

## **FICHE D'IMPACT PROJET DE TEXTE REGLEMENTAIRE**

**NOR** : à compléter

Intitulé du texte :

Projet d'ordonnance relative aux marchés publics

Ministère à l'origine de la mesure :

Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique

Date d'établissement de la présente fiche (*le cas échéant, date de sa dernière modification*) :

PROJET

**I. PRESENTATION GENERALE DU TEXTE**

<u>Titre</u>
<b>Projet d'ordonnance relative aux marchés publics</b>

<u>Objectifs</u>	
<b>SOMMAIRE</b>	
<b>1. Description générale des nouvelles directives « marchés publics » et du projet d'ordonnance</b>	<b>5</b>
1.1. Description générale des nouvelles directives « marchés publics »	5
➤ <i>Un champ d'application clarifié</i>	5
➤ <i>Un assouplissement des procédures</i>	6
➤ <i>Pour une meilleure utilisation stratégique des marchés publics</i>	6
➤ <i>Faciliter l'accès des PME aux marchés publics</i>	6
➤ <i>L'encadrement de l'exécution des marchés publics</i>	7
➤ <i>De nouvelles contraintes</i>	7
1.2. Description générale du projet d'ordonnance : transposer les directives et simplifier l'architecture juridique existante	7
1.2.2. <i>Le projet d'ordonnance unifie et rationalise les règles applicables aux « marchés publics » et à l'ensemble des acheteurs publics</i>	8
1.2.3. <i>Le projet d'ordonnance rénove le régime des contrats de partenariat</i>	9
1.2.4. <i>La nouvelle architecture du droit des marchés publics se traduit par une réduction des normes applicables</i>	9
1.3. Les chiffres clés des marchés publics et des PPP	10
1.3.1. <i>Les chiffres clés des marchés publics en 2012</i>	10
1.3.2. <i>Les chiffres-clés des PPP</i>	12
<b>2. Impacts concernant les marchés publics</b>	<b>14</b>
2.1. La clarification de la répartition du contentieux	15
2.1.1. <i>Etat des lieux</i>	15
2.1.2. <i>Objectifs</i>	17
2.1.3. <i>Impacts</i>	18
2.2. Marchés publics globaux	18
2.2.1. <i>État des lieux</i>	18
2.2.2. <i>Objectifs</i>	19
2.2.3. <i>Impacts</i>	19
2.3. Allotissement	19
2.3.1. <i>État des lieux</i>	19
2.3.2. <i>Objectifs</i>	23
2.3.3. <i>Impacts</i>	23
2.4. Accès des États tiers	24
2.4.1. <i>État des lieux</i>	24
2.4.2. <i>Objectifs</i>	35
2.4.3. <i>Impacts</i>	37
2.5. Exclusions du champ d'application du droit des marchés publics	41
2.5.1. <i>Etat des lieux</i>	41

2.5.2. Objectifs	41
2.5.3. Impacts	42
2.6. Clauses sociales et environnementales	43
2.6.1. Etat des lieux	43
2.6.2. Objectifs	48
2.6.3. Impacts	49
2.7. Réserve des marchés publics aux travailleurs handicapés et défavorisés	49
2.7.1. Etat des lieux	49
2.7.2. Objectifs	51
2.7.3. Impacts	51
2.8. Réserve de certains marchés aux entreprises de l'ESS	52
2.8.1. Etat des lieux	52
2.8.2. Objectifs	54
2.8.3. Impacts	56
2.9. Évaluation préalable des marchés publics dont la valeur estimée est supérieure à un certain seuil	58
2.9.1. Etat des lieux	58
2.9.2. Objectifs	59
2.9.3. Impacts	60
2.10. Sous-traitance	60
2.10.1. État des lieux	60
2.10.2. Objectifs	60
2.10.3. Impacts	61
2.11. Conservation des documents	61
2.11.1. Etat des lieux	61
2.11.2. Objectifs	63
2.11.3. Impacts	64
<b>3. Impacts concernant les marchés de partenariat</b>	<b>65</b>
3.1. Unification des PPP autour du marché de partenariat	65
3.1.1. Etat des lieux	65
3.1.2. Objectifs	66
3.1.3. Impacts	66
3.2. Rationalisation et modernisation du régime des marchés de partenariat	66
3.2.1. Etat des lieux	66
3.2.2. Objectifs	67
3.2.3. Impacts	69
<b>4. Impacts en outre-mer</b>	<b>71</b>
4.1. Etat des lieux	71
4.1.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative	71
4.1.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative	71
➤ Les collectivités de Nouvelle-Calédonie	71
➤ Les collectivités de Polynésie française	71
➤ Les collectivités des îles Wallis-et-Futuna	72
➤ Les services de l'Etat dans le Pacifique	72
➤ Les services de l'Etat dans les TAAF	73
4.2. Objectifs	73
4.2.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative	73
4.2.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative	73
4.3. Impacts	74

<i>4.3.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative</i>	74
<i>4.3.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative</i>	74

Le nouveau paquet législatif sur les marchés publics composé des directives 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics<sup>1</sup> (dite « secteurs classiques ») et 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux<sup>2</sup> (dite « secteurs spéciaux ») a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) du 28 mars 2014.

La transposition de ces directives doit intervenir dans un délai de 2 ans à compter de leur entrée en vigueur, soit avant le 18 avril 2016.

L'article 42 de la loi n° 2014-1545 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives dispose :

*I. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi :*

*1° Nécessaire à la transposition de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;*

*2° Rationalisant pour l'ensemble des contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne :*

*a) Les règles générales de passation et d'exécution de ces contrats ;*

*b) Le cadre juridique applicable aux contrats globaux, y compris sectoriels, afin d'harmoniser les règles relatives à ces contrats ;*

*3° Clarifiant la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique ;*

*4° Prévoyant pour les contrats globaux :*

*a) Les modalités d'élaboration des évaluations préalables à leur passation afin de renforcer la sécurité juridique et financière de ces contrats ;*

*b) Les conditions de recours et de mise en œuvre de ces contrats de nature à circonscrire leur utilisation ;*

*c) La fixation d'un seuil financier à partir duquel le recours à un contrat global est possible ;*

*5° Apportant les modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet ;*

*6° Permettant d'étendre, avec les adaptations nécessaires, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises les règles relatives aux marchés publics, sous réserve des compétences dévolues à ces collectivités.*

*II – L'ordonnance prévue au I s'applique aux contrats pour lesquels une procédure de passation est engagée à une date qui ne peut être antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2016.*

<sup>1</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

<sup>2</sup> Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

## **1. Description générale des nouvelles directives « marchés publics » et du projet d'ordonnance**

### **1.1. Description générale des nouvelles directives « marchés publics »**

Les nouvelles directives « marchés publics » ont pour objectif de simplifier le droit de la commande publique en en faisant un outil en faveur de l'innovation, en facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) et en favorisant la prise en compte, par les acheteurs publics, d'objectifs sociaux et environnementaux<sup>3</sup>.

#### ➤ *Un champ d'application clarifié*

La révision des directives européenne « marchés publics » a été l'occasion de :

- lever des doutes sur certaines notions ou certaines règles afin d'en obtenir une compréhension et une application uniforme au sein de l'ensemble des États membres ;
- trancher définitivement certaines interrogations que les précédentes directives « marchés publics » ont pu lever ;
- prendre acte des évolutions intervenues dans certains domaines et des pratiques tant des acheteurs publics que des opérateurs économiques.

Cette préoccupation s'est traduite dans deux domaines :

- En matière de coopération public-public<sup>4</sup> :
  - la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) relative à la coopération public-public est intégrée dans le corps même des directives ;
  - la question des conséquences de la présence de capitaux privés au sein des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, non tranchée par la jurisprudence européenne ou nationale, est désormais réglée ;
- En matière d'exclusions du champ d'application :
  - le doute sur la question de savoir si les emprunts non obligataires entraînent dans le champ d'application des directives européennes, particulièrement importante pour les collectivités territoriales, a été définitivement levé ;
  - certains services, parce qu'ils ne présentent jamais d'intérêt transfrontaliers, tels que les services de représentation en justice par des avocats, ont été exclus du champ d'application des directives, libérant ainsi les acheteurs publics de la nécessité de recourir à des procédures européennes de marchés publics pour les conclure ;
  - la libéralisation *de facto* et *de jure* de certains secteurs économiques relevant des « secteurs spéciaux » a été constatée et ces secteurs, tels que la prospection pétrolière ou gazière, sont désormais exclus du champ d'application de la directive « secteurs spéciaux ».

<sup>3</sup> Pour plus de détails, consulter les fiches pratiques de la Commission européenne à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/reform\\_proposals/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_fr.htm).

<sup>4</sup> Notion permettant de distinguer ce qui, dans une relation entre deux personnes publiques, relève d'échanges commerciaux soumis aux règles des marchés publics de ce qui relève d'échanges de coopération.

➤ ***Un assouplissement des procédures***

L'ouverture des cas de recours à la procédure négociée (désormais intitulée « procédure concurrentielle avec négociation ») constitue le principal apport de la directive « secteurs classiques ».

Désormais, il pourra être recouru à cette procédure lorsque les « besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ».

Autrement dit, le recours à l'appel d'offres ne sera imposé que pour les seuls achats « sur étagères ».

➤ ***Pour une meilleure utilisation stratégique des marchés publics***

- Une nouvelle procédure, le « partenariat d'innovation », a été créée afin de faire face aux difficultés structurelles des marchés de recherche et développement (R&D) liées aux rigidités de procédure (impossibilité d'acheter, sans remise en concurrence, le résultat de la R&D). Le contrat cumulera la phase de R&D et la phase d'achat, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence avant de procéder à l'achat ;

- La possibilité de recourir à des critères sociaux et environnementaux est expressément consacrée. Le cycle de vie des produits ainsi que l'expérience et les qualifications du personnel proposé par le soumissionnaire pour l'exécution du marché peuvent, dans certaines hypothèses et sous certaines conditions, être utilisées comme critère d'attribution des marchés ;

- Afin de lutter plus efficacement contre le « dumping » social et écologique, les directives rappellent l'obligation de rejeter une offre anormalement basse qui ne respecterait pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnement, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail ;

- Le champ de la réservation de certains marchés a été étendu. Les directives autorisent les États membres à prévoir que la participation aux procédures de marché public pourra être réservée aux opérateurs qui emploient un minimum de 30 % de personnes handicapées ou défavorisées (la réservation est aujourd'hui limitée aux ateliers protégés et centres d'insertion par le travail dont au moins la moitié des effectifs est composé de personnes handicapées).

En outre, une nouvelle réservation a été introduite au bénéfice des « acteurs de l'économie sociale et solidaire » (acteurs de l'ESS) lorsque le marché a pour objet des « services sociaux et autres services spécifiques ».

➤ ***Faciliter l'accès des PME aux marchés publics***

- Les nouvelles directives encouragent les acheteurs publics à allouer leurs marchés, sans toutefois prévoir d'obligation. Le dispositif impose cependant aux acheteurs publics de justifier leur choix de ne pas allouer le marché. Les États membres peuvent également imposer le principe de l'allotissement obligatoire ;

- Les modalités de candidature aux marchés sont allégées. Les candidats pourront présenter leur candidature sous la forme d'une déclaration sur l'honneur, attestant ne pas se trouver sous le coup d'une interdiction de soumissionner et disposer des capacités techniques, professionnelles et financières pour exécuter le marché ; le modèle de déclaration sur l'honneur est fixé par la Commission européenne ;

- Les exigences des acheteurs en matière de capacité financière sont plafonnées : le chiffre d'affaires exigible ne peut être supérieur au double du montant estimé du marché sauf justifications.

➤ ***L'encadrement de l'exécution des marchés publics***

- Les modifications des marchés en cours d'exécution sont plafonnées à 10 % du montant du marché initial pour les services et de fournitures et à 15 % pour les travaux. Toutefois, la passation d'un avenant au-delà de ces limites demeure possible lorsque cela est dûment justifié ;

- Des règles relatives à la sous-traitance (agrément, paiement direct, etc.) ont été insérées dans les directives. Ces règles sont optionnelles. Les États membres demeurent libres de ne pas les transposer. Ils doivent cependant imposer l'obligation, pour les acheteurs publics, de vérifier que les sous-traitants proposés ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

➤ ***De nouvelles contraintes***

- Le régime allégé dont bénéficiaient certains services dits « non-prioritaires » est supprimé. Seuls les « services sociaux et autres services spécifiques », limitativement énumérés, continuent de bénéficier d'un régime allégé ;

- Une gouvernance en matière de marchés publics est instaurée : les États membres sont tenus de communiquer à la Commission européenne des rapports sur l'exécution des marchés et de mettre en place des mécanismes de contrôle par des entités agissant de leur propre initiative ou sur plainte et qui pourront saisir la justice, ou toute autre structure appropriée, des violations constatées.

**1.2. Description générale du projet d'ordonnance : transposer les directives et simplifier l'architecture juridique existante**

Le Gouvernement a fait le choix d'intégrer au plus vite certaines dispositions des directives particulièrement favorables aux petites et moyennes entreprises et à l'innovation. À cette fin, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a intégré dans le code des marchés publics et dans les décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 les mesures suivantes :

- la limitation des exigences des acheteurs publics relatives à la capacité financière des candidats par le plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible à deux fois le montant estimé du marché ;
- l'allègement des dossiers de candidature par l'interdiction pour l'acheteur public de demander des documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique et la possibilité pour les entreprises de ne pas fournir des documents ou renseignements déjà communiqués dans le cadre d'une précédente procédure ;
- l'instauration du partenariat d'innovation.

Ces mesures sont entrées en vigueur le 1er octobre 2014. Le projet d'ordonnance a pour objet de poursuivre ce travail de transposition.

Le Gouvernement souhaite profiter de ces travaux pour revisiter l'architecture du droit de la commande publique.

Le projet d'ordonnance fixe les grands principes de niveau législatif. L'essentiel de la transposition des nouvelles directives, qui concerne surtout les modalités de passation des marchés publics, s'effectuera par le biais de mesures réglementaires d'application. Il est donc important de souligner que les analyses des impacts de la réforme se concentreront pour la majeure partie dans la fiche d'impact accompagnant les actes de niveau réglementaire.

Comme cela a été annoncé par le ministre de l'économie en mars 2014 à l'occasion d'un colloque

consacré à la transposition des directives, organisé sous son patronage, le nouveau dispositif relatif aux marchés publics préfigurera le futur code de la commande publique, dont les travaux d'élaboration débuteront en 2016.

### ***1.2.1. L'architecture juridique existante est source de complexité***

Les textes de droit interne relatifs aux contrats qui sont des « marchés publics » au sens des directives européennes en vigueur<sup>5</sup> sont nombreux :

- le code des marchés publics (CMP) ;
- l'ordonnance n° 2005-649 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et ses décrets d'application ;
- et de nombreux textes épars sur les partenariats public-privé (PPP).

Cette architecture juridique est source de complexité pour les entreprises et les acheteurs publics. Elle doit donc être simplifiée (*cf. schéma au point 1.2.4*).

### ***1.2.2. Le projet d'ordonnance unifie et rationalise les règles applicables aux « marchés publics » et à l'ensemble des acheteurs publics***

L'objectif du projet d'ordonnance est de rassembler, au niveau législatif et en un seul texte, les règles communes applicables aux contrats qui sont des « marchés publics » au sens des directives européennes au sein d'un corpus juridique unique. La lisibilité du droit interne en sera fortement accrue.

Cette unification mettra fin à la dichotomie entre les « acheteurs soumis au CMP » et les « acheteurs soumis à l'ordonnance de 2005 ». Le projet d'ordonnance mettra fin à l'habilitation législative issue du décret-loi du 12 novembre 1938 autorisant le pouvoir réglementaire à fixer les règles applicables aux marchés publics des collectivités territoriales.

Sur le fond, le projet d'ordonnance rappelle les principes fondamentaux de la commande publique et leurs exceptions (possibilité de réserver certains marchés publics, mesures relatives aux États tiers de la directive « secteurs spéciaux », etc.), clarifie le champ d'application des règles applicables aux marchés publics (définition des marchés publics et des acheteurs publics concernés, exclusions du champ d'application, quasi-régie, etc.), détermine les cas et le régime des interdictions de soumissionner et encadre la possibilité de modifier les marchés publics en cours d'exécution. Il habilite le pouvoir réglementaire à déterminer les procédures applicables et à préciser les mesures d'application nécessaires. Enfin, le projet d'ordonnance traite de la question de l'application de ces règles et de leur éventuelle adaptation pour l'outre-mer.

Il qualifie également de contrats de droit administratif les marchés publics passés par des personnes morales de droit public, étendant ainsi la qualification législative actuelle, issue de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi MURCEF), qui se limite aux contrats passés en application du code des marchés publics.

Il reprend le principe d'une intervention de la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

---

<sup>5</sup> Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil 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 (« secteurs spéciaux ») et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (« secteurs classiques »).



Enfin, il contient des mesures propres à protéger les deniers publics et fixe les principes de l'exécution financière (interdiction du paiement différé, acomptes et avances obligatoires, garanties financières de la bonne exécution du marché, etc.).

### ***1.2.3. Le projet d'ordonnance rénove le régime des contrats de partenariat***

Les contrats de partenariat sont actuellement régis par une ordonnance du 17 juin 2004. Or, ces contrats constituent des marchés publics au sens des directives européennes. Leur régime doit donc être adapté aux nouvelles directives sur les marchés publics. Il est anachronique de continuer à traiter, dans le cadre de textes distincts, des contrats qui, au niveau européen, correspondent à une notion unique, avec un régime de passation commun. Dans un souci d'harmonisation des notions françaises et européennes et de lisibilité du droit, il convient de les intégrer dans un texte unique sur les marchés publics plutôt que d'en faire une catégorie juridique distincte à côté des marchés publics et des concessions.

En outre, au regard notamment du bilan des dix années de pratique des contrats de partenariat et d'expériences étrangères, le projet vise à assurer la sécurité juridique des investissements publics en clarifiant le cadre juridique des contrats dits « complexes ». À cette fin, il a pour objet d'unifier et de consolider les différentes formules contractuelles existantes au profit d'une forme unique, générique et transversale : le contrat de partenariat, dont la qualification juridique comme marché public pourrait être consacrée par un changement d'appellation en « marché de partenariat ».

Ce modèle contractuel garde toute sa pertinence pour associer le secteur privé à la réalisation des investissements publics et créer de l'emploi au service de projets utiles à la collectivité. Encore l'efficacité de la formule appelle-t-elle des ajustements. Le récent rapport de la mission d'information du Sénat sur les partenariats publics-privés invite à définir une nouvelle doctrine du recours au marché de partenariat afin que cet instrument soit mobilisé dans des conditions plus protectrices de l'intérêt général<sup>6</sup>.

Dans le sens de ces propositions, le projet d'ordonnance vise à accroître l'efficacité des projets en renforçant la méthodologie de l'évaluation préalable et le contrôle des conditions de recours à ce type de contrat, afin de pallier les risques de dérives budgétaires.

### ***1.2.4. La nouvelle architecture du droit des marchés publics se traduit par une réduction des normes applicables***

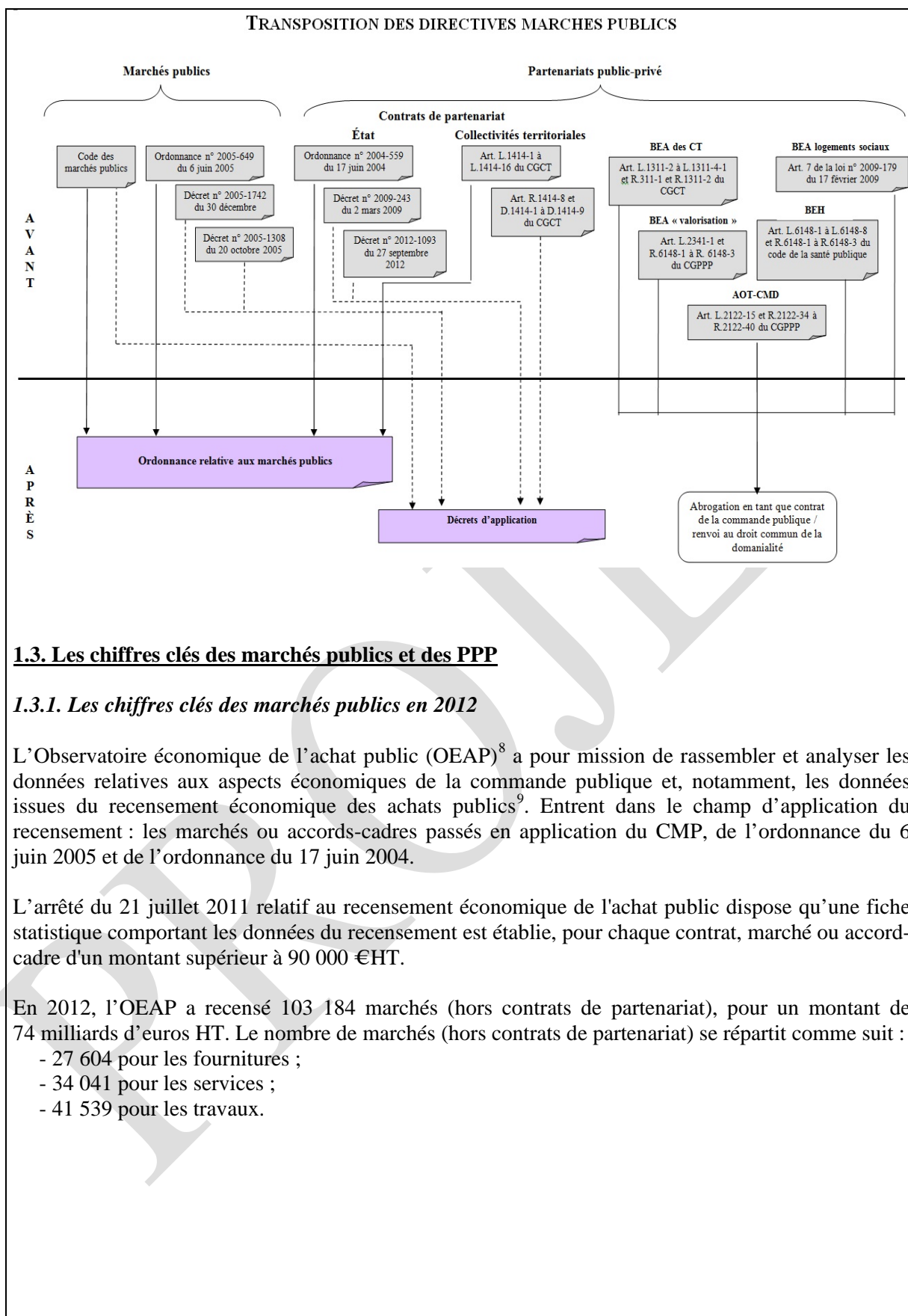
Conformément à l'objectif de simplification des normes et de lisibilité du droit, la démarche de rationalisation se traduira quantitativement par une réduction de la volumétrie des textes applicables :

**- le droit des marchés publics et des partenariats public-privé, dont les dispositifs figurent actuellement au sein de 17 principaux vecteurs juridiques différents (3 codes<sup>7</sup>, 10 textes de niveau législatif, 4 décrets en Conseil d'État) sera rassemblé au sein d'une ordonnance et de un ou deux décrets d'application, permettant ainsi de réduire de près de 40 % le nombre d'articles concernés ;**

**- réduction de 507 à 291 du nombre d'articles concernés : même si l'architecture des textes n'est pas directement comparable *ex ante* et *ex post*, leur diminution se traduit logiquement par une réduction prévisible de quelques 40% du nombre d'articles constituant le futur « corpus » juridique applicable.**

<sup>6</sup> Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, de Règlement et d'administration générale sur les partenariats publics-privés, par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, n° 733, 16 juillet 2014.

<sup>7</sup> Soit le code des marchés publics, le code général des collectivités territoriales et le code général de la propriété des personnes publiques.



### 1.3. Les chiffres clés des marchés publics et des PPP

#### *1.3.1. Les chiffres clés des marchés publics en 2012*

L'Observatoire économique de l'achat public (OEAP)<sup>8</sup> a pour mission de rassembler et analyser les données relatives aux aspects économiques de la commande publique et, notamment, les données issues du recensement économique des achats publics<sup>9</sup>. Entrent dans le champ d'application du recensement : les marchés ou accords-cadres passés en application du CMP, de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de l'ordonnance du 17 juin 2004.

L'arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public dispose qu'une fiche statistique comportant les données du recensement est établie, pour chaque contrat, marché ou accord-cadre d'un montant supérieur à 90 000 €HT.

En 2012, l'OEAP a recensé 103 184 marchés (hors contrats de partenariat), pour un montant de 74 milliards d'euros HT. Le nombre de marchés (hors contrats de partenariat) se répartit comme suit :

- 27 604 pour les fournitures ;
- 34 041 pour les services ;
- 41 539 pour les travaux.

<sup>8</sup> <http://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-recensement-economique-achat-public>.

<sup>9</sup> Décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence.

**Synthèse générale des contrats recensés en 2012 par l'OEAP**

		Les contrats par tranche de montant				Ensemble	
		A-inférieur à 90 000 € HT		B-supérieur ou égal à 90 000 €		Nombre	Montant € HT
		Nombre	Montant € HT	Nombre	Montant € HT		
1-Etat	2011	9.339	482.615.321	19.483	31.197.032.128	28.822	31.679.647.449
	2012	<b>9.253</b>	<b>499.075.120</b>	<b>18.470</b>	<b>28.695.913.677</b>	<b>27.723</b>	<b>29.194.988.797</b>
2-Collectivités territoriales	2011	28.257	758.452.408	38.572	27.193.089.108	66.829	27.951.541.516
	2012	<b>23.208</b>	<b>704.533.224</b>	<b>36.578</b>	<b>24.620.269.316</b>	<b>59.786</b>	<b>25.324.802.540</b>
3-Opérateurs de réseaux	2011	1.290	55.623.431	15.272	22.616.303.188	16.562	22.671.926.619
	2012	<b>561</b>	<b>26.048.015</b>	<b>15.115</b>	<b>20.952.716.419</b>	<b>15.676</b>	<b>20.978.764.434</b>
<b>Ensemble</b>	2011	38.886	1.296.691.160	73.327	81.006.424.424	112.213	82.303.115.584
	2012	<b>33.022</b>	<b>1.229.656.359</b>	<b>70.163</b>	<b>74.268.899.412</b>	<b>103.185</b>	<b>75.498.555.771</b>

Source : recensement de l'OEAP

L'OEAP fournit aussi des données spécifiques liées à l'achat public.

**Clauses spécifiques en 2012**

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	Marchés supérieurs ou égal à 90000 € HT			
	2009	2010	2011	2012
Marchés avec sous traitants	1,3%	1,5%	2,6%	2,2%
Marchés avec co-traitants	4,2%	5,2%	4,1%	5,4%
Marchés avec clauses sociales	1,9%	2,5%	4,1%	4,3%
Marchés avec clauses environnementales	2,6%	5,1%	5,3%	5,4%
Marchés à prix révisibles	47,0%	50,1%	49,2%	52,7%

Source : recensement de l'OEAP

**Clauses spécifiques par type d'acheteur en 2012**

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	1-Etat		2-Collectivités territoriales		3-Opérateurs de réseaux	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Marchés avec sous traitants	5,1%	3,9%	2,2%	2,1%	0,4%	0,4%
Marchés avec co-traitants	16,7%	6,0%	4,9%	6,8%	1,8%	1,4%
Marchés avec clauses sociales	2,6%	1,8%	6,4%	7,3%	0,5%	0,3%
Marchés avec clauses environnementales	7,5%	5,0%	6,4%	7,7%	0,7%	0,5%
Marchés à prix révisibles	46,7%	48,5%	51,9%	53,0%	50,5%	57,2%

Source : recensement de l'OEAP

En 2012, l'OEAP constate que le poids des PME dans l'achat public est en hausse d'environ 1,2 point en volume et de 2,6 points en montant. La progression est un peu plus marquée pour l'État avec 18 % des marchés en montant en 2012, contre 15 % en 2011.

