

Position de la FedEpl sur la transposition des directives européennes sur les marchés et les concessions adoptée par le Conseil d'administration du 31 mars 2016

Alors que le délai imparti aux états membres va s'achever le 16 avril prochain, la France a finalisé la transposition des directives 2014/23/UE sur les concessions, ainsi que 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives aux marchés publics.

Les autorités françaises ont ainsi adopté et promulgué l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Cette dernière a été complétée par un décret d'application n° 2016-86 du 2 février 2016. Le décret n° 2016-360 relatif aux marchés a été publié au JO le 27 mars 2016.

Le « in house » a été codifié par le droit communautaire au moyen des directives 2014/23/UE et 2014/24/UE, respectivement aux articles 17 et 12. En France, ces dispositions ont été reprises et transposées, respectivement, aux articles 16 et 17 des ordonnances n°2016-65 et 2015-899.

Parmi les éléments de définition du « in house » que comportent ces textes, deux dispositifs interrogent la gamme Epl et appellent une prise de position de la FedEpl :

- La capacité des entités réputées « in house », à réaliser des prestations pour le compte de tiers dans la limite de 20% de leur chiffre d'affaires ;
- La capacité de certaines entités à être considérées, à titre dérogatoire, comme « in house » en présence de participations privées directes à leur capital, à la réserve expresse que ces participations soient non contrôlantes et non bloquantes, requises par une disposition du droit interne et conformes au droit communautaire.

Dans la mesure où a été posée la question de savoir si les Spl pourraient intervenir pour le compte de tiers et les Sem pourraient intervenir dans le cadre de relations « in house », la FedEpl entend par le présent avis préciser sa lecture des nouvelles dispositions.

La FedEpl souhaite tout d'abord rappeler les éléments préalables suivants :

⇒ **Moins de six ans après leur loi fondatrice, les Sociétés publiques locales, avec 238 créations, ont rencontré un succès inouï.** Elles sont apparues au bon moment, en particulier en se positionnant, en pleine tectonique territoriale, comme les outils de référence de coopération public-public entre collectivités locales, et d'appropriation par les élus de nouveaux champs d'intervention (petite enfance, énergies renouvelables, etc...). **Ce développement s'est construit à côté du millier de Sem existantes.**

⇒ La FedEpl se félicite d'avoir accompagné cette initiative aux côtés de la Représentation nationale unanime. Elle rappelle que **l'apparition des Spl s'inscrit dans une stratégie de gamme** arrêtée en 2004, validée à de nombreuses reprises par ses adhérents en Conseil d'administration, en Assemblée générale et lors des Assises régionales.

⇒ **Cette stratégie de gamme vise à proposer aux élus une palette d'Epl complémentaires composée des Sem, des Spl et des SemOp.**

La réussite de cette stratégie repose :

- sur sa lisibilité, sa cohérence, la solidarité et une claire différenciation
- sur sa sécurisation

La FedEpl rappelle que la réussite sur la durée de cette stratégie de gamme relève de la responsabilité collective de toutes ses composantes.

⇒ **La FedEpl approuve l'essentiel des dispositions figurant tant dans les directives elles-mêmes que dans les textes transposant lesdites directives et dresse un bilan positif de sa mobilisation aux plans européen et national.**

Elle se félicite d'avoir contribué à ce que d'une part, ils consacrent tant en droit communautaire qu'en droit interne les principes de libre administration et de libre choix du mode de gestion des services publics, et d'autre part, définissent les concessions comme une composante autonome de la commande publique et dotée de ses propres règles, différentes de celles applicables aux marchés publics.

La FedEpl se félicite également d'avoir contribué à ce que les directives européennes de 2014 et leurs textes de transposition consacrent l'existence du in house dans le droit positif et sécurisent le recours au contrôle analogue conjoint « indirect » (mécanisme de l'assemblée spéciale).

I. Concernant les Spl et le « in house » : 7 décisions

- Les textes communautaires et leur transposition en droit national reconnaissent que la présence au conseil d'administration n'est pas une condition sine qua none d'existence du contrôle analogue conjoint, celui-ci pouvant également être exercé via une assemblée spéciale.

