

---

**Réponse de l'UNSPIC à la concertation sur le projet d'ordonnance transposant les directives marchés publics (2014/24/UE et 2014/25/UE)**

---

Le 30 janvier 2015

L'Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC) rassemble les opérateurs privés de la gestion déléguée de services publics industriels et commerciaux.

Nos adhérents exercent leur savoir-faire dans des secteurs divers :

- eau et assainissement,
- propreté,
- efficacité énergétique et chaleur renouvelable,
- transport public de voyageurs,
- restauration collective,
- stationnement,
- équipements de loisirs,
- autoroutes et ouvrages routiers,
- infrastructures de transport et d'équipements publics,
- ainsi que l'ingénierie financière qui accompagne ces services.

Une grande partie des activités des adhérents de l'UNSPIC s'exerce dans le cadre des délégations de service public mais aussi dans le cadre des contrats de partenariat (qualifiés désormais de marchés de partenariat et entrant dans le champ du projet d'ordonnance relative aux marchés publics).

A ce titre, nos remarques sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et soumis à la concertation porteront sur :

- la deuxième partie du projet d'ordonnance « dispositions spécifiques aux marchés de partenariat »
- et sur les dispositions communes à la directive concession qui sera transposée en droit français à la suite des directives marchés publics (contrats mixtes, avenants et exclusions relatives aux relations internes au secteur public).

A titre liminaire, nous nous félicitons d'un certain nombre d'avancées :

- réunion et simplification en un corpus unique de l'ensemble des textes disparates relatif aux marchés publics ;
- mise en cohérence avec le droit communautaire ;

- qualification des marchés publics de « contrats administratifs » (article 3) ;
- exclusion du champ d’application de l’ordonnance des marchés publics de services qui sont des contrats d’emprunt (article 11 II 3°).
- qualification d’activités d’opérateurs de réseaux pour les achats destinés à l’organisation ou à la mise à disposition d’un exploitant de ces réseaux (article 10-6°).

Par ailleurs, en préalable à nos observations, nous souhaitons souligner qu’une proportion très significative de dispositions renvoie à de futurs décrets dont le contenu et les implications parfois majeures pour les acteurs des marchés publics, échappent à la présente concertation.

Il nous semble donc indispensable qu’une nouvelle consultation soit organisée sur les projets de décrets à venir afin de pouvoir faire valoir nos positions sur la réforme des marchés publics dans son ensemble.

Enfin, nous sommes très inquiets quant à la place laissée aux marchés de partenariat dans la « boîte à outil » de la commande publique : l’effet cumulatif des nombreuses dispositions qui tendent à les encadrer restrictivement nous paraît révélateur d’une volonté affichée d’en restreindre considérablement leur utilisation, au bénéfice notamment des marchés globaux, pour lesquels les conditions de recours sont beaucoup plus souples (pas de seuil en dessous duquel il n’est pas possible de conclure un marché global, pas d’évaluation préalable en dessous d’un montant envisagé à 100.000.000€ HT).

Les adhérents de l’UNSPIC réaffirment qu’ils sont attachés à ce qu’une pluralité de contrats possibles puissent être offerte aux choix des collectivités selon la nature de leurs besoins : la rationalisation des marchés publics doit avoir pour objectif de sécuriser les relations entre les partenaires public et privé et non de réduire la gamme des modes de contractualisation concrètement accessible à la collectivité.

## I. DISPOSTIONS COMMUNES OU EN LIEN AVEC LA DIRECTIVE CONCESSION

1. **Nous regrettons la transposition littérale des exceptions relatives aux relations internes au secteur public** (articles 15, 16 et 17), dont la mise en application pourrait avoir des effets sur l’obligation de mise en concurrence des sociétés d’économie mixte (SEM) et sur le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) dont le régime d’intervention est à ce jour encadré par la loi.

