

FICHE 4

Les exclusions de l'article 3 du code des marchés publics

Un contrat répondant à la définition d'un marché public peut ne pas être soumis aux dispositions du code des marchés publics (CMP) s'il peut entrer dans l'une des hypothèses de son article 3.

Retenant l'approche énumérative de la directive européenne 2004/18/CE¹, l'article 3 du CMP identifie 14 catégories de contrats qui sont exclus du champ d'application du code, quel que soit leur montant.

Ces exclusions tiennent soit à la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur (1° et 2°), soit à l'objet du marché (3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10°, 11°, 12°, 13° et 14°) ou sont en lien avec une organisation particulière (8° et 9°).

De manière générale, les exclusions procèdent de l'idée que certains marchés, à raison de leurs spécificités, n'ont pas à être soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence. Si un acheteur fait usage d'une de ces exceptions, il est exonéré du respect des règles de passation et d'exécution prévues par le code.

Attention ! Les conventions de mandat, autrefois exclues du champ d'application du code, ne figurent plus parmi les exceptions de l'article 3 du CMP².

La présente fiche a pour objectif, à l'aide d'exemples concrets, de permettre aux acheteurs publics de déterminer quels contrats peuvent sortir du champ d'application du code des marchés publics.

Les développements qui suivent se limitent aux exclusions prévues du 2° au 14° de l'article 3 du CMP. Ne sont donc pas traités les contrats relevant du 1° de l'article 3. Il est renvoyé sur ce point à la fiche technique relative aux contrats conclus entre entités appartenant au secteur public.

I. Accords-cadres et marchés exclus en raison du cocontractant : l'octroi d'un droit exclusif (art. 3-2° du CMP)

Le 2° de l'article 3 du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au code ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une décision légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

1. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

2. CE, Assemblée, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux* (UNSPIC), n°233372.

Le droit exclusif se définit comme la situation dans laquelle le cocontractant d'un pouvoir adjudicateur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a donc pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause³.

Attention ! Les notions de droits spéciaux et de droits exclusifs ne se confondent pas⁴. A la différence du droit exclusif où un acte de puissance publique a entendu réserver l'exercice d'une activité à une personne déterminée, le droit spécial est octroyé à plusieurs opérateurs.

Cette exception, cantonnée aux marchés de services, oblige le pouvoir adjudicateur à s'adresser directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, au bénéficiaire du droit exclusif aux fins d'exécuter une prestation de service⁵.

Si elle est admise par le code, cette exception est néanmoins strictement encadrée⁶.

- **Fondement de la disposition instituant un droit exclusif.** L'application du code ne peut être écartée que si le droit exclusif dont bénéficie le prestataire découle d'une disposition légalement prise. Le droit exclusif résulte nécessairement d'un texte législatif ou réglementaire. Le texte, lorsqu'il attribue le droit, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de l'activité doivent également être précisément définis.

Le droit exclusif doit être antérieur au marché⁷. Il ne peut être accordé simultanément, c'est-à-dire par le contrat lui-même⁸.

Ex. : Un droit exclusif peut être octroyé par une disposition législative.

L'Agence nationale des chèques vacances (ANCV) bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise (article L. 411-13 du code du tourisme), du droit exclusif d'émission des chèques vacances. En conséquence, le marché passé avec cet établissement est exclu du champ d'application du CMP.

- **Identité de la personne qui attribue le droit exclusif.** Ni le droit de l'Union européenne ni le 2° de l'article 3 du CMP ne mentionnent l'autorité compétente pour l'octroi d'un droit exclusif. Pour autant, la circonstance que le droit exclusif découle d'une décision légalement prise suffit à démontrer que seules les autorités publiques disposant du pouvoir législatif ou réglementaire sont compétentes pour octroyer de tels droits. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le droit exclusif soit conféré par le pouvoir adjudicateur qui passe ensuite le contrat⁹.

- **Identité de la personne attributaire du droit exclusif.** Le cocontractant du pouvoir adjudicateur passant le marché doit lui-même avoir la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁰.

3. CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géométrie*, n° 276928.

4. CJUE, 19 mars 1991, France contre Commission, «*Terminaux de Télécommunication*», aff. C-202/88, points 32 et suivants.

5. CE, 3 mars 2006, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n°287960.

6. Voir fiche de la Commission européenne, *Directives secteurs, Définition des droits exclusifs et spéciaux*, CC/2004/33 FR du 18.6.2004.

7. CE, 5 mars 2003, n°233372, précité.

8. Conclusions H. Savoie sous CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Barr*, n°188239.

9. CE, Assemblée, 5 mars 2003, n°233372, précité.

10. Voir également les articles 136 et 180 du CMP ainsi que l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 sur la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur passant le marché.

