

# STRATÉGIE DE DÉVELOPPEMENT DES USAGES PÉDAGOGIQUES

## PÉDAGOGIE ACTIVE ET APPORTS DU NUMÉRIQUE

Séance 1  
Qu'est-ce  
qu'un marché  
public ?



QUAND LES TALENTS  
GRANDISSENT,  
LES COLLECTIVITÉS  
PROGRESSENT

# 1 - Fiche « résumé » (format pdf / 2 pages maximum)

**CNFPT- septembre 2016**

**MOOC : Les fondamentaux des marchés publics**

**Séquence 1 : qu'est-ce qu'un marché public ?  
Synthèse**

La réponse à cette question nécessite, en premier lieu, de faire un point sur le cadre législatif et réglementaire applicable en matière de commande publique.

En effet, comme nous le savons, ce dernier a été récemment largement modifié, avec la publication de plusieurs textes et plus particulièrement :

- L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Le décret N° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

A l'aune de ces nouvelles dispositions mais aussi des éléments jurisprudentiels qui n'ont pas été remis en cause par ces textes, la présente séquence aura pour objet, après avoir rappelé le cadre législatif et réglementaire en vigueur :

- De présenter la notion de marché public : quelle définition peut-on donner d'un marché public ? Quelle différence peut-on faire entre un marché et d'autres types de contrats et notamment les contrats de concessions ? etc... **(1)**

- De faire un point sur les marchés qui sont exclus des règles de l'ordonnance et du décret au regard soit d'un critère organique (cas de «quasi-régie») soit de leur objet, car ce dernier, par nature, ne se prête pas aux règles de mise en concurrence **(2)**

- De rappeler un élément essentiel à la compréhension des règles de la base de la commande publique : la distinction à opérer entre un marché public et la manière dont il est passé (la procédure de passation) **(3)**

## **Le cadre législatif et réglementaire**

### **Les principales dates**

Le 26 février 2014, trois directives européennes relatives à la commande publique ont été adoptées :

- La directive 2014/23/UE concernant les concessions
- La directive 2014/24/UE Marchés publics « classiques »
- La directive 2014/25/UE Marchés publics « secteurs spéciaux »

Concernant les marchés publics, la transposition de ces textes a donc donné lieu à la publication de deux textes :

- L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ci-après dénommée parfois «l'ordonnance de 2015» (texte ayant valeur de loi, d'où la

terminologie « cadre législatif » employée ci-dessus, même si les dispositions concernées ne sont donc pas contenues dans une loi à proprement parler)

- Le décret N° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, donc un texte de nature réglementaire, ci-après dénommé parfois « *le décret de 2016* ».

## **1. La notion de marché public**

1.1 La définition de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015

1.2 Les marchés

1.3 Les accords-cadres

## **2. Les marchés exclus de l'application de l'ordonnance**

### **2.1 Les marchés exclus de l'ordonnance du fait de la qualité des cocontractants**

2.1.1 La Quasi-régie

A. Les conditions

B. Les différentes situations de quasi régie possibles

2.1.2 La coopération entre pouvoirs adjudicateurs

### **2.2 Les marchés exclus de l'ordonnance du fait de leur objet**

## **3. Rappel : la Distinction entre notion de marché public et procédures de passation**

**Annexe :** fiche publiée par la Direction des Affaires Juridiques en date du 21 juin 2016, consultable sur le site [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)

## 2 - Fiche de contenu détaillé (format pdf)

CNFPT- septembre 2016

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Séquence 1 : qu'est-ce qu'un marché public ?

Support de cours détaillé

La réponse à cette question nécessite, en premier lieu, de faire un point sur le cadre législatif et réglementaire applicable en matière de commande publique.

En effet, comme nous le savons, ce dernier a été récemment largement modifié, avec la publication de plusieurs textes et plus particulièrement :

- L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Le décret N° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

A l'aune de ces nouvelles dispositions mais aussi des éléments jurisprudentiels qui n'ont pas été remis en cause par ces textes, la présente séquence aura pour objet, après avoir rappelé le cadre législatif et réglementaire en vigueur :