A ce titre, les adhérents de l’UNSPIC rappellent s’il en est besoin que :

- Le Conseil Constitutionnel a affirmé dans sa décision du 20 janvier 1993 que les Sociétés d’Economie Mixte constituées de capitaux publics et de capitaux privés sont soumises à concurrence, lorsqu’elles sont candidates à la gestion d’un service public ;
- La loi du 28 mai 2010 dispose que les SPL ne peuvent agir qu’au seul bénéfice de leurs actionnaires et sur leurs seuls territoires.

Nous insistons par ailleurs pour que les articles 15 à 17 ne soient pas repris, par une déclinaison automatique, lors de la future transposition de la directive concession.

**Plus précisément, et concernant le texte soumis à concertation, nous relevons que :**

a) L'article 15 I 3° relatif à la quasi-régie interdit une participation directe de capitaux privés dans la personne morale contrôlée « *à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi(...)* ».

Tenant compte de la genèse de la directive et des débats qui ont présidé à son adoption, la « loi » visée par le texte s'entend des lois sectorielles (type logement social).

Il importe donc d'apporter plus de précisions à cette exception en visant expressément les lois sectorielles concernées.

b) L'article 17 III 3° est ainsi rédigé : « *Les entreprises qui peuvent exercer **directement ou indirectement** une influence dominante sur une entité adjudicatrice* »

Or, l'article 29 b) de la directive secteur spéciaux évoque l'entreprise « *susceptible d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice* ».

Les termes « *directement ou indirectement* » ne figurent pas dans la directive et sont restrictivement réservés à l'hypothèse de l'article 29 a) où l'entreprise est « *susceptible d'être directement ou indirectement soumise à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice* ».

Nous demandons donc la suppression de la mention « *directement ou indirectement* » de l'article 17 III 3°.

c) Les articles 15 I 2° et 16 stipulent respectivement : « *la personne morale contrôlée réalise plus de 80% de son activité* » et « *les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par la coopération* ».

La notion d'activité nous paraît trop vague et inadaptée aux différentes formes juridiques et modes d'organisation des personnes morales concernées.

C'est pourquoi, nous proposons :

- A l'article 15 I 2°, remplacer « *son activité* » par « *ses recettes liées à l'activité concernée pour une personne morale de droit public ou de son chiffre d'affaires moyen pour une personne morale de droit privé* »
- A l'article 16, remplacer « *activités* » par « *de leurs recettes liées à l'activité concernées ou de leur chiffre d'affaires moyen* ».

d) Nous souhaitons que le texte mentionne précisément la nature, les modalités du contrôle et les sanctions prévues en cas de dépassement des seuils visés aux articles 15, 16 et 17. A ce titre, et pour les entreprises liées visées à l'article 17, il nous paraît indispensable de prévoir une obligation de publication des informations par nature de prestations (services, fournitures, travaux) afin de permettre un réel contrôle.

e) Enfin, nous relevons que l'article 17 II 1°, 2° et 3° contient une inexactitude en qu'il évoque concernant l'entreprise liée les « **entreprises** auxquelles elle est liée. »

L'article 17 traitant des entités adjudicatrices auxquelles sont liées ces entreprises, et l'article 29 de la directive 2014/25/UE visant « les entités adjudicatrices » ou « les autres entreprises », nous suggérons de remplacer « les entreprises auxquelles elle est liée » par « les entités et entreprises auxquelles elle est liée ».

## **2. Les dispositions relatives aux avenants, qui sont renvoyées pour l'essentiel à un futur texte réglementaire, ne sont pas fidèles à la directive (article 56)**

Il ne nous est donc pas possible de nous prononcer sur ces dispositions dont nous rappelons qu'elles devraient être identiques à celles qui figurent dans la directive concession et qu'elles sont essentielles à la vie du contrat et à son exécution adaptée dans le temps.

Nous formons le vœu que ce texte soit élaboré dans le même esprit que le décret 2014-1341 du 6 novembre 2014 relatif aux concessions de travaux qui a procédé la transposition partielle de la directive concession.

