

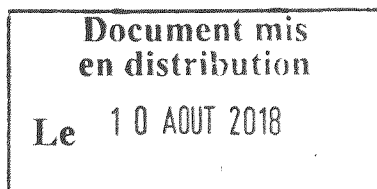
**ASSEMBLÉE
DE LA
POLYNÉSIE FRANÇAISE**

Commission de l'équipement,
de l'urbanisme, de l'énergie et des
transports terrestres et maritimes

Papeete, le 10 AOUT 2018

N° 94-2018

RAPPORT



relatif à l'avis de l'assemblée de la Polynésie française
sur le projet d'ordonnance portant partie législative du
code de la commande publique,

présenté au nom de la commission de l'équipement, de
l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et
maritimes,

par Monsieur le représentant Henri FLOHR,

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les représentants,

Par lettre n° 532/DIRAJ du 12 juillet 2018, le haut-commissaire de la République en Polynésie française a soumis pour avis à l'assemblée de la Polynésie française, un projet d'ordonnance portant partie législative du code de la commande publique.

I. Contexte

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit autorisait le gouvernement central à prendre par ordonnance les dispositions de la partie législative du code de la commande publique. Toutefois, cette habilitation n'a pas pu être mise en œuvre.

La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés avait, à nouveau, habilité le gouvernement central pour prendre de telles mesures par voie d'ordonnance. Cependant, l'article d'habilitation avait été censuré par le Conseil constitutionnel car ce dernier était dépourvu de tout lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi déposé devant le Parlement.

C'est ainsi que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a habilité le gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à élaborer par ordonnance la partie législative du code de la commande publique.

L'objectif du présent projet d'ordonnance est de regrouper et organiser les règles relatives aux différents contrats de la commande publique ce qui améliorera l'accessibilité et l'intelligibilité des règles applicables en ce domaine.

La commande publique désigne les diverses techniques contractuelles permettant aux personnes publiques et aux personnes privées chargées d'une mission de service public de recourir à des prestataires extérieurs pour la réalisation de travaux ou la fourniture de services.

Les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui sont ainsi codifiées, sont celles posées notamment par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ainsi que par d'autres dispositions législatives connexes. Il est utile de rappeler que l'assemblée de la Polynésie française s'est prononcée sur ces deux ordonnances à l'égard desquelles elle a émis un avis favorable¹.

II. Présentation du projet d'ordonnance

Le présent projet d'ordonnance comporte 17 articles. L'article 1^{er} prévoit que les dispositions annexées au projet d'ordonnance constituent la partie législative du code de la commande publique. Les autres articles ont trait à la mise à jour ou à l'adaptation des dispositions d'autres codes (*code de la construction et de l'habitation*, *code de l'énergie*, *code général des collectivités territoriales [CGCT]*, *code des transports*, *code de l'urbanisme*, *code de la voirie routière*) ou de lois.

Concernant la partie législative du code de la commande publique, ce dernier comporte trois parties :

- Partie I : Définitions et champ d'application ;
- Partie II : Marchés publics ;
- Partie III : Contrats de concession.

Tout d'abord, la première partie a donc trait aux définitions et au champ d'application du code. Ainsi, sont définis les différents contrats (*Livre I*) — dont les marchés publics et les contrats de concessions — et acteurs (*Livre II*) — à savoir les acheteurs, autorités concédantes, opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires — ainsi que les contrats mixtes (*Livre III*). Il est également prévu des dispositions relatives à l'outre-mer (*Livre IV*).

Ensuite, la deuxième partie est relative aux marchés publics avec des dispositions ayant trait aux marchés publics mixtes (*Livre préliminaire*), des dispositions générales (*Livre I*), des dispositions propres aux marchés de partenariat (*Livre II*), des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité (*Livre III*), des dispositions propres à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (*Livre IV*), des dispositions relatives aux marchés publics soumis à un régime juridique particulier (*Livre V*) et des dispositions relatives à l'outre-mer (*Livre VI*).

Enfin, la troisième partie concerne les contrats de concessions comprenant des dispositions relatives aux contrats de concession mixtes (*Livre préliminaire*), des dispositions générales (*Livre I*), des dispositions relatives aux contrats de concession soumis à un régime juridique particulier (*Livre II*) et des dispositions relatives à l'outre-mer (*Livre III*).