- De présenter la notion de marché public : quelle définition peut-on donner d'un marché public ? Quelle différence peut-on faire entre un marché et d'autres types de contrats et notamment les contrats de concessions ? Etc... **(1)**
- De faire un point sur les marchés qui sont exclus des règles de l'ordonnance et du décret au regard soit d'un critère organique (cas de « quasi-régie ») soit de leur objet, car de dernier, par nature, ne se prête pas aux règles de mise en concurrence **(2)**
- De rappeler un élément essentiel à la compréhension des règles de la base de la commande publique : la distinction à opérer entre un marché public avec la manière dont il est passé (la procédure de passation) **(3)**

### Le cadre législatif et réglementaire

#### Les principales dates

Le 26 février 2014, trois directives européennes relatives à la commande publique ont été adoptées :

- La directive 2014/23/UE concernant les concessions
- La directive 2014/24/UE Marchés publics « classiques »
- La directive 2014/25/UE Marchés publics « secteurs spéciaux »

Les directives étant des textes qui, en droit communautaire (et à la différence des règlements), doivent en principe faire l'objet d'une transposition par les Etats membres pour être applicables au sein de ces derniers, la date d'échéance de transposition avait été fixée

à fin avril 2016. Il faut préciser qu'il s'agissait là d'une obligation pour l'Etat français, puisque dans l'ordre juridique et ce que l'on appelle communément la « hiérarchie des normes » les règles communautaires priment sur les règles nationales.

Concernant les marchés publics, la transposition a donc donné lieu à la publication de deux textes :

- L'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ci-après dénommé parfois « l'ordonnance de 2015 » (texte ayant valeur de loi, d'où la terminologie « cadre législatif » employée ci-dessus, même si les dispositions concernées ne sont donc pas contenues dans une loi à proprement parler)
- Le décret N° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, donc un texte de nature réglementaire, ci-après dénommé parfois « le décret de 2016 ».

L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions a été fixée au 1<sup>er</sup> avril 2016 : tous les marchés publics (et les concessions, mais il ne s'agit pas ici de l'objet de notre cours) pour lesquelles une consultation est engagée ou avis d'appel public à la concurrence est publié à compter de cette date relèvent donc de ce nouveau cadre juridique.

## Un objectif de simplification

La publication des 2 textes susvisés a permis de simplifier le dispositif textuel jusqu'à lors en vigueur.

Outre l'abrogation du code des marchés publics qui était en vigueur depuis 2006 et s'appliquait aux contrats conclus par l'Etat, ses établissements publics administratifs et les collectivités territoriales et leurs établissements publics (dont les EPCI), cette réforme a également eu pour effet d'abroger 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.

La dualité de régime alors applicable a donc pris fin et, désormais, tous les contrats répondant à la définition de l'ordonnance de 2015 sont soumis seulement à deux textes : l'ordonnance elle-même et le décret du 25 mars 2016.

## 1. La notion de marché public

### 1.1 La définition de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015

Cet article dispose que :

*« Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont **les marchés et les accords-cadres** définis ci-après.*

***Les marchés** sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.*

***Les accords-cadres** sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.*

*Les marchés de partenariat définis à l'article 67 sont des marchés publics au sens du présent article ».*

Il résulte de ces dispositions que **les trois types de contrats cités sont soumis aux règles de l'ordonnance**, avec un régime plus spécifique pour les marchés de partenariat (qui remplacent les anciens contrats de partenariat).

Pour ce qui concerne plus particulièrement les **marchés** au sens strict, il est intéressant, afin de mieux cerner la notion et de définir également ce qu'un marché public n'est pas, de décortiquer la définition retranscrite ci-dessus.

## 1.2 Les marchés

**« Les marchés sont des contrats... ».**

Sans entrer dans des considérations trop juridiques, cette terminologie vient nous rappeler un élément fondamental : pour qu'il y ait marché public, la présence d'un accord contractuel, donc d'un accord de volontés, est obligatoire.

Aux termes de l'article 1101 du code civil :

*« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».*

A *contrario*, des actes unilatéraux ne sauraient donc être qualifiés de marchés publics.

C'est le cas, par exemple, des décisions de subventions accordées par les personnes publiques, qui sont définies par la loi (article 9-1 de la loi N° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée par la loi du 2014-856 du 31 juillet 2014) comme des « *contributions facultatives de toute nature* » et donc accordées de manière discrétionnaire et en principe sans contrepartie, à des structures privées, en général associatives.

L'ordonnance de 2015 confirme d'ailleurs explicitement ce point, puisque son article 7 prévoit que les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 ne sont pas des marchés publics soumis à l'ordonnance ( *cf infra*).