Nous relevons toutefois qu'il est indiqué qu' « *un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché public, ni en changer l'objet.* »

Or, l'article 72 de la directive 2014/24/UE précise que « *la modification ne peut pas changer la nature globale du marché* »

Il importe de conserver cette terminologie afin que le principe posé par la directive soit fidèlement transposé en droit français.

La rédaction de l'article 56 pourrait donc être la suivante : « *Dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par la voie règlementaire, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché public ni en changer la nature* ».

## **3. Les dispositions relatives aux contrats mixtes ne nous évoquent pas des situations rencontrées (articles 20 et 21)**

Nous ne comprenons pas à quelle situation juridique existante se réfèrent ces dispositions et souhaitons être éclairés sur les hypothèses qu'elles peuvent recouvrir.

Par ailleurs, nous nous interrogeons sur le choix fait de la qualification de marchés publics au détriment de celle de concession dans l'hypothèse visée à l'article 21 I 1° où « il est impossible de déterminer l'objet principal du contrat » dans la mesure où la directive ne se prononce pas sur ce cas.

## II. DISPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHES DE PARTENARIAT (art 58 à 82)

### 1. Le recours aux marchés de partenariat est très restrictivement encadré

- a) Fixation d'un seuil en dessous duquel le recours au marché de partenariat n'est pas autorisé et dont le montant, qui n'est pas connu, sera défini dans un futur décret non soumis à la présente concertation (article 67).

L'UNSPIC forme les plus grandes réserves sur un tel seuil appliqué aux contrats de partenariat :

- La diversité des secteurs concernés et des ratios selon les projets rend très délicate l'introduction d'un seuil unique (nous rappelons que ces contrats concernent aussi bien les centres nautiques, que la performance énergétique d'un bâtiment, les opérations de rénovation de bâtiments, l'éclairage public,...) ;
- Les collectivités territoriales doivent pouvoir conserver la possibilité de recourir à un marché de partenariat et la fixation d'un seuil pourrait les en priver ;
- La démonstration faite par le bilan prévu à l'article 68 que le recours au marché de partenariat est la solution la plus favorable, en comparaison des autres contrats de la commande publique, doit en toute logique exclure le principe d'un seuil.
- La fixation d'un seuil entraverait l'accès des PME à cet outil contractuel.

Si le principe d'un seuil devait néanmoins être retenu il conviendrait alors de s'interroger :

- Sur l'opportunité d'un seuil différencié pour l'Etat et les collectivités
- Sur la définition de la valeur estimée : montant total de l'investissement ou somme des loyers payés par la collectivité.

- b) Interdiction faite aux ODAC, établissements de santé et structures de coopération sanitaire de conclure directement des marchés de partenariat (article 63) et obligation pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics de recourir à une évaluation préalable avec transmission pour avis à un organisme expert et étude de soutenabilité budgétaire (articles 66, 68, 69 et 70) ;

Sur ce dernier point, il paraît indispensable, afin de ne pas heurter le principe de libre administration des collectivités, de préciser en ces termes dans l'article 70 II le caractère non liant des avis :

*« Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation préalable et les avis à caractère consultatif sur celle-ci, sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat ».*

## **2. La nature même du marché de partenariat est modifiée (article 59)**

Le texte soumis à la concertation rend désormais optionnel « *l'aménagement, l'entretien la maintenance, la gestion ou l'exploitation* » des ouvrages construits ou transformés.

Cette nouvelle définition laisse à penser que les missions d'entretien-maintenance ne sont que des prestations accessoires.

L'UNSPIC rappelle son attachement à la notion de mission globale qui allie, aux côtés de la construction ou la transformation d'ouvrages, leur financement mais aussi leur entretien – maintenance- gestion ou exploitation.

Dès lors que la personne publique a fait le choix de recourir à un marché de partenariat (dont le texte rappelle à juste titre le caractère global) en écartant les autres outils contractuels à sa disposition, il nous paraît cohérent de conférer à ce contrat une réelle globalité qui doit nécessairement comprendre la phase d'entretien-maintenance.

