

Transposition des directives : les nouvelles du front

A propos de l'auteur

Mlle Sandrine Dyckmans

[Voir les articles de cet auteur](#)

La direction des affaires juridiques a fait le point sur le chantier de transposition des directives marchés publics et concessions. L'unification du Code et de l'ordonnance du 6 juin, espérée pour juin 2015, devrait déboucher sur un assouplissement des règles, même si plusieurs points ne sont pas encore tranchés. Le contrat de partenariat, dont le nom pourrait disparaître, sera considéré comme un marché. Quant aux concessions, la DAJ propose le maintien de la loi Sapin sous le seuil européen.

La présentation des travaux de transposition des nouvelles directives marchés publics et concessions est toujours l'occasion d'en savoir un peu plus sur le fond et la forme que prendront dans le droit français les textes en préparation. Tel a été le cas lors de la 167ème session d'études de l'APASP, vendredi 17 octobre au cours de laquelle Guillaume Delaloy, l'adjoint au chef de bureau de la réglementation de la DAJ, a apporté d'éclairantes informations sur l'harmonisation qui doit être opérée entre les différentes formes de partenariat public-privé et d'occupation du domaine public, d'une part, et leur distinction avec les concessions, d'autre part. Sans omettre bien évidemment de faire le point sur l'homogénéisation attendue par l'unification du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Sur ce point précis, la ligne est claire : la transposition des directives marchés sera l'occasion d'assouplir les règles. Il n'en demeure pas moins que certaines différences cruciales entre le code et l'ordonnance pourraient basculer en faveur de la règle la plus stricte. Ce pourrait être le cas pour l'allotissement et le seuil franco-français des 90 000 euros, tous deux absents dans l'ordonnance : « *Leur extension aux personnes qui relèvent du régime le plus souple n'est pas compatible avec notre objectif de simplification*, a annoncé Guillaume Delaloy. *Mais la décision sera discutée au plan ministériel.* » Autrement dit : l'arbitrage sera politique et peut-être pas forcément en cohérence avec les buts d'allègement poursuivis.

Les BEA et AOT rapatriés dans le futur contrat de partenariat

Une chose est sûre : la transposition des directives marchés publics et concessions va conduire à de profonds changements. « *Les contrats publics seront soit des marchés, soit des concessions*, a confirmé le représentant de la DAJ. *Le distinguo se fera sur la notion de risques d'exploitation qui différencie les deux formes de contrat.* » Le futur contrat de partenariat, qui englobera dans l'ordonnance ou la loi de transposition (sur les marchés publics et les contrats de partenariat) toutes les formes de PPP existantes sera donc considéré comme un marché.

La dénomination de contrat de partenariat, mal appropriée selon la DAJ, pourrait d'ailleurs disparaître. La notion d'occupation domaniale va subir du même coup un important toilettage, en étant rapatrié dans le champ du contrat de partenariat. « *On souhaite que les AOT et les BEA ne soient plus utilisés pour faire de l'ouvrage public*, a annoncé Guillaume Delaloy. *S'il y a une construction sur un domaine public, le contrat deviendra un marché public* », a-t-il prévenu.

Contrat de partenariat : redéfinition des critères de recours

Le rapatriement des BEA et des AOT implique d'assouplir le régime actuel des contrats de partenariat pour pouvoir les y intégrer. « *La route est ouverte à la définition d'autres conditions de recours au contrat de partenariat* », a commenté, fine mouche, Laurent Richer, avocat et professeur de droit public. De fait, le chantier d'uniformisation de tous les PPP va s'accompagner d'une réflexion sur les conditions d'utilisation du futur contrat de partenariat et son assouplissement : « *La difficulté est de savoir comment maintenir des contrats complexes comme le contrat de partenariat actuel avec des conditions de recours plus simples, comme pour les BEA, qui autorise des modulations en fonction du besoin*, a acquiescé Guillaume Delaloy. Les critères de recours vont donc remis à l'ouvrage et seront définis dans un futur décret d'application.

La notion de complexité devrait être redéfinie, tout comme le bilan coût/efficacité qui fait l'objet, selon ce dernier, « *d'une grande hypocrisie* ». L'article 18 de la loi MOP qui autorise de passer un contrat global dans le cadre d'une opération d'efficacité énergétique, pourrait être modifié afin que cette conception/réalisation soit ouverte à d'autres cas que ce secteur. « *Mais dans*



L'unification entre le Code et l'ordonnance soumise à des arbitrages politiques

On souhaite que les AOT et les BEA ne soient plus utilisés pour faire de l'ouvrage public

La route est ouverte à la définition d'autres conditions de recours au contrat de partenariat

tous les cas, il faudra démontrer la pertinence de leur recours », a-t-il ajouté. Enfin, s'agissant des concessions, dont le texte de transposition est moins avancé, la DAJ a proposé le maintien du régime de la loi Sapin sous le seuil de la directive concession, fixé à 5,186 millions d'euros, et pour les secteurs exclus du champ de la directive : l'eau potable, les transports, les réseaux de distribution d'énergie. « *On ne veut pas déréglementer ces contrats exclus* », a argué Guillaume Delalay.

Le conseil d'Etat saisi début 2015

Le projet de loi de simplification de la vie des entreprises qui intègre l'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnance pour la commande publique sera discuté dans l'hémicycle du Sénat le 4 novembre prochain. Le gouvernement espère que les sénateurs l'accepteront, mais rien n'est moins sûr, surtout depuis que l'opposition est devenue majoritaire à la Haute Assemblée. En outre, certains sénateurs PS, Jean-Pierre Sueur en tête, clament depuis plusieurs mois leur opposition à l'adoption d'une ordonnance. « *Nous ouvrirons une concertation, dès l'adoption par le Sénat, d'abord interministérielle, puis ensuite sur le site de la DAJ* », a précisé l'adjoint de la DAJ. *Nous espérons saisir le conseil d'Etat fin janvier 2015 et publier le texte définitif au mois de juin suivant.* » Le calendrier est plus tardif pour les concessions avec une adoption prévue en décembre 2015. Une concertation sur le texte et les décrets pourrait se dérouler en même temps. On ne sait pas encore si la transposition de la directive concession se fera sous la forme d'une loi ou d'une ordonnance.

ACHATPUBLIC.INFO