☞ **Décision 1 : La FedEpl se félicite de la sécurisation du contrôle analogue conjoint et de la caducité de l'arrêt « Marsannay » du Conseil d'Etat qui remettait en cause l'existence de la moitié des Spl déjà créées**

- A droit constant, les Spl sont exclues du bénéfice du mécanisme dit des « 20% » puisque la loi Spl n'a pas été modifiée par les ordonnances de transposition. En conséquence de quoi, les Spl ne peuvent pas intervenir au profit de personnes étrangères à leurs collectivités actionnaires.

☞ **Décision 2 : La FedEpl rappelle que la vocation des Spl est d'intervenir pour leurs collectivités locales actionnaires et note que ce cadre juridique n'est pas modifié par la transposition des directives.**

- Le dispositif des « 20% » ne pourrait être contrôlé que ex post et jamais garanti a priori. L'appréciation d'un volume d'activités avec la marge d'erreur corrélative et sa vulnérabilité aux aléas, représentent un risque systématique de nature à anéantir le régime in house pour toute entreprise qui le dépasserait, ne serait-ce qu'à hauteur de 20,01 %. Il contribuerait également à alimenter la suspicion toujours vive des nombreux anti-Spl et conduirait à de nouveaux contentieux.

☞ **Décision 3 : La FedEpl considère que l'application aux Spl du dispositif de « 20% » prévu par les directives serait porteuse d'insécurité juridique.**

- 4 facteurs incontournables doivent être réunis pour envisager de modifier la loi fondatrice des Spl :
 - un consensus politique,
 - la garantie de maîtriser l'essentiel du contenu final du texte voté. Le vote, à l'instigation des nombreux opposants aux Spl, de dispositions remettant en cause le fonctionnement des 238 Spl existantes constituerait un préjudice irréparable (alourdissement de la procédure de constitution, limitation du nombre possible d'actionnaires, restriction de l'objet social...);
 - la priorité à la sécurité pour éviter la démultiplication des contentieux aux plans national et européen ;
 - un travail préalable d'identification et d'analyse des éventuelles modifications susceptibles d'être apportées.

☞ **Décision 4 : La FedEpl constate que les conditions nécessaires à une éventuelle modification de la loi sur les Spl ne sont pas réunies**

- L'apparition des Spl s'inscrit dans une stratégie de gamme validée à de nombreuses reprises par le mouvement qui vise à offrir aux élus une palettes d'outils complémentaires et différenciés, que les collectivités locales ont de plus en plus tendance à utiliser dans une logique de « couteau suisse » et de réponse globale.

☞ **Décision 5 : Toute initiative éventuelle de modification de la loi sur les Spl sera prise par les instances de la FedEpl en ayant comme considérations prioritaires la sécurité et l'intérêt de l'ensemble des composantes de la gamme et des nombreuses alliances qu'elles ont pu nouer entre elles.**

- **La FedEpl est consciente des contraintes liées à l'intervention exclusive pour les actionnaires, pour un nombre significatif de ses adhérents.** Il est donc opportun d'engager des réflexions visant à identifier d'éventuelles solutions pleinement sécurisées à droit constant et conformes aux fondamentaux de la stratégie de gamme.

A cet égard :

- La FedEpl souligne que si l'actionnariat des Spl est exclusivement accessible aux collectivités locales, telles que définies à l'article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales, les ordonnances « marchés » et « concessions » transposent le mécanisme communautaire en vertu duquel les relations entre deux entités contrôlées par un même pouvoir adjudicateur (et intervenant pour son service à hauteur d'au moins 80%) peuvent être réputées « in house ». **Par conséquent, les régies et autres établissements publics contrôlés par une collectivité également actionnaire d'une Spl pourraient devenir les clients de cette dernière dans le cadre d'une relation « in house »**
- **La FedEpl est favorable à une appréciation souple de la qualité d'actionnaire d'une Spl, en lien avec le mécanisme de délégation conventionnelle.** Promue notamment par les lois MAPAM et NOTRe, la délégation conventionnelle permet à une collectivité A de déléguer, par convention, à une collectivité B l'exercice opérationnel d'une compétence légalement attribuée à la collectivité A. Il apparaît logique et conforme au droit que la collectivité B délégataire de ladite compétence puisse soit se faire prêter des actions d'une Spl dont l'objet social couvre la compétence qui lui a été déléguée, soit souscrire en propre au capital social d'une telle Spl.
- La FedEpl précise que son analyse des textes en vigueur **est compatible avec la réalisation de prestations accessoires** dès lors qu'elles sont autorisées par les contrats passés entre les collectivités et leurs Spl.

