

Congrès des epl

Entreprises publiques locales



MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016

& SALON DES EPL

Dynamiser

l'économie locale



Congrès des epl
Entreprises publiques locales



Dynamiser
l'économie locale



& SALON DES EPL

MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016



Club des juristes

■ Club des juristes

***Après la transposition :
le renouveau de la
commande publique ?***

■ Après la transposition

- Un nouveau cadre juridique
- Des interrogations
- *savoir interroger les pratiques des pouvoirs adjudicateurs, et tout particulièrement des Epl pour tirer le meilleur parti des nouvelles dispositions*



intervenants

- **Jean MAÏA**, directeur des affaires juridiques, Ministères financiers
- **Simone MAJEROWICZ**, avocat associé, Droit public consultants
- **Régine RECHIGNAC**, responsable commande publique et privée, SCET
- **Laurent SERY**, avocat associé, ADAMAS

Congrès des epl
Entreprises publiques locales



Dynamiser
l'économie locale



& SALON DES EPL

MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016



Modifications contractuelles et réforme de la commande publique : des questions en suspens

Animation : ADAMAS AFFAIRES PUBLIQUES

Laurent SERY, avocat associé

ADAMAS
Avocats associés

ADAMAS AFFAIRES PUBLIQUES
Square Louvois, 1-3 rue Lulli – 75002 Paris
Tél : 01 53 45 92 22 – Fax : 01 53 45 92 20



Introduction

- Une **véritable innovation** dans le droit de la commande **publique concerne les règles relatives aux modifications du contrat.**
- Le droit antérieur prévoyait un **encadrement législatif ou réglementaire des modifications** relatives aux marchés publics ou aux concessions d'un contenu **très limité** (par exemples, les articles 20 du CMP et L.1411-2 du CGCT).

Ce droit était **essentiellement d'origine jurisprudentielle** (en ce sens, par exemple, CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06).



- Les **nouveaux textes encadrent mieux désormais les possibilités de modification des marchés publics et concessions** :
 - S'agissant des **marchés publics** : Ordonnance du 23 juillet 2015 (**Article 65**) - Décret du 25 mars 2016 (**Article 139**) ;
 - S'agissant des **contrats de concession** : Ordonnance du 29 janvier 2016 (**Article 55**) - Décret du 1er février 2016 (**Article 36**).
- Ces nouvelles dispositions suscitent néanmoins **certaines interrogations liées notamment au droit transitoire (1) et à leurs conditions de mise en œuvre (2)**.

1- Des interrogations liées au droit transitoire

- Pour rappel, entrée en vigueur de la réforme le **1^{er} avril 2016**
- Pour les concessions : **application des nouvelles dispositions de l'article 55 de l'ordonnance relatives aux modifications de la concession, y compris même pour les contrats conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} avril 2016 ;**
- Pour les marchés publics : **les nouvelles dispositions relatives à la modification des marchés ne s'appliquent pas aux marchés conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} avril 2016.**



Une conséquence « inattendue » du droit transitoire pour les marchés publics conclus ou dont la procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} avril 2016 :

- Ces marchés ne peuvent faire l'objet :
 - ni d'un marché complémentaire sur le fondement de l'article 35 du Code des marchés publics dans sa version issue du décret du 1^{er} août 2006 ;
 - ni d'un avenant sur le fondement de l'article 139 du décret du 25 mars 2016.
- **Un « remède » à cette situation ?** La conclusion **d'un avenant sur le fondement de l'article 20 du code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006** si les conditions de recours au marché complémentaire posées par l'article 35 II 5° du CMP abrogé et de l'article 139 2° du Décret sont remplies ?

2 - Des interrogations liées à la définition des cas de modifications contractuelles autorisées

- La nouvelle réglementation prévoit aujourd'hui **six cas** dans lesquels les modifications sont permises.

Ils se rapportent **aux situations suivantes** : **des clauses de réexamen** ou **des options** sont prévues au contrat ; des **travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires** ; la modification est rendue **nécessaire par des circonstances imprévues** ; un **nouveau titulaire** remplace le **titulaire du contrat initial** ; les modifications **ne sont pas substantielles** ; le montant de la modification est **inférieur à certains seuils**.

- En dehors de ces différents cas, point de salut : la résiliation du contrat ?