Aussi, la refonte proposée par le présent projet d'ordonnance intervient à droit constant, sous réserve des adaptations rendues nécessaires des différents codes et lois ayant trait à ce domaine. Outre les dispositions des ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 précitées et de leurs décrets d'application, le code de la commande publique rassemble l'ensemble des règles régissant le droit de la commande publique qui figuraient dans différents textes.

III. Observations

En liminaire, il importe de noter que le 1° de l'article 9 de la loi organique statutaire de la Polynésie française dispose que l'assemblée de la Polynésie française est consultée sur les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Polynésie française.

L'examen du projet d'ordonnance montre que le dispositif prévu n'a aucun impact sur le droit des marchés publics de la Polynésie française et des communes polynésiennes. Les articles L. 1461-1, L. 2661-1, L. 2691-2 et L. 3361-1 du code de la commande publique prévoient en effet que cette ordonnance n'est applicable en Polynésie française qu'aux seuls marchés publics et contrats de concession conclus par l'État et ses établissements publics.

¹ Avis n° 2015-16 A/APF du 25 août 2015 et Avis n° 2016-5 A/APF du 7 janvier 2016

Ces articles assurent pour l'essentiel le respect de la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État telle qu'elle résulte de la loi organique statutaire.

En effet, si l'État est compétent en matière de « *marchés publics et délégations de service public de l'État et de ses établissements publics* » (11° de l'article 14 de la loi organique statutaire), il appartient à la Polynésie française de fixer les règles applicables à la commande publique du Pays et de ses établissements publics (article 28-1 de la loi organique statutaire) ainsi que celle des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics (article 49 de la loi organique statutaire), dans le respect des principes constitutionnels de la commande publique².

Il est toutefois proposé quelques aménagements de forme au projet de code annexé au projet d'ordonnance (cf. *annexe au projet d'avis*) d'une part et la modification de l'une des dispositions du projet d'ordonnance d'autre part.

Concernant ce second point, l'article 15 du projet d'ordonnance prévoit d'étendre toutes les dispositions de l'ordonnance en Polynésie française à l'exception des articles 4 à 12. Or, le 20° de l'article 6 du projet d'ordonnance affecte des dispositions dont l'application concernerait spécifiquement les communes polynésiennes dans la mesure où ce dernier modifie la rédaction de l'article L.2573-12 du CGCT étendant et adaptant les dispositions des articles L. 2131-1 à L. 2131-12 du CGCT relatifs au contrôle de légalité pour les actes des autorités communales polynésiennes. La modification concerne précisément la rédaction du 4° de l'article L. 2131-2 du CGCT qui soumet certains contrats des communes à l'accomplissement des formalités de publicité (*publication/affichage et/ou notification aux intéressés selon le cas*) et à leur transmission au haut-commissaire de la République en Polynésie française en application de l'article L. 2131-1 du CGCT.

Paradoxalement, le projet d'ordonnance ne prévoit pas l'application de cette disposition en Polynésie française pour les communes polynésiennes régies par ces mêmes dispositions.

Au-delà de cette incohérence, il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si la disposition en question doit être modifiée.

Pour l'essentiel, la modification proposée tend à adapter la rédaction de l'article 2131-2 du CGCT à l'évolution du droit de la commande publique national depuis 2015 qui abandonne la notion de « *contrat de partenariat* » qui constituait une catégorie particulière de contrat public régi par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 au profit de celle de « *marché de partenariat* » défini comme une catégorie spécifique de marché public qui « *a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale* » (article L. 1112-1 du projet de code).

Cette nouvelle terminologie ne reflète pas l'état du droit de la commande publique polynésienne qui ignore d'ailleurs aussi bien les notions de contrat de partenariat que celle de marché de partenariat dans la mesure où la Polynésie française, du fait de sa compétence en la matière, reste libre de déterminer la dénomination des contrats qu'elle régit tout comme les règles de procédures applicables.

Le champ d'application du contrôle de légalité doit donc être déterminé en fonction de l'état du droit applicable dans cette collectivité.

