

N° 381

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2011-2012

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 février 2012

## PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

PRESENTÉE AU NOM DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES <sup>(1)</sup>  
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 73 QUATER DU RÈGLEMENT,

*sur les propositions de directive « marchés publics » et « concessions de services » (E 6987, E 6988 et E 6989),*

Par M. Bernard PIRAS,  
Sénateur

*(Envoyée à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.)*

---

*(1) Cette commission est composée de : M. Simon Sutour, président ; MM. Michel Billout, Jean Bizet, Mme Bernadette Bourzai, M. Jean-Paul Emorine, Mme Fabienne Keller, M. Philippe Leroy, Mme Catherine Morin-Desailly, MM. Georges Patient, Roland Ries, vice-présidents ; MM. Christophe Béchu, André Gattolin, Richard Yung, secrétaires ; MM. Nicolas Alfonsi, Dominique Bailly, Pierre Bernard-Reymond, Éric Bocquet, Gérard César, Mme Karine Claireaux, MM. Robert del Picchia, Michel Delebarre, Yann Gaillard, Mme Joëlle Garriaud-Maylam, MM. Joël Guerriau, Jean-François Humbert, Mme Sophie Joissains, MM. Jean-René Lecerf, Jean-Louis Lorrain, Jean-Jacques Lozach, François Marc, Mme Colette Mélot, MM. Aymeri de Montesquiou, Bernard Piras, Alain Richard, Mme Catherine Tasca.*



## EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le Sénat a adopté en avril et juin 2011 **deux résolutions** relatives à la législation communautaire en matière de concessions de services et de marchés publics. Deux sujets très techniques mais qui sont au cœur de la vie de tous les acteurs publics, et en particulier de nos collectivités territoriales.

Ces résolutions réagissaient aux **projets** annoncés par la Commission européenne. En matière de **marchés publics**, la résolution du 2 juin 2011 faisait suite au **Livre vert**<sup>1</sup> de la Commission européenne. En matière de **concessions de services** (qui correspondent en particulier aux délégations de service public en France), la résolution du 14 avril 2011 faisait suite aux annonces de M. Michel BARNIER, commissaire européen, dans le cadre de son initiative « Vers un Acte pour le marché unique ».

Que disaient ces deux résolutions ?

Elles exprimaient **le scepticisme du Sénat sur l'opportunité de légiférer dans ces deux domaines**. En matière de marchés publics, les deux directives du 31 mars 2004<sup>2</sup> sont très complexes et commencent seulement à être pleinement maîtrisées par ses praticiens quotidiens. Un nouveau bouleversement des règles risquerait donc de déstabiliser aussi bien les pouvoirs adjudicateurs que les soumissionnaires. En matière de concession de services, la situation est différente, puisqu'il n'existe pas à l'heure actuelle de texte communautaire. La passation de concession de services n'est régie que par les grands principes du traité, à savoir les obligations de transparence, d'égalité et de non discrimination. La jurisprudence de la Cour de justice les a interprétés et la législation française a trouvé un bon équilibre avec la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993<sup>3</sup>. La résolution doutait donc de la plus-value d'un texte européen. Elle craignait surtout **une sur-réglementation qui remettrait en cause l'équilibre de la loi « Sapin »** qui fait l'objet d'un large consensus dans notre pays.

---

<sup>1</sup> Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics du 27 janvier 2011.

<sup>2</sup> Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

<sup>3</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Cette inquiétude était renforcée par la concomitance de ces deux débats sur les marchés publics et les concessions de services. Le risque était en effet que la Commission transpose la législation des marchés publics à celle des concessions, en méconnaissance de la nature particulière de la délégation de service public. **La délégation de service public ne peut être assimilée à la logique de la commande publique.** C'est un mandat donné à un tiers pour fournir un service public, le mandataire assumant tout ou partie du risque économique lié à l'exploitation.

Toutefois, dans l'éventualité où la Commission déciderait de légiférer malgré ces réserves, les résolutions du Sénat demandaient à la Commission de respecter **deux principes** : la simplification des procédures et la liberté des autorités adjudicatrices.

**C'est dans ce contexte que la Commission européenne a finalement présenté le 20 décembre 2011 trois propositions de directives.** Deux<sup>4</sup> se substitueraient aux directives « Marchés publics » en vigueur. La troisième<sup>5</sup> encadrerait l'attribution de contrats de concession et comblerait ainsi un supposé vide juridique.

Que faut-il penser de ces trois textes ?

Les deux propositions de directive relatives **aux marchés publics** ne modifient pas en profondeur les textes en vigueur. Elles les aménagent et les modernisent.

