogue soit effectué par un pouvoir adjudicateur ou par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Surtout et fort heureusement, elle étend enfin l'exception *in house* aux organismes financés par des capitaux mixtes dès lors que les capitaux privés sont sans capacité de contrôle ou de blocage. Notons qu'un pouvoir adjudicateur est dispensé d'engager une procédure de passation d'un marché public lorsqu'il exerce sur l'entité attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent : *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C 107/98, Teckal*).

À noter qu'est également envisagée l'hypothèse plus qu'intéressante d'un **in house de second rang**, le contrôle pouvant être exercé par une autre personne morale, elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

Enfin, l'ordonnance répond aux hypothèses de **in house « renversé »** ou **« horizontal »**, dispensant de mise en

concurrence les marchés attribués par l'organisme contrôlé au pouvoir adjudicateur qui le contrôle ou à d'autres personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur.

La principale conséquence d'une relation *in house* étant l'exonération des règles de mise en concurrence, ces précisions ne pourront que faciliter le fonctionnement des associations se trouvant dans cette situation.

II. – Le secteur associatif et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : des modalités contractuelles spécifiques

Il est intéressant de relever que, pour la première fois, des contrats spécifiques au secteur associatif sont exclus expressément du champ de la mise en concurrence (1) alors que d'autres contrats qui, par nature, ne devraient pas y être soumis, se voient rattraper par celui-ci (2).

1. Des contrats exclus expressément du champ de la mise en concurrence

Pour la première fois, l'ordonnance précitée exclut explicitement du champ d'application du Code des marchés publics **les contrats de subvention** au sens de l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000. Rappelons que cet article a donné la première définition législative d'une subvention versée au secteur associatif en reprenant les deux principaux critères de qualification jurisprudentiels jusqu'alors retenus : la nécessité d'une initiative associative et l'absence de contrepartie (TA Toulon, 16 avr. 2009, n° 074409 et n° 074689, Association des consultants en aménagement et développement du territoire (ACAD) c/ Département du Var).

La notion de subvention est, dans cette ordonnance clairement distinguée de celle de marché public défini à l'article 4 de l'ordonnance (contrat conclut à titre onéreux pour répondre au besoin du pouvoir adjudicateur). Cela devrait permettre de clarifier définitivement ces notions et d'éviter les problèmes de requalification. Cela contribue à la sécurisation du versement des subventions à laquelle participe la dernière circulaire du Premier ministre n° 5811-SG du 29 septembre 2015.

De même, l'article 14 de l'ordonnance exclut de son champ d'application et donc, de toute obligation de mise en concurrence, **quatre types de marchés lorsqu'ils sont attribués** à une organisation ou à **une association à but non lucratif**. Ces marchés sont les marchés publics de services d'incendie et de secours, les marchés publics de services de protection civile, les marchés publics de services de sécurité nucléaire et les marchés publics de services ambulanciers à l'exclusion de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients. Cette disposition est extrêmement inté-

ressante car, pour la première fois, c'est le fait de conclure avec une association à but non lucratif qui permet au pouvoir adjudicateur d'être exonérée de mise en concurrence.

Cette approche organique mérite d'être relevée en ce qu'elle est particulièrement isolée dans l'environnement du droit communautaire de la commande publique qui a adopté une approche matérielle de la matière.

La réforme de la commande publique exclut donc *de facto* du champ de la mise en concurrence plusieurs types de contrats conclus avec le monde associatif. À l'inverse, la reconnaissance de l'existence des contrats subventionnés introduit de nouvelles obligations pour des associations totalement étrangères, en principe au champ de la commande publique.

2. Les contrats subventionnés : la réintroduction de certaines associations dans le champ de la commande publique

L'article 21 de l'ordonnance introduit la notion de contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs.

Cet article qui transpose directement les directives prévoit qu'une personne privée qui n'est pas soumise aux dispositions de l'ordonnance comme peuvent l'être de nombreuses associations devra néanmoins respecter la quasi-totalité des obligations imposées par l'ordonnance s'il est subventionné « *directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur* » et s'il remplit les conditions suivantes : « *1° La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 ; 2° L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes : a) Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° du I de l'article 5 ; b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ; c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article. Toutefois, par dérogation à l'article 32, ces contrats peuvent être passés en lots séparés [...]* ».

Cette disposition n'est pas totalement nouvelle car elle était déjà prévue à l'article 35 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005. Notons que les dispositions des chapitres I^{er} et II s'appliquent aux marchés subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance **et** qui, ou bien concernent des activités de génie civil ou ont pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser tous travaux de bâtiment relatifs à des établissements de santé, des équipements sportifs, récréatifs ou de loisir, des bâtiments ►

scolaires ou universitaires ou des bâtiments à usage administratif ou bien encore sont des marchés de services liés à un des marchés de travaux mentionnés au présent article. Il n'en demeure pas moins que les associations qui bénéficient de subventions, principalement dans le cadre de la réalisation de travaux, devront être très vigilantes sur la nature de la personne qui les subventionne car, si leur pourcentage de subvention dépasse les 50 %, alors elles devront, **pour tous leurs achats relatifs à cette opération** de construc-

tion, respecter les règles de mise en concurrence de l'ordonnance (à l'exception des articles 59 à 64). Cette disposition ne sera pas facile à mettre en œuvre pour des associations totalement étrangères aux règles de la commande publique.

Plus que jamais les associations doivent prendre en compte le fait qu'elles sont concernées par les règles du droit de la commande publique, qu'elles agissent en tant qu'acheteur ou en tant que prestataire. Elles doivent par suite, si ce n'est déjà fait, commencer à se familiariser avec cet environnement qui leur sera totalement applicable au plus tard le 1^{er} avril 2016. ✚