

Compte rendu de la Commission Europe,

ESH, 11 mars 2014.

Objet de la réunion :

- Transposition en droit français de la directive Marchés publics
- Préparation des réunions à venir avec le SGAE et la Direction juridique de Bercy

Liste des personnes présentes :

Daniel Biard (Logirep), Stéphane Rodrigues (Avocat), Laurent Ghékière (représentation USH Brussels), Yves-Paul Bouchetard (groupe Arcade), Franck Girouard (Logirep), Isabelle Grellet (I3F) Boris Petric (I3F), Pascal Gareau (Logement Français), Didier Poussou (Logirep), Nicolas Louin (ICF)

-1-Transposition en droit français de la directive Marchés publics

Selon les dernières informations, les directives Marchés et Concession devraient être publiées au Journal officiel de l'Union européenne aux alentours du 28 mars 2014 prochain.

L'article 12, intéressant plus particulièrement notre commission Europe, est traduit de la façon suivante :

Marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public

1. Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- b) **plus de 80%** des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte ***pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales***, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

2. Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale **régie par le droit privé ou le droit public** au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à **cette** personne morale sans appliquer la présente directive **■**, lorsque **toutes** les conditions suivantes sont réunies:

- a) le pouvoir adjudicateur exerce, **conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs**, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
- b) **plus de 80 %** des activités de cette personne morale sont exercées **dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par** les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou **par** d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation **directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.**
- i) les organes décisionnels **de la** personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, **une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux** ;
- ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et
- iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts **contraires à ceux** des pouvoirs adjudicateurs **qui la contrôlent** ;

4. Un **marché** conclu **exclusivement** entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus **ne relève pas du champ d'application** de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

- a) le **marché** établit **ou met en œuvre** une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants **dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun** ;
- b) la **mise en œuvre de cette coopération** n'obéit **qu'à** des considérations d'intérêt public ; et
- c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel **moins de 20 % des activités concernées par la coopération** ;

5. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1, premier alinéa, point b), au paragraphe 3, premier alinéa, point b), et au paragraphe 4, point c), est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

La discussion s'ouvre alors entre les participants :

- A titre principal, Il serait souhaitable que les évolutions inscrites dans la nouvelle directive trouvent à s'exprimer dans une modification de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (CMP) comme c'est le cas pour les SA HLM et les OPH.

- et, à titre secondaire, dans une modification éventuelle du décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics ainsi que du Code de la construction et de l'habitation.

- **Modification de l'ordonnance n°2005-649 :**

Deux dispositions de l'ordonnance n°2005-649 nous semblent susceptibles d'être modifiées pour permettre l'intégration du dispositif prévu dans les DMP pour les « marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public », tel que découlant de l'article 17 de la directive 2014/23/UE et 12 de la directive 2014/24/UE : il s'agit, d'une part, de l'article 7 relatif aux exclusions de certains marchés du champ d'application de l'ordonnance et, d'autre part, de l'article 23 relatif aux exclusions du champ d'application de l'ordonnance propres aux pouvoirs adjudicateurs.

De ces deux dispositions, l'article 23 nous paraît être le vecteur pertinent pour introduire une nouvelle exclusion, dans la mesure où cette disposition vise déjà l'exclusion des marchés internes (ou « in house ») 2 qui s'inscrit dans la même ligne que l'exclusion de la coopération public-public.

- **Modification du CCH :** Deux options pourraient être explorées selon Maître Rodrigues pour intégrer au CCH le régime de la coopération public-public :

- *Option 1 :* suppression pure et simple de l'article L.423-6 du CCH.

La principale justification est que cette disposition n'a jamais été mise en œuvre, faute d'adoption d'un décret d'application et les nouvelles DMP prévoient désormais un régime particulier pour la coopération entre pouvoirs adjudicateurs.

- *Option 2 :* modification de l'article L.423-6 du CCH pour tenir compte des nouvelles DMP, avec deux sous-options de rédaction :

Un simple renvoi à l'ordonnance de 2005 et au CMP dans le CCH, ou réinscrire le même dispositif de l'ordonnance modifiée dans le CCH ;

Au titre de la démarche de simplification du droit entreprise depuis plusieurs années, les participants opteraient pour une suppression pure et simple de la mention dans le CCH.

-2- Préparation des réunions à venir avec le SGAE et la Direction juridique de Bercy

Selon les dernières informations recueillies par Monsieur Biard, Bercy a dévoilé le programme de transposition des directives communautaires relatives aux marchés publics et aux concessions.

Sans attendre leur publication au JOUE, la direction juridique du ministère de l'Économie a présenté le calendrier des différents textes législatifs ou réglementaires à venir pour leur transposition.

A court terme, le ministre a annoncé la mise en consultation, jusqu'au 11 avril 2014, d'un projet de décret visant à adapter le code des marchés publics et les décrets d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005. Les mesures envisagées visent principalement à favoriser l'accès des PME aux marchés publics et à simplifier les démarches administratives

Ce texte devrait entrer en vigueur le 1er octobre 2014.

A plus long terme, la transposition du volet législatif de la directive s'articulera autour d'une ordonnance qui regroupera dans un texte unique les régimes issus du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005.

L'habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnance *devrait intervenir avant la fin de l'année 2014.*

Entre temps, Monsieur Biard rappelle que plusieurs rendez-vous sont prévus afin de sensibiliser le SGAE, la sous-direction de la législation de l'habitat, et la Direction juridique de Bercy.