Cependant, certaines situations, bien connues de tous les acteurs locaux, peuvent être beaucoup plus ambiguës en droit : il s'agit des cas où l'origine du projet subventionné n'est en réalité pas privée mais bien publique et/ou le versement des fonds fait l'objet, en échange, de prestations de services précises rendues par la structure associative à la personne publique. Dans ces hypothèses, le risque de requalification en marché public est donc très significatif.

**« ...Conclus à titre onéreux... »**

Un contrat conclu à titre onéreux suppose qu'une charge pèse sur l'acheteur.

Dans la très grande majorité des cas, le marché donnera lieu au paiement d'un prix. Néanmoins, le juge administratif a été amené à reconnaître le caractère de marché public à des contrats consistant non en un versement d'une rémunération, mais en un abandon de recettes (cas de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter du mobilier urbain, plus précisément des abris-bus, en se rémunérant sur les recettes publicitaires : voir en ce sens CE, Ass. 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux( n° 247298),

Il est également important de rappeler que :

- Les prestations qu'une personne publique pourrait obtenir à titre gratuit ne pourront pas être qualifiées de marchés public.

- Le fait de confier l'exercice d'une prestation à autrui en mettant à sa charge un risque d'exploitation ne revêtira pas la forme d'un marché public mais bien celui d'une concession au sens de l'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 selon lequel :

*« Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un **risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service**, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une **réelle exposition aux aléas du marché**, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable (...)*

**« ...Par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance... »**

Les « acheteurs » (la terminologie est nouvelle) soumis au respect de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont définis par les articles 9, 10 et 11 de ce texte.

On peut les classer en **deux grandes catégories** :

- **Les pouvoirs adjudicateurs** (article 10). Il s'agit :
  - Des personnes morales de droit public ;
  - Des personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
    - a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
    - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
    - c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
  - Des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.
- **Les entités adjudicatrices** (article 11). Il s'agit :
  - Des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux
  - Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux (gaz, électricité, eau potable, transports, ...)
  - Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

**Remarque** : La notion d'acheteur étant entendue largement et l'ordonnance de 2015 ayant abrogé celle du 6 juin 2005, les Sociétés d'Economie Mixte (SEM) et sociétés publiques locales (SPL), sont désormais soumises au respect des règles de l'ordonnance, avec les règles qui en découlent.

Les acheteurs peuvent procéder à leurs achats **seuls ou à plusieurs**.

Dans cette seconde hypothèse, l'achat pourra être effectué par une centrale d'achat (article 26 de l'ordonnance) ou par des groupements de commandes (article 28).

**« ...Avec un ou plusieurs opérateurs économiques... »**

L'opérateur économique est, selon l'article 13 de l'ordonnance, une personne physique ou morale, publique ou privée, ou un groupement de personnes dotées de la personnalité morale.

Il est, selon le stade d'avancement de la procédure de passation, soit un « *candidat* », soit un « *soumissionnaire* » (quand il remet une offre).

**Deux remarques importantes :**

- **Il importe peu que le contrat soit conclu avec une personne publique ou privée** : autrement dit, sauf exception, un contrat répondant à la définition ci-dessus et conclu par une personne publique avec une autre personne publique sera qualifié de marché public.

- La notion de « plusieurs opérateurs économiques » renvoie à la possibilité donnée à ces derniers de se **grouper**, sous forme conjointe ou solidaire, en application de l'article 45 du décret du 25 mars 2016.

**« ...Pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services... »**

Les besoins de l'acheteur sont donc classés en trois catégories : travaux, fournitures et services (article 5 de l'ordonnance).

Dans l'hypothèse où un marché porte sur un objet mixte, il convient de se référer à l'objet principal du contrat.

Ainsi, logiquement :

- Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.
- Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

**Focus : la définition du marché de travaux**

Si la définition des marchés de fournitures et des services n'appelle pas de commentaire particulier, il en va différemment de celle relative aux marchés de travaux, qui a été sensiblement modifiée par l'ordonnance de 2015.

L'article 5 du texte dispose en effet que constitue un marché public de travaux :

*« 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** ».*



Ainsi, alors que, sous l'ancien code des marchés publics, la qualification de marché public était, en matière de travaux, conditionnée par l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur et à l'application de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi « MOP »), elle est désormais reliée à la seule notion de réponse aux exigences de l'acheteur et à son influence déterminante.

