

N° 482

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 avril 2011

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

PRÉSENTÉE AU NOM DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES ⁽¹⁾
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 73 *QUATER* DU RÈGLEMENT,

relative au Livre vert sur les marchés publics,

PRÉSENTÉE

Par M. Simon SUTOUR,

Sénateur

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

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Bizet président ; MM. Denis Badré, Pierre Bernard-Reymond, Michel Billout, Jacques Blanc, Jean François-Poncet, Aymeri de Montesquiou, Roland Ries, Simon Soutour, vice-présidents ; Mmes Bernadette Bourzai, Marie-Thérèse Hermange, secrétaires ; MM. Robert Badinter, Jean-Michel Baylet, Didier Boulaud, Mme Alima Boumediene-Thiery, MM. Gérard César, Christian Cointat, Mme Roselle Cros, M. Philippe Darniche, Mme Annie David, MM. Robert del Picchia, Bernard Frimat, Yann Gaillard, Charles Gautier, Jean-François Humbert, Mme Fabienne Keller, MM. Serge Lagache, Jean-René Lecerf, François Marc, Mmes Colette Mélot, Monique Papon, MM. Hugues Portelli, Yves Pozzo di Borgo, Josselin de Rohan, Mme Catherine Tasca et M. Richard Yung.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Très technique, la législation de la commande publique n'en a pas moins des conséquences immédiates et quotidiennes sur la vie de nos collectivités territoriales, de l'État et plus généralement des services publics. Or, la Commission européenne fait montre depuis six mois d'une volonté de légiférer sur la plupart des aspects de cette matière.

En mars 2011, la commission des affaires européennes du Sénat adoptait une proposition de résolution relative aux concessions de service public, devenue depuis la résolution n° 96 du Sénat le 14 avril dernier. Ce texte était la première réaction de notre assemblée aux nombreuses initiatives en cours et annoncées de la Commission européenne en matière de commande publique.

L'actualité est en effet riche.

En octobre 2010, la Commission européenne publiait un Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques. Toujours en octobre 2010, la Commission publiait sa communication intitulée « Vers un acte pour le marché unique » et présentée par Michel Barnier. Deux de ses 50 propositions concernaient directement la commande publique au sens large. Ainsi, la proposition n° 18 prévoit que « la Commission adoptera en 2011 une initiative législative sur les concessions de services ». C'est cette proposition qui a motivé la résolution européenne du 14 avril dernier.

La proposition n° 17 concerne les marchés publics proprement dits. Elle prévoit qu' « après l'évaluation en cours de la législation européenne des marchés publics, et sur la base d'une large consultation, la Commission fera au plus tard en 2012 des propositions législatives visant à simplifier et à moderniser les règles européennes pour rendre plus fluide l'attribution des marchés, et à permettre un meilleur usage des marchés publics en soutien à d'autres politiques. » La Commission européenne souhaite accroître la part des achats publics transfrontières (1,5 % en 2009) et faire de la commande publique un vecteur d'appui important pour, par exemple, l'innovation, la protection de l'environnement ou l'emploi qui sont au cœur de la stratégie UE 2020.

La Commission européenne n'a pas tardé à mettre en œuvre cet engagement n° 17, puisque dès le 27 janvier 2011, elle publiait son Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics. C'est sur ce document, que la commission des affaires européennes du Sénat souhaite réagir à présent.

Avant de présenter le Livre vert, un bref rappel du droit communautaire applicable aux marchés publics est souhaitable.

La dernière grande réforme de la législation communautaire relative aux marchés publics remonte à 2004. Deux directives du 31 mars 2004¹ ont en effet refondu plusieurs textes. Ces deux directives ont eu pour objectif affiché :

- de clarifier et de simplifier les règles européennes en vigueur ;
- de permettre aux autorités adjudicatrices de recourir aux nouvelles technologies pour gérer les appels d'offre (publicité, soumission et examen des offres, enchères électroniques...)
- de prendre en considération des critères sociaux et environnementaux lors de l'attribution des marchés.

Elles se sont appuyées le plus souvent sur la jurisprudence de la Cour de justice européenne. Elles mettent aussi en œuvre les règles internationales applicables aux marchés publics, en particulier celles définies dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Elles détaillent les procédures à la disposition des autorités adjudicatrices selon les types et l'objet des marchés.