• **Régularité du droit exclusif avec le traité européen¹¹**. Le droit exclusif doit être régulièrement institué au regard du traité de l'Union européenne. Les conditions de validité d'un droit exclusif sont les suivantes :

- il doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confiée au contractant ;
- lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public, le droit exclusif est justifié si, en son absence, son bénéficiaire ne serait pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été confiée ;
- conformément à l'article 106 du TFUE, le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de SIEG justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question ;
- dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises édictées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à la double condition que les restrictions à ces règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Ex. : L'octroi d'un droit exclusif aux seules mutuelles d'agents publics n'est pas justifié par l'intérêt général.

L'attribution de subventions accordées aux seules mutuelles constituées d'agents publics à l'exclusion de tout autre bénéficiaire a été considérée comme instituant une différence de traitement entre personnes placées dans la même situation non justifiée par l'intérêt général (CE, 26 septembre 2005, *Mutuelle générale des services publics*, n°262282).

L'octroi d'un droit exclusif ne doit pas non plus méconnaître le droit de la concurrence en conduisant son bénéficiaire à abuser systématiquement de la position dominante qui lui est conférée¹².

2. Accords-cadres et marchés exclus en raison de l'objet du marché

2.1. Accords-cadres et marchés d'acquisition ou de location d'immeubles (art. 3-3° du CMP)

Le CMP ne s'applique pas aux marchés 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 (servitudes, droit d'usage, usufruit, ...¹³).

La justification de cette exclusion tient au fait que les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens concernent souvent un

11. SGAE, Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général, Annexe 7, p. 34.

12. CE, 30 avril 2003, *Institut national de recherches archéologiques*, n° 244139.

13. En droit national, les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auxquels ils se rapportent (articles 517 et suivants du code civil). Cf. également CJUE, 16 janvier 2003, *Maierhofer*, aff. C-315/00 et CJUE, 3 mars 2005, *Fonden Marselisborg Lystoadehavn*, aff. C-428/02.

périmètre géographique précis et reposent sur des critères subjectifs, rendant difficile l'application de mesures de publicité et de mise en concurrence¹⁴.

Ex. : La location d'une salle.

La location d'une salle aux fins d'organiser une manifestation n'est pas soumise aux dispositions du CMP. En revanche, un marché ayant pour objet non seulement la location de salle mais également des prestations de services annexes (par exemple d'accueil, de traiteur, de sécurité ou de nettoyage) n'est pas exclu du champ d'application du code et doit donner lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence dans les conditions prévues par le code des marchés publics.

Le terme « existant » permet de limiter le cas d'exclusion de l'application du CMP aux seuls marchés de services, les distinguant ainsi des marchés de travaux. Ainsi, si le contrat par lequel le pouvoir adjudicateur achète ou prend à bail n'est pas soumis au CMP, le fait de réaliser des travaux sur ce bien immobilier, pour les besoins propres de l'acheteur public, est qualifiable de marché public de travaux, soumis au CMP.

Ex. : Une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) peut ne pas être exclue du champ d'application du code des marchés publics.

Une VEFA, prévue à l'article 1601-3 du code civil, est une opération d'acquisition d'un bien immobilier exclue du champ d'application du CMP. Elle sera requalifiée en marché de travaux soumis au CMP lorsque la personne publique aura agi, en réalité, comme un maître d'ouvrage (CE, 8 février 1991, *région Midi-Pyrénées*, n°57679 ; CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes Millau Grands Causses*, n°280370).

A l'instar de la VEFA, le bail en l'état futur d'achèvement suppose que la construction de l'ouvrage n'ait pas pour objet spécifique et exclusif de répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur¹⁵.

Attention ! Les contrats de services financiers demeurent soumis aux dispositions du CMP dès lors qu'ils sont conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location.

Ex. : Un contrat de mandat de vente est soumis aux dispositions du CMP.

Le contrat de mandat de vente d'un bien immobilier s'analyse comme un marché public de services au sens de l'article 1^{er} du code. Il est, en effet, conclu en vue de la fourniture à un pouvoir adjudicateur d'une prestation de services à titre onéreux. (TC, 14 mai 2012, *Société La Musthyere contre Commune d'Evry*, n°C3860).

2.2. Accords-cadres et marchés relatifs à des programmes de radiodiffusion et au temps de diffusion (art. 3-4° du CMP)

Les marchés et accords-cadres qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion sont exclus du champ d'application du CMP. Il en va de même pour les marchés concernant les temps de diffusion.

L'exclusion procède de l'idée selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir tenir compte, pour certains services audiovisuels dans le domaine de la radiodiffusion, de considérations sociales et culturelles rendant inadéquates les procédures de passation des marchés publics¹⁶.

La dispense de toute mesure de publicité et de mise en concurrence concerne :

- les services de médias audiovisuels et radiophoniques. L'exclusion ne concerne que les marchés de services qui touchent à la fonction propre des organismes de radiodiffusion, à savoir la création et la réalisation de programmes, pour des motifs d'ordre culturel et social¹⁷ ;
- l'achat de temps de diffusion.

14. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 24.

15. CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre RFA, aff. C-536/07.

16. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 25.

17. CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, point 62.

L'hypothèse d'exclusion de l'application du CMP distingue ainsi deux hypothèses :

- la conception du programme : le pouvoir adjudicateur, organisme de radiodiffusion, envisage d'acquérir un programme. Son marché ne sera pas soumis au CMP. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas un organisme de radiodiffusion, le marché relève des services de publicité mentionnés au 13° de l'article 29 du CMP et donc des règles prévues au code des marchés publics.
- la diffusion du programme : si l'acheteur public a conçu le programme et souhaite le diffuser (par exemple un spot publicitaire), le marché de diffusion relève du champ d'exclusion prévu par l'article 3-4 du CMP.

Attention ! Seuls sont exclus du CMP les marchés directement en lien avec la production ou la diffusion de programmes, c'est-à-dire les prestations à contenu ou visée créatif¹⁸. Cette exclusion est d'interprétation stricte¹⁹. Les marchés de nature « technique » concourant simplement à la production d'un programme ne bénéficient pas de cette exclusion.

Ex. : Etre un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas pour bénéficier de l'exclusion de l'article 3-4.

La circonstance que le pouvoir adjudicateur soit un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas à elle seule pour s'exonérer de toutes mesures de publicité et de mise en concurrence, sur le fondement de l'article 3-4° du CMP. Ainsi, le marché de nettoyage de locaux passé par l'ARD, organisme de radiodiffusion allemand, s'analese comme un marché public de services, soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence : la prestation n'est pas en lien direct avec la mission de diffusion et de programmation de l'organisme (CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, points 61 et suivants).

2.3. Accords-cadres et marchés de services financiers (art. 3-5° du CMP)

Le 5° de l'article 3 du CMP exclut les accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnements en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (sous réserve des dispositions du 3° de l'article 3). Les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par les banques centrales sont également dispensés de l'application des dispositions du code.

L'exclusion des règles du CMP se justifie par la spécificité des marchés financiers, « où il est jugé nécessaire de prendre rapidement des décisions qui ne peuvent être entravées par une excessive formalisation des procédures »²⁰. Les marchés de services financiers exigent, en effet, tout à la fois un degré de confidentialité et une réactivité incompatibles avec les délais de mise en concurrence inhérents à tout marché public.

Sont ainsi écartés de l'application du CMP :

- Les contrats d'emprunts²¹ ;
- Les contrats concernant des instruments de politique monétaire, des taux de change, de dette publique, de gestion de réserve ou concernant d'autres politiques qui comportent des opérations sur titres ou sur autres instruments financiers²².

18. Les contrats visés par l'exclusion sont « intimement liés au contenu des programmes de radio et de télévision » (point 75 des conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée).

19. Conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée, point 76.

20. Rapport de la Cour des comptes de 2009 (première partie) sur les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunts (p.275).

21. Réponses ministérielles n°59585 et n°66824, JOAN, 26 juillet 2005, p. 7407 ; réponse ministérielle n° 71098, JOAN, 27 septembre 2005, p. 8990 ; réponse ministérielle n°18875, JO Sénat, 1^{er} décembre 2005, p. 3098.

22. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 27.

Les services financiers, lorsqu'ils ne relèvent pas du périmètre du 5° de l'article 3 du CMP, relèvent alors de la catégorie des marchés de services cités au 6° de l'article 29, du CMP²³. Il en est ainsi des contrats de crédit-bail²⁴.

Ex. : Les contrats de courtage d'emprunt sont des marchés publics relevant de l'article 29 du CMP.

Les contrats de courtage ayant pour objet la recherche des conditions d'emprunt les plus avantageuses pour le pouvoir adjudicateur constituent des marchés publics de services (TC, 14 février 2000, *Commune Baie-Mahault*, n°03138) soumis au CMP et relevant de l'article 29 du code.

Ex : L'achat de parts ou d'actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) relève aussi de l'article 29 du CMP.

L'article L. 211-1 du code monétaire et financier qualifie les parts ou actions d'OPCVM de titres financiers. A la différence des autres titres financiers, les parts ou actions d'OPCVM permettent d'accéder à un service de gestion de portefeuille. L'achat de parts d'OPCVM et, partant, le choix de la société de gestion n'entre pas dans le champ d'exclusion du 5° de l'article 3 du CMP et s'analyse comme un marché public de services relevant de l'article 29²⁵.

Attention ! Les marchés de services financiers lorsqu'ils sont en relation avec un achat ou une location immobilière demeurent régis par les dispositions du code des marchés publics (voir *point 2.1*). Il en est de même des services financiers attachés à un contrat d'acquisition ou de location de biens (tels que le crédit-bail²⁶).

2.4. Accords-cadres et marchés relatifs à des programmes de recherche et de développement (art. 3-6° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics de services de recherche et de développement financés par un pouvoir adjudicateur sont exclus du champ d'application du CMP. Cette exclusion se justifie notamment par la volonté d'encourager la recherche et le développement scientifique et technologique²⁷.

