

■ L'Éditorial

Chers lecteurs,

Les rencontres internationales des partenariats public-privé (PPP) viennent de se terminer et le constat est plutôt rassurant dans le contexte de crise présent. De l'avis de tous, le PPP a définitivement fait ses preuves. Rappelons que le PPP français était en première place au niveau européen en 2011.

S'il n'est plus à démontrer qu'il est un outil indispensable de la commande publique, force est de constater qu'il est, lui aussi, victime de la conjoncture et son évolution paraît indispensable pour traverser cette période de crise.

À l'issue de l'étude de certains thèmes tels que le financement ou les différents modèles de contrats, le régime social ou encore la prévention des risques et du contentieux, François Bergère, Directeur de la MAPPP, précisait ce sur quoi les évolutions pourraient éventuellement porter.

Ainsi, une plus grande sélection des projets, un choix plus attentif du mode de réalisation, une durée plus courte des contrats et une meilleure professionnalisation démontreraient, puisqu'il le faut encore, le caractère parfaitement adaptable des PPP au contexte économique actuel.

Ces changements feront sans doute partie d'une évolution plus globale des règles de la commande publique. En effet, une simplification et une harmonisation plus générales des régimes juridiques parfois contradictoires des différents contrats publics ont été évoquées autour de l'idée d'un Code de la commande publique. La lettre BJCPonline ne manquera pas de vous tenir informés de ce grand projet.

Sophie Meyer
Rédactrice en chef



■ Regard sur...

Réforme communautaire du droit de la commande publique



Philippe Juvin

Député européen - Rapporteur au Parlement européen de la directive sur l'attribution des contrats de concession
Maire de La Garenne-Colombes

- ▶ Quelles sont les mesures de modernisation et de simplification de la révision de la réglementation sur les marchés publics ? Quel est l'agenda prévu au Parlement européen ?
- ▶ Comment expliquer l'accueil mitigé fait aux directives, notamment par le Sénat et les élus locaux français ?
- ▶ Quelle est, selon vous, la valeur ajoutée de la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession ?
- ▶ Quels sont les principaux apports de votre projet de rapport relatif à la directive

Pour continuer à recevoir
la lettre BJCPonline

▶ Je m'abonne gratuitement !

▶ La revue BJCP



▶ S'abonner à la revue papier

▶ Les ouvrages

Réussir son contrat
de partenariat :
le guide pratique



▶ En savoir plus sur cet ouvrage

▶ Formations d'actualité

Les journées du BJCP

sur l'attribution des contrats de concession ? Quand est prévue l'adoption de cette dernière ?

▶ La nouvelle réglementation en matière de contrats de concession va-t-elle bouleverser l'équilibre institué par la loi Sapin en droit interne français ?



■ Brèves de jurisprudence

L'actualité jurisprudentielle du droit des contrats publics sélectionnée par le comité de rédaction du BJCP

- ▶ **Délégations de service public**
- ▶ **Contentieux des contrats publics**

Retrouvez l'intégralité de ces décisions, les conclusions des rapporteurs publics et les commentaires du comité de rédaction du BJCP dans le prochain numéro du BJCP.



■ Les rendez-vous EFE

Formations d'actualité

- ▶ **Responsabilité des constructeurs / Assurance construction**
Actualité et bonnes pratiques
20 et 21 novembre 2012 à Paris
- ▶ **Responsabilité des constructeurs / Assurance construction**
Toutes la législation et la jurisprudence décryptées pour vous
20 et 21 novembre 2012 à Paris
- ▶ **Panorama du droit et du contentieux de la fonction publique**
Actualité 2012/2013
5 et 6 février 2013 à Paris

Formations catalogue

- ▶ **La loi MOP et les marchés de maîtrise d'oeuvre**
Sécuriser ses contrats de maîtrise d'oeuvre
5 au 7 décembre 2012 à Paris
- ▶ **Délégations de service public - Niveau 2**
Tirer parti de ce type de contrat
12 décembre 2012 à Paris

Pour recevoir les programmes, contactez Anne Delom

Tél. : 01 44 09 12 67 - adelom@efe.fr



▶ [Découvrir le programme détaillé](#)

Finances locales



▶ [Découvrir le programme détaillé](#)

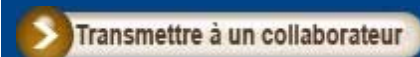
➤ Formation catalogue

Réglementation et pratique des marchés publics

Niveau 1

Les 3 et 4 décembre 2012 à Paris

▶ [Découvrir le programme détaillé](#)



■ Regard sur...

Réforme communautaire du droit de la commande publique

 Je m'abonne gratuitement !



Philippe Juvin

Député européen - Rapporteur au Parlement européen de la directive sur l'attribution des contrats de concession
Maire de La Garenne-Colombes



1) Quelles sont les mesures de modernisation et de simplification de la révision de la réglementation sur les marchés publics ? Quel est l'agenda prévu au Parlement européen ?