Autrement dit, au regard de ces dispositions, **il n'est pas nécessaire que pour être qualifiée de marché public de travaux, l'opération soit menée sous maîtrise d'ouvrage publique** : à partir du moment où l'opération, même à supposer qu'elle soit conduite par une personne privée, est de nature à répondre aux besoins de l'acheteur et que ce dernier exerce donc une influence « *déterminante* », le contrat sera requalifiable en marché public de travaux.

Notons tout de même que si cette terminologie est nouvelle dans notre droit positif, elle ne fait finalement que formaliser, logiquement, des décisions jurisprudentielles antérieures qui, s'appuyant sur la directive européenne 2004/18/CE notamment, ont requalifié en marché public des cessions foncières avec charges ou des contrats de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), dès lors que dans le cadre de ces contrats conclus avec des opérateurs privés, des spécifications étaient imposées par la personne publique (voir en ce sens notamment CAA Marseille, 25 février 2010, commune de Rognes, n° 07MA03620 ).

**Le critère qui prédomine est donc la finalité de l'ouvrage et non la dimension organique.**

**En synthèse**, les éléments permettant de reconnaître un marché public ou au contraire d'en écarter l'existence peuvent être présentés comme suit

**Ce qu'est un marché public/ ce qu'il n'est pas :**

<b>Marché Public</b>	<b>Pas de marché public</b>
<b>Contrat</b>	<b>Acte unilatéral (exemple : subvention, sauf si critères conduisant à une requalification)</b>
<b>Paiement prix ou abandon de recettes</b>	- <b>Délégation d'un service public avec risque d'exploitation</b>  - <b>Prestation gratuite</b>
<b>Contrat conclu par un acheteur soumis à l'ordonnance pour répondre à ses besoins, soit directement, soit indirectement (marché de travaux)</b>	<b>Contrat conclu par un acheteur non soumis à l'ordonnance</b>

Par ailleurs, il est tout à fait certain et désormais explicite à la lecture de l'article 7 de l'ordonnance, que ne sont pas des marchés publics :

- Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs soumis à l'ordonnance en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;
- Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée
- Les contrats de travail.

### **1.3 Les accords-cadres**

Les accords-cadres sont définis comme étant des marchés publics soumis à l'ordonnance (Ils constituaient, sous l'ancien code, une catégorie spécifique de contrat).

Ils sont plutôt destinés, en pratique, à couvrir des besoins de l'acheteur sur une période relativement longue et peuvent être conclus, comme le précise l'article 78 du décret, avec un ou plusieurs opérateurs économiques sous **2 formes différentes** :

- Lorsque toutes les stipulations contractuelles n'ont pas été définies dans l'accord-cadre initial, des marchés dits « **subséquents** » sont conclus pour répondre aux besoins de l'acheteur.
- Lorsque l'accord-cadre initial a fixé précisément toutes les stipulations, les besoins de l'acheteur sont comblés par l'émission de **bons de commandes** (ces contrats étaient dénommés sous l'ancien code « marchés à bons de commande »).

**En conclusion, sur cette partie** : les contrats passés par un acheteur au sens de l'article 4 sont des marchés publics (marchés ou accords-cadres) lorsque les critères de définition de ce même article sont réunis.

Pour autant, Il faut bien comprendre que certains contrats, même quand ils constituent des marchés publics ou des accords-cadres, peuvent néanmoins être exclus du champ d'application de l'ordonnance de 2015.

## **2. Les marchés exclus de l'application de l'ordonnance**

En principe, les marchés et accords-cadres répondant à la définition ci-dessus sont soumis aux dispositions de l'ordonnance de juillet 2015.

Cependant, ce principe comporte quelques exceptions sur lesquelles il convient de s'arrêter : certains marchés sont en effet exclus du champ d'application de l'ordonnance du fait de la qualité des cocontractants (2.1). D'autres le sont du fait de leur objet (2.2)

### **2.1 Les marchés exclus de l'ordonnance du fait de la qualité des cocontractants**

Les liens organiques entre les cocontractants peuvent avoir pour conséquence d'exclure l'application des règles de la commande publique. Plusieurs cas de figure sont listés par les textes avec comme point commun le fait que les entités concernées appartiennent au secteur public.