L'exclusion est d'interprétation stricte. Elle suppose, en outre, qu'une des deux conditions suivantes soit satisfaite :

- Le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats. Cette condition implique le partage des droits, notamment ceux relatifs à la propriété intellectuelle pouvant naître de l'exécution du contrat, entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique ;
- Les prestations ne sont pas financées entièrement par le pouvoir adjudicateur. Cette condition suppose un partage du coût financier des études à réaliser. Les frais engagés par le programme de recherche et de développement ne doivent pas être intégralement couverts par le pouvoir adjudicateur.

Ces deux conditions étant alternatives, la satisfaction de l'une ou de l'autre suffit à justifier l'exclusion du champ d'application.

23. Article 29, 6° du CMP : « *Services financiers : services d'assurance, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3* ».

24. CAA Paris, 24 mars 2003, *CEPME*, n° 98PA01226 ; réponse ministérielle n° 43419, JOAN, 10 juillet 2000, p. 4193 et réponse ministérielle n° 57940, JOAN, 23 juillet 2001, p. 4244.

25. Les services de gestion de portefeuille relèvent de l'annexe II de la directive 2004/18/CE, qui liste les services entrant dans le champ d'application de la directive.

26. Article 1^{er} du CMP, point III, 2^{ème} alinéa. CAA Paris, 24 mars 2003, *CEPME*, n° 98PA01226.

27. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 23.

L'exception ne concerne que les marchés de services et ne s'applique qu'aux programmes qui portent sur des projets de recherche et de développement²⁸, sans prolongement industriel direct. Elle ne couvre donc pas les programmes qui prévoient la réalisation et la qualification de prototypes de pré-production ou de modèles opérationnels/exploitable, c'est-à-dire ceux dont la finalité précède immédiatement la mise en industrie.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), chargée d'assurer la comparabilité des informations entre les pays membres de l'organisation, a publié le « *Manuel de Frascati* » (mise à jour effectuée en 2002, sixième édition)²⁹, qui définit la recherche-développement et distingue trois activités³⁰ : la recherche fondamentale³¹, la recherche appliquée³² et le développement expérimental³³.

Ex : Les études réalisées par des chercheurs en comptabilité sont exclues du CMP.

Les contrats d'études réalisés par des chercheurs en comptabilité pour l'autorité des normes comptables (ANC) peuvent être passés sur le fondement du 6° de l'article 3 du CMP. Ces études constituent de la recherche fondamentale et répondent à la notion de « *recherche-développement* », telle que définie par l'OCDE. Le coût de ces études en comptabilité est pris en charge par un fonds de concours alimenté par des entreprises cotées, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables. Le résultat de ces recherches n'avait, en outre, pas vocation à devenir la propriété exclusive de l'ANC, mais au contraire à être présenté et discuté (*DAJ, Rapport d'activité 2010, page 65*).

Attention ! Les marchés de services de recherche et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité ou dont la prestation est entièrement financée par le pouvoir adjudicateur demeurent assujettis au CMP. Les simples marchés d'études ne relèvent pas de l'exception du 6° de l'article 3 du CMP.

2.5. Accords-cadres et marchés exigeant le secret ou nécessitant des mesures particulières de sécurité (art. 3-7° du CMP)

Hormis les hypothèses où les exigences de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat peuvent être assurées dans le cadre

28. Les opérations de recherche scientifique ou technique sont définies par le code général des impôts (article 49 septies F de l'annexe III au code général des impôts –CGI–). Un faisceau d'indices permet de déterminer si une activité relève de la recherche et développement (pour des activités de développement expérimental : CE, 9 février 2005, *SA Noirat manutentions*, n° 250920 ; en matière d'opération de recherche, CE, 16 février 1996, *Société anonyme Ares*, n° 154185/154187/160124 et CE, 21 décembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 221006).

29. Site de l'OCDE : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/recherche-developpement.htm>

30. « Le terme R-D [recherche-développement] recouvre trois activités : la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental ; (...). La recherche fondamentale consiste en des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste également en des travaux originaux entrepris en vue d'acquérir des connaissances nouvelles. Cependant, elle est surtout dirigée vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux systématiques fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà. »

31. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche fondamentale. L'objectif premier de cette dernière est la production de nouvelles connaissances générales.

32. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche appliquée. Le manuel de Frascati précise que les connaissances ou les informations tirées de la recherche appliquée sont souvent brevetées mais peuvent également être gardées secrètes. Enfin, dans le cadre du crédit d'impôt Recherche, la notion de modèle probatoire est définie par l'instruction BOI-BIC-RI-CI-10-10-10-20-20120912.

33. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche éligibles au crédit d'impôt Recherche dont celles de développement expérimental. Une autre définition est donnée en matière d'aide d'Etat à la recherche et au développement (Journal officiel 2006/C 323/01 du 30/12/2006).

de l'article 4-II³⁴ et 45-I³⁵ du CMP³⁶, les accords-cadres et marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige sont exclus du CMP.