Plusieurs aspects sont positifs.

Tout d'abord, la rédaction est plus claire ce qui facilitera leur interprétation.

La simplification des procédures a été prise en compte. Par exemple, les pouvoirs adjudicateurs seraient autorisés à inverser les phases de sélection des candidatures et d'analyse des offres. Les PME ne devront fournir toutes les pièces nécessaires à leur candidature que si elles sont retenues. C'est un allègement administratif important. Dans le même esprit, un système de déclaration sur l'honneur serait généralisé en lieu et place de la production d'attestations ou de certificats de capacité ou de non-exclusion des marchés.

Toujours afin de favoriser la participation des PME, **l'allotissement** des marchés deviendrait obligatoire au-delà de 500 000 euros, sauf exceptions dûment motivées.

Un autre point positif concerne les **critères d'attribution**. Les critères d'attribution des marchés permettraient une meilleure prise en compte de

---

<sup>4</sup> COM (2011) 895 et COM (2011) 896.

<sup>5</sup> COM (2011) 897.

critères sociaux ou environnementaux. Ainsi, en cas d'attribution selon le critère du coût le plus bas, le coût pourrait être évalué soit uniquement sur la base du prix, soit sur la base du **calcul du coût de cycle de vie**. Cette notion inclurait les coûts d'usage (consommation d'énergie...), les coûts de fin de vie (recyclage...), les coûts environnementaux externes comme le coût des émissions de gaz à effet de serre. Par ailleurs, en cas d'attribution selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, pourraient être pris en compte les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du marché ainsi que le processus de production et le respect des normes environnementales et sociales.

S'agissant du champ des directives, la Commission propose de réserver un chapitre spécifique aux **marchés de services sociaux**. Ces services continueraient à bénéficier d'un régime particulier très allégé, réduit à des obligations de publicité. Pour le reste, ces marchés devraient simplement respecter les principes des traités. Les États membres seraient donc libres d'aménager la procédure de passation la plus opportune pour ces marchés. Par ailleurs, tous les **services culturels** seraient assimilés aux services sociaux. **La reconnaissance très claire de la spécificité de ces services est une avancée notable.** Lors de l'examen du paquet « Almunia » sur le financement des services d'intérêt économique général en décembre dernier, la Commission européenne n'a reconnu que les spécificités des services sociaux, mais pas celles des services culturels.

**Malgré ces aspects positifs, c'est la déception qui domine.**

Le Livre vert laissait espérer un recours beaucoup plus large à la **procédure négociée** avec publicité préalable. L'expérience française des MAPA (marchés à procédure adaptée) plaide dans le sens d'une plus grande liberté des autorités adjudicatrices. C'est aussi leur faire confiance en les responsabilisant. La négociation permet très souvent d'aboutir à des offres plus intéressantes pour les acheteurs publics. Malheureusement, la proposition de directive ne fait qu'une timide ouverture, les appels d'offres ouverts ou fermés demeurant la règle. Seuls les marchés de travaux pourraient recourir un peu plus à la procédure négociée.

Par ailleurs, la phase de négociation est décrite très précisément, à tel point que le rapport de force entre l'acheteur public et le soumissionnaire pencherait plutôt en faveur du second.

S'agissant des **seuils**, ils baissent d'environ 15 %. Ce n'est pas décisif, mais cela augmente malgré tout les contraintes.

Une nouveauté est l'introduction d'une définition des **coopérations public-public** (*in-house, in-house* conjoint, mutualisation de moyens entre collectivités...). La Commission souhaite codifier la coopération public-public, afin de l'exclure du champ de la commande publique. En

France, on pense notamment aux sociétés publiques locales, à l'intercommunalité ou à des mutualisations de moyens entre conseils généraux, communes... Selon la Commission, il s'agirait d'une simple codification de la jurisprudence de la Cour de justice. Toutefois, les choses sont moins simples. **La jurisprudence de la Cour de justice est trop récente pour en tirer des conclusions définitives.** Par ailleurs, la coopération public-public est en évolution permanente et il serait dangereux de la figer. Enfin, la proposition de la Commission va au-delà de la jurisprudence de la Cour de justice. La directive prévoit qu'un pouvoir adjudicateur peut confier une mission à un opérateur sous son contrôle et détenu à 100 % par des personnes publiques, sans mise en concurrence, si cet opérateur réalise au moins 90 % de ses activités pour ce pouvoir adjudicateur. Ce seuil de 90 % ne figure pas aussi clairement dans la jurisprudence. La Cour de justice depuis son arrêt « Teckal » du 18 novembre 1999 demande seulement que l'opérateur effectue **l'essentiel** de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui le contrôle.