- Cette nouvelle réglementation suscite **des interrogations quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de certains cas.**

A titre d'exemple, **la notion d'option** : qu'est-ce qu'une **option claire, précise et sans équivoque** ? Comment organiser la procédure de passation du marché ou de la concession pour prévoir la prise en compte de ces éventuelles options ?

- Même s'il existe désormais des textes qui encadrent les conditions de modifications des marchés ou des concessions, **il appartiendra tout de même à la jurisprudence de délimiter les contours et conditions de recours à ces différents cas.**

Congrès des epl
Entreprises publiques locales



Dynamiser
l'économie locale



& SALON DES EPL

MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016



La nouvelle frontière de la commande publique : les marchés de travaux depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015, une frontière aux limites incertaines

Régine Réchignac -
Responsable Service Commande publique et privée SCET



La définition communautaire extensive du marché de travaux est reprise par l'ordonnance

- **Article 5 I. Ordonnance 23 juillet 2015 n° 2015-899**
 - **Les marchés publics de travaux ont pour objet :**
 - 1o Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au *Journal officiel* de la République française
 - 2o Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, **par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception**
Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique
- Reprise par la directive et l'ordonnance des **critères définis par la jurisprudence européenne** (CJCE, 25 mars 2010, Aff. C-451/08, Helmut Muller)

La définition communautaire extensive du marché de travaux est reprise par l'ordonnance

- La qualification de marché de travaux :
 - est **sans lien avec l'exercice de la maîtrise d'ouvrage** (cf. CMP)
 - est **sans lien avec la propriété de l'ouvrage**
 - A noter : l'acheteur **assure le financement de l'ouvrage**
 - peut concerner des **contrats qui, en droit interne, n'étaient pas qualifiés de « marchés de travaux »** :
ex. VEFA, contrat de location, ...
 - Pour les **contrats mixtes**, rechercher **quel est l'objet principal** du contrat :
 - **Article 23 I. Ordonnance** – « Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des **prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas**, la présente ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent **l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables**. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, la présente ordonnance s'applique. »
 - Va dépendre de **l'intervention de l'acheteur dans la définition de l'ouvrage réalisé** : « ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception »

La définition communautaire extensive du marché de travaux est reprise par l'ordonnance

- L'ouvrage acquis, loué, répond-il « **aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception** » => **une application au cas par cas**
 - Acquisition d'un ouvrage construit à l'initiative du vendeur, du bailleur, qui se réalisera quel que soit l'intérêt que lui porte l'acheteur ?
 - Opération réalisée à la demande de l'acheteur

- CJUE 10/07/2014, C-213/13, Cne Bari (promesse de location d'un bâtiment à construire) :

« le cadre d'exigences auquel se réfère l'«AE de donner en location» précise les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté ainsi que, en fonction d'un ensemble de données statistiques relatives aux activités juridictionnelles de l'arrondissement de Bari (nb d'affaires civiles et pénales, nb hebdomadaire d'audiences par juridiction, nb de magistrats du siège ou du parquet, nb de membres du personnel administratif, de la police judiciaire ou des services de sécurité, nb d'avocats inscrits au barreau de Bari, etc.), les besoins spécifiques de chacune des juridictions relevant de cet arrondissement judiciaire (nb de bureaux et de salles d'audience, de conférence, de réunion et d'archivage nécessaires, superficie des pièces, modes de communication interne), de même que certains besoins communs, tels que la capacité d'accueil des parcs de stationnement. »

=> **un tel cadre d'exigences place la commune de Bari en position d'influer de manière déterminante sur la conception de l'ouvrage à construire**

La définition communautaire extensive du marché de travaux est reprise par l'ordonnance

- Pour les personnes soumises à la loi MOP du 12 juillet 1985 (personnes publiques, SEM pour les logements sociaux à usage locatifs) :
- **Recours à la VEFA admis que sous conditions** : CE sect. 8 février 1991, Région Midi Pyrénées n°57679
- Cependant, **la loi admet le recours à la VEFA sans condition pour certaines personnes** :
 - « les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables **aux ouvrages de bâtiment acquis** par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du CCH **et les SEM par un contrat de vente d'immeuble à construire** prévu par les articles 1601-1 à -3 du code civil.
- Cependant, **le CCH fixe certaines limites** aux VEFA (Article L433-2 CCH)
 - Un organisme d'HLM.... **ou une SEM peut, dans le cadre de l'article 1601-3 du code civil ... , acquérir** :
 - des immeubles ayant les caractéristiques de logement-foyer ... ou de résidence hôtelière à vocation sociale ... ;
 - des **ouvrages de bâtiment auprès d'un autre organisme d'habitations à loyer modéré ou d'une autre société d'économie mixte** ;
 - **des logements inclus dans un programme de construction, à la condition que celui-ci ait été établi par un tiers et que les demandes de permis de construire aient déjà été déposées.**