Cette exclusion se justifie par les exigences et impératifs de secret que requiert la réalisation de certaines prestations, compte tenu des intérêts nationaux et stratégiques en jeu. A l'instar des autres exclusions de l'article 3, cette disposition est d'interprétation stricte. Sa mise en œuvre suppose des circonstances exceptionnelles, réelles et certaines³⁷ et présentant un caractère particulièrement sensible³⁸.

L'article 3-7° du CMP prévoit trois cas d'ouverture :

- **Les accords-cadres ou marchés publics qui exigent le secret** : l'objet du contrat ou ses conditions de réalisation doivent être secrets. Dès lors que la mise en œuvre de certaines précautions permet, au stade de la procédure de passation, d'écartier tout risque, le fait que les informations traitées ou les résultats des prestations du marché revêtent un caractère nécessairement secret ne justifie pas que le marché lui-même soit passé de gré à gré³⁹.

Ex : L'achat de scanners ou capteurs biométriques destinés à abriter des données confidentielles.

L'achat par un pouvoir adjudicateur d'équipements de biométrie standardisés et n'exigeant aucune spécificité particulière par rapport aux autres équipements de biométrie classique (station d'enregistrement de passeport biométriques dans les mairies par exemple) ne justifie pas l'exclusion de ce contrat du CMP, quand bien même son utilisation future servira à abriter des données confidentielles relatives à l'identité de personnes physiques.

Ex : L'achat d'hélicoptères à vocation civile et militaire.

Un marché de fournitures d'hélicoptères à vocation civile et militaire est soumis à une obligation de mise en concurrence dès lors que les matériels concernés n'étaient pas destinés à des fins spécifiquement militaires et que le pouvoir adjudicateur n'indiquait pas les raisons pour lesquelles le caractère confidentiel des données communiquées pour la production des hélicoptères serait moins bien garanti en cas de soumission du marché à une procédure de mise en concurrence (CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre Italie*, aff. C-337/05, points 42 et suivants).

- **Les marchés dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité** : la mise en œuvre de cette hypothèse est conditionnée par l'existence de textes imposant le respect de mesures particulières de sécurité de telle sorte que le contrat ne puisse être confié qu'à très peu de personnes. Cependant, le seul fait de l'application de ces normes à un pouvoir adjudicateur ou une activité n'impose pas l'absence de soumission du contrat au code des marchés publics. Cette appréciation doit s'effectuer au cas par cas.

34. « Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats. »

35. « Le pouvoir adjudicateur peut également exiger, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, des renseignements relatifs à leur habilitation préalable, ou à leur demande d'habilitation préalable, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale. »

36. CJUE, 11 mars 2003, Dory, aff. C-186/01, point 30 : les mesures que les États membres prennent en matière de défense ne sont pas soustraites dans leur ensemble à l'application du droit communautaire du seul fait qu'elles interviennent dans l'intérêt de la sécurité publique ou de la défense nationale.

37. CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre République Italienne*, aff. C-337/05, points 42 et suivants ; CJUE, 2 octobre 2008, *Commission contre République Italienne*, affaire C-157/06, points 23 et suivants.

38. CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, points 29 à 36.

39. Aff. C-337/05 précitée, point 52 : « la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché ».

Ex : Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge peut être passé de gré à gré.

Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge rentre dans le champ de l'exclusion, au motif que la Belgique a la responsabilité de protéger la sécurité, non seulement de ses propres installations, mais également de celles d'organisations internationales implantées sur son territoire, notamment de l'OTAN. Cette obligation impose que toute prise aérienne soit soumise aux services de sécurité pour contrôle et masquage éventuel ou que l'entreprise concernée dispose d'un certificat de sécurité militaire la soumettant à un contrôle complet de la part des autorités publiques (CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, points 29 à 36).

- **Les marchés et accords-cadres pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est en jeu** : la notion d'intérêts essentiels de l'Etat n'est définie par aucun texte. Il n'est pas possible de déterminer avec précision et de manière exhaustive les contrats échappant, pour cette raison, au champ d'application du CMP. Pour autant, un marché « *qui exige le secret* » ou nécessite des « *mesures particulières de sécurité* » apparaît ainsi « *toucher aux intérêts essentiels de l'Etat* ». Tel pourrait être le cas de titulaires qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité ou à la sûreté de l'Etat et à son potentiel économique et scientifique.

Le 7° de l'article 3 du CMP présente un intérêt organique, pour les acheteurs non soumis à la troisième partie du code, et matériel, notamment les marchés mettant en jeu des intérêts économique ou de santé publique.

Ex : La commande de vaccins antivarioliques imposé à toute la population en cas de guerre (article L. 3111-8 du code de la santé publique).

2.6. Accords-cadres et marchés relatifs à l'acquisition d'œuvres d'art (art. 3-10° du CMP)

L'article 3-10° du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'arts existants, d'objets d'antiquité et de collection. Cette exclusion, spécifique au droit français, se justifie au regard de la difficile conciliation des règles de la commande publique avec les œuvres de l'esprit, souvent empreintes de subjectivité.

