

Publié le 17 janvier 2014

Adoption des directives concessions et marchés publics au Parlement européen

Le 15 janvier, en séance plénière à Strasbourg, le Parlement européen a adopté le paquet « commande publique » à une large majorité après plus de 2 ans de négociations. La prochaine étape sera l'adoption en conseil compétitivité en février par les ministres des Etats membres, avant la promulgation des textes, qui marquera le début d'une période de deux ans en vue d'une transposition en droit interne.

Les trois projets de directive, publiés par la Commission européenne le 20 décembre 2011, ont pour objectif de définir des règles en matière d'attribution de contrats de concessions de travaux ou de services ainsi que de réviser et simplifier les règles européennes en matière de marchés publics. Aujourd'hui, les contrats de concessions ne sont soumis qu'aux principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils ne relèvent pas d'un cadre législatif communautaire malgré leur importance économique. Les textes initiaux proposés par la Commission européenne en décembre 2011 ont fait l'objet tout au long de l'année 2012 d'un examen approfondi par les Etats membres réunis en conseil compétitivité d'une part, et par les députés européens en commission Marché Intérieur (IMCO) d'autre part. Le travail parlementaire mené par les eurodéputés Marc Tarabella, rapporteur des textes sur les marchés publics, et Philippe Juvin, rapporteur de la directive concessions, auquel la Fédération a contribué via ses positions et des propositions d'amendements, s'est traduit par des textes allégés et simplifiés. Sur la base de ces projets et la position du Conseil européen, le trilogue entre Parlement européen, Commission européenne et le Conseil a abouti à un accord politique sur les trois textes en juin 2013. **Les principales avancées du paquet « commande publique »** Le principe de libre administration des autorités publiques (Article 1a pour le texte sur les concessions et l'article 1 des textes sur les marchés publics) a été introduit par le Parlement européen, afin d'affirmer la liberté de choix entre les modes de gestion ouverts aux autorités publiques. Dans le respect de l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du protocole 26 sur les services d'intérêt général, elles sont libres soit d'exécuter les missions de services publics dont elles sont elles-mêmes responsables, en coopération avec d'autres autorités publiques, soit de les confier à des opérateurs économiques.

La définition des contrats de concessions, qui les distingue des marchés publics (Article 2), apporte de la sécurité juridique au niveau du droit européen. Cette définition permet de prendre en compte la spécificité des contrats de concessions : le transfert de la gestion d'un service ou de l'exécution de travaux ainsi que le transfert de risque et d'un droit d'exploitation à un ou plusieurs opérateurs économiques tiers.

La définition de l'attribution de contrats en *in house*, en droit positif communautaire (Article 15 du texte sur les concessions et articles 11 et 21 des textes sur les marchés publics) permet de sécuriser les Sociétés publiques locales (Spl) constituées ou en cours de constitution. La définition communautaire exige un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses

propres services. Ce qui se traduit notamment par une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes relatives à la société. Les textes finaux prévoient également la possibilité de représentation de plusieurs, voire de tous les actionnaires, par un seul membre au sein de l'entité *in house*. En outre, les entités réputées *in house* devront réaliser 80 % au moins de leur activité pour le compte des pouvoirs adjudicateurs qui les contrôlent ou celui d'une personne morale elle-même contrôlée par l'un de ces pouvoirs adjudicateurs. Dans le droit fil de la jurisprudence "StadtHalle", le *in house* implique l'absence de participation privée au sein de l'entité concernée, à l'exception d'une participation sans contrôle, non bloquante et requise par une loi nationale conformément aux traités de l'Union européenne. Ce qui s'applique à des cas concrets nationaux, en particulier les entreprises sociales pour l'habitat.

Les textes finaux sont pour l'essentiel satisfaisants. La Fédération se félicite d'avoir été étroitement associée au développement de ces projets de directives par les députés européens, la Commission européenne et les autorités françaises. Après la promulgation des textes, prévue pour début mars, la France disposera de 24 mois pour transposer les textes en droit français. Pour garantir la meilleure adéquation entre les règles françaises applicables, le nouveau droit positif européen et le quotidien des Entreprises publiques locales, la Fédération est d'ores et déjà associée aux travaux de transposition menés par la Direction des affaires juridiques de Bercy.