Preuve en est, la dernière modification de l'article L. 2573-12 du CGCT issue de la loi n° 2016-1658 du 5 décembre 2016³ qui a précisément eu pour objet de corriger une terminologie inexistante en droit local, la notion de « *marchés passés sans formalités préalables* » au profit d'une terminologie plus générique afin de prendre en compte l'évolution du droit des marchés publics local (cf. *rapport n° 4220 du 16 novembre 2016 présentée par Madame la Députée Maïna SAGE sur le projet de loi*).

Pour ces motifs, il est proposé de supprimer le 20° de l'article 6 du projet d'ordonnance et de conserver la rédaction actuelle de l'article L. 2573-12 du CGCT.

² Principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics

³ Loi n° 2016-1658 du 5 décembre 2016 relative à l'élection des conseillers municipaux dans les communes associées de la Polynésie française et à la modernisation du code général des collectivités territoriales applicable aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics

Si toutefois, cet article devait être maintenu et que la volonté du gouvernement central est bien de permettre son application aux communes polynésiennes, il devrait alors être étendu en Polynésie française sauf à vider de sa substance la modification qu'elle induit.

S'il est vrai qu'il n'est pas nécessaire d'inclure une mention expresse d'applicabilité lorsqu'un texte est appelé à régir à raison même de son objet une collectivité, la mention d'applicabilité ne saurait en revanche en exclure l'applicabilité de manière expresse.

L'article 15 devrait donc être rédigé ainsi qu'il suit :

« Article 15

Les dispositions de la présente ordonnance, à l'exception de celles des articles 4 à 12, sont applicables dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables à la Polynésie française à l'exception des articles 4 à 5, des 1° à 19°, 21° à 29° de l'article 6 et des articles 7 à 12.

Les dispositions des textes mentionnés à l'article 14 intervenues dans une matière relevant de la compétence des autorités d'une Collectivité d'outre-mer mentionnée à l'article 74 de la Constitution, de la Nouvelle-Calédonie ou de ses provinces et applicables localement, y demeurent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées ou abrogées par l'autorité locale compétente. »

IV. Travaux en commission

L'examen de ce dossier par la commission de l'équipement, de l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et maritimes, dans sa réunion du 9 août 2018, a été l'occasion pour ses membres de s'enquérir de l'application du nouveau code polynésien des marchés publics et des difficultés qui pourraient survenir suite à l'application du code de la commande publique proposé par le projet d'ordonnance.

Il a été précisé que les règles contenues dans ces deux codes sont assez similaires, étant précisé que le premier code concernait les règles de la commande publique applicables à la Polynésie française et aux communes de Polynésie française et le second concernait celles applicables aux seuls marchés publics et contrats de concession conclus par l'État et ses établissements publics.

*
* *

Au regard de ces éléments, la commission de l'équipement, de l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et maritimes propose à l'assemblée de la Polynésie française d'émettre un *avis favorable* au projet d'ordonnance présenté, sous réserve des observations énoncées ci-dessus.

LE RAPPORTEUR

Henri FLOHR

**ASSEMBLÉE
DE LA
POLYNÉSIE FRANÇAISE**

AVIS N°

A/APF

DU

sur le projet d'ordonnance portant partie législative
du code de la commande publique

L'ASSEMBLÉE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, ensemble la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 modifiée complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu la lettre n° 532/DIRAJ du 12 juillet 2018 du haut-commissaire de la République en Polynésie française soumettant à l'avis de l'assemblée de la Polynésie française un projet d'ordonnance portant partie législative du code de la commande publique ;

Vu la lettre n° /2018/APF/SG du portant convocation en séance des représentants à l'assemblée de la Polynésie française ;

Vu le rapport n° du de la commission l'équipement, de l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et maritimes ;

Dans sa séance du

ÉMET L'AVIS SUIVANT :

Le projet d'ordonnance portant partie législative du code de la commande publique recueille un *avis favorable* de l'assemblée de la Polynésie française sous réserve des observations énoncées ci-dessous.

En effet, des erreurs de renvoi ont pu être relevées notamment, ainsi des corrections de forme annexées au présent avis, seront à apporter aux articles L. 2000-4, L. 2661-2 à L. 2661-6, L. 3132-7 et L. 3361-2 de la partie législative du code de la commande publique annexée au projet d'ordonnance.