Elle se limite aux œuvres d'arts « existantes », c'est-à-dire déjà créées : ce n'est donc qu'à son achèvement que l'œuvre d'art peut bénéficier de l'exclusion. Le contrat passé par un pouvoir adjudicateur et portant commande de la réalisation d'une œuvre est soumis aux dispositions du droit de la commande publique⁴⁰.

Ex : L'achat d'une sculpture sur maquette constitue une commande d'œuvre d'art, soumise au CMP.

La préfiguration sur maquette d'une œuvre d'art à réaliser ultérieurement à taille réelle ne constitue pas une œuvre d'art existante au sens des dispositions de l'article 3-10° du CMP. L'achat d'une sculpture, non encore créée dans sa version définitive, s'analyse comme une commande d'œuvre d'art, régie par les dispositions du code (Cour administrative d'appel de Marseille, 30 septembre 2013, *Association Le Citoyen Barcaresien c/ Commune de Le Barcares*, n°11MA00299).

Attention ! : Les prestations connexes aux œuvres d'art demeurent soumises aux procédures de passation du CMP.

Ex : Le transport d'une collection, la protection des œuvres, la mise en valeur et restauration de tableaux,...

40. Cour administrative d'appel de Marseille, 30 septembre 2013, *Association Le Citoyen Barcaresien c/ Commune de Le Barcares*, n°11MA00299 ; CE, 8 décembre 1995, *Préfet de Haute-Corse*, n° 168253. Inapplication de l'article 35-II-8 du CMP ou 104-II de l'ancien code à ces espèces.

2.7. Accords-cadres et marchés relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (art. 3-11° du CMP)

L'article 3-11° du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.

Les services d'arbitrage et de conciliation sont, en effet, habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics⁴¹. Les parties peuvent, dès lors, d'un commun accord, avoir recours, sous le respect de certaines conditions, à ces deux modes de règlement amiable des différends.

L'acheteur public et la partie adverse ont la possibilité, en cas de litige, de faire appel à un tiers conciliateur, par exemple un magistrat administratif⁴².

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, de recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées par l'article 128 du CMP.

Attention ! : Les services d'arbitrage et de conciliation ne se confondent pas avec ceux de représentation légale ou de conseil juridique intervenant dans un tel cadre.

Ex : La désignation d'avocat pour représenter l'Etat dans une procédure d'arbitrage est soumise au CMP.

Si le choix des arbitres composant un tribunal arbitral est exclu du champ d'application du CMP, la désignation, en revanche, d'un avocat pour représenter l'Etat français dans le cadre d'une procédure d'arbitrage entre, en l'état actuel du droit, dans le champ d'application des règles de la commande publique et doit donner lieu à la passation d'un marché de prestations juridiques soumis à l'article 30 du CMP.

2.8. Accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail (art. 3-12° du CMP)

Les accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail sont exclus du champ d'application du CMP. Cette exclusion recouvre le cas où la personne publique souhaite recruter par elle-même des agents ou des employés, sans passer par un intermédiaire.

Comme toute exclusion du code des marchés publics, elle est d'interprétation stricte. Les contrats par lesquels la personne publique recrute du personnel est exempte de toute mesure de publicité et de mise en concurrence à condition que ceux-ci présentent les caractéristiques d'un contrat de travail.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. La qualification en contrat de travail suppose ainsi la réunion de trois critères cumulatifs :

- Un travail pour le compte d'autrui ;
- Un emploi rémunéré ;
- Un lien de subordination caractérisé par un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction par l'administration.

41. Directive 2004/18/CE, considérant 26.

42. Article L. 211-4 du code de justice administrative (CJA) : « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées. » Une conciliation peut être suivie d'une transaction conclue entre les parties prenantes (cf. *circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique et circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*)

Ex : Le recrutement par une commune d'un jardinier pour l'entretien des jardins et parcs municipaux, l'embauche par un ministère d'un attaché de presse aux fins de relayer la politique gouvernementale,....

La circonstance que le contrat ait un lien, direct ou indirect, avec le droit du travail ne suffit pas à exclure le contrat du champ d'application du CMP.

Ex : Les contrats d'épargne retraite complémentaire conclus par un pouvoir adjudicateur au profit de ses agents sont soumis au CMP

Les contrats conclus par des personnes publiques avec des organismes d'assurance afin de mettre en œuvre le régime d'assurance vieillesse d'entreprise conformément à une convention collective n'entrent pas dans le champ de la dérogation relative aux « contrats d'emplois » (CJUE, 15 juillet 2010, *Commission contre RFA, aff. C-271/08, point 82*).

Attention ! : Les marchés ayant pour objet le recours à des entreprises d'intérim ou à des cabinets de recrutement ne sont pas exclus du champ d'application du CMP. Ils s'analysent comme des marchés de services de travail temporaire.