Pour toutes ces raisons, la codification de la coopération public-public n'est pas opportune.

Le dernier volet qui pose des problèmes a trait **à la lutte contre les fraudes et les conflits d'intérêt.**

Tout d'abord, la Commission européenne propose de définir les conflits d'intérêt. Or, cette définition apparaît extraordinairement large et de nature à remettre en cause la sécurité juridique des marchés : *« La notion de conflit d'intérêt couvre au moins toutes les situations où [les membres du personnel du pouvoir adjudicateur et les membres des organes décisionnels du pouvoir adjudicateur] ont un intérêt privé direct ou indirect dans le résultat de la procédure de passation. [...] On entend par « intérêt privé » tout intérêt familial, sentimental, économique, politique ou autre partagé avec les candidats ou soumissionnaires. »* C'est l'article 21. Le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures pouvant aller jusqu'à l'exclusion du candidat. Ces dispositions pourraient notamment poser des difficultés d'application dans de petites collectivités territoriales.

Les États membres seraient également tenus de créer **un organe indépendant unique, dénommé « organe de contrôle »**, aux pouvoirs très larges. Les pouvoirs adjudicateurs auraient l'obligation de transmettre tous les marchés supérieurs à un certain seuil. Cet organe pourrait saisir la justice en cas de constatation d'une infraction, signaler les cas de fraude, de corruption et de conflits d'intérêts. Il aurait pour mission d'examiner les plaintes des particuliers et des entreprises. Il contrôlerait les décisions juridictionnelles et administratives afin de vérifier qu'elles sont

compatibles avec les décisions de la Cour de justice. La Commission pourrait aussi faire appel à cet organe dans certains cas particuliers.

La création d'un tel organe pourrait être utile dans les États membres ayant mal transposé les directives, y compris la directive « recours »<sup>6</sup>, ou ne disposant pas d'un système administratif et judiciaire efficace. Cet argument réaliste doit être entendu. Toutefois, pour notre pays, cet organe **hybride, mi-administratif, mi-judiciaire**, détonnerait dans le paysage institutionnel. De plus, il aurait un coût important et son utilité serait relative. Notre système est déjà très contrôlé. Les recours contentieux et précontentieux sont efficaces. La proposition de la Commission mériterait donc d'être amodiée. Le principe d'un organe de contrôle serait maintenu, mais chaque État membre pourrait, avec l'accord de la Commission, choisir une autre formule mieux adaptée à sa situation. Cette souplesse est nécessaire. La proposition de directive y a recours sur d'autres points. Par exemple, elle autorise les États membres à ne pas introduire la procédure négociée dans leur législation s'ils ne la jugent pas utile ou opportune.

S'agissant de la proposition de directive sur les **concessions de services**, c'est l'esprit du texte qui est contestable.

En effet, contrairement aux annonces rassurantes de la Commission européenne, la proposition de directive n'est absolument pas un cadre léger. Elle comporte 53 articles plus des annexes. Des pans entiers sont **purement et simplement calqués sur les directives « Marchés publics »**. On retrouve ainsi des dispositions identiques en matière de publication, de coopération public-public, de contrôle... Le seuil d'application est beaucoup trop bas : 5 millions d'euros calculés sur le cycle de vie de la concession. Ce seuil ne tient pas compte de la nature particulière des concessions et s'aligne sur la norme des marchés publics.

Les dispositions les plus contestables sont celles relatives à la négociation et à l'attribution des concessions. **La loi « Sapin »** laisse une grande liberté aux autorités adjudicatrices dans le respect des grands principes des traités. Par ailleurs, elle ne prévoit pas une pondération *ex-ante* des critères d'attribution, ce qui est un facteur important dans la phase de négociation. **Le délégant est en position de force.**

Avec la proposition de directive, cet équilibre serait bouleversé. Reprenant très exactement les textes « Marchés publics », la proposition de directive règle dans le détail la phase de négociation et impose la pondération des critères, sauf exception.

---

<sup>6</sup> Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

La loi « Sapin » serait donc remise en cause, alors même que la Commission n'a cessé de répéter dans la phase préparatoire que la loi française était le modèle à suivre. Notre assemblée ne peut donc que réitérer sa **nette opposition à ce projet**.

Deux aspects plus mineurs méritent notre attention.

Le premier concerne **les concessions de services culturels**. En vertu des propositions de directives « Marchés publics », les services culturels bénéficieraient d'un régime allégé au même titre que les services sociaux. La proposition sur les concessions prévoit elle aussi un régime allégé pour les concessions de services sociaux. Mais elle est ambiguë sur les concessions de services culturels. Cette asymétrie ne semble pas justifiée. L'incertitude doit être levée.