*(NB : Pour plus de détails sur cette question, voir la fiche publiée par la Direction des Affaires Juridiques en date du 21 juin 2016 jointe en annexe, consultable sur le site [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr) et sur laquelle nous nous appuyons pour la rédaction de cette partie).*

#### **2.1.1 La Quasi-régie**

On peut tenter de synthétiser le raisonnement, issu de la jurisprudence communautaire et repris dans l'ordonnance de 2015 (ainsi d'ailleurs que dans celle du 29 janvier 2016 pour les contrats de concession) de la manière suivante :

S'il est logique de soumettre les achats passés par les différents pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices au respect de principes généraux et, au-delà de certains seuils financiers, à des procédures particulières de passation, cette règle ne saurait opportunément s'appliquer aux contrats passés entre ces mêmes personnes et des entités ne constituant que

le **simple prolongement des premières** (voir notamment à ce sujet CJUE, 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98). Il s'agit en effet de contrats dits « **in house** », c'est à dire conclus en interne et qui, finalement, ne sont considérés à ce titre que comme des mesures d'organisation interne, rendant ainsi toute mesure de concurrence ou de publicité inutile et même sans objet.

L'article 17 de l'ordonnance de 2015 vient consacrer ce mode de fonctionnement, sous la terminologie de « *quasi-régie* », dans les conditions qui suivent.

#### **A. Les conditions**

Le texte dispose que l'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé, lorsque **trois conditions** sont réunies :

1. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son contractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

De quoi s'agit-il ? Cette notion est précisée dans le même article 17, qui dispose que « *Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une **influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes** de la personne morale contrôlée* ».

A ce titre, la détention de la totalité du capital de l'entité par le pouvoir adjudicateur, s'il est un indice fort de contrôle analogue, n'est pas pour autant suffisant en soit.

Il est en effet impératif qu'au-delà de cette dimension formelle, le pouvoir adjudicateur ait dans les faits une influence déterminante sur les décisions majeures de l'entité (par exemple en détenant la majorité des sièges dans les organes de direction) et que, corrélativement, l'entité ne bénéficie pas de marge de manœuvre dans son fonctionnement.

2. L'entité cocontractante du pouvoir adjudicateur doit réaliser plus de 80% de son activité pour le compte de ce dernier

Pour être considérée comme un simple prolongement administratif de la personne publique, la très grande majorité de l'activité de l'entité contrôlée doit être dédiée de fait à cette personne publique (plus de 80 % de cette activité dit le texte) ou à un autre pouvoir adjudicateur qui la contrôle.

La part d'activité pour le compte de tiers (dans le secteur concurrentiel donc), doit par conséquent être marginale.

3. Toute participation privée au capital de l'entité doit en principe être exclue

La qualification de quasi régie est en principe exclue pour les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs avec des sociétés dont le capital est détenu **au moins pour partie par des actionnaires privés**.

Cependant, cette règle ne s'applique pas aux formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Notons à ce sujet que s'agissant des sociétés d'économie mixte (SEM), qui sont des sociétés commerciales à capital majoritairement public mais avec un minimum d'actionnariat privé requis, elles ne sont *a priori* pas considérées comme une forme de participation requise par la loi nationale. En effet, si un pourcentage minimum de capitaux privés est bien obligatoire, rien ne contraint pour autant les pouvoirs adjudicateurs à créer ce type de structures.

Par conséquent, les relations contractuelles entre **un pouvoir adjudicateur et une SEM** dont il est actionnaire, même majoritaire, ne devraient pas pouvoir être qualifiées de contrat en quasi régie, **au contraire de celles concernant les sociétés publiques (SPL) ou sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)**, respectivement mentionnées aux articles L.1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et L.327-1 du code de l'urbanisme, dont le capital est exclusivement public (à condition bien entendu que les autres conditions mentionnées ci-dessus soient remplies).

## **B. Les différentes situations de quasi régie possibles**

Attention ! En dehors du cas assez classique du contrat de quasi régie dit « *descendant* », par lequel un pouvoir adjudicateur va contracter avec l'entité qu'il contrôle, d'autres situations envisageables et listées par l'article 17 de l'ordonnance de 2015.

Elles sont illustrées, de manière très claire et pédagogique, dans l'annexe de la fiche de la DAJ précitée (jointe en annexe).

Il s'agit de :

- La quasi-régie simple ascendante (article 17 II 1° de l'ordonnance)
- La quasi-régie descendante en cascade (article 17 I al.5)
- La quasi-régie conjointe descendante (article 17 III)
- La quasi-régie conjointe ascendante (article 17 II 1°)
- La quasi-régie simple horizontale (article 17 II 2°).