Ex : La convention ayant pour objet, non pas le recrutement d'un agent, mais la mise à disposition d'une commune d'un chef de projet et de sa structure dont la mission consiste à réaliser des prestations de services pour le compte de la collectivité ne bénéficie pas de l'exclusion concernant les contrats d'emploi (CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Société SODEGIS, n°01BX00381*).

2.9. Accords-cadres et marchés relatifs aux communications électroniques (art. 3-13° du CMP)

Les contrats de travaux, de fournitures et de services sont exclus du CMP s'ils ont principalement pour objet de permettre :

- la mise à disposition ou l'exploitation d'un réseau public de communications électroniques ;
- ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques⁴³.

Cette dispense de mesures de publicité et de mise en concurrence s'explique par la situation de concurrence effective des marchés dans le secteur des télécommunications⁴⁴. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur intervient sur le marché des communications électroniques, il ne saurait se voir soumis aux règles contraignantes de la commande publique auxquelles ne sont pas soumis les autres opérateurs, « *libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* »⁴⁵.

L'exclusion est, ici encore, d'interprétation stricte. Elle vise les marchés dont l'objet principal est de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exercer certaines activités dans le secteur (concurrentiel) des télécommunications et définies aux articles 1^{er}, 2 et 8 de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Le pouvoir adjudicateur doit agir comme un opérateur de télécommunications pour bénéficier de l'exclusion⁴⁶.

Ex : La fourniture, par un office public de l'habitat, d'un accès Internet pour ses locataires.

43. Ces notions sont définies à l'article L32 du code des postes et des communications électroniques.

44. Directive 2004/18/CE, considérant 21 et article 13.

45. Article 8 de la directive « *Secteurs spéciaux* » n°93/38 du 14 juin 1993, abrogée par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004.

46. Le périmètre de cette dérogation découle de celui de l'article 8 de la directive 93/38/CEE qui prévoyait l'exclusion de son champ d'application de certains secteurs. Cette directive s'appliquait aux entités adjudicatrices exerçant certaines activités, notamment en matière de télécommunication. L'article 8 prévoyait toutefois une exception d'application de la directive « *lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* ». Ces mêmes activités, sorties de la directive 2004/17/CE concernant les entités adjudicatrices exerçant certaines activités, ne devaient pas davantage relever de la directive 2004/18/CE, d'où l'exclusion de l'article 3-13° du CMP.

En revanche, les marchés par lesquels les pouvoirs adjudicateurs se procurent, pour la satisfaction de leurs besoins, des services de communications électroniques demeurent soumis au CMP.

Ex : La location et l'utilisation de lignes analogiques mis à la disposition du TGI d'Ajaccio par France Télécom s'analyse comme un marché public de services de télécommunications (TC, 19 mars 2007, *Société France Télécom*, n°C3594).

Attention ! Les marchés publics ayant pour objet de réaliser une infrastructure ou un réseau de communication électronique mis à la disposition d'un tiers ou d'en confier l'exploitation à un prestataire extérieur, moyennant rémunération, demeurent soumis au CMP. Le pouvoir adjudicateur n'agit pas comme opérateur de réseaux de télécommunications (intervenant sur un marché concurrentiel) mais comme un simple maître d'ouvrage public d'une infrastructure ou d'un réseau destiné à l'usage d'opérateurs de télécommunication.

2.10. Accords-cadres et marchés qui cessent d'être soumis aux dispositions du CMP en application de l'article 140 (art. 3-14° du CMP)

L'article 140 du CMP transpose l'article 30 de la directive 2004/17/CE relative aux règles de passation des marchés des opérateurs de réseaux⁴⁷.

Seuls les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateurs de réseaux dans les secteurs énumérés par le code des marchés publics sont concernés par cette disposition⁴⁸. Leurs marchés cessent alors d'être soumis aux dispositions du CMP dès lors que la Commission a constaté que dans l'Etat membre concerné, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels, dont l'accès n'est pas limité. L'objet de cette mesure est d'organiser une procédure pour sortir certains secteurs économiques du champ d'application du code dès lors que ce secteur est ouvert à la concurrence.

Les activités concernées par cette possibilité d'exonération sont les activités de réseaux des secteurs du gaz, de l'électricité et de la chaleur, de l'eau et de l'assainissement, des transports, des services postaux, de la prospection ou de l'extraction des énergies fossiles, de la gestion des ports et des aéroports.

L'exonération d'application des règles de la commande publique est conditionnée par la mise en œuvre d'une procédure engagée à l'initiative de l'Etat membre et dont le déroulement est du ressort de la Commission européenne.

Lorsqu'un Etat membre estime qu'une activité est directement exposée à la concurrence, il en informe la Commission européenne et lui communique un dossier comportant tous les faits pertinents. La Commission mène une étude approfondie. La décision est adoptée, selon la procédure de comitologie, dans des délais compris entre 3 et 6 mois. A défaut de décision dans les délais, le secteur concerné n'est plus soumis à la directive⁴⁹.

