



NOTE

DE VEILLE

REGLEMENTAIRE

Janvier 2019 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

La Belgique transpose la directive européenne rendant la facturation électronique obligatoire

Résumé : La directive européenne 2014/55/UE relative à la facturation électronique définit une norme européenne commune pour le format de la facture électronique et impose aux pouvoirs publics d'accepter et de traiter les factures électroniques. Cette obligation doit être respectée par tous les états membres de l'Union européenne au 17 avril 2019.

La Belgique a déposé un projet de loi pour la transposition de cette directive qui rentrerait en vigueur en avril 2019. Ce texte national impose aux pouvoirs adjudicateurs de recevoir et de traiter les factures électroniques.

Les gains d'efficacité liés à cette automatisation s'élèveraient à 3,5 milliards d'euros par an selon le gouvernement belge, dont une économie d'1 milliard d'euros pour les pouvoirs adjudicateurs.

Ce projet de loi s'inscrit dans le cadre plus global d'un plan national de simplification administrative 2015-2020. La Belgique a ainsi développé plusieurs outils de dématérialisation, notamment le site <https://efacture.belgium.be>

En France, l'obligation de facturation électronique a été imposée petit à petit aux fournisseurs du secteur public. Ainsi, si elle était déjà obligatoire pour les grandes entreprises (au 1er janvier 2017) et les entreprises de taille intermédiaire (au 1er janvier 2018), elle a été étendue aux PME au 1er janvier 2019. Elle s'appliquera pour les TPE le 1er janvier 2020. Dès 2012, le gouvernement français a mis en place un portail spécifiquement dédié à la facturation électronique: Chorus Pro.

<https://www.publicprocurement.be/fr/services-federaux/e-facturation-pour-les-adjudicateurs/obligation-legale-pour-les-adjudicateurs>

L'existence d'une taxe frappant l'exportation de l'énergie contraire au droit de l'Union Européenne – CJUE 6 décembre 2018, n° C 305/17,

Résumé :

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a été saisie de la légalité d'une taxe imposée par la Slovaquie sur l'exportation de l'énergie vers des Etats membres. La CJUE, dans son arrêt du 6 décembre 2018, rappelle l'interdiction de tous droits de douane ou de taxe d'effet équivalent (art 28 du TFUE) en cassant les arguments invoqués par la Slovaquie.

En effet, pour les juges européens, l'absence d'imposition sur l'exportation est une règle essentielle du droit de l'Union puisqu'elle garantit la libre circulation des marchandises.

Pourtant, la Slovaquie invoque la directive 2005/89/CE (18 janvier 2006) qui permet à un Etat membre de garantir la sécurité de l'approvisionnement au sein de son territoire. De plus, le pays avance qu'une même charge pécuniaire existe pour l'énergie produite et consommée localement, ce qui démontre qu'il n'existe pas de droit de douane ou de taxe d'effet équivalent mais simplement une « imposition » intérieure.

La CJUE réfute ces arguments notamment en avançant le fait que la taxe est imposée unilatéralement par l'Etat membre, sur une marchandise, en raison du franchissement de la frontière. Cette taxe a donc un effet équivalent au droit de douane, et non à une imposition intérieure, puisqu'elle n'est pas imposée au même stade de commercialisation que la charge pécuniaire payée par le client au sein du pays (jurisprudence du 2 octobre 2014 « Orgacom, C-254/13, EU:C:2014:2251 »).

Ainsi, par cet arrêt la Cour rappelle l'interdiction totale pour un Etat membre d'imposer une taxe sur une marchandise du fait du franchissement d'une frontière puisque cela porterait atteinte au principe de libre circulation.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208551&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8431079>

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Un décret qui vient compléter le code de la commande publique - Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique

Résumé : A peine quelques jours après la parution du code de la commande publique, le législateur vient proposer de nouvelles dispositions réglementaires pour promouvoir l'innovation et l'accès des PME à la commande publique.

1. Promouvoir l'innovation dans les marchés publics

Le décret apporte une exception aux règles de mise en concurrence pour les achats innovants. En effet, alors que tous les marchés publics supérieurs à 25 000€ sont, par principe, soumis aux règles de publicité et de mises en concurrence, les achats innovants inférieurs à 100 000€ peuvent faire l'objet d'une procédure négociée sans mise en concurrence.

Cette disposition vise à renforcer la part d'innovation dans les marchés publics en y facilitant le recours. Cette mesure reste une expérimentation pour les acheteurs sur une durée de 3 ans.

La question se pose de la définition d'un achat innovant pour mettre en œuvre cette procédure (cf. article CKS « [Comment faire de l'innovation un levier de performance pour la commande publique](#) »). Le texte de 2019 renvoie simplement à la définition du décret du 25 mars 2016 qui est assez large sans donner plus de précisions.

Afin d'encadrer ces achats, le législateur rappelle les conditions imposées à l'acheteur pour ces achats qui sont « [de] choisir une offre pertinente, [de] faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ».

Il prévoit également un contrôle supplémentaire de ces marchés, en imposant à l'acheteur de déclarer les achats innovants auprès de l'Observatoire économique de la commande publique (OCEP).

2. Faciliter l'accès des PME aux marchés publics

Le décret de décembre 2018 met en place plusieurs mesures pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

Ainsi, le décret impose, pour les marchés passés par l'Etat avec une PME (ou pour son sous-traitant admis au paiement direct), de prévoir une avance de minimum 20% du montant du marché contre 5% initialement prévu par le décret du 25 mars 2016.