La définition communautaire extensive du marché de travaux est reprise par l'ordonnance

- **Conséquence de la qualification de marché de travaux : application des règles de publicité et de mise en concurrence selon la valeur du marché (< ou >= à 5 225 000 €HT):**
 - procédure adaptée ou procédure formalisée
- Cependant, **dans certaines conditions**, possible mise en œuvre d'un marché **négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables** (Art. 30. I.3°.b) du décret du 25 mars 2016) :
 - « 3o Lorsque les travaux ne peuvent être fournis **que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes** :
 - b) **Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;**
 - ... Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent **que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable** et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public »

Congrès des epl
Entreprises publiques locales



Dynamiser
l'économie locale



& SALON DES EPL

MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

Simone MAJEROWICZ
DROIT PUBLIC CONSULTANTS





Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

I - Présentation de la problématique

- **Arrêt CE 21 septembre 2016, sté Keolis c/Q Park : la question. Pouvait-on agréger les transports urbains collectifs, le stationnement, la mise en fourrière et la location de vélos en libre service avec des missions de vérification de la performance du sous-système électrique du tramway, du système d'hybridation des bus, la maîtrise d'œuvre pour le déploiement des matériels de péage et AMO au projet « prioribus » ?**

= > En concession : oui

= > En marché : en principe non. L'allotissement est obligatoire, sauf certaines hypothèses. Le TA de Lyon a admis que l'on agrège le velov, le mobilier urbain et les abribus sans allotissement pour des raisons d'adossement financier.

Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

- **Objet(s ?) de la concession et activités complémentaires**
- **Peut-on insérer dans une DSP des objets qui sont diversifiés ? Oui, s'ils sont complémentaires à l'objet de la délégation :**
 - **complémentarité matérielle.**
 - **Activités qui constituent l'exécution de tout ou partie du service public (ex : parking + station essence)**
 - **Activités qui sont le complément normal et nécessaire de l'exécution du SP (parking + locations de longues durée –amodiation ; activité de fourrière animal et de fourrière-refuge)**
 - **Complémentarité financière : pas de services ou paiements étrangers à la délégation (art. 30 Ord).**

Comment transposer cela aux EPL ? Les situations diffèrent selon les cas.

Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

- **Multi-objets dans les EPL**

- **Oui pour les SEM et les SPL : champs de compétence élargie**
- **A priori non pour les SPLA sauf dans le périmètre de l'article L. 300-1 qui regroupe plusieurs missions : opérations d'aménagement, réalisation d'études préalables, toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L221-1 et L221-2, toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L300-1, toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux**
- **Non pour les SEMOP (L. 1541-1 CGCT) : objet unique à choisir.**
- **Non pour la SEMAOP (L. 32-10-1 Code Urb.) : objet unique -réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement,**
- **Lorsque l'objet multiple est possible, l'ordonnance du 29 janvier 2016 règle la procédure applicable en fonctions de plusieurs critères**



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

Pour comprendre le découpage des articles 20 à 23 de l'ordonnance :

- Définition des contrats de concession (art. 5 Ord) :

Rappel

- **Transfert d'un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix (donc un marché ?)**
- **Part de risque impliquant une réelle exposition : le prix doit donc être accessoire**

Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

II – Contrats de concession à mixité purement matérielle

Art. 20 : ne vise que les contrats de concession portant sur plusieurs activités (une au moins est activité d'opérateur de réseaux).

Si l'objet principal est **objectivement identifié**. Deux hypothèses :

1^{ère} hypothèse

- **Activité d'opérateur de réseaux (hors eau potable, eaux usées, transport) + activité autre qui n'est pas celle d'opérateur de réseau : ex élimination ordures ménagères et production/distribution de chaleur**

Procédure : dispositions applicables à l'objet principal



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

2^{nde} hypothèse

- **Activité d'opérateur de réseaux (eau potable, eaux usées, transport) + activité autre qui n'est pas celle d'opérateur de réseau :**

ex : Transport + stationnement

Procédure : dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs

Si objet principal impossible à déterminer dans un contrat portant sur activité d'opérateurs de réseaux et une autre activité

Procédure : dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

III – Contrats à mixité procédurale, c'est-à-dire qui relève de textes distincts impliquant des modes de passation différents (exemple ord. Concession/marché ; ord. Concession/ occupation domaniale)

Définition et répartition par l'article 21 qui renvoie à l'article 22, 23 ou 24.

