

Veut-on vraiment faciliter la contractualisation des personnes publiques ?

Certains y voient un « serpent de mer ... qui tourne en rond »⁽¹⁾ : le relèvement du seuil en-deçà duquel les acheteurs publics peuvent passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable mérite néanmoins d'être applaudi lorsqu'il vise à alléger leurs contraintes ou – comme c'est le cas du décret du 24 décembre 2018⁽²⁾ – à favoriser l'acquisition de prestations innovantes. L'objectif affiché depuis l'été par le Gouvernement de relever ce seuil à 40 000 euros HT à compter du 1er janvier 2020 participe de cette volonté de simplifier la contractualisation entre personnes publiques et entreprises, notamment les PME⁽³⁾. Faut-il y avoir une tendance générale ?

Les relèvements successifs du seuil de mise en concurrence des achats publics, depuis que le Code des marchés publics de 2004 l'avait fixé à 4 000 euros HT, ne doivent pas occulter deux mouvements inverses.

Il s'agit, d'une part, de l'élargissement continu du champ des obligations de mise en concurrence, initié par le célèbre arrêt *TELAUSTRIA*⁽⁴⁾. Cet élargissement ne cesse d'investir de nouveaux domaines. On se souvient, par le passé, de la soumission des concessions d'aménagement au droit des concessions ou, récemment, de l'obligation faite aux personnes publiques d'organiser une procédure de sélection préalable, comportant des mesures de publicité, pour l'occupation du domaine public⁽⁵⁾. Déjà, l'extension de cette dernière obligation à leur domaine privé fait l'objet d'une réponse ministérielle⁽⁶⁾, et de réflexions doctrinales⁽⁷⁾. Sans aucun doute, la prochaine étape sera la publicité et la mise en concurrence préalable aux « transferts de propriété réalisés par les personnes publiques », initialement visées à l'article 34 de la loi « Sapin 2 »⁽⁸⁾ mais qui ne figurent pas dans l'ordonnance du 19 avril 2017. Cet élargissement atteint des domaines qu'on n'imaginait pas, il y a peu, faire l'objet de telles obligations,

comme le recrutement des contractuels sur des emplois permanents de la fonction publique⁽⁹⁾.

Il s'agit, d'autre part, de l'exigence croissante de transparence, dont un signe est le fait que le projet de relèvement de seuil du Gouvernement ne concernerait pas la publication des données essentielles⁽¹⁰⁾, dont le seuil resterait à 25 000 euros HT⁽¹¹⁾. Plus fondamentalement, la loi « Sapin 2 », qui a créé l'Agence française anticorruption, rend indispensable la préparation et la mise en œuvre par les personnes publiques de procédures internes (codes de conduite, guides, fiches...) décrivant comment lutter contre la corruption, y compris en cas d'achat public exonéré de mise en concurrence.

Au total, des réformes peuvent encore alléger les contraintes qui s'imposent aux personnes publiques pour contractualiser. On pense à la suppression de la « surtransposition » en droit français des directives européennes – dont la directive « marchés » – qui fait actuellement l'objet d'un projet de loi⁽¹²⁾. Ou à l'allègement de certaines modalités prévues par les dispositions règlementaires du CG3P. En revanche, l'exigence de respect de la concurrence semble, elle, irréversible et, *in fine*, peu compatible avec un relèvement continu du seuil de mise en concurrence de l'achat public, lequel pourrait, un jour, heurter les principes généraux de la commande publique. Plus concrètement, l'exigence de respect de la concurrence implique une vigilance accrue des personnes publiques à l'égard des procédures non formalisées qu'elles mettent de plus en plus en œuvre aujourd'hui (appels à projets, à manifestation d'intérêt...).

Dès lors, le relèvement du seuil de mise en concurrence des achats publics devrait, pour effectivement faciliter la contractualisation des personnes publiques, être accompagné d'une réelle simplification de la commande publique en dessous de ce seuil et de la libération et responsabilisation de l'acheteur public qui y recourra.

Philippe Guellier
Avocat à au barreau de Lyon
SEBAN & Associés

(1) Joannes J.-M. ; Achatpublic.info, « C'est l'histoire d'un serpent de mer... qui tourne en rond », 26 juillet 2019.

(2) Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

(3) APASP, « Marchés publics : un rehaussement du seuil à 40 000 euros annoncé pour 2020 ! », Localtis.fr, 11 septembre 2019.

(4) CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

(5) Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

(6) Rép. min n° 12868, *JOAN* 29 janvier 2019.

(7) Goachet V., « Mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé : quand le flou perdure », *Le Moniteur*, 23 août 2019, p.23

(8) 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.

(9) Cado T., « Contractuels : vous reprendrez bien un peu du formalisme des marchés publics ? », *La Gazette.fr*, 14 octobre 2019.

(10) CCP, art. R. 2196-1.

(11) Brève, « Le projet de décret relevant le seuil de 25 000 à 40 000 euros dévoilé ... et révèle un « compromis » sur les données essentielles ! », *Achatpublic.info*, 12 septembre 2019.

(12) Projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français [EAEX1823939L].