Le texte réduit également le taux de la retenue de garantie demandée aux PME. Ainsi, le décret de 2016 prévoyait que l'acheteur pouvait retenir 5% du montant du marché destiné à couvrir les éventuelles réserves formulées lors de la réception, le législateur vient abaisser cette retenue à 3%.

Dans un [livre blanc](#) publié en avril 2017, relatif à l'accès des PME à la commande publique, CKS formulait une recommandation quant à l'augmentation du montant des avances (recommandation #7)

3. Une plus grande flexibilité

Enfin le décret dit « de Noël » vient également assouplir certaines dispositions réglementaires notamment en acceptant la régularisation d'offres remises à tort en format papier, ou encore en supprimant l'obligation de concours pour désigner un maître d'œuvre pour des ouvrages de bâtiments réalisés par des organismes HLM, des SEM ainsi que des CROUS (Centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires). Dispositions qui découlent de l'application de la loi ELAN du 23 novembre 2018.

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2018/12/24/ECOM1827790D/jo/texte>

<https://www.cks-public.fr/actualites-achats-publics/comment-faire-innovation-levier-performance-pour-marches-publics-102>

https://www.cks-public.fr/pdf/PME_COMMANDE_PUBLIQUE_27Avril_2017.pdf

L'encadrement du certificat d'exclusivité comme possibilité de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence – CAA, 4ème chambre du 11/12/2018 n° 17PA01588

Résumé :

Le décret du 25 mars 2016 permet à l'acheteur de négocier un marché sans mise en concurrence pour certaines raisons notamment pour des « raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ».

Le Cour administrative d'appel (CAA) de Paris précise les conditions de recours à cette procédure. Le juge, bien que reconnaissant l'impossibilité de procéder à une mise à concurrence, rappelle une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (décision n° C-385/02 Commission contre République italienne du 14 septembre 2004) imposant à l'autorité adjudicatrice de démontrer « l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant une dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité du principe de libre concurrence ».

L'arrêt indique l'obligation de distinguer au sein du marché les prestations marquées par le droit d'exclusivité et celles pouvant faire l'objet d'une mise en concurrence.

En l'espèce, la CAA a jugé que le droit d'exclusivité n'était pas démontré et que, par conséquent, la procédure était irrégulière.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037791163&fastReqId=994306850&fastPos=1>

La réaffirmation du caractère onéreux d'une convention comme critère d'un marché public-CAA de Nantes du 07/12/2018, N° 17NT02361 .

Résumé :

La question de la qualification de marché public ou non s'est posée pour une convention constitutive de groupement de coopération sanitaire conclue par un établissement hospitalier et un cabinet de radiologie.

Cette convention ayant pour objectif de régir les conditions de réalisation et d'analyse des radiographies.

Un recours est formé contre cette convention qui n'aurait pas respecté les règles de publicité et de mise en concurrence attachées aux marchés publics.

La Cour administrative d'appel de Nantes s'est intéressée directement à la nature même de la convention. Le juge français indique que cette convention a pour objet « de faciliter et de développer l'imagerie médicale de ses membres afin de répondre aux besoins de santé de la population de son territoire d'attraction. »

Par conséquent, il considère qu'il s'agit ici d'une modalité d'organisation du service public qui n'entraîne aucune contrepartie économique constituée par un prix. De ce fait, la convention ne peut être qualifiée de marché public et donc être soumise aux règles qui en découlent.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037815687&fastReqId=1462378445&fastPos=1>

La définition du besoin, élément indispensable du dialogue compétitif - CAA de Bordeaux du 18/12/2018, n°16BX00178.

Résumé :

La Cour administrative d'appel de Bordeaux s'est penchée sur le recours formé par un pouvoir adjudicateur contre le titulaire d'un marché issu d'un dialogue compétitif.

En effet, il est reproché au titulaire de ne pas avoir respecté ses obligations contractuelles en termes de performance. Or le juge français revient sur les conditions du dialogue compétitif. Il rappelle que celui-ci ne dispense pas l'acheteur de définir précisément et préalablement son besoin en prenant en compte « les caractéristiques de l'ouvrage ou du service ou les éléments susceptibles d'exercer une influence déterminante sur leur conception ». Le juge précise que cette définition du besoin est l'élément qui distingue le dialogue compétitif du partenariat d'innovation.

Ce dernier est utilisé lorsque qu'il n'y a pas de solution disponible sur le marché pour satisfaire le besoin alors que le dialogue compétitif consiste à demander aux entreprises les meilleurs moyens pour répondre au besoin.

En l'espèce, il est reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir clairement défini son besoin, notamment en se basant sur un référentiel national et non sur les spécificités locales, ce qui a conduit à une mauvaise réalisation du marché.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037851676&fastReqId=1486479423&fastPos=1>

Actualisation de trois fiches techniques par la DAJ, au 17/01/2019

Résumé :

⇒ La fiche technique relative aux marchés publics, contrats de concession et aux autres contrats précise les critères permettant de les distinguer

<https://www.economie.gouv.fr/daj/MP-et-autres-contrats-2019>

⇒ La fiche technique relative aux contrats entre entités du secteur public précise les conditions dans lesquelles une relation de quasi-régie et une relation de coopération public-public peuvent être établies.

<https://www.economie.gouv.fr/daj/contrats-entre-entites-secteur-public-2019>

⇒ La fiche technique relative aux modalités de modification des contrats en cours d'exécution précise notamment les conditions de régularité des avenants, le cadre régissant les clauses de variation de prix et l'imputabilité à l'acheteur des prestations supplémentaires non prévues au contrat.

<https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2019>