### **2.1.2 La coopération entre pouvoirs adjudicateurs**

En application de l'article 18 de l'ordonnance de 2015, cette dernière ne s'applique pas aux contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices mettent en œuvre une coopération, afin que les services dont ils ont la responsabilité soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

Contrairement à la situation de quasi-régie ou, *de facto*, un des deux cocontractants est en situation d'entité contrôlée, il s'agit ici d'une relation de coopération, sans contrôle de l'un sur l'autre.

Pour cela, deux conditions doivent être réunies :

- La coopération mise en œuvre ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général
- Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

## **2.2 Les marchés exclus de l'ordonnance du fait de leur objet**

Au regard de leur objet, qui ne se prête pas à une mise en concurrence, certains marchés n'entrent pas dans le champ d'application de l'ordonnance de 2015. Ils sont listés à l'article 14 (pour les pouvoirs adjudicateurs) et à l'article 15 (pour les entités adjudicatrices).

Le texte de 2015 ne comporte pas ici d'évolution majeure par rapport aux cas d'exclusions déjà prévus par le code des marchés publics de 2006.

Il convient de se reporter à l'article 14 pour prendre connaissance des 18 cas d'exclusion prévus.

Citons, par exemple :

- Les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
- Les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;
- Les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 7° ;
- Les marchés publics de services juridiques suivants :
  - a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
  - b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
  - c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
- Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :
  - a) Un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etats tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
  - b) Une organisation internationale ;
- Les marchés publics qui sont conclus :
  - a) Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ;
  - b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale

<p><b>En conclusion, sur cette partie :</b> certains marchés publics peuvent néanmoins être exclus du champ d'application de l'ordonnance (et donc, par exemple être conclus tout à fait librement).</p>
--

Enfin, il convient de s'arrêter un point important : tous les marchés publics et accords-cadres ne sont pas conclus au terme des mêmes procédures de passation, comme ceci sera détaillé dans les séquences ultérieures. Il ne faut donc pas confondre la notion de marché public avec la procédure de passation de ce marché.

### 3. Rappel : la Distinction entre notion de marché public et procédures de passation

Le fait qu'un contrat soit qualifié de marché public ne signifie pas pour autant qu'il soit toujours conclu de la même manière : l'ordonnance de 2015 et le décret de 2016 prévoient ainsi des procédures de passation qui varient selon les seuils financiers du marché (souvent) ou au regard de l'objet de ce dernier (parfois).

Il convient donc ici, au risque de réaffirmer une vérité (qui pourra apparaître comme une banalité pour certains) : tous les contrats, quels que soient leurs montants, qui répondent à la définition de l'article 4 précité, sont des marchés publics, à partir du moment où ils ne rentrent pas dans un des cas d'exclusion mentionnés à la présente 2ème partie.

Prenons un exemple volontairement caricatural pour illustrer notre propos : l'achat d'un stylo au prix de 1,40 euros HT par une commune. Cet acte est juridiquement autant un marché public (de fournitures en l'espèce) qu'est un marché public de travaux passé pour la construction d'un musée par un conseil régional au prix de 7,5 Millions d'euros...

Ces deux contrats ont donc **des points communs** et notamment :

- Le fait que ce sont tous deux des contrats administratifs
- Le fait qu'ils soient soumis aux **principes fondamentaux de la commande publique** rappelés à l'article 1 de l'ordonnance :
  - La liberté d'accès à la commande publique
  - L'égalité de traitement des candidats
  - La transparence des procédures

Ces principes étant destinés à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics

Mais ils vont diverger très nettement quant à la **procédure de passation** qui va devoir être observée par l'acheteur :

- Possibilité de commande sans procédure de mise en concurrence et de publicité (article 30 8° du décret) et exonération de contrat écrit (article 15 du décret) pour l'achat du stylo<sup>1</sup>,
- Obligation de suivre une procédure dite formalisée pour le marché de travaux, en application de l'article 42 de l'ordonnance de 2015, le montant financier prévisionnel étant supérieur au seuil européen en vigueur (5 225 000 euros HT).

---

**Annexe :** fiche publiée par la Direction des Affaires Juridiques en date du 21 juin 2016, consultable sur le site [www.economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr)

---

<sup>1</sup> Sauf naturellement si cet objet est inclus plus largement dans une catégorie de fournitures « homogènes » au sens de l'article 21 du décret, mais partons du principe que tel n'est pas le cas, pour les besoins de l'exposé...