Ces directives ne s'appliquent pas à tous les marchés publics. N'en relèvent pas ou seulement partiellement :

- les marchés dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives «marchés publics» ;
- certains marchés de services dont le montant dépasse les seuils d'application.

Par ailleurs, les concessions de services n'entrent pas leur champ, à la différence des concessions de travaux.

Toutefois, le fait que ces directives ne s'appliquent pas à certains marchés ne signifie pas que le droit communautaire leur soit étranger. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé dans sa jurisprudence que les règles du marché intérieur s'appliquaient également aux marchés qui ne relèvent pas du champ d'application de ces directives pourvu qu'ils présentent un intérêt transfrontalier.

¹ Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004.

Il faut enfin mentionner la directive du 11 décembre 2007 dite « recours »² qui exige des autorités publiques qu'elles attendent un certain nombre de jours (« délai de suspension ») avant de conclure un marché public. La directive cherche également à combattre l'attribution illégale de marchés publics de gré à gré. Les tribunaux nationaux sont habilités à rendre sans effet ces marchés s'ils ont été conclus illégalement, sans transparence et en l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable.

C'est dans ce cadre qu'a été présenté le 27 janvier dernier le Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics.

Ce document passe en revue une série de problèmes et d'interrogations sur l'efficacité, la précision et les lacunes des directives en vigueur. Comme tout livre vert, il n'avance pas de solutions définitives, mais dessine des pistes de réflexion auxquelles chaque partie intéressée peut réagir. Au total, ce Livre vert formule 114 questions. Il balaie donc à peu près tous les thèmes. L'ambition de la présente proposition de résolution n'est pas de répondre à chaque question, mais d'insister à ce stade précoce de la réflexion communautaire sur quelques points importants qu'il semble falloir soit soutenir, soit repousser.

Les objectifs énoncés par la Commission européenne sont clairs. Il s'agit de soutenir la stratégie UE-2020. Cela passe par plus de simplicité et l'utilisation des marchés publics en soutien à d'autres politiques. Toutefois, la Commission est consciente que ces deux objectifs peuvent être contradictoires. La simplicité n'est pas facile à concilier avec la poursuite d'une multiplicité de priorités.

Quels arbitrages faut-il retenir du point de vue de notre assemblée ?

Tout d'abord, il faut se poser la question de la nécessité d'une révision des directives de 2004. Sur ce point, le Livre vert n'avance pas d'arguments très précis. Et pour cause, puisque la Commission européenne mène en ce moment même une évaluation exhaustive de l'impact et du rapport coût-efficacité de la politique de l'Union en matière de marchés publics. Cette étude ne devrait être disponible que cet été. Le Livre vert lance donc des pistes sans les étayer solidement.

² Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 concernant l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Or, il ne semble qu'il y ait dans notre pays une demande forte de révision des règles des marchés publics. Au contraire, il s'exprime une demande de stabilité après de nombreuses modifications du code des marchés publics. Souvent remanié, ce code commence seulement à être pleinement assimilé par ses utilisateurs quotidiens.

Il ne serait donc pas opportun de bouleverser à nouveau les règles du jeu. Une certaine stabilité mériterait d'être préservée. Surtout si aucun dysfonctionnement majeur n'est constaté. Le mieux est parfois l'ennemi du bien.

Faut-il pour autant ne rien changer ? Sans doute pas. Mais ce souci de stabilité relative doit guider absolument la réflexion. On peut en déduire deux axes d'action.

Le premier est qu'aucune modification des directives de 2004 ne devra entraîner une complexité supplémentaire. La simplicité doit être le maître mot.

Le second axe est qu'il faut laisser plus de liberté aux autorités adjudicatrices. Elles sont responsables de leurs achats, dans le respect bien entendu des grands principes des traités (égalité, transparence, non discrimination). Une future révision des directives « Marchés publics » devra donc ne pas ajouter des règles aux règles, mais élargir la palette d'outils à la disposition des autorités adjudicatrices. Celles-ci resteraient libres de les utiliser ou pas.

Ces préalables posés, plusieurs pistes avancées par le Livre vert méritent d'être soutenues.