**Part des PME dans les achats en 2011 et 2012**

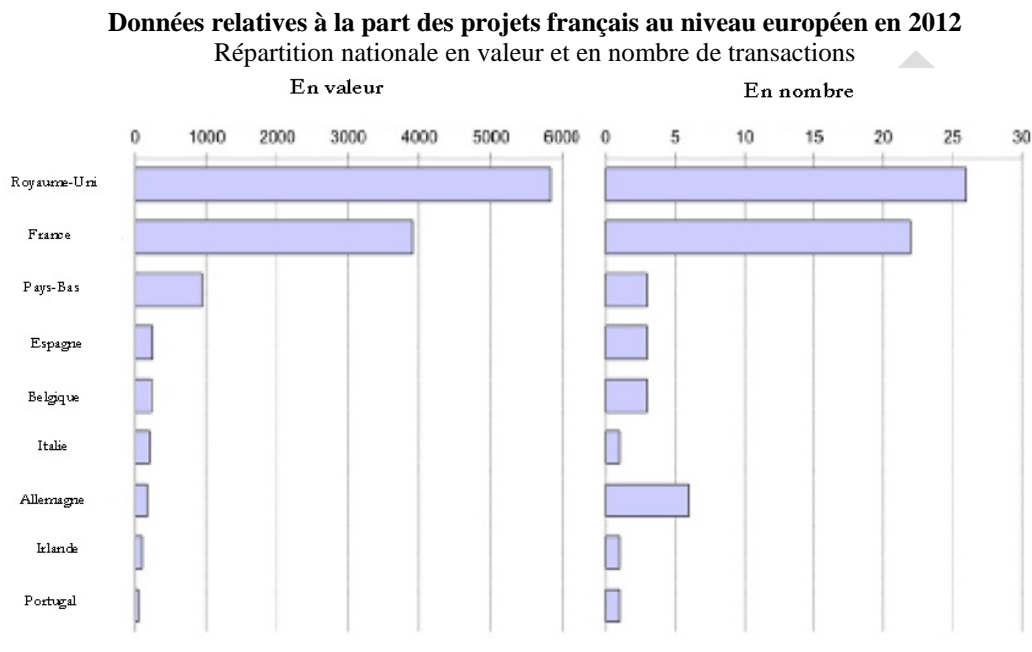
Poids des PME (*) dans les achats en % :	2011		2012	
	du nombre de contrats	du montant des contrats	du nombre de contrat	du montant des contrats
- de l'Etat	50,3	15,0	50,6	18,0
- des Collectivités territoriales	62,3	39,5	64,4	41,7
- des Opérateurs de réseaux	42,9	20,7	42,8	23,1
<b>Ensemble</b>	<b>56,5</b>	<b>25,0</b>	<b>57,7</b>	<b>27,6</b>

(\*) : Les titulaires dont la taille n'a pas pu être déterminée car ils ne sont pas connus de la statistique publique ont été exclus du calcul. Cela recouvre les titulaires étrangers, les titulaires publics, ceux du monde associatifs, etc.

Source : recensement de l'OEAP

### 1.3.2. Les chiffres-clés des PPP

Les PPP constituent un levier important pour la conduite des projets d'investissement public, tant en France qu'en Europe.



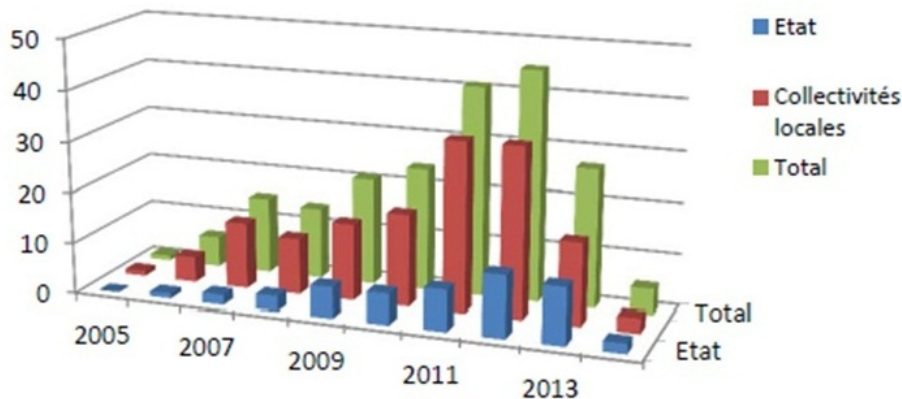
Source : European PPP Expertise Center

#### ❖ Les PPP en France

Entre 2005 et 2013, plusieurs centaines de contrats de partenariat et équivalents ont été signés, à travers :

- 194 contrats de partenariat ;
- environ 300 baux emphytéotiques administratifs (BEA) ;
- 35 baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ;
- 12 autorisations d'occupation temporaire adossées à une location avec option d'achat (AOT/LOA).

Nombre de contrats signés par an



Source : Mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP)

#### ❖ Les contrats de partenariat

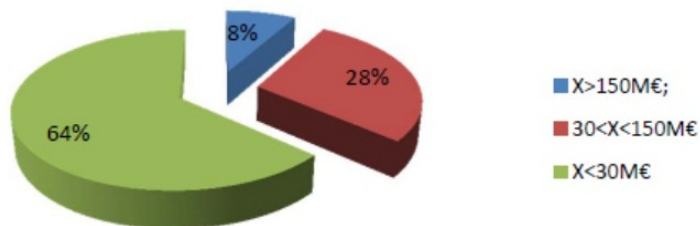
Selon la MAPPP :

- plus de 60% des contrats de partenariat signés ont une valeur en capital inférieure à cinquante millions d'euros ;
- la valeur moyenne d'un contrat de partenariat au niveau local est de 26 millions d'euros. La valeur moyenne d'un contrat de partenariat au niveau Etat est d'environ 250 millions d'euros ;
- sur les 167 contrats signés de 2005 à fin 2012, 129 l'ont été par des entités publiques locales, (régions, départements, communes) les 38 autres l'étant par des entités relevant de l'Etat (établissements publics) ou par l'Etat lui-même ;
- En termes de valeur en capital, les contrats de partenariat de l'Etat sont beaucoup plus importants que les contrats de partenariat des administrations locales (les contrats de partenariat d'Etat représentent 3/4 de la valeur du capital global des contrats de partenariat signés de 2005 à fin 2012). Pourtant, depuis l'ordonnance de 2004, la plupart des contrats de partenariat ont été réalisés par les autorités locales. La tendance récente se porte vers des transactions de taille moyenne et par une stagnation des contrats de partenariat portés par l'Etat. La majeure partie des contrats de partenariat de l'Etat ont été signés sur la période 2009-2011.

Le stock global, en cumul depuis l'origine des investissements générés par les projets signés, s'établit à près de 13 milliards d'euros à fin 2012 contre 9 milliards à fin 2011 soit un flux de près de 4 milliards supplémentaires dans l'année.

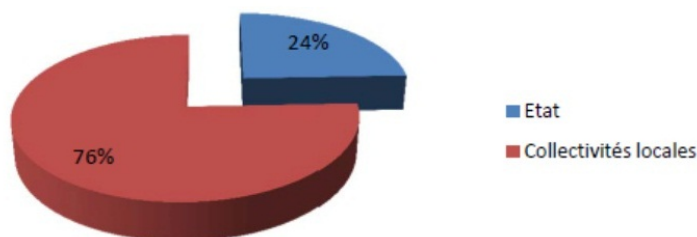
Ce stock correspond à une valeur globale (c'est-à-dire la somme arithmétique des paiements publics au cours de la durée du contrat) d'environ 31 milliards d'euros. Au regard des investissements publics totaux, de l'ordre de 90 milliards d'euros par an, le PPP représente environ 5 % du volume total de l'investissement public sur la période.

### Répartition des contrats de partenariat par montant depuis 2004



Source : MAPPP

### Répartition entre l'État et les collectivités territoriales en nombre de contrats depuis 2004

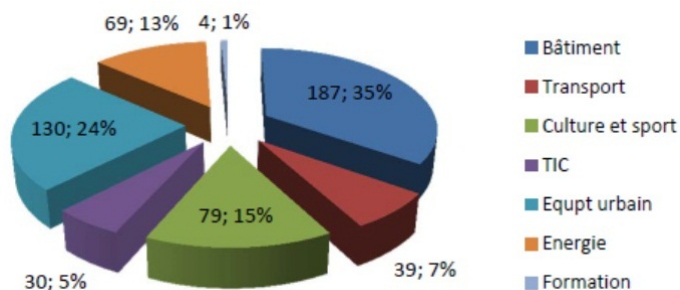


Source : MAPPP

Les familles de projets les mieux représentées restent (par ordre décroissant en nombre de projets lancés ou en cours d'attribution) :

- les bâtiments (administratifs, d'enseignement et, dépôts et centres techniques, prisons, casernes, hôpitaux,...) ;
- les équipements et aménagements urbains (éclairage public, voirie, signalisation tricolore, vidéosurveillance...) ;
- les projets à dominante énergétique (plateforme de production- distribution d'énergie, chaufferies-réseaux de chaleur,...) et les installations à caractère culturel (musées, théâtres,...) et sportif (stades, salles multi-usages, centres aquatiques...).

### Répartition des contrats de partenariat par secteur depuis 2004



Source : MAPPP

## **2. Impacts concernant les marchés publics**

Le projet d'ordonnance a vocation à fixer les grands principes de niveau législatif régissant les marchés publics. Les aspects concrets de passation et d'exécution seront précisés dans les textes réglementaires.

Néanmoins, quelques points particuliers du projet d'ordonnance peuvent être mis en exergue et analysés.

## **2.1. La clarification de la répartition du contentieux**

### ***2.1.1. Etat des lieux***

Plusieurs types de marchés publics sont actuellement qualifiés de contrats administratifs par une disposition législative :

- les marchés publics des assemblées parlementaires<sup>10</sup> ;
- l'ensemble des contrats passés en application du CMP<sup>11</sup> ;
- l'ensemble des contrats de commande publique comportant occupation d'une dépendance du domaine public<sup>12</sup> ;
- tous les baux emphytéotiques passés par les collectivités territoriales, leurs groupements, les établissements publics territoriaux et les établissements publics de santé<sup>13</sup> ;
- tous les contrats de partenariat<sup>14</sup>.

En revanche, l'ordonnance du 6 juin 2005, qui s'applique aussi bien à des personnes morales de droit public que de droit privé, ne qualifie pas la nature des contrats passés en application de ses dispositions.

En cas de contentieux, la compétence de l'ordre juridictionnel est, pour ces contrats, déterminée en application des critères issus de la jurisprudence. Le contrat est administratif et relève de la compétence du juge administratif si les critères suivants sont remplis :

- critère organique : l'un des cocontractants doit être une personne publique ;
- critère matériel : un contrat peut être administratif en raison de ses clauses exorbitantes du droit commun (la clause exorbitante est soit une clause exclue dans les contrats de droit privé, soit une clause inégalitaire) ou à raison de son objet (un contrat relatif à l'organisation ou à l'exécution même d'un service public ou un contrat portant sur l'exécution d'un travail public est un contrat administratif).

Pour les personnes morales de droit public soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 (ex : établissement public à caractère industriel et commercial - EPIC), il faut donc déterminer si le critère matériel est rempli. Si tel n'est pas le cas, l'affaire ressortit à la compétence du juge judiciaire.

<sup>10</sup> Art. 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

<sup>11</sup> Art. 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 précitée.

<sup>12</sup> Art. L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>13</sup> 5° et 6° de l'Art. L. 2331-1, repris aux Art. L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, L. 2122-20 et L. 2122-21 du code général de la propriété des personnes publiques et L. 6148-3, L. 614-4 et L. 6148-5 du code de la santé publique.

<sup>14</sup> Art. 1<sup>er</sup> et 14 (codifié à l'Art. L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales) de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée sur les contrats de partenariat.

Le juge judiciaire est toujours compétent pour connaître des litiges relatifs aux marchés passés par les personnes morales de droit privé soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 (ex : certaines associations<sup>15</sup>, sociétés anonymes – GrDF<sup>16</sup>, Aéroport de Paris<sup>17</sup>, sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré<sup>18</sup> – sociétés d'économie mixte<sup>19</sup>), mais également de ceux concernant les marchés des organismes privés de sécurité sociale, qui doivent respecter les garanties prévues en matière de marchés de l'Etat<sup>20</sup>.

### Statistiques devant le juge administratif

Malgré la précision des données statistiques rendues disponibles par la juridiction administrative, il n'est pas possible de distinguer les contentieux qui concernent des marchés publics soumis au code des marchés publics de ceux concernant des marchés soumis à l'ordonnance de 2005.

#### **Contentieux de la commande publique devant le juge administratif Statistiques pour l'année 2013**

##### **I. Devant le Conseil d'État**

###### *Contentieux des marchés et contrats*

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
<b>Contentieux des marchés et contrats</b>	<b>331</b>	<b>331</b>	<b>333</b>	<b>333</b>
<i>(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)</i>	<i>(9 480)</i>	<i>(9 235)</i>	<i>(10 143)</i>	<i>(9 806)</i>
<b>Part de l'ensemble du contentieux</b>	<b>3,5%</b>	<b>3,6%</b>	<b>3,3%</b>	<b>3,4%</b>

###### *Référés précontractuels et contractuels*

	Entrées	Sorties
<b>Référés pré-contractuels</b>	67	78
<b>Référés contractuels</b>	3	3
<b>Total</b>	<b>70</b>	<b>81</b>

###### *Délai moyen de jugement des affaires*

<b>Marchés et contrats</b>	193 j (soit 6 m 13 j)
<b>Référés pré-contractuels et contractuels</b>	80 j (soit 2 m 20 j)

<sup>15</sup> T. confl., n° 383, 12 avril 2012, *Société Atexo contre Association Marchés Publics d'Aquitaine (Ampa)* ; Cass., Com., n° 12-25808 et 13-14049, 10 décembre 2013, *Association des Paralysés de France*.

<sup>16</sup> Cass., Com., n° 09-13871, 10 juillet 2009, *Société Gaz Réseau Distribution France (GrDF)*.

<sup>17</sup> Cass., Com., n° 08-21714, 8 décembre 2009, *Société Aéroport de Paris (ADP)*.

<sup>18</sup> Cass., Com., n° 10-26702, 4 octobre 2011, *Société HLM Coutances Granville*.

<sup>19</sup> Cass., Com., n° 12-21335, 25 juin 2013, *Société d'Économie Mixte d'Aménagement, de Développement et d'Équipement de la Réunion (SEMADER)*.

<sup>20</sup> Art. L. 124-4 du code de la sécurité sociale ; Arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale ; T. confl., n° C3725, 15 mars 2010, *Caisse Interprofessionnelle de Prévoyance et d'Assurance Vieillesse et autres*.



**II. Devant les tribunaux administratifs***Contentieux des marchés et contrats*

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
<b>Contentieux des marchés et contrats</b>	<b>6 045</b>	<b>6 042</b>	<b>6 456</b>	<b>6 199</b>
<i>(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)</i>	<i>(181 200)</i>	<i>(175 762)</i>	<i>(188 205)</i>	<i>(183 182)</i>
<i>Dont :</i>				
<i>Marchés et contrats de l'Etat</i>	<i>1 183</i>	<i>1 183</i>	<i>1 094</i>	<i>1 093</i>
<i>Marchés et contrats des collectivités territoriales</i>	<i>4 030</i>	<i>4 027</i>	<i>4 444</i>	<i>4 188</i>
<b>Part dans l'ensemble du contentieux</b>	<b>3,3%</b>	<b>3,4%</b>	<b>3,4%</b>	<b>3,4%</b>

*Référés marchés*

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
<b>Référés marchés</b>	<b>6 045</b>	<b>6 042</b>	<b>6 456</b>	<b>6 199</b>
<i>Dont :</i>				
<i>Marchés et contrats de l'Etat</i>	<i>257</i>	<i>257</i>	<i>259</i>	<i>259</i>
<i>Marchés et contrats des collectivités territoriales</i>	<i>828</i>	<i>826</i>	<i>814</i>	<i>812</i>

*Délai moyen de jugement des affaires*

	Brut	Net
<b>Marchés et contrats</b>	<b>1 a 1 m 21 j</b>	<b>1 a 1 m 7 j</b>
<b>Référés pré-contractuels et contractuels</b>	<b>21 j</b>	<b>21 j</b>

*Attention : ces chiffres ne sont pas uniquement relatifs aux marchés publics, ils portent sur l'ensemble du contentieux de la commande publique (ex : délégations de service public).*

Source: dossier thématique du Conseil d'État :  
*Le juge administratif et la commande publique*  
 3 juin 2014

*Statistiques devant le juge judiciaire*

Il n'existe pas de statistiques sur le nombre de contentieux devant le juge judiciaire portant sur des marchés passés par des personnes morales de droit public.

En effectuant une recherche dans ses bases de données recensant les décisions des cours d'appels et de la Cour de cassation, le ministère estime que ce type de contentieux devant le juge judiciaire reste extrêmement marginal. Seul un exemple pertinent concernant la SNCF, personne morale de droit public, a pu être recensé<sup>21</sup>.

En revanche, on peut trouver un nombre important de jugements de tribunaux administratifs concernant des marchés passés par des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) soumis à l'ordonnance de 2005.

**2.1.2 Objectifs**

En l'état actuel, la répartition du contentieux entre les deux ordres de juridiction est complexe, notamment pour les marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005, et peut éventuellement constituer un obstacle pour certaines entreprises désireuses d'exercer leur droit au recours.

L'article 3 du projet d'ordonnance simplifie donc la répartition du contentieux en prévoyant que « les marchés publics conclus par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs ».

<sup>21</sup> Cass., Com., n° 08-12325, 24 juin 2008, *SFR contre SNCF*.

Le dispositif ne concernera donc pas les personnes morales de droit privé et ne contredira pas la jurisprudence du Conseil d'État en matière de mandat<sup>22</sup>. Il aura pour avantage, en revanche, de rendre automatique la qualification des contrats passés par les personnes morales de droit public.

### **2.1.3. Impacts**

Compte tenu de ce qui précède, même s'il n'est pas possible de le déterminer avec précision, le stock de contentieux traités par le juge administratif ne devrait pas s'accroître.

La réforme fera gagner un temps précieux aux acheteurs publics, aux entreprises, aux avocats et aux juges lorsqu'il s'agira de connaître la juridiction compétente pour trancher un litige lié à un marché public. En effet, pour savoir si le contrat relève de la compétence du juge judiciaire ou du juge administratif, il suffira d'analyser le critère de la personnalité morale de droit privé ou de droit public de l'acheteur.

## **2.2. Marchés publics globaux**

### **2.2.1. État des lieux**

Les marchés publics globaux sont des contrats par lesquels une personne publique peut confier à un titulaire unique une mission globale. Celle-ci peut porter sur la conception et la construction d'ouvrages (marchés de conception-réalisation) ou bien sur la conception et/ou la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance (CREM/REM). Ils restent soumis, à la différence des PPP, aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique.

Par ailleurs, des dispositifs sectoriels ont été créés par la loi afin de permettre la passation de marchés globaux pour répondre à des besoins spécifiques (article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, article L. 6148-7 du code de la santé publique, article 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France).

En dehors de ces contrats sectoriels, les conditions de recours aux marchés globaux sont très restrictives, limitant fortement leur usage par les personnes publiques. En conséquence, celles-ci privilégient les montages de type partenariats public-privé, alors même que l'opération pourrait être réalisée sous maîtrise d'ouvrage publique et avec un financement public pour un coût moindre.

Il n'existe pas de données globales en matière de marchés globaux. Le recensement réalisé par l'Observation économique de l'achat public ne permet en effet pas de distinguer les marchés globaux des autres marchés publics. Seuls des exemples sectoriels ont pu être observés. Par exemple, le ministère de la défense a conclu 12 marchés de conception-réalisation, 10 CREM/REM et 24 marchés globaux sectoriels (loi du 29 août 2002). Le ministère de la santé a passé une centaine de projet en conception-réalisation contre 30 pour le ministère de la justice (dont 14 marchés globaux sectoriels – loi du 22 juin 1987).

Dans la perspective d'une rationalisation des instruments juridiques des PPP<sup>23</sup> et dans un contexte de renchérissement des financements privés, les marchés publics globaux constituent une alternative aux contrats de partenariat.

<sup>22</sup> CE, n° 324405, 3 juin 2009, *OPAC du Rhône*. Une personne publique qui lance un marché pour le compte d'une personne privée, passe un marché privé susceptible de recours devant le juge privé, même si elle applique le CMP.

<sup>23</sup> Voir ci-dessous.

### 2.2.2. Objectifs

La réforme des marchés globaux s'articule autour de deux axes :

- la modulation des missions dévolues au cocontractant permet aux personnes publiques de disposer d'un outil contractuel mieux adapté à la diversité et à la réalité des projets.
- l'harmonisation des différents dispositifs au profit d'un outil unique. Par ailleurs, les conditions de recours à ce contrat seront assouplies.

L'objectif est d'améliorer le régime des contrats globaux afin de les rendre plus attractif pour les personnes publiques, notamment pour les projets de faible montant pour lesquels le recours au contrat de partenariat ne serait pas adapté.

### 2.2.3. Impacts

Ces mesures devraient avoir pour impact d'augmenter le nombre de marchés globaux passés par les personnes publiques et de limiter la « fuite » vers le contrat de partenariat, notamment pour les petits projets. Le développement du recours aux marchés globaux permettrait ainsi d'octroyer plus de souplesse aux acheteurs publics dans le choix de l'outil contractuel le mieux adapté à leur projet, dans une logique de « boîte à outil ». En outre, ces mesures pourraient réduire le risque contentieux et les coûts de procédures en clarifiant les différentes catégories de marchés globaux.

## 2.3. Allotissement

### 2.3.1. État des lieux

Dans le cadre de l'OEAP<sup>24</sup>, de nombreuses études ont analysé la place des PME dans l'achat public. Les chiffres et graphiques suivants retracent l'état des lieux.

**Répartition des marchés publics par type de titulaire**

Nombre et montant des contrats	2011		2012	
	Nombre	Montant € HT	Nombre	Montant € HT
1-PME	59 068	19 515 744 711	55 685	19 793 875 104
2-ETI	22 371	17 358 664 876	19 686	15 159 435 342
3-GE	23 035	41 242 504 272	21 217	36 808 956 403
4-Titulaires-taille indéterminée	7 739	4 186 201 725	6 597	3 736 288 922
<b>Total</b>	<b>112 213</b>	<b>82 303 115 584</b>	<b>103 185</b>	<b>75 498 555 771</b>

PME : petites et moyennes entreprises ; ETI : entreprises de taille intermédiaire ; GE : grandes entreprises. Les définitions de ces différentes catégories sont les mêmes droit national et en droit de l'Union européenne<sup>25</sup>.

Source : recensement de l'OEAP

<sup>24</sup> Voir les rapports annuels de l'OEAP, disponibles à l'adresse suivante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-recensement-economique-achat-public>.

<sup>25</sup> Voir la [recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises c\(2003\)/1422](#), [Art. 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie](#), [Art. 48 du code des marchés publics](#), [Art. L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales](#), [Art. 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004](#), [décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005](#) et [décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2008](#).

## Répartition des marchés publics par acheteurs en 2011 et en 2012

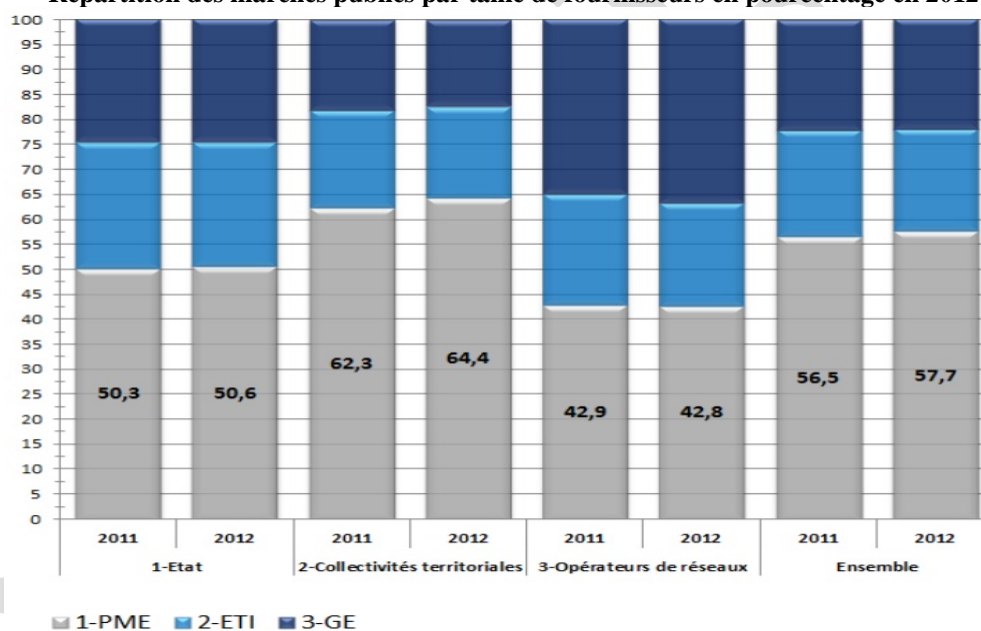
Poids des PME (*) dans les achats en % :	2011		2012	
	du nombre de contrats	du montant des contrats	du nombre de contrat	du montant des contrats
- de l'Etat	50,3	15,0	50,6	18,0
- des Collectivités territoriales	62,3	39,5	64,4	41,7
- des Opérateurs de réseaux	42,9	20,7	42,8	23,1
Ensemble	56,5	25,0	57,7	27,6

(\*) : Les titulaires dont la taille n'a pas pu être déterminée car ils ne sont pas connus de la statistique publique ont été exclus du calcul. Cela recouvre les titulaires étrangers, les titulaires publics, ceux du monde associatifs, etc.

Source : recensement de l'OEAP

Il faut souligner que ces statistiques font apparaître que, malgré la contraction de la commande publique de 2011 à 2012, la part des marchés publics attribués aux PME a continué à croître.

## Répartition des marchés publics par taille de fournisseurs en pourcentage en 2012



Source : recensement de l'OEAP

Toutefois, ces chiffres bruts cachent des disparités qui ont été mises en lumière à l'occasion de l'étude menée en 2012 par l'OEAP et la direction générale du Trésor<sup>26</sup>. Comme le démontre cette étude, l'accès des PME à la commande publique varie en fonction du montant des marchés publics, mais également en fonction du secteur économique concerné, de la proximité géographique à l'acheteur public<sup>27</sup>, etc.

<sup>26</sup> La place des PME dans les marchés publics en 2011 et comparaisons 2010-2011 [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/presentation/reunions\\_institutionnelles/assemblee\\_pleniere\\_oeap/2012/synthese-place-PME-en-2011.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/presentation/reunions_institutionnelles/assemblee_pleniere_oeap/2012/synthese-place-PME-en-2011.pdf).

<sup>27</sup> Ce qui explique en partie la disparité des résultats entre l'État et les collectivités territoriales.

L'étude d'impact de la Commission européenne qui accompagnait les projets de directives « marchés publics » et l'étude d'évaluation des règles antérieures en termes d'effet sur les PME<sup>28</sup> ont souligné que l'allotissement est la mesure la plus à même de favoriser l'accès des PME aux marchés publics. En la matière, les propositions initiales de la Commission s'inspiraient fortement du système actuellement en vigueur en France.