Cette globalité garantit à la personne publique :

- la performance de l'ouvrage dans le temps dès lors que l'opérateur en charge de la maintenance est associé en amont, dès la phase de conception et/ou réalisation.
- des ouvrages en parfait état de fonctionnement.

Ces prestations d'entretien -maintenance contribuent ainsi très largement à faciliter le financement de ces opérations dans des conditions optimales, par la garantie donnée aux prêteurs que les ouvrages sont bien entretenus et donc valorisés.

Nous sommes légitimes à redouter le refus des financeurs de participer à des financements de projets dans lesquels la maintenance ne figurerait pas dans la mission confiée au titulaire.

C'est la raison pour laquelle nous demandons, à l'article 59, de remonter le 2° du II après le 2° du I.

## **3. Le texte créé des incertitudes qu'il importe de lever pour ne pas ouvrir la voie à une insécurité juridique et à de futurs contentieux :**

- a) Incompatibilité du principe de l'allotissement étendu aux marchés de partenariat (articles 27 et 58) ;

Par définition, et comme rappelé à juste titre dans l'article 59, un marché de partenariat permet de confier à un opérateur économique « une mission globale ».

Le principe général de l'allotissement rappelé à l'article 27 ne trouve donc pas à s'appliquer pour les marchés de partenariat qui ne sauraient être conclus en lots séparés et cette remarque vaut aussi pour les marchés globaux.

Par souci de cohérence, et pour éviter toute confusion, nous demandons :

- A l'article 27 II, supprimer les termes « marchés globaux mentionnés à l'article 28 et les marchés de partenariat mentionnés à l'article 59 » ;
- A l'article 58 ajouter « 27 » à la liste des articles exclus du champ d'application des marchés de partenariat.

b) Caractère indéfini et subjectif des interdictions de soumissionner générales et facultatives (article 41)

L'article 41 évoque des exclusions dites facultatives qui relèvent de situations subjectives et donc incompatibles avec une exigence de sécurité juridique.

Certaines nuisent à l'exercice de la concurrence. Il en est ainsi de l'exclusion pour résiliation d'un contrat de concession ou d'un marché public, dans la mesure où les collectivités publiques ne sont toujours en mesure d'apprécier objectivement la réalité des faits et les circonstances particulières attachées à ces cas de résiliations prononcées par d'autres collectivités publiques.

La jurisprudence constante et consolidée sur les motifs d'exclusion répond parfaitement aux objectifs de transparence, d'égalité des candidats et de bonne gestion des deniers publics.

Nous sollicitons donc la suppression de l'article 41 ainsi que la suppression dans l'article 42 de la référence à cet article.

c) Ambiguïtés relatives à la catégorie des sous-contrats (article 54 alinéa et 3)

Le texte qualifie de « sous-contractant » l'opérateur économique qui se voit confier par le titulaire d'un marché public « *l'exécution d'une partie d'un marché public* ».

Cette définition recoupe très exactement celle de sous-traitant figurant à l'article premier de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance<sup>1</sup>.

Il n'y a donc pas lieu d'envisager une nouvelle catégorie de sous-contractant qui ne répondrait pas aux caractéristiques du sous-traitant.

Ces deux alinéas sont par ailleurs sans aucun lien avec l'étude d'impact (2.10 sous-traitance) qui rappelle que la transposition « n'a pas vocation à remettre en cause le système mis en place par la loi de 1975 » mais à rappeler certains principes.

---

<sup>1</sup> « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

C'est pourquoi, nous demandons :

- Au titre III de la première Partie « dispositions générales », le remplacement du titre du chapitre 2 « *dispositions relatives aux sous-contrats* » par « *dispositions relatives à la sous-traitance* » ;
- A l'article 54 premier alinéa, le remplacement du terme « *sous-contractants* » remplacé par « *sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975* » ;
- A l'article 54 la suppression de l'alinéa 3.

d) Notion incertaine de mission de service public dont la gestion pourrait être confiée au titulaire (article 59) ;

Le texte nous indique qu'au titre de la mission globale confiée au titulaire peut figurer la « **gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique** ou des prestations de services concourant à l'exercice par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

Nous nous interrogeons sur ce que recouvre la mission de service public qui ne serait pas déjà contenu dans les prestations de services concourant à la mission de service public du pouvoir adjudicateur et sur les risques juridiques de confusion avec le champ de la délégation de service public, d'où une insécurité potentielle des procédures en question.