☞ **Décision 6 : La FedEpl entend être attentive aux évolutions réglementaires et pratiques envisageables pour les Spl à cadre législatif constant.**

- Une attention toute particulière doit être portée au contentieux croissant mais non encore tranché par le Conseil d'Etat relatif à l'obligation qu'aurait chaque actionnaire d'une Spl de disposer de l'ensemble des compétences d'une telle société. Une décision de la plus haute juridiction administrative contraire à l'interprétation de la FedEpl conduirait à fragiliser la quasi-totalité des 238 Spl françaises.

☞ **Décision 7 : La FedEpl considère que le point de vigilance majeur concernant les Spl réside dans la reconnaissance de la capacité des collectivités à participer à une Spl sans disposer de toutes les compétences figurant dans son objet social.**

II. Concernant les Sem et le « in house » : 3 décisions

- La dérogation à l'exclusivité des capitaux publics dans les entités « in house », évoquée par les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE vise une éventuelle participation privée qui, dès lors qu'elle serait non contrôlante, non bloquante et requise par la loi dans le respect des traités européens, pourrait être admise au sein d'une entité réputée « in house ».

Il convient de préciser ici qu'il s'agit d'une dérogation nécessairement examinée au cas par cas, d'interprétation stricte au plan juridique, et ne pouvant donc conduire à exempter de mise en concurrence des sociétés que sous le contrôle strict et souverain du juge.

Aucune règle de portée générale ne saurait être bâtie sur la base de cette exception :

- telle n'était pas l'intention du législateur européen qui visait exclusivement les Stadtwerke de gestion fluviale associant à titre obligatoire et spécifique les propriétaires fonciers des berges nommément désignés ;
- telle n'est pas la lecture qu'en fait la Commission européenne qui l'a récemment réaffirmé à la FedEpl ;
- une interprétation juridique extensive de cette dérogation – en dehors de sa grande incertitude juridique – conduirait à priver d'effet utile les règles communautaires applicables à la commande publique et reviendrait à instituer un détournement de ces règles.

☞ **Décision 8 : La FedEpl constate que cette exception au « in house » ne s'applique pas à l'ensemble des sociétés d'économie mixte (Sem) locales françaises même au lendemain de la transposition des directives de février 2014. Les Sem demeurent des opérateurs économiques de plein exercice qu'il convient de mettre en concurrence.**

- **Le dispositif législatif français applicable aux Sem ne répond pas aux exigences de la dérogation permettant des participations privées dans une entité « in house » :**
 - Comme l'illustre notamment le considérant 32 de la directive 2014/24/UE, une participation privée dérogatoire dans une entité « in house » – outre son caractère dérogatoire – doit être expressément requise par une disposition de droit interne. Ce qui signifie que **cette disposition légale doit rendre impérative la participation de personnes juridiques précises ou clairement identifiables, s'apparentant ainsi à un régime d'adhésion obligatoire.**
 - La mention générale de « un ou plusieurs partenaires privés » à la première phrase de l'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) relatif aux Sem, faute de mention plus précise, n'apparaît pas compatible avec la dérogation précitée.
 - **La loi n'est d'ailleurs pas plus prescriptive sur le niveau des participations à détenir pour les personnes autres que les collectivités dans une Sem**, puisque l'article L.1522-2 du CGCT dispose seulement que « *la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social* ».