Le CMP prévoit, dans son article 10 :

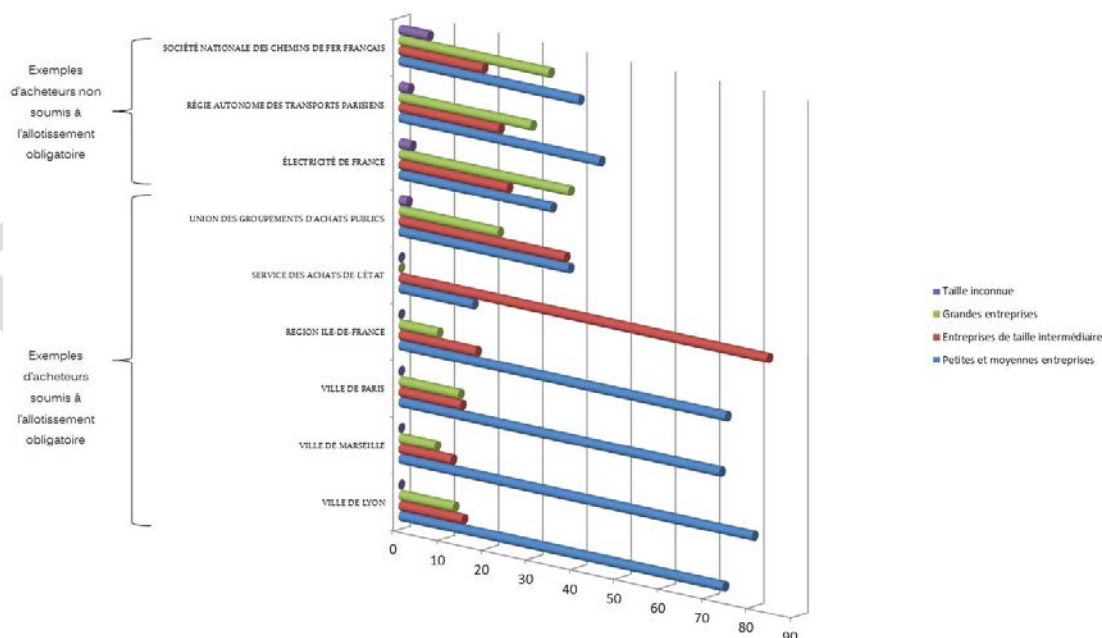
- que l'acheteur public a l'obligation d'allotir ses marchés publics. Il n'est possible de déroger à cette règle que dans des hypothèses limitées : lorsque l'acheteur public estime que la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- qu'il est interdit aux candidats de déposer des offres variables selon le nombre de lots qui leur seraient attribués.

Ces règles concernent l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

En revanche, le principe de l'allotissement ne s'impose pas aux acheteurs publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ne contient aucune disposition en la matière (exemples : La Poste, France Télévision, Voies Navigables de France, l'Imprimerie Nationale, la SNCF, EDF, ERDF, la RATP, RFF, ADP, GRDF- Suez).

S'ils pratiquent l'allotissement sur une base volontaire, la structure type des marchés publics qu'ils attribuent fait apparaître, qu'ils représentent un levier potentiel pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

#### Répartition en pourcentage, par catégorie d'entreprises, du nombre des marchés notifiés en 2011

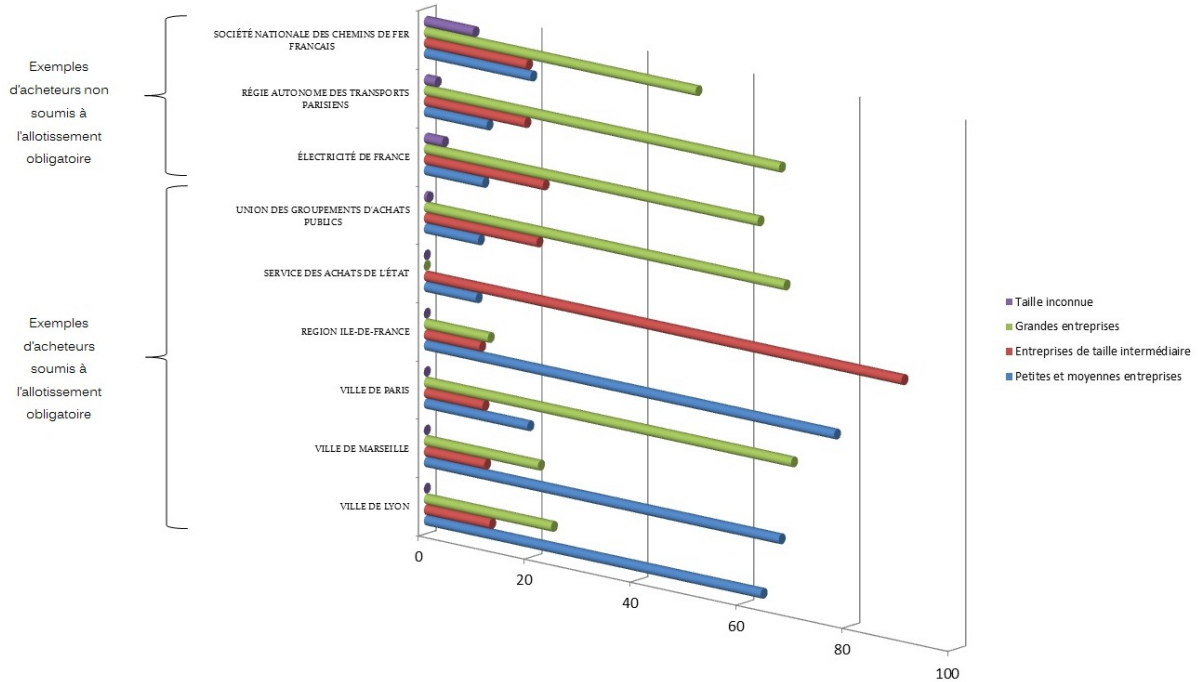


<sup>28</sup> Disponibles uniquement en anglais, aux adresses suivantes :

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201202/20120214ATT38071/20120214ATT38071EN.pdf>;  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf).

Source : recensement de l'OEAP

**Répartition en pourcentage, par catégorie d'entreprises, du montant des marchés notifiés en 2011**

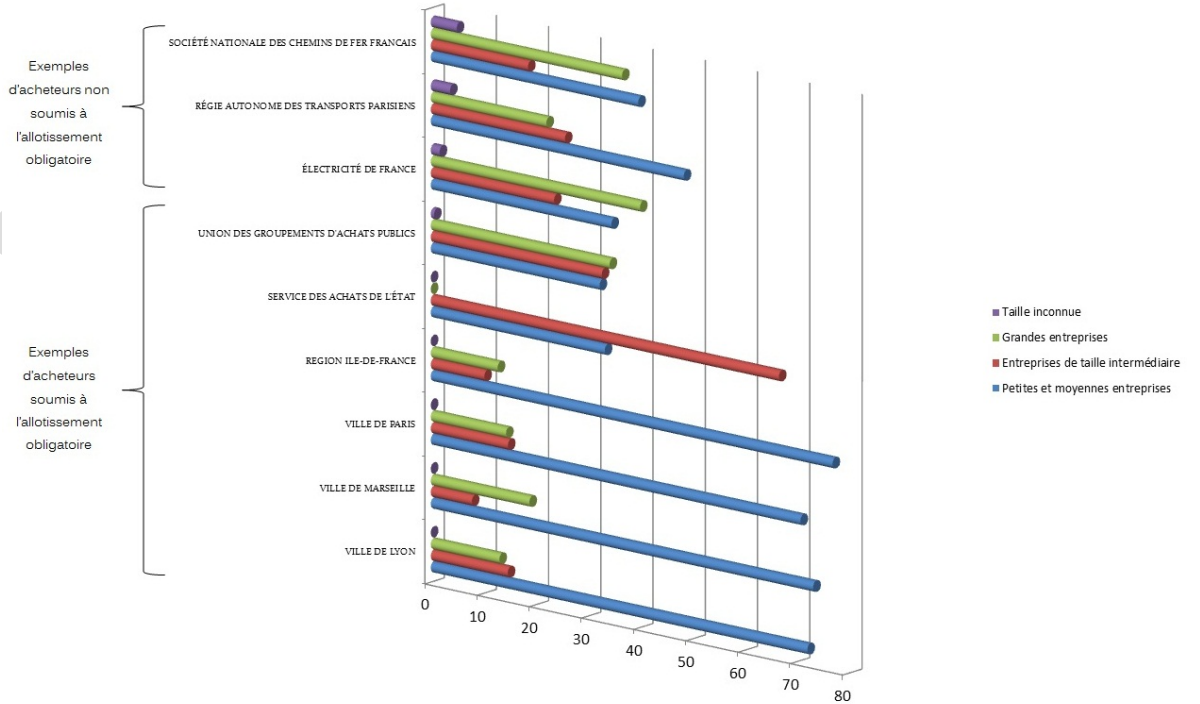


Source : recensement de l'OEAP

Ces données permettent de constater que les acheteurs publics soumis à l'ordonnance de 2005 attribuent une part importante du nombre de leurs marchés à des PME. Toutefois, en termes cette fois de montant, les PME ne représentent qu'une part réduite des marchés de ces acheteurs publics.

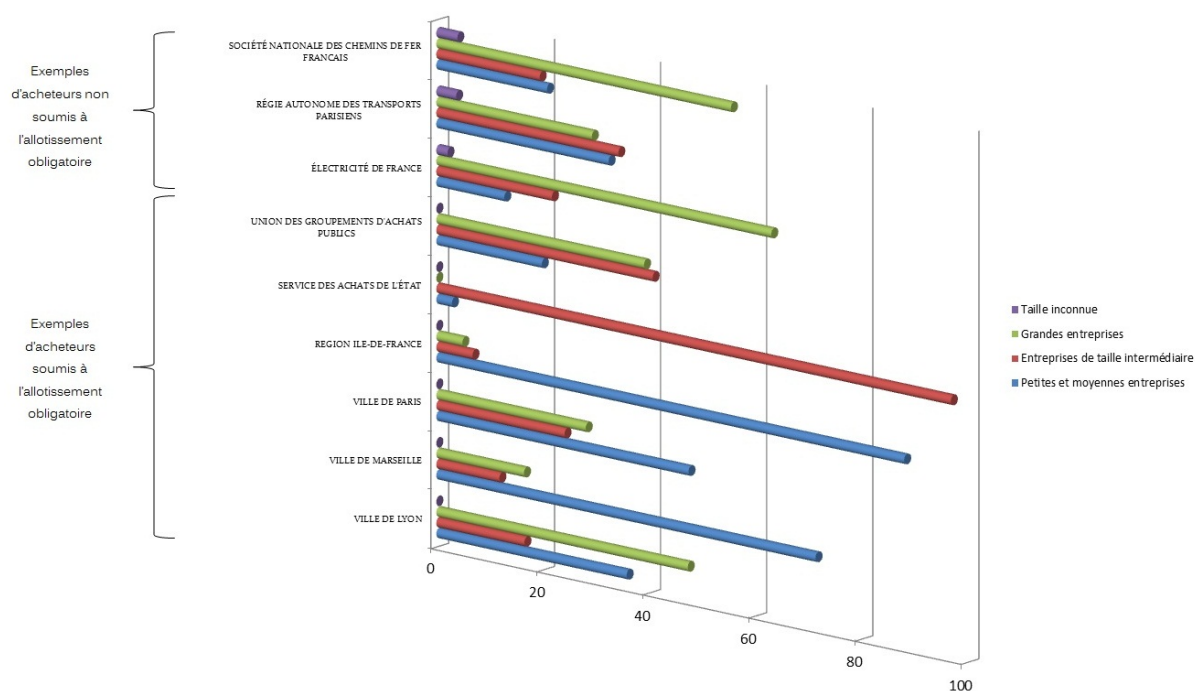
Cette tendance se retrouve d'année en année, comme le démontrent les chiffres 2012.

**Répartition en pourcentage, par catégorie d'entreprises, du nombre de marchés notifiés en 2012**



Source : recensement de l'OEAP

### Répartition en pourcentage, par catégorie d'entreprises, du montant des marchés notifiés en 2012



Source : recensement de l'OEAP

Si, comme cela a été souligné, le recensement économique des marchés publics ne permet d'obtenir qu'une image imparfaite de la réalité de l'achat public, ses défauts concernent autant les acheteurs publics soumis au CMP que ceux soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005. En conséquence, ces chiffres, obtenus en comparant des structures qui agissent toutes sur un périmètre de compétence large, demeurent significatifs : que ce soit en termes de nombre de marchés ou en termes de montant des marchés publics, la règle de l'allotissement de principe est plus favorable aux PME.

#### 2.3.2. Objectifs

Les PME auraient beaucoup à gagner à un élargissement de la règle de l'allotissement obligatoire. Le volume d'achats particulièrement important des structures soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, ainsi que l'objectif d'unification des règles applicables, plaident pour une extension du principe de l'allotissement.

Qui plus est, la taille plus réduite des marchés publics les rendant plus accessibles aux PME, la concurrence pour leur attribution serait accrue et les acheteurs publics devraient bénéficier d'offres plus intéressantes.

Dans ces conditions, la généralisation de l'allotissement de principe est l'option que retient le projet d'ordonnance, même s'il prévoit que, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les marchés de partenariat et les marchés publics globaux, qui se prêtent difficilement à l'allotissement, l'acheteur public doit rester libre d'allotir ou non le marché.

Conformément aux directives, les décrets d'application préciseront que, pour ces marchés, les acheteurs devront justifier l'absence d'allotissement.

#### 2.3.3. Impacts

Les chiffres de l'OEAP permettent de chiffrer les gains attendus en termes d'accession des PME aux marchés publics, même de manière imparfaite.

**Répartition des marchés publics par acheteurs en 2011 et en 2012**

Poids des PME (*) dans les achats en % :	2011		2012	
	du nombre de contrats	du montant des contrats	du nombre de contrat	du montant des contrats
- de l'Etat	50,3	15,0	50,6	18,0
- des Collectivités territoriales	62,3	39,5	64,4	41,7
- des Opérateurs de réseaux	42,9	20,7	42,8	23,1
<b>Ensemble</b>	<b>56,5</b>	<b>25,0</b>	<b>57,7</b>	<b>27,6</b>

(\*) : Les titulaires dont la taille n'a pas pu être déterminée car ils ne sont pas connus de la statistique publique ont été exclus du calcul. Cela recouvre les titulaires étrangers, les titulaires publics, ceux du monde associatifs, etc.

Source : recensement de l'OEAP

Les données disponibles ne permettent pas de faire la distinction entre les marchés publics passés en application du CMP de ceux passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005. Toutefois, il est possible de considérer que la catégorie « opérateurs de réseaux » utilisée par l'OEAP correspond à des acheteurs publics non soumis au CMP.

Un rapprochement des pratiques des « opérateurs de réseau » sur celles de l'« État » plutôt que sur celles des « collectivités territoriales » est plausible, en raison de la taille de ces acheteurs publics et de leur champ géographique d'intervention<sup>29</sup>.

Ainsi, si l'on prend pour base les chiffres de 2012, les PME devraient obtenir au minimum 7,8% en plus du nombre des marchés publics attribués par des « opérateurs de réseaux ». En montant, cela représente une **opportunité supplémentaire de près de 1 250 000 000 euros hors taxe**.

## **2.4. Accès des États tiers**

### ***2.4.1. État des lieux***

**Le droit français ne limite pas l'accès aux marchés publics aux seules entreprises issues de pays avec lesquels l'UE a conclu des accords internationaux.**

*Les obligations internationales françaises sont strictement définies par les engagements conclus par l'Union européenne.*

L'Union européenne (UE) a négocié des engagements réciproques d'ouverture qui se veulent équitables. Elle s'est engagée à ouvrir aux parties à l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et aux parties de certains accords de libre-échange (ALE) les marchés publics, passés dans certains secteurs, dès lors que leur valeur estimée excède les seuils d'application des procédures formalisées.

La Commission a obtenu l'ouverture corrélative de marchés publics étrangers dans une mesure proportionnée à l'importance économique des secteurs qu'elle-même offrait.

Les offres de couverture au titre de l'AMP ou des autres conventions internationales ne sont pas équivalentes : chaque partie fait une offre de couverture dans laquelle elle a la possibilité d'introduire des variations partie par partie et par le biais de notes générales, pour exclure certains marchés publics du champ d'application de l'accord, en fonction de leur montant, de leur objet ou de l'acheteur public concerné. Elles font de ces accords des traités à géométrie variable.

<sup>29</sup> Voir *La place des PME dans les marchés publics en 2011 et comparaisons 2010-2011* :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/presentation/reunions\\_institutionnelles/assemblee\\_pleniere\\_oeap/2012/synthese-place-PME-en-2011.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/presentation/reunions_institutionnelles/assemblee_pleniere_oeap/2012/synthese-place-PME-en-2011.pdf).



L'étendue des obligations de la France est strictement définie par ces engagements. Une partie à ces accords ne peut, de son propre chef, décider de ne pas exécuter ses engagements au motif que les autres parties ne respecteraient pas les leurs<sup>30</sup>. Il n'y a donc pas, au sens où on l'entend d'ordinaire, de clause de réciprocité<sup>31</sup>. Pour les marchés qu'elle s'est engagée à ouvrir, la France n'a donc pas la possibilité d'interdire aux opérateurs économiques issus de ces États de postuler à leur attribution.

En revanche, aucune convention internationale ne contraint la France à ouvrir ses marchés aux opérateurs issus de pays qui ne sont partie ni à l'AMP, ni à un ALE. De même, rien ne l'oblige à le faire vis-à-vis des opérateurs issus de pays avec lesquels un accord a été conclu pour :

- les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils des procédures formalisées ;
- les marchés passés dans des secteurs que l'Union européenne a exclus de son offre.

En contrepartie, nos partenaires doivent ouvrir les marchés publics sur lesquels ils se sont engagés dans leur offre de couverture. Ils n'ont aucune obligation au-delà.

*Le respect de ces engagements mutuels est assuré par des dispositifs internationaux, européens et nationaux.*

Le régime juridique de la passation des marchés publics assure la mise en œuvre de nos engagements. Les acheteurs publics doivent accepter d'examiner les offres des opérateurs issus des pays avec lesquels l'Union européenne a un accord.

Toutefois, des dispositifs internationaux et européens permettent d'assurer le respect des obligations découlant des accords. Ils sont complétés par deux dispositifs nationaux qui découlent de la transposition des directives « marchés publics » existants.

❖ *Les dispositifs internationaux*

Le mécanisme de sanction de l'inexécution des engagements contractés dans l'AMP est prévu dans le texte même des accords. L'AMP révisé prévoit une voie de règlement de ce type de litiges : son article XX prévoit la saisine de l'organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Les autres accords existants sont construits selon le même modèle.

❖ *Le dispositif européen*

Un mécanisme de rétorsion est également prévu dans le droit dérivé de l'UE. L'article 59 de la directive 2004/17/CE prévoit ainsi, lorsque des entreprises européennes ont rencontré des difficultés de pénétration sur un marché d'un État tiers en matière de travaux, fournitures ou services, que la

<sup>30</sup> Au contraire, l'AMP prévoit explicitement et uniquement, en cas de litige, la saisine de l'Organe de règlement des différends en application du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Art. XX de l'AMP) ou du juge interne (Art. XVIII de l'AMP).

<sup>31</sup> Celle-ci, en droit international classique, suppose la conclusion d'un accord plurilatéral. Cela n'est pas envisageable au sein des accords conclus dans le cadre de l'OMC. En droit de l'OMC, contrairement au droit international classique, la qualification de « plurilatéral » ne sert qu'à distinguer certains accords, dont l'AMP, auxquels les États membres de cette organisation s'engagent, à terme, à adhérer, des accords « multilatéraux » auxquels l'adhésion est un prérequis indispensable lorsque l'on devient membre de cette organisation. L'utilisation du terme « réciprocité » s'agissant de l'AMP est donc particulièrement impropre. Les ALE et autres accords comportant un volet relatif à l'accès aux marchés publics auxquels l'UE est partie sont tous construits sur le même modèle que l'AMP.

Commission puisse s'engager dans une conciliation. Celle-ci peut être suivie, en cas d'échec, de la mise en œuvre de sanction<sup>32</sup> vis-à-vis des entreprises, biens et services de ce pays.

L'article 59 peut être utilisé lorsqu'aucun accord n'a été conclu avec le pays tiers mais également dans l'hypothèse où le pays tiers porte atteinte aux droits résultant de l'accord conclu.

Cet article, qui ne nécessite aucune transposition en droit interne, a été repris à l'article 86 de la directive 2014/25/UE.

❖ *Les dispositifs nationaux*

Il est possible **pour certains acheteurs publics** de rejeter les offres d'opérateurs économiques comportant une part significative de produits originaires de pays tiers, **dans deux hypothèses**.

➤ L'article 58 de la directive 2004/17/CE permet en effet aux entités adjudicatrices, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public de fournitures :

- d'écarter directement les offres comportant une part de produits originaires de pays tiers excédant 50 % de la valeur totale desdits produits, lorsque ces biens ne bénéficient pas d'une garantie de traitement équivalent aux biens originaires de l'UE ;
- de faire jouer un droit de préférence européenne, en cas d'offre équivalente, à celle qui comporte plus de 50 % de produits originaires de l'UE, sauf s'il existe une raison objective de ne pas le faire<sup>33</sup>.

Cet article, transposé en droit interne<sup>34</sup>, a été repris à l'article 85 de la directive 2014/25/UE.

- les candidatures des opérateurs économiques originaires d'États non signataires d'un accord avec l'UE en matière d'accès aux marchés publics ;
- les offres contenant une majorité de produits issus de tels États.

Un tel dispositif n'existe pas dans la directive 2004/18/CE. Malgré les efforts en ce sens des autorités françaises, ce dispositif n'a pas été étendu à la directive 2014/24/UE.

➤ Les marchés publics de défense ou de sécurité constituent le second cas particulier.

Le principe de « préférence communautaire » s'applique d'ores et déjà s'agissant des marchés industriels dans le secteur de la défense ou de la sécurité.

En effet, le commerce des armes et autres matériels destinés à l'approvisionnement des forces armées bénéficie d'une exclusion dans le cadre des accords de l'Organisation mondiale du commerce.

<sup>32</sup> Suspension ou restriction de l'accès aux marchés européens. Ces mécanismes sont prévus par le règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce dont la révision a été entamée (PE-CONS 27/14, 2012/0359 (COD) du 11 avril 2014).

<sup>33</sup> Matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel existant entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien, ou des coûts disproportionnés.

<sup>34</sup> Art. 159 du code des marchés publics, Art. 32 de l'ordonnance n° 2005-649 modifiée du 6 juin 2005, ses modalités d'application étant précisées à l'Art. 31 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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.

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) prévoit ainsi qu'« aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée [...] comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité [...] se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées » (article XXI b 2.).

L'AMP dispose pareillement que « 1. Rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale » (article III 1. de l'AMP révisé). Il en résulte que les membres de l'OMC sont libres de prendre toute mesure relative au commerce des armes, comme de ne pas se soumettre aux règles de mise en concurrence pour les marchés de fournitures militaires ou de fermer l'accès à ces marchés aux opérateurs originaires de pays tiers, sans risquer de devoir répondre d'une éventuelle violation des règles de l'OMC devant l'ORD.

Aussi, à l'occasion de la transposition de la directive « marchés publics de défense ou de sécurité »<sup>35</sup>, par l'article 37-3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et l'article 205 du code des marchés publics cette règle a été reprise en droit interne.

Ces articles précisent que :

- les opérateurs économiques issus d'États tiers à l'UE ou à l'Espace économique européen (EEE)<sup>36</sup> sont exclus, en principe des procédures de passation des marchés publics de défense ou de sécurité ;
- un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité, à condition qu'ils remplissent des critères d'accessibilité « établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité ».

La directive 2009/81/CE n'étant pas révisée, le projet d'ordonnance reprend nécessairement ces règles.

Ces mécanismes ne sont pas entièrement satisfaisants<sup>37</sup>.

❖ *Le droit français ouvre les marchés au-delà de ce qui a été négocié*

Le droit français n'autorise aucune discrimination qui serait fondée sur la nationalité des candidats. Le droit de la commande publique ne permet pas de retenir de clause ou de critère directement lié à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats, sauf à ce que cela soit justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution. Le principe d'égalité de traitement appliqué à la commande publique a valeur constitutionnelle<sup>38</sup>. Son respect s'impose dans la passation de tout marché public

<sup>35</sup> Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, notamment Cons. 18.

<sup>36</sup> Norvège, Liechtenstein et Islande.

<sup>37</sup> A l'exception notable du dispositif national en matière de marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>38</sup> Cons. const., n° 2003-473 DC.

quel que soit son montant<sup>39</sup>. Le recours à un critère d'évaluation des offres fondé sur l'implantation d'une entreprise pour maintenir l'emploi local a ainsi été censuré<sup>40</sup>.

En droit de l'Union européenne, le principe de non-discrimination, qui s'applique aux contrats qui présentent un intérêt transfrontalier certain, interdit également de recourir à des critères d'évaluation liés à la présence d'installations de production sur le territoire national<sup>41</sup>.

Par ailleurs, dès lors qu'il est dépourvu de tout effet direct<sup>42</sup>, l'AMP, à l'image des autres accords internationaux existants et traitant de l'accès aux marchés publics, n'est ni directement opposable par l'administration, ni directement invocable par un opérateur économique qui contesterait l'attribution d'un contrat à un opérateur originaire d'un pays tiers.

**En conséquence, toute entreprise d'un pays tiers, signataire ou non d'un accord avec l'Union, partie ou non à l'AMP, a accès à l'ensemble des procédures de marchés publics en France, exception faite de l'hypothèse d'une mise en œuvre du dispositif de l'article 58 de la directive 2004/17/CE et des marchés publics de défense ou de sécurité.**

❖ *Le mécanisme de rétorsion de l'article 59 de la directive 2004/17/CE n'est pas mis en œuvre*

Il existe d'abord un écueil technique. Le mécanisme n'est pas directement applicable lorsque l'État qui ferme ses marchés est membre de l'AMP<sup>43</sup>. Dans ce cas, l'adoption de mesures de rétorsion doit être précédée du recours à la procédure de règlement prévue à l'article XXII de l'accord, laquelle suppose la constitution d'un dossier étayé. Il faudrait donc, avant toute procédure, disposer d'éléments démontrant que ce pays tiers ne respecte pas ses engagements internationaux. Et dans cette hypothèse, la Commission ne pourrait prononcer en application de l'article 59 que des sanctions compatibles avec la décision préalablement rendue par l'ORD. La règle est la même pour les autres accords internationaux comportant un volet « accès aux marchés publics », qui prévoient la mise en œuvre d'une procédure de conciliation avant qu'une sanction soit éventuellement prise par la Commission européenne.

Surtout, le signalement initial, sur lequel le dispositif repose et qui incombe aux opérateurs économiques européens, n'est pas mis en œuvre. Il nécessite l'élaboration de dossiers circonstanciés que les entreprises sont réticentes à constituer.

Dès lors, la Commission est mal informée des pratiques de ses partenaires et ne dispose pas des éléments nécessaires à l'enclenchement des procédures.

❖ *Le mécanisme de l'article 58 de la directive 2004/17/CE n'est pas non plus satisfaisant*

Ce mécanisme n'est utilisable que par les entités adjudicatrices, c'est-à-dire par les acheteurs exécutant une mission d'opérateur de réseaux, et seulement pour leurs achats de fournitures à l'exclusion des marchés de services.

<sup>39</sup> CE, avis n° 246921, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*.

<sup>40</sup> CE, n° 131562, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*.

<sup>41</sup> CJUE, Aff. C-158/03, 27 octobre 2005, *Commission c/ Espagne*.

<sup>42</sup> CE, n° 251336, 14 mai 2003, *Communauté d'Agglomération de Lens-Liévin* ; concl. N. BOULOUIS sur CE, n° 297711, 9 juillet 2007 *Syndicat Entreprises Générales de France – Bâtiment Travaux Publics et autres* ; Cons. 7 de la directive 2004/18/CE ; Cons. 14 de la directive 2004/17/CE ; position de la Commission exprimée lors du COMEX du 27 mars 2014 à l'occasion de l'étude du projet de du Parlement européen et du Conseil relatif à l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le renforcement des règles du commerce international dit « outil accès des États tiers aux marchés publics ». Il en est de même des autres accords internationaux traitant de l'accès aux marchés publics qui ne contiennent que des obligations pesant sur les États signataires eux-mêmes.

<sup>43</sup> Le point 6 de cet Art. 59 précise que cette procédure est « sans préjudice des obligations de la Communauté à l'égard des pays tiers découlant des conventions internationales sur les marchés publics, en particulier dans le cadre de l'OMC ».

Il se heurte en outre à la difficulté d'identifier la provenance des produits proposés.

Enfin, ce dispositif peut conduire à exclure une entreprise française dont l'offre comporterait 51% de produits fabriqués dans un pays tiers non signataire d'un accord avec l'UE qui coporterait un volet relatif à l'accès aux marchés publics.

En conséquence, les acheteurs publics ne mettent pas en application ce dispositif.

**Le phénomène de la pénétration des États tiers dans les marchés publics est difficile à estimer.**

En 2010, l'OEAP a réalisé une étude approfondie des statistiques afin de déterminer la part des marchés publics attribués à des opérateurs issus d'États tiers à l'Union européenne. Les mêmes tendances ont été mises en avant par le *Rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la législation des marchés publics de l'Union européenne* de la Commission de 2011<sup>44</sup>.