Plusieurs hypothèses :

- **Contrat unique regroupant des besoins qui relèvent de la concession + besoins qui n'en relèvent pas (marchés ou autres contrats) :**
 - **l'une ou plusieurs des activités relève(nt)des activités d'opérateurs de réseau ; ex : transport + AMO (achat de matériel roulant, études ...)**
 - **qu'aucune ne constitue une activité d'opérateur de réseau ; ex : musée + AMO**



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

Procédure Art. 22.I :

Le contrat distingue selon que le contrat comporte des éléments objectivement dissociables ou non

- **Aucune activité d'opérateur de réseau : centrale de réservation et camping municipal**
- **ou uniquement des activités d'opérateur de réseau : transports urbains et transport interurbain**

Contrat comportant prestations de contrats de concession et marché (donc payé par un prix et sans transfert de risques) : soumis à l'ordonnance marché

Contrat comportant prestations de contrats de concession et autres : soumis à l'ordonnance concession



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

Procédure Art. 22.II :

Le contrat comporte des éléments objectivement indissociables.

- **Aucune activité d'opérateur de réseau ; ex : restauration scolaire et approvisionnement circuit court**
- **ou uniquement des activités d'opérateur de réseau**

Procédure en fonction des dispositions applicables à l'objet principal

déterminé en fonction de la valeur la plus élevée au regard des prestations de la concession de service et des marchés publics de fourniture. Ex : transport en commun et achats de bus par l'opérateur, pour les besoins de la prestation, sans garantie de la collectivité.

Si objet principal ne peut être identifié (indissociabilité + absence d'identification de l'objet principal ???) : **il y a peut être une mauvaise évaluation des besoins ?!...**

Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

- **Procédure Art. 23**
- **Contrat unique regroupant des besoins qui relèvent de la concession + besoins qui n'en relèvent pas (marchés ou autres contrats) :**
 - **plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateurs de réseau (ex : transport + AMO conception de l'ouvrage en site propre) : dispositions applicables à l'objet principal**

Si objet principal ne peut être objectivement identifié :

- **Prestations relevant des contrats de concession et des marchés publics : application des dispositions de l'ordonnance marché**
- **Prestations relevant des contrats de concession et des prestations qui ne relèvent ni des contrats de concession ni des marchés publics (ex : stationnement + occupation domaniale) : application des dispositions de l'ordonnance concession.**



Le périmètre des concessions : objet unique ou multi-objets ?

Vous trouvez ça compliqué ? Nous aussi

...

MERCI POUR VOTRE ATTENTION



Les nouvelles ordonnances « commande publique »

Intervention de

Jean MAÏA, directeur des affaires juridiques (DAJ)

des Ministères financiers

■ Dernières publications

- Eplscope
 - Collection études et perspectives
- Les Epl et la commande publique : étude
 - Collection observatoire
- DSP : aspect financiers et comptables
 - Collection mode d'emploi
- Les Epl et les GIE : étude
 - Collection études et perspectives

Congrès **epl**
des
Entreprises publiques locales

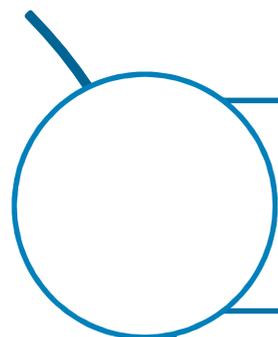
MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016

<http://www.eplenligne.fr/documenttheque.php>

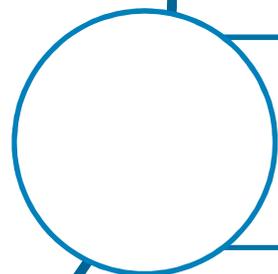


A paraître



Les marchés des Epl

- Collection mode d'emploi



Livret d'accueil social

- Collection mode d'emploi

Congrès des epl
Entreprises publiques locales

MARSEILLE - PARC CHANOT

11-12-13 octobre 2016

<http://www.epienligne.fr/documenttheque.php>

