

## LE 30 AVRIL 2004 , ET APRES ?

Entrées en vigueur le 30 avril 2004, date de leur publication au Journal Officiel de l'Union Européenne, la directive 2004/18/ du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOUE, L 134/114) et la directive du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOUE, L 134/1) doivent être transposées par les Etats dans un délai de vingt et un mois. Compte tenu de ce que le code français de 2004 a sur de nombreux points transposé par anticipation, on pourrait penser que peu de changements sont à attendre dans les mois à venir. Ce serait une erreur ; le droit des contrats publics est appelé à évoluer encore.

Certains changements sont quasi certains, d'autres prévisibles.

Au nombre des quasi certitudes figure la publication d'un décret rectificatif du code, qui devrait coordonner le texte de l'article 28 et celui de l'article 40 et apporter quelques autres modifications tenant compte du retour d'expérience des premiers mois d'application.

Par ailleurs, le code de 2004 est soumis à l'examen de deux juridictions.

D'ici quelques mois interviendront les arrêts du Conseil d'Etat statuant sur les recours dirigés contre le décret du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics ; il serait surprenant que l'annulation de certaines dispositions ne soit pas prononcée. Et, plus tard, la CJCE statuera sur le recours en manquement dont elle a été saisie par la Commission le 4 février 2004 à raison de certaines dispositions du code de 2004.

Il n'est pas impossible que, par ailleurs, soit mise en cause devant la CJCE la validité d'un certain nombre d'articles de la directive 2004/18 , tel l'article 16 d) en ce qu'il exclut du champ d'application de la directive « les opérations

d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs », ou l'article 21 qui ne prévoit pas de publicité préalable pour les marchés portant sur des services non prioritaires. Même si un recours en annulation n'est pas déposé contre la directive par la Commission ou par un Etat dans le délai de deux mois, il restera possible d'invoquer par voie d'exception l'invalidité de la directive devant le juge national, qui, s'il éprouve un doute, doit renvoyer à la CJCE. Partiellement modifié et annulé, le code de 2004 n'a, de toute façon pas un long avenir devant lui.

En effet, la Commission supérieure de codification travaille à un code de la commande publique (Commission supérieure de codification, *12<sup>e</sup> rapport*, 2002) et le 17 mars 2004 a été adopté en conseil des ministres un projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (voir : <http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/>), qui prévoit l'adoption par ordonnance de 14 nouveaux codes, dont un code de la commande publique, qui devrait englober le code des marchés publics et d'autres textes législatifs et réglementaires, au nombre desquels devraient figurer les textes sur la délégation de service public et le futur contrat de partenariat. A supposer que la loi soit adoptée à l'automne et l'ordonnance élaborée rapidement, ce nouveau code, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, pourrait être adopté en 2006.

Laurent Richer