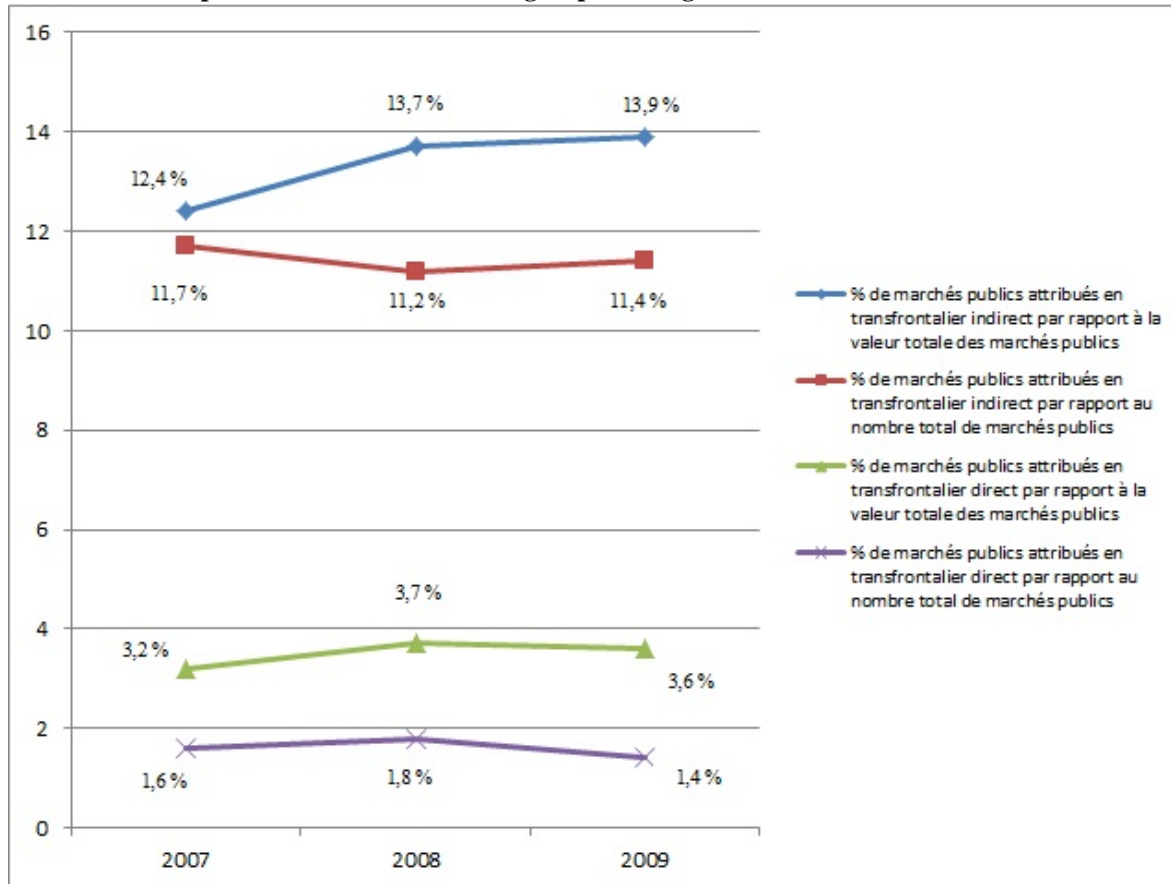
Le montant total des marchés publics peut être réparti selon l'identité de l'acheteur, l'objet du marché et l'identité du titulaire du marché. Il en ressort qu'en France, en 2010, selon les chiffres de l'OEAP :

- La part des achats directs à l'étranger<sup>45</sup> est très faible (3 % du montant total), et, pour près de 90 % de ce montant, effectués auprès d'entreprises implantées dans d'autres pays de l'Union européenne ;  
Cette proportion est identique pour l'ensemble des marchés publics de l'UE :

<sup>44</sup> SEC(2011) 853 final du 27 juin 2011, disponible uniquement en anglais à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_fr.htm).

<sup>45</sup> "Direct cross border procurement" ou « achat public transfrontalier » dans la terminologie de la Commission Européenne, par opposition à "indirect cross border" ou achat public auprès de filiales résidentes de groupes étrangers. Il convient de noter que ces filiales résidentes sont à considérer, en application des règles nationales et européennes, comme étant des entreprises européennes : voir, notamment, les Programmes généraux relatifs à la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services du Conseil du 18 décembre 1961 et le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) ; en droit français, voir l'article 1837 du code civil, l'article 26-1 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération tel qu'inséré par l'article 13 de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire et l'article L. 225-97 du code de commerce.

**Part des achats publics transfrontaliers et des achats publics  
auprès de filiales résidentes de groupes étrangers en UE entre 2007 et 2009**



Source : rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la législation des marchés publics de l'Union européenne SEC(2011) 853 final du 27 juin 2011 – Rambøll Management.

- que les achats sont surtout des achats auprès de sociétés constituées en groupe pour près des deux tiers (63 %) ;
- que les achats auprès de groupes et d'entités étrangères sont assez bien représentés pour environ un cinquième (20 %).

La faiblesse des achats directs à l'étranger, comme dans la plupart des autres pays de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), s'explique, d'une part, par les modalités d'approvisionnement extérieur des marchés publics en général<sup>46</sup> et, d'autre part, pour des raisons techniques et économiques<sup>47</sup>. Elles rendent quasiment incontournables la détention d'un intérêt durable (à travers un établissement secondaire ou une filiale) pour pouvoir concourir à des marchés publics.

<sup>46</sup> Dans le cas de marchés non publics, soit les importations transitent par des filiales de commercialisation implantées dans le pays hôte, soit elles ont été suscitées par des acheteurs qui ont pu démarcher activement des fournisseurs à l'étranger (par ex: les acheteurs d'une centrale d'achat). Cette deuxième faculté est très limitée sinon quasiment impossible dans le cas de marchés publics et donc ne reste que le premier canal d'approvisionnement, celui par des filiales résidentes

<sup>47</sup> La maîtrise de la langue de l'acheteur public et des normes juridiques des contrats administratifs locaux, la connaissance des spécificités des demandes publiques nationales, la réactivité exigée pour des contrats aux durées longues et les surcoûts (déplacement, transport) d'un fort éloignement sont autant d'éléments qui rendent difficiles à des entités étrangères de concourir sans au moins un relai local : voir *Rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la législation des marchés publics de l'Union européenne* de 2011 de la Commission, préc.

Une fois reconnue la nécessité d'un intérêt durable pour les soumissionnaires, il n'est pour autant pas possible d'établir une équivalence entre les achats directs auprès du reste du monde et des achats à travers des filiales résidentes de groupes étrangers. D'une part, parce que les biens et les services acquis auprès de filiales ne sont pas nécessairement importés en totalité et, d'autre part, parce que les entreprises résidentes et contrôlées par des groupes français peuvent délivrer aux acheteurs des biens et des services produits à l'étranger.

#### Répartition des achats selon l'identité des contractants et l'objet des marchés en 2010 en France

	Entreprises sur le territoire domestique			Entités étrangères (3)	Total général
	Hors groupe (1)	groupes français (2)	groupes étrangers		
<b>Collectivités Territoriales</b>	<b>16%</b>	<b>17%</b>	<b>6%</b>	<b>0%</b>	<b>40%</b>
Fournitures	3%	3%	5%	0%	11%
Services	5%	3%	1%	0%	9%
Travaux	8%	11%	0%	0%	19%
<b>Etat</b>	<b>18%</b>	<b>30%</b>	<b>10%</b>	<b>3%</b>	<b>60%</b>
Fournitures	6%	12%	7%	2%	27%
Services	9%	13%	3%	0%	25%
Travaux	3%	5%	0%	0%	9%
<b>Total général</b>	<b>35%</b>	<b>47%</b>	<b>16%</b>	<b>3%</b>	<b>100%</b>

(1): Hors groupe ou tête de groupe non déterminée.

(2): Enrichissement des entités titulaires avec les têtes de groupe de la base Diane-Astrée.

(3): Il s'agit des entités déclarées uniquement par leur nationalité dans le recensement (faute d'une immatriculation dans le répertoire Sirene).

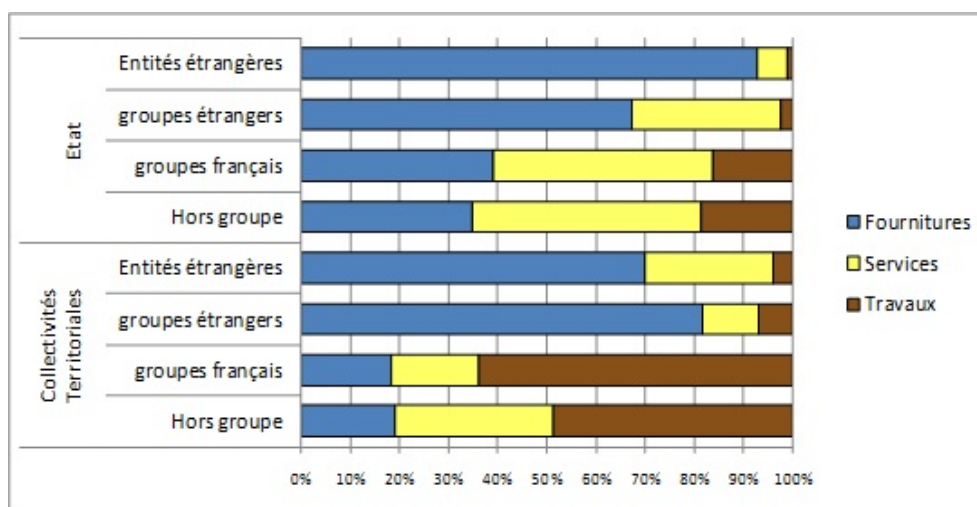
Source : recensement OEAP.

Parmi les points communs entre les achats de l'État et ceux des collectivités, on peut noter qu'ils recourent, dans les mêmes proportions, à des filiales de groupes français ( respectivement 50 % et 43 %), notamment pour les marchés publics de travaux (respectivement 56 % et 57 %).

Les différences s'expriment, surtout, en fournitures et services. Pour les fournitures, les besoins de l'État sont satisfaits par les groupes français pour 43 %, alors que cette proportion échoie aux groupes étrangers pour les collectivités territoriales (45,5 %). Du côté des services, les collectivités territoriales acquièrent ces prestations auprès d'entreprises non filialisées à hauteur de 58 % contre 36% pour l'État.

Côté fournisseur, lorsque les filiales de groupes étrangers ou les entités étrangères approvisionnent l'État et les collectivités territoriales, cet approvisionnement est essentiellement constitué de fournitures.

### Répartition des ventes par type de fournisseur et acheteur en 2010 en France

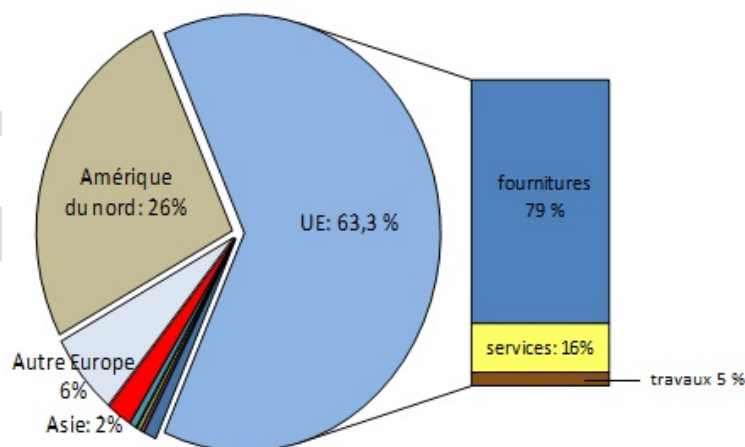


Source : recensement OEAP 2010 avec enrichissement Diane-Astrée.

A l'inverse, quand les filiales de groupes français et les entreprises non contrôlées par un groupe approvisionnent les collectivités territoriales, c'est surtout dans le domaine des travaux, et lorsque c'est l'État c'est surtout dans le domaine des services.

L'approvisionnement fourni par des filiales de groupe étranger ou directement acquis à l'étranger est effectué principalement en Amérique du nord (26 %) et dans les pays de l'UE (63 %).

### Répartition des ventes par type de fournisseur et acheteur en 2010 en France



Source : recensement OEAP 2010 avec enrichissement Diane-Astrée.

Cet approvisionnement auprès de l'UE est surtout composé de fournitures (79 %), les services occupant une part bien plus modeste (16 %). La part des services dans l'approvisionnement auprès des pays d'Amérique du nord ou de leurs filiales en France est plus importante (32 %).

La présence d'importants contrats dans les marchés publics leur confère une distribution très concentrée, ainsi 1 % des 33 000 titulaires de marchés, soit 330 entreprises (au sens des unités légales du répertoire Sirene) emportent 14 % des 102 246 marchés, et 56,5 % du montant de ceux-ci.

Parmi ces 330 premières entreprises, en 2010, 236 appartiennent à un groupe, dont 117 sont distincts. Et parmi ces 236 filiales, 104 sont contrôlées par seulement 10 groupes qui, à travers elles-seules, ont obtenu 5,3 % des marchés représentant 20,3 % du montant total des marchés publics en 2010. Si l'on



ajoute à ces dix groupes, les marchés obtenus par leurs autres filiales plus modestes, leur poids dans les marchés passe à 25,5 % du montant total.

#### Montant des contrats notifiés en 2010 selon la nationalité de la tête de groupe en France

Montant € HT	Caractéristiques du titulaire			Total général
	1-Résidents (hors groupe)	2-Résident contrôlé par un groupe français	3-Résident contrôlé par un groupe étranger	
Nationalité de la tête de groupe				
	23 409 618 216			25 228 768 925
France		31 460 317 520		31 460 317 520
UE			6 247 695 423	6 247 695 423
AUTRE EUROPE			618 910 155	618 910 155
AFRIQUE			22 680 277	22 680 277
MAGHREB, PROCHE et MOYEN -O.			33 736 004	33 736 004
AMERIQUE DU NORD		3 216 368 113		3 216 368 113
ANTILLES-CARAIBES			7 389 923	7 389 923
ASE			247 083 399	247 083 399
OCEANIE			69 946 983	69 946 983
INDETERMINE			128 593 713	128 593 713
<b>Total général</b>	<b>23 409 618 216</b>	<b>31 460 317 520</b>	<b>10 592 403 990</b>	<b>67 281 490 435</b>

Source : recensement OEAP 2010 avec enrichissement Diane-Astrée.

Il n'existe pas de chiffres aussi précis et actualisés sur la part de marchés publics attribuée, en France, à des entreprises issues d'États tiers à l'UE, depuis 2010. Toutefois, les données globales obtenues permettent de constater que les ordres de grandeur demeurent les mêmes<sup>48</sup>.

#### Montant des contrats notifiés en 2010 selon la nationalité de la tête de groupe en France

Zones géographiques d'implantation du fournisseur(**)	2010		2011		2012	
	Nombre	MT € ht	Nombre	MT € ht	Nombre	MT € ht
1.France	90 196	62 729 782 129	110 386	80 393 893 019	101 226	73 621 464 927
2.UE hors France	323	1 583 804 895	846	1 085 153 129	800	553 226 536
3.AELE	34	124 475 671	97	180 923 456	75	163 251 989
4.Pays tiers	103	67 634 551	153	136 948 004	154	436 431 024
5.RDM non ventilé	.	.	731	506 197 976	930	724 181 295
<b>Ensemble</b>	<b>90 656</b>	<b>64 505 697 246</b>	<b>112 213</b>	<b>82 303 115 584</b>	<b>103 185</b>	<b>75 498 555 771</b>

RDM : Reste du monde ; correspond à des marchés attribués à des entreprises hors de France mais dont il a été impossible de déterminer la nationalité.

Source : recensement OEAP.

Le nombre de marchés et le montant total des marchés attribués à des entreprises hors UE est donc particulièrement faible en France. De plus, il doit être fortement relativisé par des facteurs non quantifiables avec les outils actuels du recensement de l'OEAP. En effet, figurent parmi ces marchés publics :

- des marchés publics passés en dehors du territoire national et impliquant des fournisseurs locaux (marchés publics passés par les ambassades et consulats français pour les prestations de nettoyage des locaux, marchés de restauration et logement de personnels à l'étranger, etc.)
- des marchés publics attribués à des opérateurs publics issus d'État tiers qui bénéficient de droits d'exclusivité et auxquels il était nécessaire de faire appel pour satisfaire le besoin (brevet, monopole, etc.) ;
- des marchés publics qui, compte tenu de leur objet, sont quasiment insusceptibles d'être attribués à des entreprises européennes (achat de pétrole brut, d'uranium, de distillats, etc.).

<sup>48</sup> Les fluctuations demeurent identiques à celles constatées pour les autres marchés publics.

Il faut par ailleurs souligner que la pénétration des États tiers dans les marchés publics doit être relativisée par la comparaison avec la pénétration de ces États dans les contrats des opérateurs de droit privé.

**Part des importations hors UE dans les secteurs publics et privés en 1995, 2000 et 2005**

Année	Part des importations dans les marchés publics	Part des importations dans le secteur privé	Part des importations dans l'économie globale	Écart entre les deux secteurs (en point de pourcentage)
1995	5,10%	15,60%	14,10%	10,5
2000	6,50%	18,70%	17,10%	12,2
2005	7,50%	19,10%	17,40%	11,6

Source : rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la législation des marchés publics de l'Union européenne SEC(2011) 853 final du 27 juin 2011 – Rambøll Management.

Enfin, une perspective européenne permet de constater que la France ne se situe pas parmi les pays membres de l'UE qui attribuent le plus de marchés publics à des entreprises non-nationales.

**Part des achats transfrontaliers dans les différents États membres de l'EEE entre 2007 et 2009<sup>(1 et 2)</sup>**

Pays	Nombre de marchés attribués		Montant des marchés attribués	
	Transfrontalier direct	Transfrontalier indirect	Transfrontalier direct	Transfrontalier indirect
Allemagne	1,5%	8,1%	1,7%	9,6%
Autriche	6,0%	18,3%	11,3%	12,3%
Belgique	5,1%	24,0%	7,5%	32,7%
Bulgarie	1,2%	4,3%	13,9%	3,2%
Chypre	8,1%	1,1%	23,9%	0,5%
Danemark	3,9%	12,9%	6,8%	10,7%
Espagne	1,0%	25,1%	0,9%	9,1%
Estonie	7,6%	2,1%	7,6%	1,0%
Finlande	2,0%	15,3%	2,7%	22,1%
<b>France</b>	<b>0,9%</b>	<b>14,8%</b>	<b>1,5%</b>	<b>19,3%</b>
Grèce	2,2%	1,2%	5,6%	1,5%
Hongrie	1,7%	10,3%	5,8%	14,1%
Irlande	15,4%	9,0%	8,8%	0,5%
Italie	1,3%	28,6%	1,6%	21,4%
Lettonie	2,7%	0,4%	13,3%	1,0%
Lituanie	2,5%	3,2%	2,4%	0,2%
Luxembourg	16,2%	6,3%	16,4%	0,9%
Malte	13,8%	0,5%	63,3%	0,0%
Pays-Bas	2,9%	9,8%	1,8%	11,0%
Pologne	0,8%	1,7%	3,9%	4,0%
Portugal	2,7%	7,8%	7,1%	9,8%
République tchèque	1,8%	19,2%	2,3%	25,0%
Roumanie	2,0%	6,6%	10,0%	5,9%
Royaume-Uni	1,5%	16,5%	3,0%	13,8%
Slovaquie	4,0%	10,5%	12,8%	15,6%
Slovénie	1,8%	1,4%	4,0%	0,9%
Suède	3,1%	21,7%	6,7%	44,1%
Islande	5,8%	0,0%	23,3%	0,0%
Liechtenstein	21,2%	11,3%	20,3%	8,8%
Norvège	4,7%	22,7%	6,8%	10,7%
<b>TOTAL Espace économique européen</b>	<b>1,6%</b>	<b>11,4%</b>	<b>3,5%</b>	<b>13,4%</b>

(1) : Entreprises issues d'États tiers et entreprises issues d'autres États membres de l'UE autre que celui concerné.

(2) : Les différences en ce qui concerne la France par rapport aux chiffres de l'OEAP s'expliquent par le fait que ne sont ici référencés que les marchés publics ayant donné lieu à une publication au JOUE et que les chiffres de l'OEAP comprennent également des marchés publics passés et exécutés en totalité à l'étranger.

Source : rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la législation des marchés publics de l'Union européenne

SEC(2011) 853 final du 27 juin 2011 – Rambøll Management.

Toutefois, quel que le soit le nombre de marchés publics remportés par des entreprises issues d'États tiers à l'UE, l'absence de mesure permettant, en France, de faire respecter l'ensemble des limites des accords internationaux n'incite pas les partenaires de l'UE à conclure avec elle des accords en matière d'accès aux marchés publics. Or seule la conclusion de tels accords est susceptible d'assurer aux entreprises, biens et services français un accès équitable aux marchés publics dans ces États tiers.

#### 2.4.2. Objectifs

La Commission européenne a proposé, le 21 mars 2012, un projet de règlement instaurant un mécanisme de restriction de l'accès des États tiers aux marchés publics européens, lorsque les accords

internationaux existants ne prévoient pas l'accès des produits, services et opérateurs économiques de ces États tiers aux marchés publics dans l'Union européenne.

Soucieux d'introduire davantage d'équilibre dans les échanges internationaux, le Gouvernement soutient fermement cette proposition de règlement européen sur l'accès aux marchés publics des États tiers, présentée en mars 2012 et visant à introduire davantage de réciprocité dans les échanges internationaux. Cet instrument, que les autorités françaises s'attachent à améliorer, devrait en effet permettre aux acheteurs publics de rejeter, sous certaines conditions, les produits et services provenant d'États tiers à l'Union européenne non couverts par des engagements internationaux.

Bien que le projet de règlement ait reçu le soutien du Parlement européen, son examen est bloqué au Conseil de l'UE où une majorité de délégations s'opposent au principe même de son examen. Les équilibres au Conseil ainsi que les réserves de ces États membres ne permettent d'envisager, au mieux, qu'un cheminement très lent du dossier sous présidence italienne, favorable au texte, au cours des prochains mois, les présidences suivantes étant défavorables au texte.

Alors que la perspective de l'adoption d'un mécanisme européen s'éloigne, il convient de faire le maximum pour inciter les pays tiers à ouvrir leurs marchés publics aux entreprises, produits et services européens.

Or, les nouvelles directives « marchés publics » prévoient deux dispositifs sur ce sujet. Le premier est une reprise du dispositif qui existe déjà dans la directive « secteurs spéciaux » (2004/17/CE) et uniquement dans cette directive. Il concerne les États tiers qui n'ont pas signé d'accord en matière d'accès aux marchés publics avec l'UE. Le second, nouveau, figure dans la directive « secteur classique » (2014/24/UE).

Il demeure entendu que **le dispositif spécifique aux marchés publics de défense ou de sécurité est maintenu** (article 3 du projet d'ordonnance). et que **le dispositif « mécanisme de rétorsion de l'Union européenne »** (article 86 de la directive 2014/25/UE, ex-article 59 de la directive 2004/17/CE) **n'a pas besoin de texte de transposition** pour être mis en œuvre.

#### Premier dispositif

Il est possible pour certains acheteurs publics de rejeter les offres d'opérateurs économiques comportant une part significative de produits originaires de pays tiers dans certaines hypothèses. L'article 85 de la directive 2014/25/UE reprend le dispositif de l'article 58 de la directive 2004/17/CE. Le projet d'ordonnance transpose ce dispositif dans son article 46.

#### Second dispositif

La transposition des directives « marchés publics » permet de prévoir un nouvel outil, rendu possible par une lecture *a contrario* des nouvelles directives « marchés publics ».

Les nouvelles directives contiennent désormais un article rappelant que, « *dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union* »<sup>49</sup>.

Une lecture *a contrario* autorise les acheteurs publics à écarter ces entreprises. Le projet d'ordonnance reprend ce dispositif dans son article 3.

<sup>49</sup> Art. 25 de la directive 2014/24/UE et rédaction similaire à l'Art. 43 de la directive 2014/25/UE. Auparavant, ce rappel n'était opéré que par des considérants : Cons. 7 de la directive 2004/18/CE ; Cons. 14 de la directive 2004/17/CE.

### 2.4.3. Impacts

❖ *Le dispositif spécifique « marchés publics de défense ou de sécurité »*

Le dispositif spécifique aux marchés publics de défense ou de sécurité existe depuis la transposition de la directive 2009/81/CE. Sa reprise dans le projet d'ordonnance n'est **pas susceptible de susciter de nouveaux impacts**.

❖ *Le dispositif « mécanisme de rétorsion de l'Union européenne »*

Le recours plus fréquent à l'article 86 de la directive 2014/25/UE (ex-article 59 de la directive 2004/17/CE) relève avant tout de la responsabilité des entreprises.

Certes, rien ne s'oppose à ce que la France promeuve l'utilisation de ce dispositif en rappelant aux entreprises son existence et en entreprenant des actions d'incitation aux dénonciations des difficultés rencontrées lors de l'attribution de marchés publics de service à l'étranger. Mais en définitive, il incombera toujours aux entreprises qui s'estiment victimes de telles pratiques de constituer les dossiers adéquats et de saisir les instances concernées. **Il n'est toutefois pas possible de déterminer l'impact potentiel** de ce dispositif.

❖ *Le dispositif concernant les « marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices »*

Le dispositif propre aux marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices souffre des mêmes défauts que le dispositif de l'article 58 de la directive 2004/17/CE. (voir plus haut).

Ce dispositif a un **effet dissuasif**, ce qui justifie sa reprise dans le projet d'ordonnance, mais **il n'est pas possible d'en déterminer l'impact économique**.

Le Gouvernement pourra mettre à disposition des acheteurs une liste des États tiers avec lesquels aucun accord comportant un volet « marchés publics » n'a été passé par l'Union européenne. Il conviendrait dans ce cas de rappeler aux acheteurs qu'ils doivent prévenir, dès le début de la procédure, de leur intention d'avoir recours au dispositif. Ils pourront alors exiger des soumissionnaires qu'ils détaillent l'origine de leurs fournitures.

Au 21 novembre 2014, la liste des États tiers ayant signé un tel accord avec l'UE peut être présentée comme suit.

**Liste des États tiers ayant conclu avec l'UE un accord comportant un volet « accès aux marchés publics »<sup>(1)</sup>**

États signataires de l'AMP
Arménie
Aruba (Pays-Bas pour le compte de ---)
Canada
Corée du sud
États Unis
Hong-Kong
Israël
Islande
Japon
Liechtenstein
Norvège
Singapour
Suisse
Taïwan
Nouvelle-Zélande <sup>(1)</sup>
Monténégro <sup>(1)</sup>
États membre de l'EEE
Islande

Liechtenstein Norvège
<b>États ayant signé un autre accord comportant un volet « accès aux marchés publics »<sup>(2)</sup></b>
Albanie Chili Colombie Macédoine Mexique Pérou
<b>États membres du « Cariforum »</b>
Antigua et Barbuda Bahamas Barbade Belize Dominique Grenade Guyana Haïti Jamaïque Montserrat République dominicaine Saint-Kitts-and-Nevis Sainte Lucie Saint Vincent et les Grenadines Surinam Trinidad et Tobago

(1) : Ces Etats sont en cours de finalisation de leur adhésion à l'AMP. Ils ne figurent dans cette liste qu'à titre informatif.

(2) : Les Etats concernés ne figurent qu'une seule fois dans ce tableau. Les membres de l'AMP peuvent avoir toutefois signé un ALE améliorant la couverture des marchés publics avec l'UE (ex. : Corée du sud).

Source : Journal officiel de l'Union européenne et site Internet de l'OMC.

❖ *Le nouveau dispositif relatif aux « marchés publics hors marchés publics de défense ou de sécurité »*

L'article 3 du projet d'ordonnance concerne l'ensemble des acheteurs publics et n'est pas limité aux seuls marchés publics de fournitures.

Toutefois, dans la mesure où l'on ne dispose pas de chiffres sur le nombre de marchés publics attribués, en France, à des entreprises étrangères, il est impossible de chiffrer les impacts de la mesure.