La Commission européenne a publié, en décembre dernier, **deux propositions révisant les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE** relatives à la réglementation des marchés publics dans le secteur classique, ainsi que dans les secteurs spéciaux (eau, énergie, transports, services postaux). Identifiée par la Commission européenne comme une des **douze actions clés définies dans l'Acte pour un Marché Unique**, cette révision a un double objectif de **rationalisation des dépenses publiques** (meilleur rapport coûts-avantages) et de **renforcement de l'utilisation stratégique des marchés publics** en soutien à l'action d'autres politiques européennes (protection de l'environnement, promotion de l'innovation, inclusion sociale...).

Ces deux objectifs sont déclinés en un ensemble de mesures portant notamment sur **la simplification et l'assouplissement des procédures de passation de marché**, telles que l'allègement du régime applicable aux autorités locales ou régionales ou la promotion de la passation de marchés en ligne.

La Commission européenne met également l'accent sur **l'utilisation stratégique des marchés publics**, à travers la prise en compte de labels spécifiques, la modernisation des critères d'attribution (comme la prise en compte des coûts liés au cycle de vie d'un marché) ou la mise en place d'une nouvelle forme de procédure pour les marchés innovants. La réforme prévoit, par ailleurs, l'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics, à travers la simplification des obligations d'information ou la possibilité de paiement direct des sous-traitants. Enfin, la Commission européenne entend lutter contre les conflits d'intérêts, la corruption et le favoritisme.

Les projets de rapport de Monsieur Marc Tarabella (S&D) sur les deux propositions de directive révisées sont en cours de discussion au sein de la commission IMCO (Marché Intérieur et Protection des Consommateurs) au sein du Parlement européen et devraient faire l'objet d'un vote en commission les 29 novembre (secteur classique) et 18 décembre (secteurs spéciaux), puis d'un vote en plénière début 2013.

2) Comment expliquer l'accueil mitigé fait aux directives, notamment par le Sénat et les élus locaux français ?

La révision des directives sur les marchés publics constitue **un effort bienvenu de modernisation, de simplification et de clarification du cadre existant**. Pour autant, plusieurs mesures ont suscité des interrogations, voire des oppositions au niveau national, en raison de leur **manque de flexibilité** reflétant une incompréhension de l'outil de la commande publique. C'est le cas de l'obligation d'établissement d'un organe de contrôle unique au niveau national censé garantir la bonne mise en œuvre des règles en matière de marchés publics. Cette proposition semble faire abstraction de ce qui existe déjà au niveau national, par exemple en France, en matière de contrôle *ex-ante* et *ex-post*. Par ailleurs, **certaines mesures manquent de clarté juridique et d'objectivité**, comme en matière de prévention des conflits d'intérêts.

Les critiques portant sur la proposition de directive relative à l'attribution des contrats de concession ont été encore plus franches et tranchées, les élus locaux français se prononçant même pour **un rejet de la directive**. Le but du texte était louable : **établir un cadre juridique clair et efficace** afin de pallier l'inexistence de règles précises en matière de contrats de concession.

En effet aujourd'hui, contrairement aux marchés publics qui disposent de règles claires et précises, les concessions de

travaux ne sont soumises qu'à des dispositions de base des directives existantes relatives aux marchés publics (2004/17/CE et 2004/18/CE), et **les concessions de services ne sont régies que par les principes généraux du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (non-discrimination, transparence, égalité de traitement...) et une jurisprudence évolutive.

Pour autant, la Commission européenne a totalement méconnu, dans sa proposition, la nature même de la concession, qui s'apparente au concept économique du « contrat incomplet », caractérisé par sa complexité, une durée relativement longue, la nécessité de renégocier, le besoin d'investissements importants ou l'existence d'une certaine incertitude. La proposition de directive ne fait, au contraire, que procéder à **un copier-coller des règles des marchés publics totalement inadaptées pour ce type de contrat**.

De plus, l'objectif d'une approche « légère » a été perdu en route, résultant en **un texte complexe, illisible et très lourd pour les pouvoirs publics** ne leur laissant que peu de marge de manœuvre.

Enfin, la proposition a été perçue par les élus locaux comme une remise en cause de leur liberté de choix du mode de gestion le plus approprié (régie, concession...). Bref, le texte proposé par la Commission n'a non seulement pas répondu aux attentes, mais a également suscité des craintes. D'où **la nécessité de réécrire de fond en comble le texte**, ce que j'ai fait en tant que Rapporteur au Parlement européen.

3) Quelle est, selon vous, la valeur ajoutée de la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession ?

Contrairement aux marchés publics pour lesquels existent des règles claires et précises, les concessions de travaux et de services, qui constituent une autre forme de la commande publique, ne bénéficient pas d'un encadrement adéquat au niveau européen. Si quelques rares dispositions de base des directives existantes sur les marchés publics s'appliquent aux concessions de travaux, **les concessions de services ne sont soumises qu'aux principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, sans support de droit dérivé.

L'inexistence d'un cadre juridique bien déterminé implique le recours à **une jurisprudence abondante et nécessairement évolutive** de la Cour de Justice de l'Union européenne, générant **une insécurité juridique réelle** tant pour le concédant, que pour le concessionnaire (vingt-cinq arrêts de la CJUE depuis 2000 dont la moitié est relative à la seule définition de la concession).