Par ailleurs, il est proposé de supprimer le 20° de l'article 6 du projet d'ordonnance en ce qu'il modifie l'article L. 2573-12 du code général des collectivités territoriales et de conserver sa rédaction actuelle. En effet, bien que la modification proposée affecte des dispositions dont l'application concernerait spécifiquement les communes polynésiennes, elle n'est toutefois pas étendue à la Polynésie française par l'article 15 du projet d'ordonnance. Cette modification tend à adapter la rédaction de l'article 2131-2 du CGCT à l'évolution du droit de la commande publique national qui abandonne la notion de « *contrat de partenariat* » au profit de celle de « *marché de partenariat* ». Or, cette nouvelle terminologie ne reflète pas l'état du droit de la commande publique polynésienne qui ignore d'ailleurs ces deux notions.

Toutefois, si le 20° de l'article 6 du projet d'ordonnance devait être maintenu et que la volonté du gouvernement central est bien de permettre son application aux communes polynésiennes, il devrait alors être étendu en Polynésie française sauf à vider de sa substance la modification qu'elle induit. Dès lors, l'article 15 devrait être rédigé ainsi qu'il suit :

« Article 15

Les dispositions de la présente ordonnance, à l'exception de celles des articles 4 à 12, sont applicables dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables à la Polynésie française à l'exception des articles 4 à 5, des 1° à 19°, 21° à 29° de l'article 6 et des articles 7 à 12.

Les dispositions des textes mentionnés à l'article 14 intervenues dans une matière relevant de la compétence des autorités d'une Collectivité d'outre-mer mentionnée à l'article 74 de la Constitution, de la Nouvelle-Calédonie ou de ses provinces et applicables localement, y demeurent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées ou abrogées par l'autorité locale compétente. »

Le présent avis sera publié au *Journal officiel* de la Polynésie française et transmis, accompagné de son rapport de présentation, au haut-commissaire de la République en Polynésie française, au Président de la Polynésie française, aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et aux parlementaires de la Polynésie française.

La secrétaire,

Le président,

Béatrice LUCAS

Gaston TONG SANG

CORRECTIONS DE FORME**Partie II du code de la commande publique**

- À l'article L. 2000-4, remplacer les mots : « *de la présent partie* » par les mots : « *de la présente partie* » ;
- À l'article L. 2661-2 :
 - rédiger le 5° ainsi qu'il suit : « 5° *À l'article L. 2113-13, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail » et les mots : « mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;*
 - rédiger le 6° ainsi qu'il suit : « 6° *À l'article L. 2113-14, les mots : « mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;*
 - insérer après le 9°, un nouveau point rédigé ainsi qu'il suit : « *À l'article L. 2141-5, la référence à l'article L. 8272-4 du code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;* » ;
 - supprimer le 10° ;
 - rédiger le 16° ainsi qu'il suit : « 16° *À l'article L. 2195-5, la référence à l'article L. 631-1 du code de commerce est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;* » ;
 - rédiger le 20° ainsi qu'il suit : « 20° *À l'article L. 2197-6, les mots : « ainsi qu'en dispose l'article 2060 du code civil » sont supprimés ;* » ;
- À l'article L. 2661-3, rédiger le 1° ainsi qu'il suit : « 1° *À l'article L. 2213-7, les mots : « , des collectivités territoriales » sont supprimés ;* »
- À l'article L. 2661-4, la deuxième occurrence du point 6° et le 7° sont renumérotés 7° et 8° ;
- À l'article L. 2661-5, remplacer le 3° par les dispositions suivantes : « 3° *Aux articles L. 2422-4 et L. 2422-14, les mots : « définie à l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation » sont remplacés par les références aux dispositions applicables localement ayant le même objet* » ;
- À l'article L. 2661-6, insérer après le 3°, un nouveau point rédigé ainsi qu'il suit : « *À l'article L. 2513-5, les mots : « ou le deviennent en application de l'article L. 2514-5 » sont supprimés ;* ».

Partie III du code de la commande publique

- À l'article L. 3132-7, remplacer les deux occurrences des mots : « *à la celle-ci* » par les mots : « *à celle-ci* » ;
- À l'article L. 3361-2, après le 7° insérer un nouveau point rédigé comme suit : « *les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un État tiers »* ».