La portée de ce dispositif sera, dans tous les cas, limitée. Le dispositif ne devrait pas interdire à un acheteur public de se fournir à l'étranger. En effet, certains biens et services ne sont pas disponibles en Europe. Fermer la possibilité d'y recourir revient à exposer l'acheteur au risque d'une infructuosité de ses marchés<sup>50</sup>. Lorsque l'acheteur ne sera pas obligé d'en faire usage, il est probable que, par manque d'information ou d'intérêt, voire pour des raisons financières, il ne l'utilisera pas.

Le champ du dispositif ne permettra pas de régler les relations avec les États qui n'ont conclu aucun accord avec l'UE. En effet, avec l'entrée en vigueur du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la France n'est plus compétente pour prendre des mesures dans le domaine de la politique commerciale lorsqu'il ne s'agit pas seulement de mettre en œuvre un acte de l'Union<sup>51</sup>. Dès

<sup>50</sup> Ainsi, par exemple, le ministère chargé de la défense a souhaité qu'il soit possible, dans les marchés publics de défense ou de sécurité, d'autoriser au cas par cas la candidature d'entreprises issues d'États tiers à l'UE (Art. 37-3 de l'ordonnance n° 2005-649 précitée ; Art. 218 du code des marchés publics).

<sup>51</sup> L'Art. 3§ 1 TFUE ; l'Art.207 TFUE ne prévoit plus la possibilité pour les États membres, comme c'était le cas de l'ancien Art. 133 § 5, 4<sup>ème</sup> al., CE, de « maintenir et de conclure, dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, des accords avec des pays tiers ou des organisations

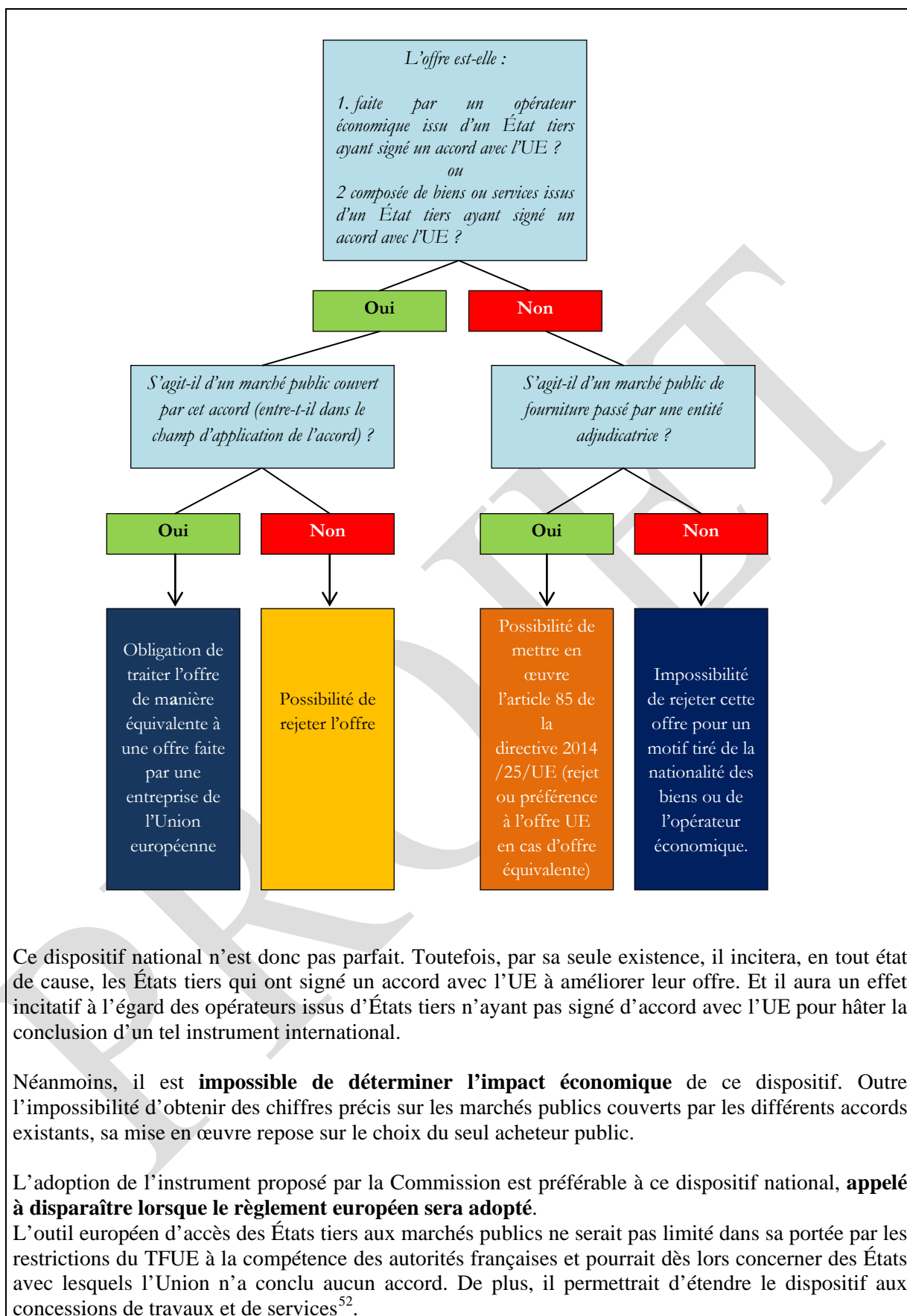
lors, la France peut seulement intervenir pour mettre en œuvre les restrictions de l'AMP ou d'un ALE. En revanche, elle ne peut pas, d'elle-même, fermer ses marchés aux opérateurs issus d'États avec lesquels l'Union n'a conclu aucun engagement. Ainsi, le dispositif ne pourra pas concerner les entreprises dont l'État d'origine n'est partie à aucun accord signé avec l'UE.

La même conséquence découle de la coexistence, dans les deux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE des deux dispositifs concurrents déjà analysés, l'un commun aux deux directives (article 25 de la directive 2014/24/UE et article 43 de la directive 2014/25/UE) l'autre propre aux marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices (article 85 de la directive 2014/25/UE). Si la lecture *a contrario* du premier aboutit à conclure que les acheteurs publics français peuvent opposer les limitations des accords existants aux biens, services et opérateurs économiques issus d'États tiers ayant signé un accord avec l'UE, l'article 25 de la directive 2014/24/UE constitue l'unique dispositif disponible dans l'hypothèse d'entreprises, biens ou services issus d'un État tiers n'ayant signé aucun accord avec l'UE comportant un volet « accès aux marchés publics ».

Le fonctionnement de ce nouveau dispositif pourrait être décrit comme suit :

---

*internationales, pour autant que lesdits accords respectent le droit communautaire et les accords internationaux conclus par la Communauté ».*



<sup>52</sup> La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions ne comporte pas d'article équivalent à ceux qui figurent dans les directives « marchés publics » citées ci-dessus.



## **2.5. Exclusions du champ d'application du droit des marchés publics**

### ***2.5.1. Etat des lieux***

Certains contrats sont exclus du champ d'application des règles de la commande publique et ne sont donc pas soumis à une obligation de mise en concurrence. Ces exclusions sont limitativement énumérées à l'article 3 du CMP et à l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Elles résultent du fait de modalités particulières d'organisation de la relation entre l'autorité publique et l'opérateur concerné, du fait de la nature particulière de l'activité confiée (, ou encore du fait des conditions particulières d'exercice de cette activité. Il s'agit ainsi des contrats de quasi-régie ou de prestations intégrées, des marchés attribués à des titulaires de droits exclusifs ou encore de marchés portant sur certaines prestations telles que l'acquisition ou la location de terrains ou bâtiments, certains services de recherche et développement ou encore les contrats de travail.

Les nouvelles directives marchés précisent et clarifient leur champ d'application en introduisant de nouvelles exclusions :

➤ *De nouvelles exclusions générales, applicables à l'ensemble des acheteurs publics :*

- Les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;
- Certains marchés publics de services (services d'incendie et de secours, services de protection civile, services de sécurité nucléaire, services ambulanciers à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients) lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif ;
- Certains marchés publics de services juridiques (certification et authentification de documents assurés par des notaires, services juridiques fournis par des administrateurs légaux, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi et services juridiques liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique).

➤ *De nouvelles exclusions propres aux pouvoirs adjudicateurs :*

- Les marchés de services de courrier électronique, services bancaires, investissement, assurance, philatélie ainsi que les services logistiques de remise physique ou de dépôt de colis, attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux ;
- Les marchés d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz

➤ *De nouvelles exclusions propres aux entités adjudicatrices*

Les activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz exercées par une entité adjudicatrice qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, sortent du champ de la directive « secteurs spéciaux ».

### ***2.5.2. Objectifs***

Dans le respect des engagements pris par le Gouvernement au titre de son programme de simplification de la vie des entreprises, la transposition des nouvelles directives « marchés publics » s'opérera au plus près de leur lettre. Chaque fois qu'une marge d'appréciation est laissée au droit national, celui-ci optera, par principe, pour la solution la plus susceptible d'alléger les charges des entreprises, voire celles des acheteurs publics. En l'occurrence, ces nouvelles exclusion du champ d'application des directives « marchés publics » sont susceptibles d'alléger ces charges.

En conséquence, l'ensemble des nouvelles exclusions prévues par les directives ont été transposées à l'exception d'une partie de celles concernant certains services juridiques. En effet, les marchés de services juridiques font l'objet d'un double régime dans les nouvelles directives européennes : certains d'entre eux bénéficient d'un régime assoupli alors que d'autres sont, en raison de leur absence d'impact sur les échanges intracommunautaires, exclus du champ des directives (exclusions précitées).

Le projet d'ordonnance ne modifie pas le régime actuel applicable aux marchés de services juridiques qui ne sont pas exclus du champ des directives : ils pourront être passés selon une procédure adaptée quel que soit leur montant.

En revanche, en ce qui concerne la nouvelle exclusion de certains services juridiques, seuls seront exclus les marchés de services juridiques pour lesquels une mise en concurrence apparaît comme impossible ou inutile. Les marchés de représentation en justice et les marchés de conseil juridique étroitement lié à un contentieux en cours ou à venir demeurent dans le champ de l'ordonnance. S'ils sont exclus du droit européen des marchés publics au motif qu'ils ne sont pas susceptibles d'intéresser des opérateurs étrangers, aucun motif d'intérêt général ne permet, en droit interne, de les soustraire aux principes fondamentaux de la commande publique. Ils seront néanmoins soumis à un régime spécifique de passation dont les modalités seront librement déterminées par l'acheteur public dans le respect des principes constitutionnels.

### 2.5.3. Impacts

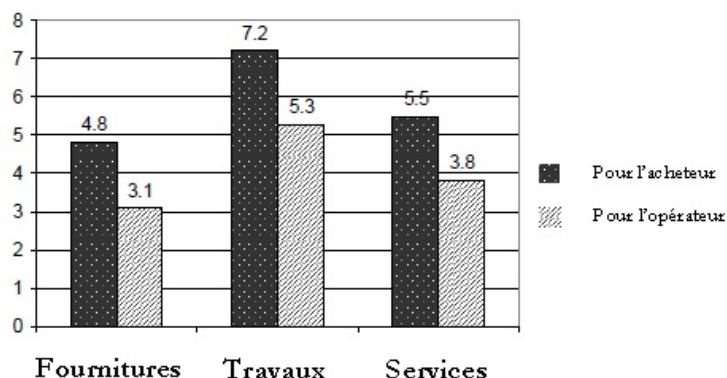
Le recensement des marchés publics permet d'obtenir les informations statistiques suivantes sur les marchés ayant pour objet des prestations de services qui seront exclus du champ d'application de la nouvelle réglementation. Il convient de souligner qu'aucune information n'a pu être collectée sur les nouvelles exclusions propres aux pouvoirs adjudicateurs.

Code CPV et intitulé des services		2010		2011		2012	
		Nbre	MT € ht	Nbre	MT € ht	Nbre	MT € ht
6020000-0	Services de transport ferroviaire	21	193 056 101	33	116 498 963	28	349 029 264
6021000-3	Services de transport ferroviaire public	3	468 444	4	469 304	7	1 076 514
7522200-8	Services de protection civile	3	255 940	2	145 795	1	153 100
7525000-3	Services d'incendie et de secours	3	1 838 640	5	1 703 916	1	58 200
7525100-0	Services d'incendie	7	1 914 979	4	742 001	6	3 052 330
7525110-1	Services de lutte contre l'incendie	1	3 650	6	560 028	1	694 783
7525111-4	Services de prévention des incendies	2	492 700	8	14 782 558	5	3 783 848
7525200-7	Services de sauvetage	2	32 572	1	33 768	1	70 211
9811310-9	Services de sûreté nucléaire	32	29 350 527	104	458 456 974	51	44 700 022
7913200-8	Services de certification	12	2 536 348	14	8 225 803	24	5 297 935
Nouveaux services exclus : <b>total</b>		86	229 949 901	181	601 619 110	125	407 916 207

Dans son rapport d'évaluation sur l'impact et l'efficacité de la réglementation européenne des marchés publics<sup>53</sup>, la Commission européenne a procédé à une évaluation du coût d'une procédure d'attribution d'un marché public pour l'acheteur public et pour l'entreprise, en fonction du type de prestations.

<sup>53</sup> Commission Staff working paper – Evaluation report – Impact and effectiveness of EU Public procurement legislation (7/06/2011) :

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/er853\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf)

**Estimation du coût d'une mise en concurrence, en milliers d'euros, par type de marchés publics**

Source : PwC, London Economics, Ecorys.

Ainsi, pour les marchés publics de services, la Commission estime qu'une procédure formalisée coûte environ 3 800€ pour les entreprises et 5 500€ pour les acheteurs publics. Ces coûts sont toutefois à minorer pour les rapprocher des chiffres fournis par l'OEAP. En effet, le recensement des marchés publics concerne les marchés dont le montant est supérieur à 90 000€ HT (une partie des marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés passés selon une procédure formalisée). Or, le coût d'une procédure adaptée est moindre que celui d'une procédure formalisée. Il convient dès lors d'ajuster les estimations de la Commission afin de pouvoir estimer l'impact de ces nouvelles exclusions pour les acheteurs publics et les entreprises :

**Économies réalisées sur une année, du fait de l'exclusion**

	Nbre de marchés de services passés sur une année (moy. de 2010, 2011, 2012) dans les secteurs désormais exclus	Coût d'une procédure	Coût sur une année	Economies réalisées sur une année du fait de l'exclusion
<b>Acheteurs publics</b>	130	5 000€	650 000€	650 000€
<b>Opérateurs économiques</b>	130	3 000€	390 000€	390 000€
<b>Total</b>	130	8 000€	1 040 000€	<b>1 040 000€</b>

Estimations à partir du recensement OEAP

**2.6. Clauses sociales et environnementales****2.6.1. Etat des lieux**

Le CMP (articles 14, 15, 30 et 53) et l'ordonnance du 6 juin 2005 ont donné une base juridique à la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales dans la commande publique.

L'article 14 du CMP et l'article 4 du décret du 30 décembre 2005<sup>54</sup> permettent aux acheteurs publics d'imposer aux opérateurs économiques des conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental. Il s'agit du principal levier de promotion de ces considérations utilisé par les acheteurs publics.

<sup>54</sup> Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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.

Ces clauses d'exécution permettent aux acheteurs de fixer des objectifs en matière d'insertion sociale ou de protection de l'environnement qu'ils souhaitent voir réaliser grâce aux marchés publics. Décrites dans le cahier des charges, les clauses d'exécution sont sans incidence sur le jugement des offres. Elles s'imposent à tous les candidats qui ne peuvent y déroger sous peine de voir leur offre rejetée comme irrégulière.

Le recensement économique de l'achat public effectué par l'OEAP<sup>55</sup> a permis de constater qu'en 2012, 4,3% des marchés publics comportaient des clauses sociales et 5,4% des clauses environnementales. Ces pourcentages sont en constante augmentation depuis 2009.

#### Clauses spécifiques en 2012

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	Marchés supérieurs ou égal à 90000 € HT			
	2009	2010	2011	2012
Marchés avec sous traitants	1,3%	1,5%	2,6%	2,2%
Marchés avec co-traitants	4,2%	5,2%	4,1%	5,4%
Marchés avec clauses sociales	1,9%	2,5%	4,1%	4,3%
Marchés avec clauses environnementales	2,6%	5,1%	5,3%	5,4%
Marchés à prix révisables	47,0%	50,1%	49,2%	52,7%

Source : recensement de l'OEAP

Le recensement donne également des indications sur l'utilisation des clauses sociales et environnementales en fonction des grandes catégories d'acheteurs publics. Les collectivités territoriales sont celles qui recourent le plus à de telles clauses dans leurs marchés publics.

#### Clauses spécifiques par type d'acheteur en 2012

Part des marchés à clause spécifique dans le nombre de marchés	1-Etat		2-Collectivités territoriales		3-Opérateurs de réseaux	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Marchés avec sous traitants	5,1%	3,9%	2,2%	2,1%	0,4%	0,4%
Marchés avec co-traitants	16,7%	6,0%	4,9%	6,8%	1,8%	1,4%
Marchés avec clauses sociales	2,6%	1,8%	6,4%	7,3%	0,5%	0,3%
Marchés avec clauses environnementales	7,5%	5,0%	6,4%	7,7%	0,7%	0,5%
Marchés à prix révisables	46,7%	48,5%	51,9%	53,0%	50,5%	57,2%

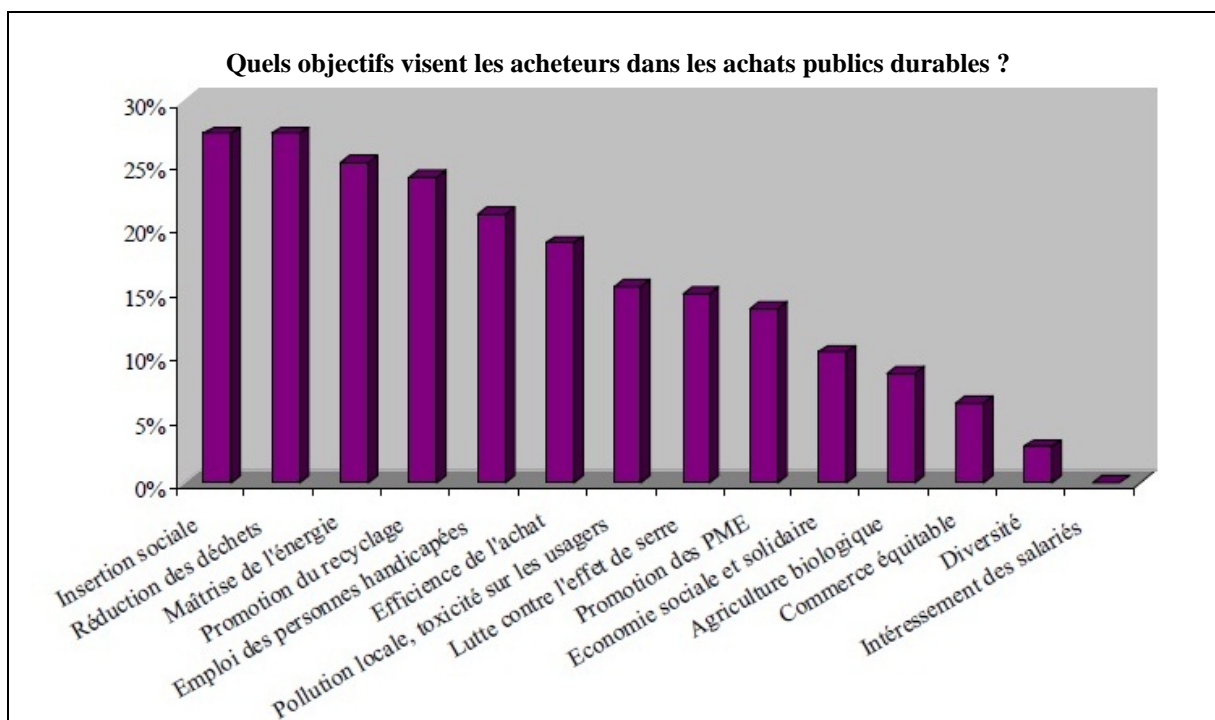
Source : recensement de l'OEAP

Une enquête a été réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie en 2011 afin de dresser un bilan des pratiques des acheteurs publics en matière de développement durable<sup>56</sup>.

Cette enquête donne des informations sur les objectifs poursuivis par les acheteurs publics lorsqu'ils insèrent de telles clauses dans leurs marchés.

<sup>55</sup> OEAP : <http://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-recensement-economique-achat-public>

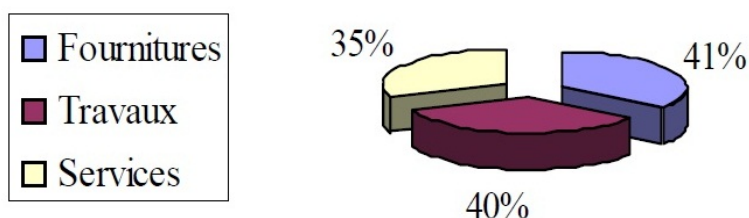
<sup>56</sup> Résultats de cette enquête publiés dans la lettre de l'OEAP – édition spéciale n°22 – octobre 2011 : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/publications/lettre/2011/lettre-OEAP-N-special.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/lettre/2011/lettre-OEAP-N-special.pdf)



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

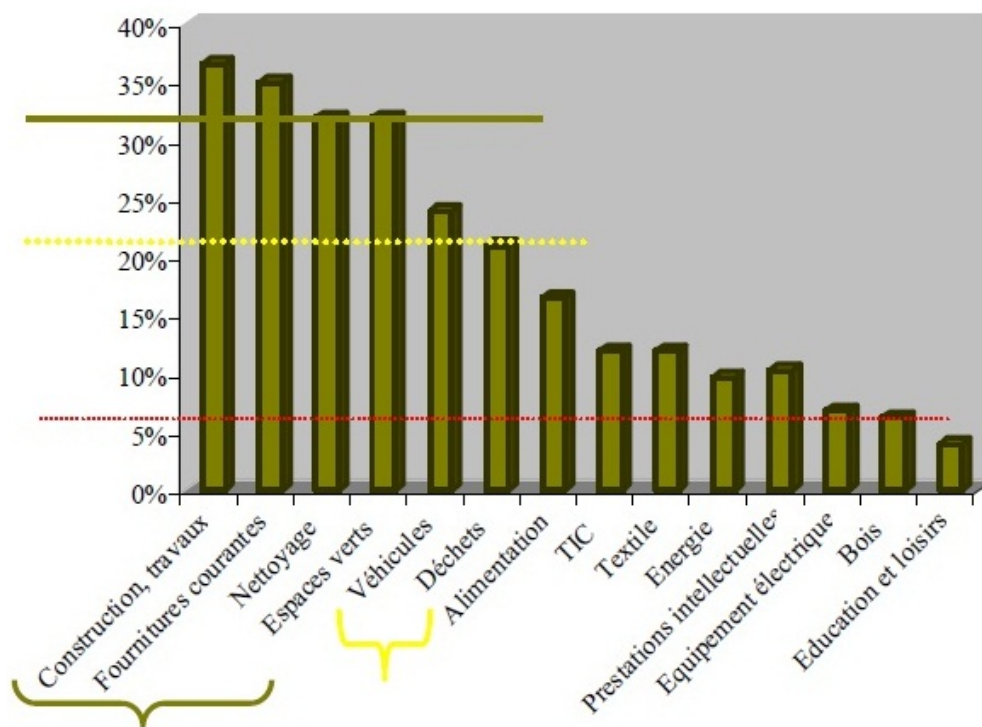
En ce qui concerne les marchés propices à l'insertion de clauses sociales ou environnementales, les travaux sont privilégiés sans toutefois présenter une avance notable sur les achats de fournitures courantes ou certains services.

#### Catégorie de marchés pour lesquels des clauses sociales ou environnementales sont intégrées



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

### Type de marchés pour lesquels des clauses sociales ou environnementales ont été intégrées



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

#### 2.6.1.1. Sur les clauses sociales

Plus précisément, l'atelier « *Aspects sociaux dans la commande publique* », regroupant une cinquantaine de membres de l'OEAP et des professionnels du milieu de l'insertion par l'activité économique, a axé ses travaux en 2011 et 2012 sur l'incitation à la diffusion des données économiques sur l'impact des clauses sociales et sur le développement d'un référentiel des clauses sociales. Ces travaux ont permis d'élaborer une fiche synthétisant les données disponibles sur l'impact économique des clauses sociales<sup>57</sup>.

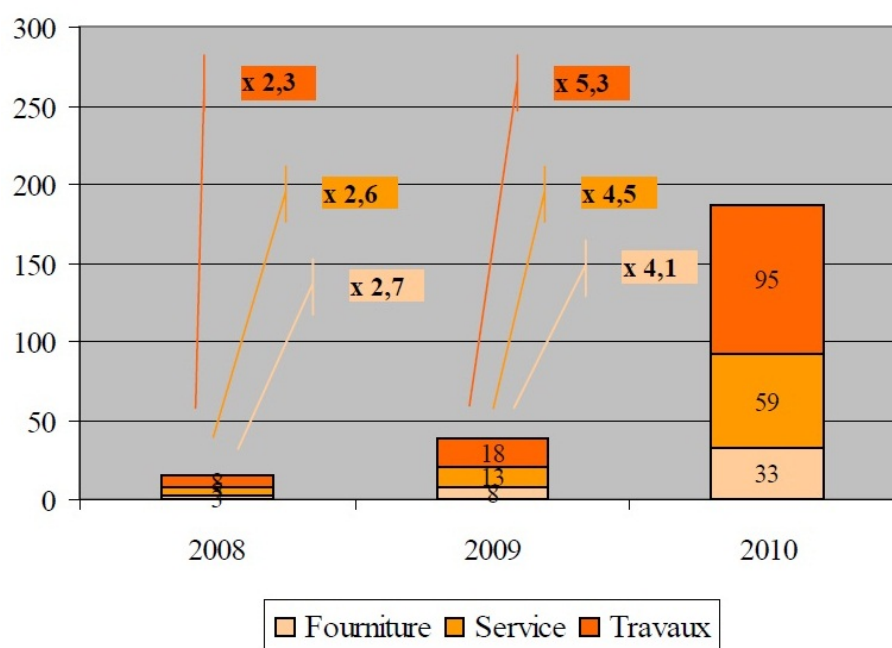
Ce document souligne l'impact social réel des clauses sociales dans les marchés publics en faisant plusieurs constats :

- 54 % de ces clauses sont mises en œuvre sous la forme d'un recrutement direct, le solde passant par le recours à des structures d'insertion ;
- A la sortie du programme d'insertion issu d'une clause, plus de la majorité des bénéficiaires de ces clauses disposent d'une solution durable et ne sont plus demandeurs d'emplois ;
- Les entreprises titulaires de marchés publics comportant des clauses d'insertion, tiennent leurs engagements et souvent les dépassent nettement.

L'enquête précitée de la DAJ met en évidence l'évolution du nombre d'acheteurs insérant des clauses sociales dans leurs marchés publics entre 2008 et 2010 :

<sup>57</sup> [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/concertation/ateliers\\_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/ateliers_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf)

### Évolution du nombre d'acheteurs insérant une clause sociale, par secteur, de 2008 à 2010

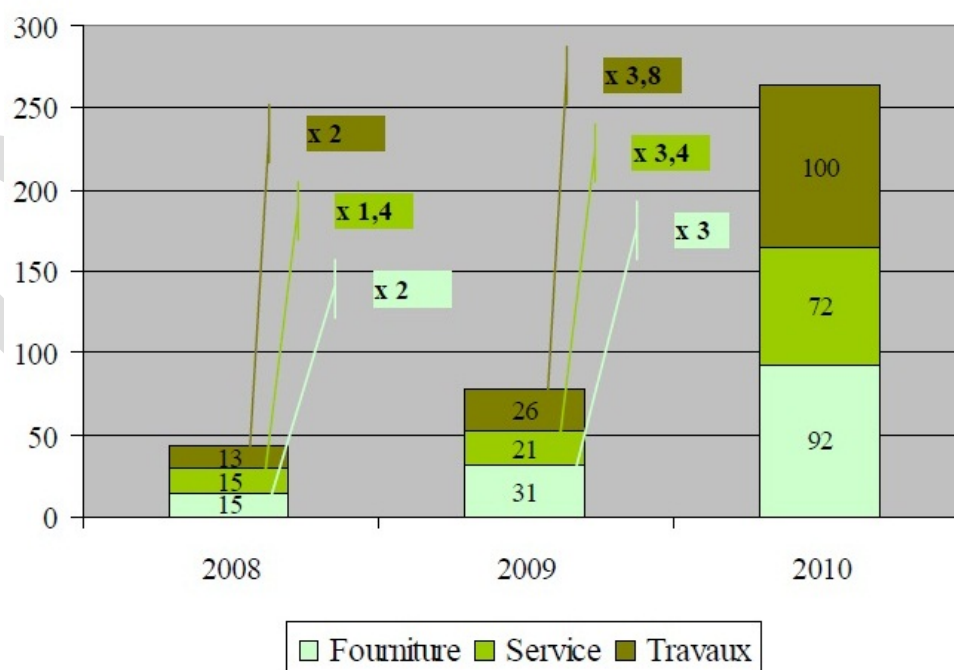


Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

#### 2.6.1.2. Sur les clauses environnementales

L'enquête réalisée par la DAJ constate que les questions environnementales sont davantage prises en compte par les acheteurs publics que les questions sociales. La proportion de contrats comportant des clauses environnementales connaît une forte progression entre 2008 et 2010.