En France, seule l'activité de télécommunication a fait l'objet de la procédure mentionnée à l'article 140. Elle a, en effet, été reconnue concurrentielle par la Commission européenne en 1999. Depuis, les opérateurs français, entités adjudicatrices, relevant du secteur des télécoms agissent, pour leurs achats, comme toute entreprise privée et ne sont plus soumises aux procédures du CMP.

47. Voir en ce sens les considérants 40 et 41 de la directive 2004/17/CE.

48. Article 135 du CMP et articles 3 à 7 de la directive 2004/17/CE.

49. Article 30 de la directive 2004/17/CE.

Ex : La distribution d'eau destinée à la consommation humaine demeure régie par les dispositions du CMP.

L'activité de service d'eau potable relève de la compétence des communes⁵⁰. N'étant pas exercée dans des conditions concurrentielles, elle n'est pas susceptible de sortir du champ d'application de la deuxième partie du CMP (réponse ministérielle n°11278, JO Sénat, 22 avril 2010, p. 1014).

3. Accords-cadres et marchés exclus en raison d'une organisation particulière

3.1. Accords-cadres et marchés passés en vertu d'une procédure propre à une organisation internationale (art. 3-8° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci sont exclus du champ d'application du CMP.

L'exonération de toute obligation de publicité et de mise en concurrence est néanmoins subordonnée au respect de trois exigences :

- Une procédure spécifique d'achat doit être prévue par l'organisation internationale concernée ;
- Les achats effectués par l'organisation internationale sont destinés à un pouvoir adjudicateur national ;
- L'objet du contrat conclu entre l'organisation internationale et le pouvoir adjudicateur national ne peut être extérieur aux missions de l'organisation internationale.

Ex : Les marchés de l'aéroport de Bâle-Mulhouse sont exclus du CMP.

Le marché passé par l'aéroport franco-suisse de Bâle-Mulhouse, couvert par un règlement adopté par une organisation internationale ayant pour objet de fixer des procédures de passation, peut être conclu hors du champ du droit français de la commande publique (TA Strasbourg, ordonnance, 22 juin 2007, *Société 01DB-METRAVIB contre Aéroport de Bâle-Mulhouse*, n°0702786).

Ces contrats peuvent être passés par un pouvoir adjudicateur, pour son propre bénéfice et pour le compte d'une organisation internationale, dans le respect des missions de cette dernière et de ses règles de passation de contrats d'achat.

Ex : La coopération avec l'Organisation des nations unies échappe au CMP.

L'Etat peut acquérir, pour le compte de l'ONU, des fournitures, travaux ou services en soutien de son action internationale, en appliquant les règles onusiennes de passation des marchés publics (« Manuel des achats des nations unies ») et, le cas échéant, selon les choix procéduraires retenus par l'ONU.

Attention ! Les organisations internationales, dont la base juridique est un accord international, se distinguent des organisations non gouvernementales dont la base juridique est un acte de droit interne. Les contrats passés par ou avec des ONG demeurent, en conséquence, régis par les dispositions du CMP.

3.2. Accords-cadres et marchés en vertu d'une procédure prévue par un accord international (art. 3-9° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au

50. Article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales.

stationnement des troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers, en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage sont exclus du champ d'application du CMP.

Cette exclusion se justifie notamment par le fait que les opérations transfrontalières sont souvent régies par un accord international qui permet d'écartier l'application des règles de droit interne.

Elle est néanmoins strictement encadrée tant sur le plan procédural que dans l'objet de la convention.

- **L'accord cadre ou le marché public doit être passé selon des règles particulières prévues par un accord international ou, le cas échéant, par un arrangement administratif**

Les arrangements administratifs sont conclus par un ministre avec son homologue étranger pour compléter ou préciser un accord existant ou, le cas échéant, pour organiser une coopération administrative de portée limitée dans la stricte limite de ses attributions⁵¹.

Ex : La conclusion d'une convention de coopération transfrontalière régie par l'accord de Karlsruhe.

L'accord de Karlsruhe est un accord quadripartite sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales, signé, le 23 janvier 1986, par la Suisse, la France, l'Allemagne et le Grand Duché de Luxembourg.

- **L'objet de l'accord-cadre ou du marché public est limité.**

Les accords-cadres et marchés publics, conclus selon une procédure prévue par un accord international, sont exclus du champ d'application du CMP si les prestations, objet du marché, portent sur le stationnement des troupes.

Cette exclusion s'applique également pour les accords-cadres et marchés publics relatifs à la réalisation ou l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage, sous réserve que ce contrat ait été conclu entre un Etat membre et un pays tiers.

Ex : La réalisation d'une ligne de tramway franco-genevoise est exclue du champ d'application du CMP.

Les travaux d'extension d'une ligne de tramway entre la France, Etat membre, et la Suisse, Etat tiers, peuvent être réalisés sur le fondement de l'article 3-9° du CMP et partant être exonérés du respect du CMP.

51. La circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux recommande aux négociateurs français de ne recourir à ce type d'arrangements qu'exceptionnellement et souligne que les effets qu'ils produisent sont incertains.