À ce flou juridique s'ajoute le **patchwork des législations nationales** résultant de l'absence d'application uniforme des principes du Traité, certains États disposant de règles plus ou moins bien établies, d'autres étant dépourvus de tout cadre législatif en la matière. Un texte législatif européen dans ce domaine aurait, par conséquent, une valeur ajoutée certaine en termes de **stabilité et de clarification juridiques**.

De plus, un tel instrument permettrait de mettre **des leviers supplémentaires** à la disposition des pouvoirs publics qui le souhaitent, afin de développer et de moderniser les services publics, en particulier dans un contexte de crise économique et de restrictions budgétaires généralisées.

Par ailleurs, un texte législatif européen sur les concessions permettrait de **stimuler la concurrence** au sein de l'Union européenne lorsque le choix des pouvoirs publics se porte sur la délégation de l'exécution de travaux ou de la gestion d'un service à un tiers sous la forme d'une concession.

Enfin, une telle initiative permettrait de **garantir et de renforcer la transparence** afin de prévenir et lutter contre les abus et le favoritisme dans la procédure d'attribution.

Pour autant, le texte proposé par la Commission européenne doit, pour avoir une réelle valeur ajoutée au niveau européen, être profondément remanié et adapté à la nature même des concessions.

4) Quels sont les principaux apports de votre projet de rapport relatif à la directive sur l'attribution des contrats de concession ? Quand est prévue l'adoption de cette dernière ?

La proposition de directive sur les concessions doit être remaniée en profondeur afin de garantir un cadre législatif efficace, lisible, cohérent et pragmatique. À cet égard, mon projet de rapport, présenté en commission IMCO au Parlement européen le 6 septembre dernier, poursuit **quatre grands objectifs** : la clarification et la simplification de la proposition de directive, l'affirmation de la spécificité de la concession par rapport au marché public et l'adaptation des dispositions de la directive à ses caractéristiques, l'affirmation de l'autonomie totale des autorités publiques quant au choix du cadre juridique de leur action et à la détermination de critères de qualité, enfin, la préservation d'un juste équilibre entre le besoin de flexibilité de la part des autorités publiques et la nécessité de transparence, afin de garantir l'égalité de traitement des opérateurs économiques.

Concrètement, les mesures que je propose incluent une **clarification de la définition de la concession** en tant que mode de gestion se caractérisant d'une part par le transfert par un concédant, à un opérateur économique tiers, d'une mission (exécution et exploitation de travaux ou gestion d'un service), d'autre part par l'existence d'un risque économique lié à l'exploitation des travaux ou de services, supporté par le concessionnaire. Le calcul de la valeur de la concession, ainsi que l'évaluation de sa durée, ont été modifiés afin de permettre une approche claire et pragmatique.

Mon projet de rapport met également l'accent sur **la préservation de la qualité des services publics**, les pouvoirs publics étant libres de choisir le mode de gestion qui leur paraît le plus efficace. De même, ils restent libres de fixer des

critères de qualité ou des obligations de service public auxquels seraient soumis les concessionnaires.

Par ailleurs, le projet reflète le choix d'une **approche « légère »** garantissant la flexibilité de la procédure et le maintien d'une marge de manœuvre du concédant (allègement des dispositions procédurales, suppression de la pondération des critères ou de la publication des étapes de la négociation...), tout en garantissant la transparence et le respect de l'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires.

Il prévoit aussi **la prise en compte d'objectifs de politique publique** (notamment grâce à la possibilité de recourir à des critères d'attribution environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation) et clarifie les exclusions, par exemple en ce qui concerne la coopération public-public et les entreprises liées.

Il est actuellement discuté au Parlement européen, et doit être soumis au vote en commission IMCO en décembre prochain, un vote en plénière devant intervenir début 2013.

5) La nouvelle réglementation en matière de contrats de concession va-t-elle bouleverser l'équilibre institué par la loi Sapin en droit interne français ?

La proposition de directive de la Commission européenne en l'état bouleverserait en effet l'équilibre institué par la loi Sapin, en raison de la méconnaissance du concept de concession et de sa confusion avec le marché public, et du choix d'une approche trop stricte, inutilement lourde ne laissant qu'une place extrêmement restreinte à la négociation, pourtant au cœur de la procédure.

Le projet de rapport que je défends au Parlement européen propose, en revanche, une vision radicalement différente reposant sur une approche « légère » respectueuse de **la nature de la concession** et fondée sur un **juste équilibre entre flexibilité et transparence**.

Il serait pour autant erroné de croire qu'un texte de quelques articles au niveau européen résoudrait la question. En effet, si la loi Sapin est souvent promue comme un exemple d'encadrement législatif « léger » et efficace, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être accompagnée de toute une jurisprudence française qui l'explique et la clarifie.

Mon projet de rapport vise la mise en place d'un cadre juridique clair, stable, efficace et pragmatique, avec quelques articles de plus...