### Évolution du nombre d'acheteurs insérant une clause environnementale, par secteur, de 2008 à 2010



Source : lettre de l'OEAP n° 22 – octobre 2011

### 2.6.2. Objectifs

L'efficacité de l'insertion de clauses sociales et environnementales dans les marchés publics est unanimement reconnue. La commande publique, par son impact économique, constitue en effet un vecteur privilégié de déploiement des politiques en faveur du développement durable. Elle réduit d'une part, les conséquences environnementales de la consommation des pouvoirs publics et soutient les politiques sociales, et, d'autre part, elle a un rôle d'exemplarité et d'incitation à destination des opérateurs privés ainsi que de l'ensemble de la population.

La promotion de l'insertion de clauses sociales et environnementales dans les marchés publics ne sera pas remise en cause par les nouvelles directives européennes qui consacrent la possibilité pour les acheteurs publics d'avoir des exigences spécifiques et prévoir des conditions particulières concernant l'exécution de leur marché, notamment dans le domaine environnemental, social ou de l'emploi.

Toutefois, si l'objectif de promotion de ces clauses est clairement affiché dans les directives, celles-ci viennent préciser que ces conditions d'exécution devront être liées aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché.

Le considérant 99 de la directive « secteurs classiques » explicite cette notion de lien avec l'objet du marché en donnant les exemples suivants : « *Par exemple, ces (...) conditions pourraient porter, entre autres choses, sur l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs.* ».

La notion de lien avec l'objet du marché est donc entendue de manière souple conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, sans que les objectifs de prise en compte des politiques environnementales et sociales dans les marchés publics soient remis en cause.

En insérant cette exigence de lien avec l'objet du marché, les directives se bornent à refuser aux acheteurs publics la possibilité d'imposer dans leurs marchés, des conditions relatives à la politique générale de l'entreprise. Le considérant 97 précise ainsi que « *Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise* ».

Le II de l'article 31 du projet d'ordonnance répond à l'un des objectifs de la transposition des directives marchés publics qui consiste à uniformiser les règles de la commande publique en les intégrant dans un corpus juridique unique. La possibilité pour les acheteurs publics d'imposer que les moyens utilisés pour exécuter les prestations du marché soient localisés sur le territoire national afin notamment de prendre en compte les considérations environnementales ou sociales était insérée à l'article 37-5 de l'ordonnance du 6 juin 2005, et applicable également aux marchés de défense ou de sécurité. La jurisprudence du Conseil d'Etat a reconnu cette possibilité aux acheteurs publics soumis au CMP<sup>58</sup>. Dès lors, la rédaction du II de l'article 31 du projet d'ordonnance clarifie le fait que cette disposition est applicable à l'ensemble des acheteurs publics.

<sup>58</sup> CE, 14 janvier 1998, req. n°168688, *Société Martin Fourquin* : l'Office public d'aménagement et de construction des Vosges a pu demander aux candidats à l'attribution d'un marché relatif à l'entretien d'espaces verts, de s'engager à se doter d'une antenne locale en cas d'attribution.



### **2.6.3. Impacts**

L'intégration d'objectifs de développement durable dans le processus d'achat public est renforcée par les nouvelles directives « marchés publics ». Les travaux de transposition s'insèrent dans cette démarche et l'article 31 du projet d'ordonnance réaffirme la possibilité pour les acheteurs publics d'insérer des conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable.

Le projet d'ordonnance transpose la nouvelle exigence des directives relative au lien entre conditions d'exécution et objet du marché. Son article 31 prévoit que : « I. – *Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.*

*Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services.*

*II – Les acheteurs publics peuvent imposer que les moyens utilisés pour exécuter un marché public, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements. »*

Cette nouvelle précision ne devrait pas avoir d'impact négatif sur la prise en compte croissante des objectifs de développement durable dans les marchés publics. Au contraire, elle devrait rassurer les acheteurs publics. Seule la politique générale des entreprises en matière sociale ou environnementale qui ne se rapporte pas directement aux prestations du marché ne pourra faire l'objet de conditions d'exécution.

En conséquence, les dispositions du projet d'ordonnance en matière de clauses sociales et environnementales permettent de faire de la commande publique un levier privilégié des politiques sociales et environnementales. L'atelier « *Aspects sociaux dans la commande publique* » de l'OEAP a souligné qu'il existe encore un fort potentiel non exploité, en matière de clauses sociales<sup>59</sup>. Il relevait ainsi que, si 50% des investissements publics comportaient une clause sociale de 5% (proportion de main d'œuvre concernée par le programme d'insertion rapportée à la part de main-d'œuvre des marchés), le potentiel théorique d'insertion pourrait s'évaluer à environ 33 million d'heures d'insertion, soit 22 000 équivalent temps plein (ETP) d'insertion. En ce qui concerne l'Etat uniquement, le potentiel de clauses sociales d'insertion a été chiffré entre 1 710 et 2 510 ETP.

## **2.7. Réserve des marchés publics aux travailleurs handicapés et défavorisés**

### **2.7.1. Etat des lieux**

Les directives actuelles 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/UE et le droit national prévoient que les marchés publics peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs employés par ces structures sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la

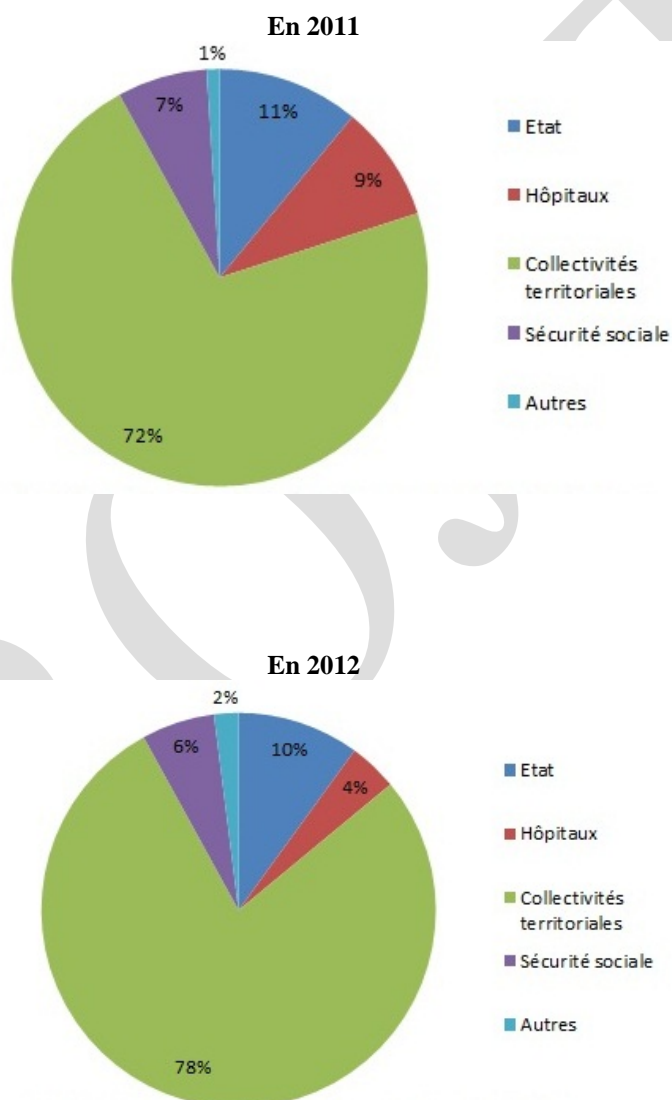
<sup>59</sup> Les clauses sociales dans la commande publique : un impact social réel : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/concertation/ateliers\\_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/ateliers_reflexion/ateliers/clauses-sociales-ds-cp.pdf)

gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

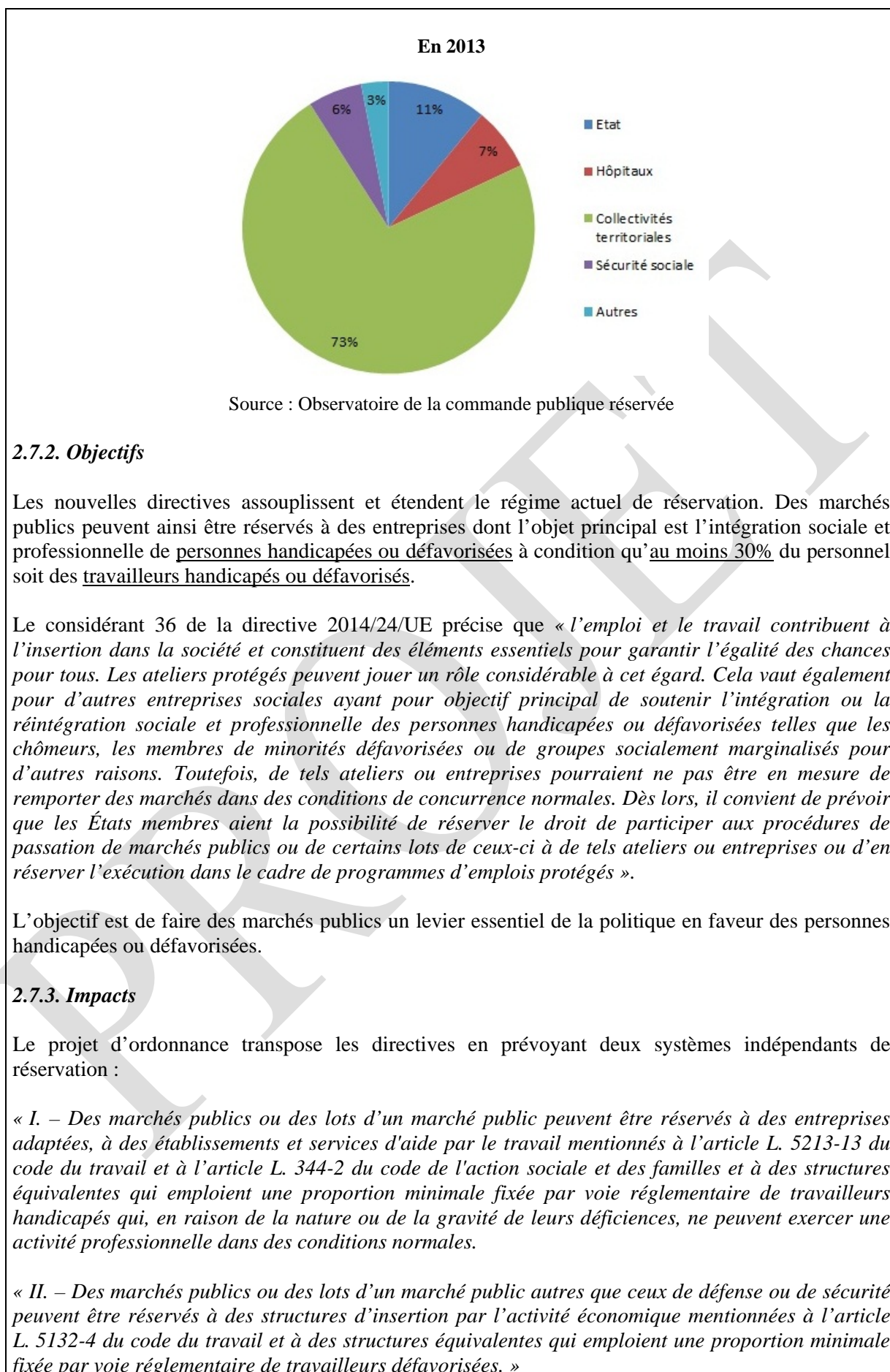
Selon l'Observatoire de la commande publique réservée du réseau Gesat<sup>60</sup>, ont été réservés aux structures mentionnées ci-dessus :

- 615 marchés en 2011 ;
- 604 marchés en 2012 ;
- 654 marchés en 2013.

Ces marchés se répartissent comme suit :



<sup>60</sup> <http://www.reseau-gesat.com/>



Il est à noter que la réservation prévue au II ne peut pas être étendue aux marchés de défense ou de sécurité puisque la directive 2009/81/CE n'a pas été révisée. Pour ces marchés, il n'est possible de réserver des marchés qu'en faveur des structures employant des travailleurs handicapés.

Afin de ne pas confronter les deux catégories de structures, les acheteurs publics pourront donc opter pour l'une ou l'autre des réservations suivantes :

- la réservation à des structures employant des travailleurs handicapés (entreprises adaptées, centres de distribution de travail à domicile<sup>61</sup> et établissements et services d'aide par le travail<sup>62</sup>)

- la réservation à des structures employant des travailleurs défavorisés (structures d'insertion par l'activité économique SIAE : entreprises d'insertion, entreprises de travail temporaire d'insertion, associations intermédiaires et ateliers et chantiers d'insertion<sup>63</sup>).

La proportion minimale de travailleurs handicapés ou défavorisés sera fixée par voie réglementaire.

Les chiffres précités de l'Observatoire de la commande publique réservée démontrent que la possibilité de réserver des marchés publics aux travailleurs handicapés est actuellement peu mise en œuvre par les acheteurs publics. Pourtant pour favoriser ces structures, le législateur français a mis en place une incitation fiscale : le montant des commandes passées à de telles structures vient, en partie, en déduction de la contribution spécifique due par les opérateurs économiques, publics ou privés, qui ne comptent pas, au sein de leur personnel, la proportion de travailleurs handicapés exigée par la loi.

Les SIAE quant à elles ne bénéficient pas à ce jour d'un mécanisme de réservation. En revanche, « *le bilan 2007-2012 de la Maison de l'Emploi de Paris fait état de plus de 630 000 heures d'insertion réalisées dans le cadre des clauses sociales, qui ont pu être effectuées à 54 % par des recrutements directs de publics éloignés de l'emploi au sein des entreprises attributaires des marchés et à 46 % par des partenariats avec les SIAE. L'apport en chiffres d'affaires pour ces structures monte à 3,2 millions d'euros sur la période* »<sup>64</sup>. Le nouveau dispositif de réservation au profit des SIAE devrait donc leur permettre d'accéder à la commande publique en étant directement titulaires des marchés et ainsi leur offrir une opportunité supplémentaire de développer leurs activités.

Le Gouvernement souhaite inciter les acheteurs publics à utiliser les mécanismes de réservation, afin d'accroître le nombre de marchés réservés. De plus, ces mécanismes pourront être mis en œuvre par les acheteurs afin de respecter l'obligation prévue par l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'ESS qui dispose que, à partir d'un certain montant d'achats, l'acheteur public adopte un schéma de promotion des achats publics socialement responsables. Ce schéma détermine les objectifs de passation de marchés publics comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés, ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs.

## **2.8. Réserve de certains marchés aux entreprises de l'ESS**

### ***2.8.1. Etat des lieux***

L'ESS représente<sup>65</sup> :

<sup>61</sup> Entreprises adaptées, centres de distribution de travail à domicile : <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1653.xhtml>

<sup>62</sup> Établissements et services d'aide par le travail : <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1654.xhtml>

<sup>63</sup> Structures d'insertion par l'activité économique : <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2284.xhtml>

<sup>64</sup> <http://www.socialement-responsable.org/je-suis-acheteur-public/cloauses-sociales-d-insertion/contexte-et-enjeux/110-les-cloauses-outil-de-developpement-des-siae/95-les-siae-des-operateurs-majeurs-des-cloauses-sociales>

<sup>65</sup> <http://www.economie.gouv.fr/ess-economie-sociale-solidaire>

- 10 % du PIB, réalisés par 200 000 entreprises ;
- 2 360 000 salariés (ou 2,36 millions), représentant 54 milliards de chiffres d'affaires ;
- 12 % des emplois privés ;
- + 24% d'emplois privés depuis treize ans (soit 5 fois plus que hors ESS) ;
- 600 000 recrutements d'ici 2020 en raison des départs à la retraite.

Selon l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'ESS<sup>66</sup>, l'ESS réunit 10 % des salariés français dans des structures à forte utilité sociale et à gouvernance démocratique. Les entreprises de l'ESS représentent :

- les deux tiers du secteur privé sanitaire et social, en particulier avec l'aide aux personnes âgées ou en situation de handicap ;
- les deux tiers du secteur des sports et des loisirs ;
- le tiers des activités financières et d'assurances, notamment avec les mutuelles de santé et de prévoyance ;
- le quart du secteur de l'enseignement, éducation et culture.

**Part de l'économie sociale dans l'effectif salarié en France au 31 décembre 2008, par secteur d'activité (NAF88)**



Source : INSEE, Clap 2008

<sup>66</sup> [http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj112-805-ei/pj112-805-ei.html#\\_Toc362370136](http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj112-805-ei/pj112-805-ei.html#_Toc362370136)

### 2.8.2. Objectifs

Les nouvelles directives offrent aux acheteurs publics une nouvelle opportunité de réserver certains marchés publics de services.

Le considérant 118 de la directive 2014/24/UE explique que, « afin d'assurer la continuité des services publics, la présente directive devrait permettre que la participation aux procédures de passation de marchés concernant certains services dans les domaines de la santé, des services sociaux et des services culturels puisse être réservée aux organisations reposant sur l'actionnariat des travailleurs ou sur leur participation active à la gouvernance de l'organisation, et aux organisations existantes, telles que les coopératives, pour participer à la fourniture de ces services aux utilisateurs finaux. Le champ d'application de cette disposition est exclusivement limité à certains services dans le domaine de la santé, à certains services sociaux et services connexes, à certains services dans les domaines de l'éducation et de la formation, aux bibliothèques, aux services d'archives, aux musées et à d'autres services culturels, aux services sportifs et aux services aux ménages privés [...] ».

Les nouvelles directives permettent donc dorénavant de réserver certains marchés de services, pendant une durée maximale de 3 ans, dans le domaine social, culturel et de la santé à des organismes ayant pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation des services en question, si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les bénéfices réalisés par ces organismes sont réinvestis en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation. En cas de distribution ou de redistribution des bénéfices, celle-ci devrait être fondée sur des principes participatifs ;
- les structures de gestion ou de propriété de ces organismes sont fondées sur l'actionnariat des salariés ou des principes participatifs ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes ;
- ces organismes ne se sont pas vu attribuer un marché par l'acheteur public concerné pour les services en question dans les 3 années précédentes.

Les marchés de services pouvant être réservés sont ceux relevant des codes CPV<sup>67</sup> suivants :

**75121000-0** : Services administratifs de l'enseignement  
**75122000-7** : Services administratifs de la santé  
**75123000-4** : Services administratifs du logement  
**79622000-0** : Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile  
**79624000-4** : Services de mise à disposition de personnel infirmier  
**79625000-1** : Services de mise à disposition de personnel médical  
**80110000-8** : Services d'enseignement préscolaire  
**80300000-7** : Services d'enseignement supérieur  
**80420000-4** : Services d'enseignement par voie électronique  
**80430000-7** : Services d'enseignement de niveau universitaire pour adultes  
**80511000-9** : Services de formation du personnel  
**80520000-5** : Installations de formation  
**80590000-6** : Services d'aide pédagogique  
**85000000-9 à 85323000-9** : Services de santé et services sociaux (*Services de santé et services sociaux ; Services de santé ; Services hospitaliers et services connexes ; Services hospitaliers ; Services hospitaliers de chirurgie ; Services hospitaliers de médecine ; Services hospitaliers de gynécologie ; Services de fertilisation in vitro ; Services hospitaliers d'obstétrique ; Services hospitaliers de rééducation ; Services hospitaliers de psychiatrie ; Services d'orthèse ; Services d'oxygénothérapie ; Services de pathologie ; Services d'analyses de sang ; Services d'analyses bactériologiques ; Services*)

<sup>67</sup> Le CPV (Common Procurement Vocabulary) constitue un système de classification unique pour les marchés publics visant à standardiser les références utilisées pour décrire l'objet d'un marché.  
[http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv\\_fr.htm](http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_fr.htm)

hospitaliers de dialyse ; Services d'appui hospitalier ; Services de literie hospitalière ; Services de soins ambulatoires ; Services de pratique médicale et services connexes ; Services de pratique médicale ; Services prestés par les médecins généralistes ; Services prestés par les médecins spécialistes ; Services prestés par les gynécologues ou les obstétriciens ; Services prestés par les néphrologues ou services prestés par les neurologues ; Services prestés par les cardiologues ou services prestés par les pneumologues ; Services prestés par les cardiologues ; Services prestés par les pneumologues ; Services prestés par les ORL ou les audiologistes ; Services prestés par les gastro-entérologues et les gériatres ; Services prestés par les gastro-entérologues ; Services prestés par les gériatres ; Services prestés par les psychiatres ou les psychologues ; Services à domicile pour les personnes souffrant de perturbations psychologiques ; Services prestés par les ophtalmologues, les dermatologues et les orthopédistes ; Services prestés par les ophtalmologues ; Services prestés par les dermatologues ; Services prestés par les orthopédistes ; Services prestés par les pédiatres ou urologues ; Services prestés par les pédiatres ; Services prestés par les urologues ; Services prestés par les chirurgiens spécialistes ; Services de soins dentaires et services connexes ; Services de soins dentaires ; Services d'orthodontie ; Services de chirurgie orthodontique ; Services de santé divers ; Services prestés par le personnel médical ; Services prestés par les sages-femmes ; Services prestés par le personnel infirmier ; Services de soins médicaux à domicile ; Services de dialyse et de soins médicaux à domicile ; Services de conseil prestés par le personnel infirmier ; Services de santé ; Services hospitaliers et services connexes ; Services hospitaliers ; Services hospitaliers de chirurgie ; Services hospitaliers de médecine ; Services hospitaliers de gynécologie ; Services de fertilisation in vitro ; Services hospitaliers d'obstétrique ; Services hospitaliers de rééducation ; Services hospitaliers de psychiatrie ; Services d'orthèse ; Services d'oxygénothérapie ; Services de pathologie ; Services d'analyses de sang ; Services d'analyses bactériologiques ; Services hospitaliers de dialyse ; Services d'appui hospitalier ; Services de literie hospitalière ; Services de soins ambulatoires ; Services de pratique médicale et services connexes ; Services de pratique médicale ; Services prestés par les médecins généralistes ; Services prestés par les médecins spécialistes ; Services prestés par les gynécologues ou les obstétriciens ; Services prestés par les néphrologues ou services prestés par les neurologues ; Services prestés par les cardiologues ou services prestés par les pneumologues ; Services prestés par les cardiologues ; Services prestés par les pneumologues ; Services prestés par les ORL ou les audiologistes ; Services prestés par les gastro-entérologues et les gériatres ; Services prestés par les gastro-entérologues ; Services prestés par les gériatres ; Services prestés par les psychiatres ou les psychologues ; Services à domicile pour les personnes souffrant de perturbations psychologiques ; Services prestés par les ophtalmologues, les dermatologues et les orthopédistes ; Services prestés par les ophtalmologues ; Services prestés par les dermatologues ; Services prestés par les orthopédistes ; Services prestés par les pédiatres ou urologues ; Services prestés par les pédiatres ; Services prestés par les urologues ; Services prestés par les chirurgiens spécialistes ; Services de soins dentaires et services connexes ; Services de soins dentaires ; Services d'orthodontie ; Services de chirurgie orthodontique ; Services de santé divers ; Services prestés par le personnel médical ; Services prestés par les sages-femmes ; Services prestés par le personnel infirmier ; Services de soins médicaux à domicile ; Services de dialyse et de soins médicaux à domicile ; Services de conseil prestés par le personnel infirmier ; Services paramédicaux ; Services de physiothérapie ; Services d'homéopathie ; Services d'hygiène ; Livraison à domicile d'articles pour incontinents ; Services ambulanciers ; Services d'équipement de santé extrahospitalier ; Services de soins infirmiers de foyers ; Services prestés par les laboratoires médicaux ; Services prestés par les banques de sang ; Services prestés par les banques de sperme ; Services prestés par les banques d'organes ; Services de médecine du travail ; Services d'analyses médicales ; Services de pharmacie ; Services d'imagerie médicale ; Services prestés par les opticiens ; Services d'acupuncture et de chiropraxie ; Services d'acupuncture ; Services de chiropraxie ; Services vétérinaires ; Services d'animalerie ; Services d'action sociale et services connexes ; Services d'action sociale ; Services d'action sociale avec hébergement ; Services sociaux pour les personnes âgées ; Services sociaux pour les personnes handicapées ; Services sociaux pour les enfants et les adolescents ; Services sociaux sans hébergement ; Services de foyers de jour ; Services de crèches et garderies d'enfants ; Services de foyers de jour pour enfants et adolescents handicapés ; Livraison de provisions à domicile ; Services d'orientation et de conseil professionnel ; Services d'orientation ; Services de conseil professionnel ; Services de planning familial ; Services sociaux non prestés par les institutions résidentielles ; Services de réhabilitation ; Services de réhabilitation professionnelle ; Services sociaux ; Services sociaux administratifs ; Programme d'action communale ; Services médico-sociaux)

**92500000-6** : Services de bibliothèques, archives, musées et autres services culturels

**92600000-7** : Services sportifs

**98133000-4** : Services prestés par les organisations sociales

**98133110-8** : Services prestés par les associations de jeunes

La directive 2009/81/CE n'ayant pas été révisée, il est important de souligner que ce mécanisme de réservation n'est pas applicable aux marchés de défense ou de sécurité.

Le projet d'ordonnance transpose cette faculté de réservation de la manière suivante :

« I. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est fixée par voie réglementaire, peuvent être réservés par les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014 susvisée ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles répondent aux conditions cumulatives suivantes :

« 1° Elles poursuivent une activité de service public relative aux services mentionnés sur cette liste ;

« 2° L'entreprise à laquelle il est envisagé d'attribuer le marché public n'était pas titulaire, au cours des trois années précédentes, d'un marché public relatif aux services mentionnés ci-dessus attribué par l'acheteur public qui passe ce marché public.

« II. – La durée maximale du marché public n'est pas supérieure à trois ans. »

Le projet d'ordonnance renvoie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi 31 juillet 2014 relative à l'ESS qui définit l'ESS comme étant : « un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes : 1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ; 2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ; 3° Une gestion conforme aux principes suivants : a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise [...] ».

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014 précise que l'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre : « 1° Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901 [...] ;

« 2° Par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes :

« a) Elles respectent les conditions fixées au I du présent article ;

« b) Elles recherchent une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi ;

« c) Elles appliquent les principes de gestion suivants : [...] ».

Les conditions imposées par les directives quant aux modalités de gestion des organismes pouvant bénéficier de la réservation sont donc *a priori* remplies par les entreprises de l'ESS définies à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014. Cependant, pour pouvoir candidater à un marché public réservé les entreprises doivent impérativement poursuivre une activité de service public relative au service qui fait l'objet du marché.

### **2.8.3. Impacts**

Cette nouvelle faculté de réservation offre la possibilité, dans certains domaines, de mettre les marchés publics au service de l'emploi et d'une croissance plus solidaire. Elle devrait être de nature à favoriser l'accès à la commande publique d'acteurs de l'ESS.

En 2011, l'OEAP recense 798 marchés de services entrant dans certaines des catégories pouvant faire l'objet de la nouvelle réservation, pour un montant de 295 841 992 euros. En 2012, l'OEAP en recense 748, pour un montant de 245 418 624 euros.