Le dernier point concerne la situation particulière de GrDF et d'ErDF. La législation européenne a confirmé **le monopole des opérateurs traditionnels pour la distribution de gaz naturel en zone de desserte historique et pour la distribution d'électricité**. Afin de ne pas remettre en cause ces monopoles dans l'Union européenne, l'article 8 de la proposition de directive exclut de son champ ce type de concession de services. Toutefois, cet article est rédigé de telle manière que les opérateurs exclus doivent être eux-mêmes une entité adjudicatrice. Or, ni GrDF, ni ErDF ne sont des entités adjudicatrices, mais des concessionnaires. Ce sont les communes qui concèdent la distribution de gaz à GrDF et d'électricité à ErDF. C'est un point de détail technique, mais il est assez sensible. Là encore, il ne doit pas subsister d'ambiguïtés.

Pour ces raisons, votre commission des affaires européennes a conclu, à l'unanimité, au dépôt de la proposition de résolution européenne qui suit.

## PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (E 6988),
- ④ Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (E 6987),
- ⑤ Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (E 6989),
- ⑥ Vu la résolution n° 128 du Sénat du 2 juin 2011,
- ⑦ Vu la résolution n° 96 du Sénat du 14 avril 2011,
- ⑧ **Sur la réforme des marchés publics :**
- ⑨ – constate que les deux principes qui devaient guider les réflexions de la Commission européenne, à savoir la simplification des procédures et la liberté des autorités adjudicatrices, n'ont été que partiellement suivis ;
- ⑩ – regrette en particulier que le recours à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché demeure limité à quelques types de marchés ;
- ⑪ – souhaite que chaque État membre puisse, avec l'accord de la Commission, choisir une autre formule que la création d'un organe de contrôle indépendant, mi-administratif, mi-judiciaire, qui serait chargé de s'assurer de la bonne mise en œuvre de la directive ;
- ⑫ – s'oppose à une codification des critères de la coopération public-public, au risque de figer une jurisprudence encore en construction, et estime qu'une communication de la Commission européenne serait plus judicieuse sur ce point ;
- ⑬ – approuve en revanche la modernisation des critères d'attribution des marchés, afin notamment de prendre en compte les coûts liés au cycle de vie d'un marché ou les qualifications et l'expérience du personnel ;
- ⑭ – se félicite du maintien d'un cadre juridique allégé pour les marchés relatifs à des services sociaux ou des services culturels ;

- ⑮ – juge également positives les dispositions tendant à réduire les charges administratives pour les soumissionnaires et celles imposant l'allotissement des marchés pour encourager l'accès des PME aux marchés publics ;
- ⑯ – reconnaît enfin l'effort de pédagogie et de clarté par rapport aux deux directives en vigueur ;
- ⑰ **Sur les contrats de concession de services :**
- ⑱ – prend acte de la volonté de la Commission européenne de légiférer malgré les fortes réticences exprimées par les pouvoirs publics français ;
- ⑲ – déplore l'initiative de la Commission européenne qui, contrairement à ses déclarations, n'a pas fait le choix d'un cadre juridique léger et adapté aux particularités des concessions de services ;
- ⑳ – constate au contraire que le régime des concessions de services serait calqué sur celui des marchés publics ;
- ㉑ – juge en particulier que la liberté de négociation des offres par l'autorité publique délégante, qui est au cœur de l'équilibre trouvé par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi « Sapin », est remise en cause par, d'une part, l'encadrement formaliste et disproportionné de la phase de négociation et, d'autre part, l'obligation de pondération des critères d'attribution ;
- ㉒ – considère que cette conception de la négociation méconnaît la nature particulière de la délégation de service public qui n'est pas comparable à celle de l'achat public ;
- ㉓ – souhaite que les concessions de services culturels bénéficient sans aucune ambiguïté d'un régime juridique allégé au même titre que les concessions de services sociaux ;
- ㉔ – estime que le seuil de cinq millions d'euros, calculé sur la durée de la concession, est trop bas, car il ne tient pas compte de la nature des concessions ;
- ㉕ – demande que les concessions de distribution de gaz naturel en zone de desserte historique et d'électricité demeurent clairement hors du champ de la proposition de directive, afin de ne pas remettre en cause le monopole, reconnu par la loi et admis par le droit européen, de GrDF et de ErDF sur ces concessions ;
- ㉖ – demande au Gouvernement de défendre ces orientations auprès des institutions européennes.