A ce titre, nous rappelons la nécessité d'une base légale différenciée entre les différents outils contractuels.

e) Absence de définition du « bilan plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique » dressé sur la base de l'évaluation préalable (article 68).

Le texte qui renvoie à de futures dispositions réglementaires ne nous donne aucune information : le critère de la complexité et de l'urgence seront-ils réintroduits à l'occasion du décret ? Sur quels critères le bilan se fondera –t-il ?

Ces imprécisions nous font légitimement redouter un risque d'insécurité juridique de nature à dissuader les collectivités de recourir au marché de partenariat.

f) Risque d'impossibilité de prévoir des recettes annexes (article 62)

L'interdiction de transférer à l'opérateur économique un risque d'exploitation (entendu comme une exposition aux aléas du marché et comme une incertitude sur l'amortissement des investissements ou les coûts qu'il a supporté dans des conditions normales d'exploitation) a le mérite de clarifier la frontière entre les délégations de service public et les marchés de partenariat mais elle pourrait avoir pour effet d'interdire les recettes annexes d'exploitation (par exemple : buvette/ cafétéria dans un stade).



Nous proposons d'insérer dans la section I du chapitre II du titre III de la deuxième partie « Dispositions spécifiques aux marchés de partenariat » un nouvel article à la suite de l'article 76 ainsi rédigé :

*« Le marché de partenariat peut autoriser le titulaire à se procurer des recettes en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante ».*

g) Nécessité de préciser la notion de « participations financières » (article 73)

Le texte précise que le marché de partenariat est éligible aux subventions et « *autres participations financières* ».

Il importe de préciser le contenu de cette notion, tout particulièrement à la lumière de l'article 76, afin que soit clairement identifié la nature des fonds qui peuvent être versés au titulaire avant l'achèvement des opérations de construction ou de transformation ou des garanties qui peuvent être octroyées.

h) Risque de confusion lié à la possibilité de participation minoritaire de la personne publique au capital du titulaire (article 73-III)

Cette faculté donnée à la personne publique de participer au capital du titulaire du marché de partenariat ne nous paraît pas souhaitable.

Nous considérons que cette disposition introduit une confusion entre le régime contractuel des marchés de partenariat supposant un partage clair des risques et responsabilités entre cocontractants et le régime du partenariat public-privé institutionnalisé de type SEMOP qui s'exerce dans un cadre particulier et dans un cadre législatif spécifique.

Nous ne parvenons pas à appréhender l'articulation qui pourrait s'opérer entre ce nouveau montage juridique et le dispositif de la SEMOP créé par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

Par ailleurs, nous souhaitons mettre en évidence que nous ne disposons d'aucun élément quant à la mise en œuvre de cette faculté (moment où la faculté s'exerce, règles de gouvernance,...).

En tout état de cause, un tel dispositif ne peut qu'être facteur de conflits d'intérêts.

#### **4. Le dispositif pourrait utilement prévoir la possibilité pour les entreprises de proposer des projets**

La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, codifiée à l'article 1414-11 du CGCT, prévoit opportunément la possibilité pour une entreprise de proposer un projet à une personne publique et organise la procédure qui en découle.

Ces dispositions pertinentes notamment en termes d'innovation, et d'échanges entre la sphère privée et publique pourraient être repris en ces termes :

*« Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 66 et suivants de l'ordonnance*

*Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés aux articles 38 et 39 et qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées, l'auteur du projet est admis à participer à la procédure prévue à l'article 35 de l'ordonnance.*

*La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire ».*

\*\*\*\*\*