		2011		2012	
		Nbr	MT € HT	Nbr	MT € HT
75122000-7	Services administratifs de la sante	1	18 321	.	.
75123000-4	Services administratifs du logement	1	236 500	7	3 519 420
79622000-0	Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile	.	.	.	.
79624000-4	Services de mise à disposition de personnel infirmier	5	1 700 000	2	853 584
79625000-1	Services de mise à disposition de personnel médical	7	1 587 931	5	802 321
80110000-8	Services d'enseignement préscolaire	6	24 000	.	.
80300000-7	Services d'enseignement supérieur	33	3 183 038	55	5 052 323
80420000-4	Services d'enseignement par voie électronique	8	3 568 665	2	73 319
80430000-7	Services d'enseignement de niveau universitaire pour adultes	.	.	1	226 070
80511000-9	Services de formation du personnel	155	46 287 082	195	87 879 658
80520000-5	Installations de formation	1	108 856	2	284 980
80590000-6	Services d'aide pédagogique	.	.	3	47 360
85000000-9	Services de santé et services sociaux	12	2 028 106	23	5 538 103
85100000-0	Services de sante	14	4 226 788	13	2 352 832
85110000-3	Services hospitaliers et services connexes	.	.	.	.
85111000-0	Services hospitaliers	8	705 830	23	3 041 894
85111600-6	Services d'orthèse	5	1 831 634	.	.
85111700-7	Services d'oxygénothérapie	1	3 975	.	.
85111800-8	Services de pathologie	.	.	1	1 200 000
85111810-1	Services d'analyses de sang	7	5 258 278	3	128 771
85111820-4	Services d'analyses bactériologiques	13	1 204 359	17	2 567 796
85111900-9	Services hospitaliers de dialyse	.	.	1	255 400
85112100-8	Services de literie hospitalière	1	393 000	.	.
85120000-6	Services de pratique médicale et services connexes	5	3 224 595	4	6 46 740
85121000-3	Services de pratique médicale	.	.	.	.
85121100-4	Services prestes par les médecins généralistes	.	.	3	1 213 739
85121200-5	Services prestes par les médecins spécialistes	1	65 000	2	174 807
85121270-6	Services prestes par les psychiatres ou les psychologues	3	312 280	4	294 874
85121291-9	Services prestes par les pédiatres	.	.	.	.
85130000-9	Services de soins dentaires et services connexes	6	2 359 708	6	653 000
85131000-6	Services de soins dentaires	1	40 000	.	.
85131100-7	Services d'orthodontie	.	.	1	157 056
85140000-2	Services de sante divers	4	469 477	6	591 167
85141000-9	Services prestes par le personnel médical	12	3 654 672	8	3 432 586
85141200-1	Services prestes par le personnel infirmier	1	8 800	.	.
85141210-4	Services de soins médicaux à domicile	1	170 000	1	170 000
85142300-9	Services d'hygiène	8	1986612	.	.
85143000-3	Services ambulanciers	9	8 559 462	5	1 943 320
85145000-7	Services prestes par les laboratoires médicaux	12	1 843 355	11	6 850 856
85146000-4	Services prestes par les banques de sang	1	5 000 000	.	.
85147000-1	Services de médecine du travail	6	1 209 124	12	5 113 126
85148000-8	Services d'analyses médicales	33	43 285 923	35	13 946 657
85149000-5	Services de pharmacie	.	.	3	96 797

85150000-5	Services d'imagerie médicale	4	521 728	3	723 333
85200000-1	Services vétérinaires	8	970 840	2	264 491
85210000-3	Services d'animalerie	5	950 167	1	480 000
85300000-2	Services d'action sociale et services connexes	33	4 702 635	18	3 763 477
85310000-5	Services d'action sociale	57	24 825 971	32	7 260 868
85311000-2	Services d'action sociale avec hébergement	.	.	1	147 876
85311100-3	Services sociaux pour les personnes âgées	3	772 926	2	255 364
85311200-4	Services sociaux pour les personnes handicapées	1	200 000	6	1 880 041
85311300-5	Services sociaux pour les enfants et les adolescents	3	733 000	1	250 000
85312000-9	Services sociaux sans hébergement	2	172 845	.	.
85312100-0	Services de foyers de jour	1	1 800 000	.	.
85312110-3	Services de crèches et garderies d'enfants	139	44 880 451	140	39 865 825
85312300-2	Services d'orientation et de conseil professionnel	47	5 828 747	6	1 689 820
85312310-5	Services d'orientation	2	549 450	.	.
85312320-8	Services de conseil professionnel	2	551 440	30	11 635 000
85312500-4	Services de réhabilitation	6	12 005 920	19	6 042 722
85312510-7	Services de réhabilitation professionnelle	32	4 990 421	12	2 783 582
85320000-8	Services sociaux	51	44 061 986	7	14 597 114
85321000-5	Services sociaux administratifs	.	.	.	.
85322000-2	Programme d'action communale	1	160 000	.	.
85323000-9	Services médico-sociaux	.	.	3	381 108
92500000-6	Services de bibliothèques, archives, musées et autres services culturels	8	841 718	5	3 920 434
92600000-7	Services sportifs	12	1 766 376	6	369 013
98133000-4	Services prestes par les organisations sociales	.	.	.	.
	<b>TOTAUX</b>	<b>798</b>	<b>295 841 992</b>	<b>748</b>	<b>245 418 624</b>

Source : recensement de l'OEAP

Ces éléments statistiques mettent en évidence que le champ d'application de la réservation concerne des sommes élevées. Celle-ci pourra donc offrir, si elle est massivement mise par les acheteurs publics, des opportunités de développement non négligeables pour les acteurs de l'ESS.

Il est toutefois impossible d'analyser avec précision l'impact économique de cette mesure pour deux raisons principales :

- les données disponibles ne permettent pas de connaître la part de ces marchés de services attribués à des entreprises de l'ESS ;

- le nombre d'entreprises de l'ESS poursuivant une activité de service public relative à chacune de ces catégories de services n'est pas connu, or il s'agit d'un critère déterminant dans le mécanisme de réservation.

## **2.9. Évaluation préalable des marchés publics dont la valeur estimée est supérieure à un certain seuil**

### ***2.9.1. Etat des lieux***

A l'heure actuelle, l'obligation de réaliser une évaluation préalable est prévue pour :

- les contrats de partenariat (art. 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004) ;

- les projets de baux d'un loyer annuel supérieur à un million d'€HT conclus sur le fondement de l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP – Art. 48 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et R. 2122-30 du CGPPP) ;
- les projets de BEA des collectivités territoriales d'un loyer annuel supérieur à un million d'€ HT présentés pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales (Art. L. 1311-2 et R.1311-1 du code général des collectivités territoriales – GCT) ;
- les projets de baux emphytéotiques visés à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique (Art. R. 6148- 1).

Dans un souci de bonne gestion des deniers publics, l'obligation de rédiger une évaluation préalable simplifiée est étendue à tous les marchés publics dont le montant est supérieur à un certain seuil fixé par voie réglementaire, dans un souci de bonne gestion des deniers publics.

### 2.9.2. Objectifs

➤ Cette évaluation a une finalité différente de celle qui justifie actuellement le recours au contrat de partenariat

Elle permet à la personne publique, grâce à une **présentation du projet et un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables** pour le réaliser, d'assurer que le contrat choisi est le mieux adapté au projet envisagé.

L'analyse en coût complet devra permettre le chiffrage du projet, quelle que soit l'origine des flux financiers considérés (paiement direct par la personne publique, paiement différé, paiement par l'usager). Tous les scénarios envisagés devront reposer sur le même périmètre (conception, construction, exploitation, maintenance, financement), afin d'aboutir à une **comparaison objective et complète**, en l'état des connaissances à ce moment du montage du projet et des prévisions établies par la personne publique à ce stade de l'opération.

D'autres éléments non quantifiables économiquement pourraient également être intégrés dans l'analyse, afin de tenir compte des caractéristiques intrinsèques des différents montages (ex : caractère non concessible des activités régaliennes).

Au vu des sommes en jeu, il est de bonne gestion des deniers publics d'imposer une telle évaluation préalable à tous les contrats. Le surcoût lié à la réalisation de cette évaluation serait justifié au regard de l'ampleur du projet.

L'évaluation préalable devient ainsi **un véritable instrument d'aide à la décision pour les personnes publiques**, justifiant le recours à un outil de commande publique (marché public, concession ou délégation de service public, contrat de partenariat...). En tout état de cause, ce document sera **non liant**, le pouvoir adjudicateur demeurant libre d'exercer sa liberté contractuelle. Il conserve une marge d'appréciation dans l'opportunité du choix de l'outil, notamment afin de pouvoir prendre en considération les enjeux politiques de certains projets.

➤ L'obligation de produire une évaluation préalable pour ces contrats [supérieurs à 100 millions d'euros] sera articulée avec l'évaluation socio-économique actuellement prévue par le décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2012. Ce décret précise les modalités d'application de cet article. Les projets dont le montant est supérieur à **20 millions d'euros** sont soumis à l'obligation de réaliser une **évaluation socio-économique préalable formalisée**. Une **contre-expertise**

**indépendante** de cette évaluation socio-économique, menée par le Commissariat général à l'investissement (CGI), est rendue obligatoire au-delà de **100 millions d'euros**.

L'article 17 de la loi n° 2012-1558 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 prévoit la réalisation d'une évaluation socio-économique préalable pour les projets d'investissement civils financés par l'Etat, ses établissements publics, les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire. Au-delà d'un certain seuil, cette évaluation est soumise à une contre-expertise.

Dans un souci de simplification, afin d'éviter des formalités redondantes, une fusion des deux dispositifs sera effectuée pour l'Etat et ses établissements publics. Les contrats de la commande publique de plus 100 millions d'euros ne seront ainsi soumis qu'à une évaluation socio-économique renforcée, dont la **partie relative à la justification du mode de réalisation retenu** comportera une comparaison entre les différents montages contractuels envisageables, notamment en coût complet.

### **2.9.3. Impacts**

Seuls les contrats dont le montant est supérieur à un certain seuil [100 millions d'euros] sont concernés, afin de ne viser que les projets dont l'impact pour les deniers publics est significatif. Cela porterait, selon les chiffres de l'OEAP, sur une centaine de marchés publics par an.

## **2.10. Sous-traitance**

### **2.10.1. État des lieux**

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que, dans les marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements publics et les entreprises publiques, les sous-traitants doivent être acceptés et leurs conditions de paiement agréées par les acheteurs publics concernés. De plus, le sous-traitant direct du titulaire a droit, à compter d'un montant de 600 euros<sup>68</sup>, au paiement direct des prestations qu'il exécute.

L'agrément et l'acceptation des sous-traitants permettent aux acheteurs publics de vérifier que les sous-traitants proposés ne sont pas dans une situation d'exclusion des marchés publics. Il s'agit d'une mesure propre à assurer le bon usage des deniers publics et la moralité de l'achat public.

### **2.10.2. Objectifs**

Les nouvelles directives sont plus détaillées sur la sous-traitance que les précédentes, qui ne prévoyaient que la possibilité, pour les candidats aux marchés publics, de prouver leur capacités à exécuter le marché en s'appuyant sur les capacités de sous-traitants.

- Elles intègrent la jurisprudence selon laquelle l'acheteur public peut exiger, dans certaines conditions, que les tâches essentielles du marché soient effectuées par le titulaire lui-même ou un membre déterminé du groupement.
- Elles prévoient que les États membres doivent permettre aux acheteurs publics de contrôler la situation des sous-traitants proposés au regard des cas d'interdiction de soumissionner et du respect du droit du travail.
- Elles prévoient que les États membres peuvent mettre en place un système de paiement direct des sous-traitants, dans des conditions inspirées du système français prévu par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

<sup>68</sup> Une dérogation est prévue pour les marchés publics de défense et de sécurité.

**La transposition de ces directives n'a pas vocation à remettre en cause le système mis place par la loi de 1975.** Elle est néanmoins l'occasion de

- rappeler qu'il existe une liberté de recours à la sous-traitance qui ne peut être écartée que dans des hypothèses très retenues :
  1. dans les marchés publics de défense et de sécurité, dans les conditions prévues par la directive 2009/81/CE, pour des raisons tenant à la protection des intérêts de la défense nationale et à la sécurité de l'approvisionnement ;
  2. dans les autres marchés publics de travaux ou de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs publics peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire ou, en cas de groupement d'opérateurs économiques, par un membre particulier de ce groupement ;
- rappeler que les contrats de sous-traitance sont soumis à la loi du 31 décembre 1975 ;
- étendre le bénéfice du paiement direct, particulièrement apprécié des PME, à l'ensemble des marchés publics passés par des acheteurs publics.

### **2.10.3. Impacts**

Les délais de paiement par les acheteurs publics sont plus courts que ceux pratiqués entre entreprises, comme le démontre les rapports de l'Observatoire des délais de paiement<sup>69</sup>. Aussi, l'extension du droit au paiement direct revient à faire bénéficier les sous-traitants, qui sont principalement des PME, de ce délai de paiement plus court.

Le champ de l'extension est limité. En effet, en application des règles actuelles, l'État et l'ensemble de ses établissements publics, qu'ils soient à caractère industriel et commercial ou non, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics et groupements ainsi que les entreprises publiques (sociétés d'économie mixte, etc.), même lorsqu'elles ne sont pas des acheteurs publics (ex : Air France), sont déjà soumis aux dispositions de la loi de 1975 relatives au paiement direct des sous-traitants. Aussi, les seules entités concernées par cette extension sont les associations de la loi de 1901 et les fondations, à condition qu'elles entrent dans la définition des acheteurs publics.

Outre qu'il s'agit d'une mesure favorable aux PME, cette proposition permet d'harmoniser les règles applicables à l'ensemble des acheteurs publics.

## **2.11. Conservation des documents**

### **2.11.1. Etat des lieux**

Le code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005 ne comportent pas de dispositions relatives à la conservation des documents. L'archivage des documents échangés dans le cadre des procédures de marchés publics est pourtant une nécessité afin d'assurer l'exercice des contrôles administratifs, financiers ou juridictionnels mais également de répondre au principe de communicabilité de plein droit des archives publiques posé par le code du patrimoine<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Rapports à consulter en ligne à l'adresse suivante : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/Observatoire-des-delais-de-paiement>.

<sup>70</sup> Art. L. 213-1 du code du patrimoine (loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives).

Ce code<sup>71</sup> prévoit que des accords entre les autorités qui produisent les documents et l'administration des archives fixent les règles relatives à la sélection des documents à conserver et ceux dépourvus d'utilité administrative, d'intérêt historique ou scientifique qui peuvent être éliminés. Un certain nombre d'instructions ont ainsi été rédigées afin de définir les bonnes pratiques en matière de conservation des documents, notamment en ce qui concerne la passation et l'exécution des marchés publics.

Le 28 août 2009, une instruction DAF/DPACI/RES/2009/018<sup>72</sup> de la direction des archives de France et de la direction générale des collectivités locales relative au tri et à la conservation des archives produites par les services communs à l'ensemble des collectivités territoriales est venue préciser quelques règles de bonnes pratiques en la matière. Cette instruction propose deux délais de conservation en fonction de la nature des documents :

- un délai de 10 ans pour les documents contractuels.

Cette durée est en effet jugée suffisante pour les marchés de fournitures et de services au regard de la prescription de l'action publique en matière de faux en écriture publique (articles 441-4 et 131-1 du code pénal et article 7 du code de procédure pénale). En ce qui concerne les marchés de travaux, cette durée est justifiée par le délai de la garantie décennale du constructeur (articles 1792 et suivants du code civil).

- un délai de 5 ans pour les dossiers des entreprises non retenues.

Passé ces délais, seuls quelques éléments essentiels tels que le procès-verbal de la commission d'ouverture des plis, le rapport d'analyse des offres ou le procès-verbal de la commission d'attribution sont conservés définitivement. Les autres documents peuvent être éliminés.

Le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) a également élaboré avec la direction des archives de France, une instruction n° DAF/DPACI/RES/2007/002 du 15 janvier 2007 concernant le traitement et la conservation des archives des délégations du CNRS et des unités de recherche et de service. Cette instruction préconise le respect des délais suivants :

---

<sup>71</sup> Art. L. 212-2 du code du patrimoine.

<sup>72</sup> <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/3217>

<b>c- Marchés</b>	
Consultation des entreprises et attribution des marchés :	
▶ " Dossier général "	
Procédure fructueuse	10 ans à compter de la notification
Procédure non fructueuse	5 ans à compter de la constatation de l'infructuosité
Commissions d'ouverture des candidatures et des offres : rapports, procès verbaux	10 ans après la fin de mandature
Candidatures et offres non retenues	5 ans à compter de la notification du marché à l'entreprise retenue, sous réserve d'absence de recours
Pièces contractuelles et pièces de procédure des marchés :	
▶ marchés de travaux	30 ans à compter de la réception des travaux
▶ marchés d'études et de services	10 ans à compter de la réception des travaux ou du terme du service
Pièces comptables d'exécution des marchés	10 ans à compter de la réception des travaux, des fournitures ou des prestations

Des délais identiques ont été prévus dans l'instruction n°2005-003 du 22/02/2005 de tri et de conservation pour les archives reçues et produites par les services et établissements concourant à l'éducation nationale<sup>73</sup>.

Une enquête réalisée en 2004 par la direction des affaires juridiques des ministères financiers auprès d'acheteurs publics afin de recueillir leurs pratiques d'archivage révèle que le respect par la grande majorité d'entre eux respecte les délais prévus dans ces instructions. En matière de travaux, les pratiques ne sont pas identiques : certains acheteurs ne conservent les documents contractuels que pendant 10 ans, alors que d'autres les conservent pendant 30 ans au motif que la mise en jeu de la garantie décennale fait courir un nouveau délai décennal<sup>74</sup> et qu'en cas de fraude ou de dol, le délai de la prescription civile s'applique<sup>75</sup>.

En l'état actuel, la décision et le choix des documents à archiver en matière de marché reviennent donc à l'autorité publique chargée de leur passation et/ou de leur exécution. Des bonnes pratiques sont parfois mises en place par le biais d'instructions rédigées en concertation avec les Archives nationales. Toutefois, il s'avère que, même en l'absence d'instruction, les acheteurs publics respectent en règle générale les mêmes délais de conservation des documents relatifs à leurs marchés publics.

### **2.11.2. Objectifs**

Les nouvelles directives « marchés publics » comportent des obligations en matière de conservation des documents<sup>76</sup>. Les acheteurs publics sont tenus de conserver :

- les documents contractuels des marchés dont le montant est supérieur à un certain seuil<sup>77</sup>, au moins pendant toute la durée d'exécution du marché ;

<sup>73</sup> <http://www.education.gouv.fr/bo/2005/24/MENA0501142J.htm>

<sup>74</sup> CE, n°34135, 13 janvier 1984, *OPHLM de Firminy*.

<sup>75</sup> CE, n°84626, 3 avril 1991, *Société SMAC Aciroid*.

<sup>76</sup> Art. 83-6 et 84-2 de la directive « secteurs classiques » ; Art. 99-6 et 100-2 de la directive « secteurs spéciaux ».

- les traces du déroulement de la procédure de passation du marché public pendant trois ans

Le projet d'ordonnance s'écarte des dispositions des directives : d'une part, il étend l'obligation de conservation à l'ensemble des documents relatifs à la passation et à l'exécution du marché (pas seulement les documents contractuels), et, d'autre part, il impose un délai de conservation de ces mêmes documents pendant au moins 10 ans après la date de leur fin d'exécution (et non 3 ans).

Les directives justifient leurs nouvelles obligations en la matière en indiquant que « *La traçabilité et la transparence des processus décisionnels de passation des marchés sont essentielles pour la qualité des procédures, notamment en ce qui concerne la lutte efficace contre la corruption et la fraude.* »

Le projet d'ordonnance va plus loin dans ces exigences afin de sécuriser l'achat public mais également d'unifier et de simplifier les règles applicables en la matière. La durée de conservation s'apprécie en effet différemment selon que la pérennité de ces documents est justifiée pour l'exercice de contrôles administratifs ou financiers ou encore pour la protection des intérêts de l'administration dans un éventuel contentieux. L'obligation est donc étendue à tout document intéressant la procédure ou l'exécution du marché. Elle comporte également un délai de 10 ans qui correspond au délai de prescription des infractions financières et pénales (faux en écriture publique, contrôle de la Cour des comptes, missions de contrôle des comptables publics, crimes<sup>78</sup>).

Cette mesure, qui va au-delà de la simple transposition des directives « marchés publics » (durée et champ de l'obligation de conservation) est justifiée par l'existence des mesures nationales en matière de contrôle et de lutte contre la corruption ainsi que par la nécessité de traçabilité.

### **2.11.3. Impacts**

L'insertion d'une telle disposition dans le projet d'ordonnance répond aux exigences de transparence et de traçabilité nécessaires à la sécurisation des marchés publics. Toutefois, comme l'indique l'état des lieux ci-dessus, l'ensemble des acheteurs publics appliquent d'ores et déjà des règles en matière de conservation des documents. Le projet d'ordonnance ne bouleverse donc pas la pratique des acheteurs publics en ce domaine. Ils avaient déjà l'habitude de conserver l'ensemble des pièces relatives à la passation et l'exécution du marché. La durée de 10 ans est une durée minimale ce qui permet de conserver les documents plus longtemps lorsque cela est justifié, notamment en matière de marchés de travaux.

Le seul changement qui pourrait être relevé concerne la conservation des candidatures et des offres non retenues lors de la procédure d'attribution. Il a été souligné qu'en pratique, le délai de conservation de ces documents était plutôt de 5 ans. Or, le projet d'ordonnance étend ce délai à 10 ans. S'agit-il pour autant, d'une charge supplémentaire pour les acheteurs publics ? Cet allongement du délai doit s'apprécier au regard des autres mesures de transposition et notamment, celles concernant la simplification des dossiers de candidature et surtout l'évolution vers la dématérialisation complète des procédures de marchés publics.

En effet, le dossier de candidature sera considérablement réduit puisqu'il se limitera à la transmission d'un seul document, le document unique de marché européen (DUME). Les dossiers de candidatures non retenues à conserver par les acheteurs publics seront donc beaucoup moins lourds qu'actuellement. De plus, les nouvelles directives rendent les procédures électroniques progressivement obligatoires. En septembre 2018, les procédures d'attribution de marchés publics devront être entièrement dématérialisées. Les échanges électroniques sont toutefois déjà une réalité pour un grand nombre d'opérateurs économiques et d'acheteurs publics.

<sup>77</sup> Seuil de 1 000 000€ pour les marchés de fournitures et de services et 10 000 000€ pour les marchés de travaux.

<sup>78</sup> Le délai de 10 ans est celui de la prescription des crimes. Or, il convient de rappeler qu'un acheteur public qui s'abstient de résilier, sans justification, un marché attribué à une personne qui finance le terrorisme sera susceptible d'être reconnue complice de ce crime (Art. 7 du code de procédure pénale).



L'impact de l'allongement du délai de 5 à 10 ans pour la conservation des candidatures et des offres non retenues apparaît donc comme faible : ces dossiers seront moins lourds et de plus en plus dématérialisés ce qui devrait compenser la charge liée à la durée plus longue de leur conservation.

### **3. Impacts concernant les marchés de partenariat**

#### **3.1. Unification des PPP autour du marché de partenariat**

##### ***3.1.1 Etat des lieux***

Les montages complexes associant partenaires publics et privés sont nés de la pratique à partir d'instruments d'occupation domaniale (BEA et AOT constitutives de droits réels) créés pour pallier les rigidités du régime de la domanialité publique et du CMP.

Ces montages ont inspiré le législateur qui a étendu, à de nombreuses reprises, le champ d'application de ces dispositifs (création de BEA/AOT sectoriels – dispositifs LOPPSI/LOPJ, BEH, BEA logements sociaux – et du BEA valorisation)

#### **PANORAMA DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE**

##### **Les BEA**

Instrument créé en 1988 pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, il a ensuite été étendu à l'Etat.

##### **BEA des collectivités territoriales**

Article L. 1311-2 du CGCT :

Un bien immobilier appartenant à une CT peut faire l'objet d'un BEA en vue de :

- 1) l'accomplissement d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ;
- 2) la réalisation d'enclosures sportives et équipements couverts ;
- 3) jusqu'en 2017, pour les besoins de la police ou de la gendarmerie nationales et de la justice et des SDIS (dispositifs LOPPSI/LOPJ) ;
- 4) en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice de culte ouvert au public ;
- 5) en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-entretien ou de la mise en valeur de ce bien (à l'exception des édifices de culte).

##### **BEA de l'Etat**

- BEA « logements sociaux » : construction de logements sociaux (article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009)
- BEA « valorisation » : restauration, réparation et mise en valeur d'un bien immobilier (art. L. 2341-1 CG3P)
- BEA hospitaliers (BEH) : pour les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique (art. L. 6148-2 CS3P) ; accomplissement d'une mission concourant à l'exercice du service public dont l'établissement est chargé, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

##### **Les AOT constitutives de droits réels**

Prévues à l'origine pour l'Etat (1994), le dispositif a ensuite été étendu aux collectivités territoriales.

##### **AOT de l'Etat**

- Article L. 2122-6 du CG3P :

Le titulaire de l'AOT peut édifier des constructions et dispose d'un droit réel sur les constructions édifiées.

- Articles L. 2122-15 + R. 2122-28 du CG3P (AOT-LOA) :

Bail entre l'Etat et le titulaire d'une AOT pour la construction de bâtiments et d'installations répondant aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels concourant aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la défense, avec option d'achat. Le titulaire de l'AOT/bailleur peut se voir également confier l'entretien et la maintenance des bâtiments et installations (dispositifs LOPPSI/LOPJ).

##### **AOT des collectivités territoriales**

Articles L. 2122-20 du CG3P + L. 1311-5 du CGCT

Le titulaire de l'AOT peut édifier des constructions et dispose d'un droit réel sur les constructions édifiées, en vue de :

- l'accomplissement pour le compte des collectivités territoriales, d'une mission de service public ;
- ou
- la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.

##### **Les contrats de partenariat**

Créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004

##### **Etat**

##### **Article 1<sup>er</sup>**

Le CP permet de confier une mission globale au partenaire ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. La mission globale confiée peut également inclure tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le partenaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Sa rémunération fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

##### **Collectivités territoriales**

##### **Art. L. 1414-1 du CGCT**

Dispositions équivalentes à celles prévues pour l'Etat à l'exception du financement du projet. Pour les collectivités territoriales, le législateur a posé une limite : elles ne pourront financer majoritairement un projet que lorsque son montant est supérieur à 40 millions d'euros (art. D. 1414-9 du CGCT).

Un risque de requalification par le juge administratif<sup>79</sup> de ces montages existe. Lorsque ces partenariats public-privé répondent aux besoins de la personne publique, ils constituent des contrats de la commande publique. Or, ils ne respectent pas toujours le régime de passation imposé à ce type de contrat, afin de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

<sup>79</sup> La possible requalification par le juge d'un montage complexe en contrat de la commande publique et la soumission corrélatrice au régime de passation afférent à l'un de ces contrats, fait donc peser sur ces montages un risque juridique : celui de n'avoir pas soumis le montage à des règles de publicité ou de mise en concurrence ou de l'avoir fait, mais de manière parcellaire ou erronée.

Une tentative de rationalisation a été amorcée pour les BEA depuis l'adoption de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011. Ils sont venus rappeler que les BEA des collectivités territoriales, qui peuvent s'analyser comme des contrats de la commande publique, doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces contrats.

Cette solution ne fait que requalifier les contrats domaniaux en contrats de la commande publique, sans réforme d'ampleur : les incertitudes juridiques demeurent quant au régime applicable à ce type de contrats et la confusion entre contrat de la commande publique et titre d'occupation domaniale n'est pas levée.

### **3.1.2. Objectifs**

Afin de clarifier et simplifier le cadre législatif et réglementaire des PPP, les différentes formules contractuelles existantes sont unifiées et consolidées autour d'un contrat de partenariat rénové, qui devient l'unique forme de partenariat public-privé sous le nom de marché de partenariat.

Cette rationalisation permettra de recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire les relations entre l'occupant du domaine public et la collectivité propriétaire. Le risque de requalification de ces contrats sera ainsi réduit. Les souplesses offertes par ces montages seront néanmoins intégrées dans le régime rénové du contrat de partenariat dans une logique d'unification.

### **3.2.3. Impacts**

L'unification des PPP autour du marché de partenariat aura pour impact de clarifier la frontière entre les outils d'occupation du domaine public et les contrats de la commande publique. La sécurité juridique de ces contrats sera donc accrue.