- Par ailleurs, si la présence d'actionnaires spécifiques doit être requise par la loi de l'Etat concerné, c'est toutefois **sous la réserve expresse que cette législation soit conforme ou a minima compatible au droit de l'Union**. Or, une disposition ou un montage accordant discrétionnairement **un avantage comparatif à un opérateur économique banalisé n'est pas conforme à ce droit** : tout actionnaire privé ne peut se prévaloir du concept d'« investisseur avisé de long terme en économie de marché » développé par la Commission européenne autorisant d'éventuelles dérogations.
- Cette dérogation est également imprécise et incertaine, puisqu'elle n'indique pas **en deçà de quel seuil une participation serait non contrôlante, ou non bloquante**. En tout état de cause, cette définition n'est *a priori* pas compatible avec les éléments suivants que l'on trouve de plus en plus fréquemment parmi les Sem :
 - la présence des actionnaires privés au conseil d'administration,
 - la détention d'au moins 34% de capital par des partenaires privés,
 - l'existence de pactes d'actionnaires aménageant la gouvernance,
 - l'existence de filiales.
- Plus encore, **le juge communautaire a eu récemment l'occasion de rappeler sa position** découlant de l'arrêt "Stadt Halle" de 2005, dans sa décision du 19 juin 2014 "Centro hospitalar de Setubal", et selon laquelle la présence d'intérêts privés au sein d'une entité fait obstacle à ce que cette dernière puisse faire application de l'exception du "in house" (cf. **CJCE, 19 juin 2014, Affaire C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal EPE, Serviço de Utilização Comun dos Hospitais (SUCH) c/Eurest Portugal** ; CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau GmbH, C-26/03). C'est donc bien la nature des participants à l'entité revendiquant le bénéfice du "in house" qu'analyse le juge, afin de déterminer si **les personnes privées** – même minoritaires et peu marchandes – présentes dans cette entité **obéissent à des considérations relatives à leurs intérêts propres, de nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur** également présent au sein de l'entité.

Pour cette raison, ce dernier ne pouvait pas, selon le juge communautaire, exercer sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services. Or, cette analyse organique par le juge n'apparaît pas susceptible d'être remise en cause par les directives précitées, ni par leur transposition en droit français. En effet, ce dernier exercice ne peut permettre aux états membres d'adopter des dispositions moins restrictives que les prescriptions communautaires.

- Rappelons enfin que le **Conseil constitutionnel avait déjà estimé en janvier 1993 que les Sem ne pouvaient échapper au principe de mise en concurrence**, au nom du principe d'égalité (cf. Conseil constit., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 ; cs. 44 à 48).

☞ **Décision 9 : La FedEpl considère que l'application de cette dérogation à des Sem n'est juridiquement ni possible, ni sécurisée.**

- **L'utilisation erronée ou abusive, de l'exception "in house" expose** les élus décisionnaires, en cas de contentieux, **à l'incrimination de délit de favoritisme** (C. pén., art. 432-14), voire **de prise illégale d'intérêts** (C. pén., art. 432-12), ce que la Cour de cassation avait déjà rappelé en 2008, (v. Cass. crim., 25 juin 2008, N° de pourvoi: 07-88373). Dans cette espèce, l'adjoint au maire de la commune (signataire des actes d'engagement), le maire (ayant participé aux délibérations des conseils municipaux) et le dirigeant de la Sem ont été déclarés coupables respectivement de favoritisme, complicité et recel de ce délit.

☞ **Décision 10 : La FedEpl souligne que le recours éventuel à cette dérogation in house exposerait les élus à des risques considérables**

III. Conclusion: 1 décision

- La FedEpl est pleinement consciente de l'importance des questions posées par la transposition des directives marchés et concessions pour les Epl. C'est ce qui l'a conduite à les évoquer régulièrement depuis plusieurs années au sein de ses instances dirigeantes et à en débattre avec ses adhérents, en particulier lors des Assises régionales qui ont irrigué tout le territoire en septembre 2014.

☞ **Décision 11: La FedEpl poursuivra une large action de concertation, de communication, d'information et d'accompagnement auprès de ses adhérents et des collectivités locales.**

- **Le succès de la gamme Epl ne se dément pas. Elle constitue l'une des innovations majeures qu'a connue l'action publique locale au cours des dernières décennies. La FedEpl est déterminée à continuer d'œuvrer à son essor et à son appropriation dans les meilleures conditions.**