En outre, cette clarification entraînera une augmentation du nombre de contrats passés en marché de partenariat, dont le cadre juridique est sécurisé, du fait de l'intégration dans son champ d'outils, peu encadrés, de type BEA et AOT détournés de leur vocation d'origine.

Selon la MAPPP, depuis 2004, près de 300 BEA et 12 AOT-LOA permettant de réaliser une commande publique ont été conclus. Avec la réforme, ce type d'opérations sera passé sous forme de marché de partenariat.

## **3.2. Rationalisation et modernisation du régime des marchés de partenariat**

### **3.2.1. Etat des lieux**

- *La création du contrat de partenariat ne s'est pas accompagnée des simplifications nécessaires.*

En 2004, le contrat de partenariat<sup>80</sup> a été créé pour faire face aux besoins d'investissements croissants des personnes publiques et pour donner un cadre juridique à la pratique des montages complexes, sans toutefois supprimer les dispositifs spécifiques<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

<sup>81</sup> Évoquée, en 2008, à l'occasion de la réforme du contrat de partenariat, la suppression des différents dispositifs législatifs au profit du seul contrat de partenariat n'a pas eu lieu.

En dédiant un outil spécifique à la logique partenariale, l'ordonnance de 2004 a complexifié l'état du droit « *en ajoutant une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics qui, à force d'empilements successifs, devient de plus en plus illisible* »<sup>82</sup>. L'ordonnance de 2004 a ajouté un nouveau contrat aux catégories déjà existantes : elle laisse coexister des contrats pouvant avoir le même objet mais ayant des régimes juridiques distincts, ce qui ne peut manquer d'accroître encore la confusion et de multiplier les risques de requalification par les juges, c'est-à-dire l'insécurité juridique.

- *Le contrat de partenariat est un outil utile mais perfectible.*

Le contrat de partenariat permet aux personnes publiques de confier à un tiers une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public. A la différence des montages reposant sur une AOT ou un BEA, le Conseil constitutionnel a imposé un encadrement très strict au législateur. Le contrat de partenariat a été analysé comme un contrat de la commande publique à part entière et le régime qui lui a été imposé est donc celui applicable aux marchés publics de la directive 2004/18/CE.

Plusieurs rapports récents sont venus mettre en exergue les difficultés liées aux contrats de partenariat et ont proposé des améliorations de leur régime. Les principales critiques portent tant sur un plan juridique que financier :

- Son régime est inadapté à la diversité des projets des personnes publiques, ce qui les encourage à recourir à d'autres formes de partenariats public-privé moins encadrés et moins sécurisés ;
- Son coût et la lourdeur des montages financiers qui l'accompagnent ne sont pas toujours maîtrisés, pouvant constituer, dans certains cas, un risque pour les deniers publics.

### **3.2.2. Objectifs**

- *Conserver la qualification existante de marché public.*

Les contrats de partenariat sont aujourd'hui qualifiés de marchés publics au sens du droit européen<sup>83</sup>. Cette qualification est maintenue, ce qui implique qu'aucun risque d'exploitation ou seul un risque mineur au sens de la directive « concessions », ne peut être transféré au titulaire du contrat.

Toutes les règles prévues par la directive « marchés publics », notamment en ce qui concerne les procédures de passation, sont applicables aux marchés de partenariat. Ces dispositions sont donc communes avec les marchés publics « classiques » de la première partie, à l'exclusion des règles relatives à la sous-traitance, au régime financier, sauf l'article relatif aux délais de paiement, qui s'applique.

Dans le cadre de la transposition des directives « marchés publics » et « concessions », une délimitation claire des catégories de « marchés publics » et de « concessions » pourra être opérée autour de la notion de risque d'exploitation<sup>84</sup>, afin d'éviter les risques de requalification par le juge.

<sup>82</sup> A. CABANES, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *Contrats publics*, 2004, n° 34, p. 68.

<sup>83</sup> CE, 29 octobre 2004, *Sueur*, n° 269814.

<sup>84</sup> Cons. 18 et 20 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

➤ *Moderniser le régime des marchés de partenariat*

- L'objet et le champ d'application des marchés de partenariat seront redéfinis.

Afin de mieux répondre aux besoins des acheteurs publics, le marché de partenariat pourra être adapté à chaque projet, grâce à la possibilité de modulation des missions confiées au partenaire, en rendant facultatives, et non plus obligatoires, les missions d'entretien, maintenance, gestion et exploitation. Il sera également possible d'inclure une mission de service public dans le périmètre du contrat.

Par ailleurs, la possibilité de conclure un marché de partenariat sera réservée à l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements (ainsi que les OPHLM, les caisses de sécurité sociale et les organismes de coopération sanitaires dotés de la personnalité morale publique). En contrepartie, serait offerte la possibilité pour un acheteur public de conclure un contrat de partenariat pour les besoins d'un autre organisme. (actualisation LPFP)

- Les possibilités de financement public seront élargies, afin de limiter les risques budgétaires et financiers.

La possibilité de recours aux subventions publiques est explicitée dans l'ordonnance. En parallèle, les acheteurs publics pourront participer, de manière minoritaire, au capital de la société de projet, titulaire du contrat. Par ailleurs, pour encourager le financement obligataire, la possibilité d'ajuster l'offre finale est réaffirmée.

Afin d'améliorer l'information de la personne publique, les conditions financières de revente des parts de la société de projet devront lui être communiquées, et le cas échéant la modification de l'actionnariat.

- L'encadrement du recours à ce type de contrats sera renforcé.

L'évaluation préalable est rénovée afin de démontrer l'intérêt du recours à cette formule contractuelle. Cela se traduit notamment par la refonte des conditions de recours au contrat, afin de garantir l'utilisation de l'outil le mieux adapté au projet. Le recours aux contrats de partenariat est par ailleurs interdit pour les projets dont le montant est inférieur à un certain seuil. Ces mesures s'inscrivent dans la ligne des préconisations du rapport sur les partenariats public-privé de la mission d'information, présidée par MM. Sueur et Portelli, au nom de la Commission des lois du Sénat le 16 juillet 2014.

L'évaluation préalable intègre en outre un nouveau volet relatif à la soutenabilité budgétaire du projet. Celui-ci reprendra le contenu de l'étude de soutenabilité budgétaire, qui existe actuellement pour l'Etat et les établissements publics, et sera donc étendu aux collectivités territoriales. Un organisme expert sera chargé de donner un avis sur toutes les évaluations préalables, y compris les collectivités territoriales. Ces dispositions rejoignent celles proposées par Le rapport d'information de la commission des lois du Sénat du 16 juillet 2014. (actualisation LPFP)

Les avis et accords préalables devant être recueillis sont renforcés. Il s'agit notamment de sécuriser le lancement de la procédure de passation en recueillant l'accord des ministres concernés pour les projets des pouvoirs adjudicateurs autres que les collectivités territoriales et leurs établissements publics, pour lesquels l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante demeure. Par ailleurs, les obligations préalables à la signature du contrat sont conservées.

- Diverses dispositions relatives au contenu du contrat sont intégrées dans le nouveau régime

Les règles applicables à l'occupation domaniale dans le cadre des marchés de partenariat sont précisées. Il s'agit notamment de sécuriser les possibilités de valorisation du domaine dans le cadre

d'un marché de partenariat, ainsi que le recours aux recettes annexes. Par ailleurs, une option d'achat anticipé est clairement prévue.

Afin de limiter l'effet d'éviction au détriment des PME et des artisans, une part minimale de l'exécution du contrat leur sera réservée, ce qui s'inscrit dans la ligne des préconisations du rapport d'information de la commission des lois du Sénat du 16 juillet 2014.

Le suivi de l'exécution du contrat par la personne publique porteuse du projet sera amélioré. L'exécution de chaque phase du contrat doit faire l'objet d'un suivi renforcé. Les pouvoirs de contrôle de la personne publique seront consolidés afin d'assurer l'efficacité du contrat jusqu'à son terme.

### 3.2.3. *Impacts*

- La redéfinition de l'objet et le champ d'application des marchés de partenariat entrainera une augmentation du nombre de contrats passés sous cette forme juridique sécurisée, du fait de l'intégration dans son champ d'outils, peu encadrés, de type BEA et AOT détournés de leur vocation d'origine.

Selon la MAPPP, depuis 2004, près de 300 BEA et 12 AOT-LOA permettant de réaliser une commande publique ont été conclus. Avec la réforme, ce type de contrats sera passé sous forme de marché de partenariat.

- L'élargissement des possibilités de financement public se traduit notamment par la possibilité pour la personne publique de participer au capital de la société de projet, ce qui permettra d'améliorer la transparence du fonctionnement de la société de projet, d'octroyer un droit de regard à la personne publique et de l'associer aux profits générés.

En outre, la présence de la personne publique au capital de la société de projet facilitera l'accès à des sources de financements diversifiés. Ce type de financement a été ouvert avec la réforme des PF2 au Royaume-Uni. Cela a permis notamment d'augmenter le niveau de fonds propres dans le montage financier (ratio ramené à 70 dette – 30 fonds propres) et a rendu les sociétés de projet plus robustes.

Par ailleurs, la meilleure information de la personne publique sur les conditions de fonctionnement de la société de projet, en particulier en cas de modification de l'actionnariat, permettra l'amélioration du suivi du contrat par les personnes publiques, notamment les collectivités territoriales.

- L'encadrement du recours aux marchés de partenariat est renforcé afin de garantir une meilleure sécurité juridique et budgétaire de ces contrats. Les conditions de recours sont recentrées autour d'une condition unique, inspirée de la condition du bilan favorable. La condition actuelle de l'urgence, peu utilisée (3% des contrats) est supprimée. Celle de la complexité, source importante de contentieux (5 décisions de justice), est supprimée en tant que condition de recours à part entière mais sera réintégrée dans les éléments de définition du bilan favorable (par décret).

L'évaluation préalable des marchés partenariat doit comporter une partie relative à la soutenabilité budgétaire du projet. Actuellement, une telle évaluation nécessite, selon la MAPPP, un délai de réalisation moyen de 5 mois pour un coût de 50 000 € en moyenne. La réalisation d'une étude de soutenabilité existe déjà pour l'Etat et ses établissements publics (décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012). Même si cette obligation constitue une charge nouvelle pour les collectivités territoriales, cette dernière, qui serait intégrée dans l'évaluation préalable déjà obligatoire, ne représenterait qu'un coût supplémentaire marginal. Au demeurant, bon nombre de collectivités territoriales effectuent déjà des analyses informelles pour s'assurer de la faisabilité sur le plan budgétaire du contrat. Il ne s'agirait donc que de formaliser une pratique répandue.

L'avis de la MAPPP est imposé sur les évaluations préalables des marchés de partenariat passés par les collectivités territoriales. Actuellement, la MAPPP est consultée par les collectivités territoriales dans près de 35% des cas. Elle a rendu 126 avis sur demande des collectivités territoriales sur 217 avis rendus au total, soit 58% des avis rendus concernent les projets de contrats des collectivités territoriales.

La MAPPP rend actuellement, en moyenne, par an, 10 avis sur les projets de l'Etat et 15 avis pour les collectivités territoriales. Cet avis devenant obligatoire pour les collectivités territoriales, on obtiendrait une cinquantaine d'avis par an. En flux tendu un directeur de projet traite une douzaine d'avis par an tout en assurant ses missions courantes. Les effectifs de la MAPPP devraient donc être renforcés par au moins un directeur de projets supplémentaire par rapport à l'effectif actuel.

L'avis des ministres concernés doit être recueilli avant le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat, afin de sécuriser le recours en réduisant le risque de remise en cause au moment de la signature du contrat. Les pouvoirs adjudicateurs recueillent déjà l'accord des services ministériels de manière informelle. Il ne s'agirait donc que de formaliser une pratique répandue.

- L'intégration de diverses dispositions relatives au contenu du contrat se traduit par un renforcement des obligations de suivi du contrat, dont l'impact serait une augmentation significative de la qualité d'exécution du contrat.

Elle se traduit également par la clarification et la sécurisation des modalités de valorisation du domaine (location ponctuelle de bureau, buvette, éclairage événementiel...) ce qui permet, par la perception de recettes annexes, de réduire le coût global du marché de partenariat pour la personne publique. Cela concerne principalement les projets de type hôpitaux, universités, centre des congrès, stades.

Afin de limiter l'effet d'éviction au détriment des PME et des artisans, une part minimale de l'exécution du contrat leur sera réservée. En pratique, dans les contrats supérieurs à 100 millions d'euros, la place laissée à la sous-contractance est assez faible : 19% entre 100 et 500 millions d'euros; 8% pour les contrats de plus de 500 millions d'euros (source IGF 2012). L'impact attendu de la mesure serait d'assurer une part minimale d'exécution pour les PME et artisans, quel que soit le pouvoir adjudicateur, le type de projet, le secteur concerné et le montant des investissements.

#### Exemples de contrats incluant une part d'exécution attribuée à des PME en 2011

Pouvoirs adjudicateurs	Projet	Part du montant des travaux attribués à des PME
Muséum d'histoire naturelle	Zoo de Vincennes	0,2 %
Conseil régional d'Alsace	Lycées	2 %
Centre hospitalier de Périgueux	Chaufferie	5 %
Communauté d'agglomération de Dijon	Tramway	5 %
RFF	Global System for Mobile communication for Railways (GSM-R)	5 %
Ministère de la Défense	Réseaux de Desserte Internet Protocol des bases aériennes (RDIP)	7 %
Ville de Paris	Vidéo-surveillance	7,5 %
Commune de Libourne	Eclairage public	7,5 %
RFF	LGV Bretagne Pays de Loire	8 %
Université Paris IV	Centre de Clignancourt	12 %
Ministère de la justice (APIJ)	TGI de Paris	25 %

Château de Versailles	Billetterie	30 %
Ministère des sports	Rénovation INSEP	30 %
Ministère de la Défense	Bâtiment Roc Noir	45 %

Source : Ministère de l'économie

#### **4. Impacts en outre-mer**

A titre liminaire, il convient de préciser que les directives européennes sur les marchés publics sont applicables dans les régions ultrapériphériques (RUP – *Guadeloupe, Guyane, Martinique, la Réunion, Saint-Martin, Mayotte*), mais ne sont pas applicables dans les pays et territoires d'outre-mer (PTOM – *Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises TAAF, îles Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy*)<sup>85</sup>.

##### **4.1. Etat des lieux**

###### ***4.1.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative***

En raison du principe d'identité législative<sup>86</sup> et du statut de RUP, le droit métropolitain des marchés publics et des contrats de partenariat s'applique, sous réserve d'adaptations mineures<sup>87</sup>, dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution (*Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion, Mayotte*) et à Saint-Martin, qui relève de l'article 74.

Le droit métropolitain des marchés publics et des contrats de partenariat s'applique également, sous réserve d'adaptations mineures<sup>88</sup>, à Saint-Barthélemy et à Saint-Pierre-et-Miquelon, collectivités de l'article 74, même si leur statut de PTOM n'impose pas qu'elles respectent les principes découlant des directives européennes sur les marchés publics.

Obtenir chiffres clés OEAP sur marchés publics dans ces territoires.

###### ***4.1.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative***

###### **➤ *Les collectivités de Nouvelle-Calédonie***

L'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « *la Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : [...] 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

Ces règles sont fixées par la délibération n° 136/CP du 1<sup>er</sup> mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics.

###### **➤ *Les collectivités de Polynésie française***

L'article 28-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose que « *la Polynésie française fixe les règles applicables à la commande publique de la Polynésie française et de ses établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

<sup>85</sup> Voir fiche « [3.6.3](#). Applicabilité outre-mer du droit de l'Union européenne » du guide de légistique

<sup>86</sup> Voir fiche « [3.6.1](#). Principales règles relatives aux collectivités d'outre-mer » du guide de légistique

<sup>87</sup> Voir l'[article 294](#) du CMP

<sup>88</sup> Voir l'[article 295](#) du CMP

Ces règles sont déterminées par la délibération n°84-20 du 1<sup>er</sup> mars 1984 modifiée portant approbation du CMP de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics.

L'article 49 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose que « *la Polynésie française fixe les règles relatives à la commande publique des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* ».

Aucune disposition n'ayant été adoptée en application de cet article 49, le CMP demeure applicable aux marchés passés par les communes et leurs établissements publics, dans sa rédaction étendue par le décret n° 80-918 du 13 novembre 1980 (art. 250 à 377 du CMP institué par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 étendus, modifié par les décrets n° 90-553 du 3 juillet 1990, n° 95-1155 du 26 octobre 1995 et n° 98-1003 du 2 novembre 1998).

➤ ***Les collectivités des îles Wallis-et-Futuna***

L'article 40 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna, dont l'intitulé a été modifié par la loi n° 2007-224 du 21 février 2007, dispose que « *l'assemblée prend des délibérations portant réglementation territoriale dans les matières ci-après : 38° Formes et conditions des adjudications et marchés à passer dans le territoire pour les travaux et fournitures intéressant le territoire sous réserve du respect des règles générales applicables en ces matières. Ces règles seront fixées par un décret pris dans les conditions déterminées par l'article premier de la loi du 23 juin 1956* ».

Le décret n° 57-818 du 22 juillet 1957 fixant les règles générales applicables aux marchés passés au nom des groupes de territoires, territoires et provinces d'outre-mer.

➤ ***Les services de l'Etat dans le Pacifique***

Pour la passation de ses marchés, les services de l'Etat appliquent le décret n° 49-500 du 9 avril 1949 modifié portant application, pour les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

Le régime juridique métropolitain relatif aux délais de paiement a été étendu en 2013 aux paiements afférents aux contrats conclus par l'Etat et par ses établissements publics<sup>89</sup>. L'Etat applique également le décret n° 58-15 du 8 janvier 1958 modifié<sup>90</sup> relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce passés ou exécutés dans les territoires d'outre-mer.

L'ordonnance n° 2010-137 du 11 février 2010 portant adaptation du droit des contrats relevant de la commande publique passés par l'Etat et ses établissements publics en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna a étendu dans ces territoires :

- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ;

<sup>89</sup> Art. 37 à 40 et 44 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, transposant la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

<sup>90</sup> Modifié par le décret n° 2013-269 précité.



- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
- la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (délégations de service public) ;
- la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 modifiée relative aux nouvelles régulations économiques (délais de paiement) ;
- la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 modifiée portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ;
- l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;
- l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

Cependant, faute de décrets, il ne peut être fait application de ces textes législatifs.

#### ➤ *Les services de l'Etat dans les TAAF*

Dans une réponse à une question écrite AN n° 52336 il est indiqué : « *La Cour des comptes a, dans son dernier rapport public annuel, abordé la situation des TAAF. Elle recommande notamment de poursuivre l'adaptation du statut des TAAF, en précisant les règles financières applicables, notamment en matière de marchés publics, et en renforçant le rôle du conseil consultatif. L'analyse des propositions de la Cour des comptes est en cours. Toutefois, concernant plus précisément l'application du code des marchés publics, si les TAAF n'y sont pas formellement soumises, dans les faits, il est quasi-systématiquement recouru à des appels d'offres. Des exemples nombreux et récents en attestent : choix du fournisseur de carburant ou de vivres frais, sélection d'un nouveau transitaire en douanes ou d'une compagnie d'hélicoptère ».*

Le décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics n'a en effet pas été étendu dans les TAAF, mais les TAAF sont-ils concernés par le champ d'application du décret de 1949 défini à l'article 1<sup>er</sup> : « *les marchés de travaux, fournitures, services au compte de l'Etat, exécutés dans les territoires relevant de la France d'outre-mer, sont passés [...] » ?*

**A compléter** : le décret de 1949 est-il applicable dans les TAAF ?

### **4.2. Objectifs**

#### ***4.2.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative***

Le projet d'ordonnance s'applique de plein droit en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

**A compléter.**

#### ***4.2.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative***

Même si le droit de l'Union européenne ne l'impose pas, le Gouvernement a décidé d'étendre le projet d'ordonnance aux services de l'Etat dans le Pacifique et dans les TAAF. Cette décision a pour objectif d'offrir aux parties prenantes un cadre contractuel rénové répondant plus efficacement aux enjeux sociaux, environnementaux et économiques actuels.

**A compléter.**

**4.3. Impacts**

*4.3.1. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe d'identité législative*

**A compléter**

*4.3.2. Dans les collectivités d'outre-mer soumises au principe de spécialité législative*

**A compléter.**

Contraintes nouvelles	Allègements et simplifications

Stabilité dans le temps
Joindre le texte consolidé, avec modifications apparentes
Texte modifié ou abrogé :
Date de la dernière modification :

Fondement juridique					
Dispositions nouvelles	Articles	Transposition d'une directive / application d'un règlement UE <i>préciser</i>	Application de la loi <i>préciser</i>	Conséquence d'une décision de justice <i>préciser</i>	Mesure non commandée par la norme supérieure <i>préciser : simplification, retour d'expérience</i>

## II. CONCERTATION PREALABLE ET CONSULTATIONS

Organisme	Date	Avis exprimés et prise en compte par le projet
<b>Concertation avec les collectivités territoriales et les associations d'élus</b>		
<b>Concertation avec les entreprises et organisations professionnelles représentatives</b>		
<b>Commissions consultatives</b>		
<b>Autres (services, autorités indépendantes...)</b>		
<b>Consultations ouvertes sur internet</b> Préciser le fondement juridique		
Fondement		
<b>Notifications à la Commission européenne</b> Préciser le fondement juridique : directive 98/34/CE (normes et réglementations techniques) ou directive 2006/123/CE (services dans le marché intérieur) et joindre les avis rendus par la Commission et les Etats membres		
Fondement		
<b>Test PME</b> Joindre la grille de critères d'éligibilité et la fiche de restitution du test PME		
Impacts et complexité du texte pour les PME		
Justifier de la réalisation ou non-réalisation d'un test PME		

### III. EVALUATION DES IMPACTS FINANCIERS DU PROJET DE TEXTE

Un manuel et un tableur sous format Excel d'aide au calcul des impacts financiers de la réglementation sont mis à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>) pour faciliter le renseignement des rubriques ci-dessous. Joindre le tableur à la fiche d'impact.

<b>Impacts financiers globaux</b>						
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans						
	Particuliers	Entreprises	Collectivités territoriales et EPL	Etat	Autres organismes administratifs	Total
Charges nouvelles						
Gains et économies						
<b>Impact net</b>						

Secteurs d'activité et caractéristiques des entreprises concernées	Par catégorie, nombre d'entreprises concernées				
	TPE	PME	ETI	Grandes entreprises	Total
Secteur d'activité (préciser)					
Secteur d'activité (préciser)					
Secteur d'activité (préciser)					
<b>Nombre total d'entreprises concernées</b>					

<b>Détails des impacts sur les entreprises</b>					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Produits (chiffre d'affaire, subvention...)	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

<b>Détails des impacts sur les particuliers</b>					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Revenus perçus	Investissement	Fonctionnement	Total	Nombre de personnes concernées
Charges nouvelles					
Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

<b>Répartition des impacts entre collectivités territoriales</b>				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Communes et EPCI	Départements	Régions	Total

Charges nouvelles				
Gains et économies				
<b>Impact net</b>				

<b>Détails des impacts sur les collectivités territoriales</b>					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

<b>Répartition des impacts entre les administrations (hors collectivités locales)</b>				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Administrations centrales	Services déconcentrés	Total Etat	Autres organismes administratifs
Charges nouvelles				
Gains et économies				
<b>Impact net</b>				

<b>Détail des impacts sur les administrations (hors collectivités locales)</b>					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention, prestations versées	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

<b>Répartition des impacts totaux dans le temps (tous acteurs)</b>					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles					
Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

<b>Répartition des impacts dans le temps sur les collectivités locales</b>					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles					

Gains et économies					
<b>Impact net</b>					

PROJET

## IV. APPLICATION DU MORATOIRE DE LA REGLEMENTATION

Conformément à la circulaire du Premier ministre du 17 juillet 2013, le moratoire de la réglementation ou « 1 pour 1 » s'applique aux textes réglementaires (projets d'ordonnances, de décrets et d'arrêtés) soumis à étude d'impact, créant des charges nouvelles pour les collectivités territoriales, les entreprises et le public. Celui-ci ne concerne néanmoins que les mesures non commandées par la norme supérieure, à l'exclusion des mesures de transposition d'une directive, d'application d'un règlement communautaire ou d'application de la loi. Une fiche technique décrivant les modalités de mise en œuvre du moratoire est mise à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>).

<b>Bilan des impacts pour le moratoire</b> Moyenne annuelle calculée sur 3 ans			
	Pour mémoire : Mesures de transposition	Pour mémoire : Mesures d'application de la loi	<b>Application du moratoire : Mesures non commandées par la règle supérieure</b>
Charges nouvelles			
Gains et économies			
<b>Impact net</b>			

<b>Mesures de simplification adoptées pour le moratoire « 1 texte créé, 1 texte simplifié »</b> Justifier ici de la compensation du projet de texte créant des charges nouvelles par une simplification ou un allègement de charges. Préciser le titre du texte et son NOR s'il s'agit d'un texte distinct. Joindre le projet de texte de simplification et son étude d'impact.	
<b>Mesures de simplification ou d'allègement</b>	
<b>Destinataires</b>	
<b>Justification des mesures</b>	



**V. EVALUATION QUALITATIVE DES IMPACTS**

<b>Description des impacts</b>			
		<b>Contraintes nouvelles</b>	<b>Allègements et simplifications</b>
<b>Impacts sur les entreprises, notamment les PME et TPE</b>			
<b>Impacts sur la compétitivité et l'innovation</b>			
<b>Impacts sur la production</b>			
<b>Impacts sur le commerce et l'artisanat</b>			
<b>Impacts sur les clients ou usagers des entreprises et administrations concernées</b>			
<b>Impacts sur le public, notamment les publics défavorisés</b>			
<b>Impacts sur la société (santé, sécurité, cohésion sociale, parité, éducation, environnement)</b>			
<b>Impacts sur les collectivités territoriales, notamment les petites collectivités</b>			
<b>Impacts sur les services chargés de l'application et du contrôle</b>	<b>Administrations centrales</b>		
	<b>Services déconcentrés</b>		
	<b>Autres organismes administratifs</b>		

## VI. NECESSITE ET PROPORTIONNALITE

<b>Justification des choix retenus</b>	
En cas de transposition de directive, joindre le tableau de concordance	
<b>Marge de manœuvre offerte par la règle supérieure</b> (options, seuils, délais, etc.). Si oui, justifier le choix effectué	
<b>Alternatives à la réglementation</b> Renvoi à des dispositifs volontaires, instruments incitatifs	
<b>Comparaison internationale</b> Mesures équivalentes dans d'autres Etats membres de l'Union Européenne	

<b>Proportionnalité</b>	
<b>Mesures d'adaptation prévues pour certains publics</b> (PME et TPE, petites collectivités, publics défavorisés).	
<b>Nécessité de mesures réglementaires ou individuelles d'application</b> Si oui, justifier les marges d'appréciation laissées pour la mise en œuvre	
<b>Adaptation dans le temps</b> Délais d'entrée en vigueur (dates communes ou différés)	

<b>Mesures d'accompagnement</b>	
<b>Expérimentations</b>	
<b>Information des destinataires</b> (guides pratiques, brochures, sites internet...)	
<b>Accompagnement des administrations</b> (formations, FAQ, ...)	
<b>Obligations déclaratives</b> (formulaires homologués, télé-déclarations, test de redondance...)	
<b>Evaluations ex-post</b> Si oui, préciser l'échéance	

## VII. PRECISIONS METHODOLOGIQUES

*Veillez utiliser cet espace pour **expliquer la méthodologie** que vous avez retenue pour estimer des coûts et économies figurant dans cette fiche d'impact.*

*Il s'agit d'une exigence essentielle, notamment pour le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) qui souhaite disposer de précisions méthodologiques sur le calcul des coûts et économies pour les collectivités territoriales induits par les nouvelles réglementations qui figurent dans le présent document.*

*Veillez également justifier vos choix méthodologiques et préciser la marge d'erreur ainsi que les incertitudes présentes dans vos calculs.*

*Enfin, veuillez joindre le tableur Excel grâce auquel les estimations des coûts et économies figurant dans cette fiche d'impact ont été calculées.*

## VII. ANNEXE

Dispositions en vigueur	Projet	Simplification(s) ou obligations(s) nouvelle(s) identifiée(s)