La première, la plus importante, est l'idée d'étendre très largement la faculté pour les autorités adjudicatrices de recourir aux procédures négociées avec publication préalable d'un avis de marché.

Sans rappeler précisément toutes les procédures d'attribution des marchés existantes, on citera les appels d'offre ouverts ou restreints, le dialogue compétitif, les concours et les procédures négociés avec ou sans publication préalable. Les procédures négociées sont définies par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 comme les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Selon les directives en vigueur, les cas dans lesquelles il peut être recouru à ces procédures sont très limités³.

Or, l'expérience des marchés publics montre que souvent, les procédures ouvertes ou restreintes classiques ne sont pas optimales. Les candidats sont peu nombreux, surtout sur des marchés en situation d'oligopole. Le recours à la négociation permettrait d'obtenir des offres bien plus intéressantes et adaptés aux besoins.

Au surplus, la récente réforme de notre code des marchés publics en 2006 a montré le succès des MAPA (marchés à procédure adaptée). Ces marchés, dont les modalités sont librement décidées par les autorités adjudicatrices, peuvent être passés pour des marchés inférieurs aux seuils communautaires. Ces MAPA sont très appréciés par nos collectivités.

En étendant le champ des procédures négociées au niveau communautaire, on irait dans le sens d'une responsabilisation et d'une plus grande liberté des acheteurs publics.

Toutefois, il faut être conscient que ces procédures plus souples offrent peut-être moins de garanties que des procédures très encadrées au regard du respect des grands principes des traités, voire de la lutte contre le favoritisme ou la corruption. Pour ces raisons, il serait préférable de laisser à chaque État membre une option de retrait ou de « *opting out* », s'il estime que ses autorités adjudicatrices ne sont pas assez matures pour maîtriser cet outil nouveau. Les vingt-sept États membres ne sont pas tous dans une situation identique.

Parmi les autres pistes intéressantes du Livre vert, il y a le relèvement de certains seuils communautaires, en particulier pour les marchés de biens ou de services. Un bémol néanmoins, puisque ces seuils sont calés sur ceux définis dans le cadre de nos engagements internationaux à l'OMC. Leur révision ne sera donc pas facile. De même, il serait intéressant d'imaginer des procédures simplifiées pour l'achat de biens et de services commerciaux, c'est-à-dire de biens standardisés disponibles aisément sur le marché et dont le prix et la qualité sont semblables partout.

Un autre thème important est celui du soutien aux PME. Ces entreprises continuent à avoir du mal à répondre à certains appels d'offre en raison de la complexité des phases de sélection des candidats et d'attribution des marchés. Le Livre vert évoque de nombreuses pistes. Il ne semble pas pertinent de réserver un pourcentage des marchés aux PME. Ce serait une source supplémentaire de complexité. En revanche, un allègement des charges administratives encouragerait plus de PME à soumissionner. Une idée pourrait être d'inverser les phases d'attribution

³ Voir l'article 30 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

des marchés et de sélection des candidats. Les PME ne devraient fournir l'intégralité des documents que si elles ont été retenues.

Incidentement, aider les PME peut être un moyen d'encourager indirectement des fournisseurs locaux, sans s'attirer les reproches de la Commission européenne à propos du respect des règles de la concurrence.

Le dernier thème fort du Livre vert est l'utilisation des marchés publics en soutien des politiques sociales ou environnementales. Là encore, sur le principe, nous pouvons être d'accord. Mais les modalités doivent préserver les libertés des autorités adjudicatrices. Les directives doivent permettre aux autorités d'orienter les marchés publics vers la poursuite de ces objectifs, si elles le souhaitent. Mais elles ne doivent pas les obliger à le faire. Il faut rester ferme et refuser de se voir prescrire ce qu'il faut acheter.

Il paraît aussi préférable de prendre en compte ces objectifs dans la phase d'attribution des marchés uniquement, quitte à imaginer un troisième critère à côté du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans la phase de sélection des candidats, il y a en revanche un vrai risque d'alourdissement des charges administratives pour les entreprises et pour les autorités adjudicatrices.

À l'inverse, deux points du Livre vert méritent de fortes réserves.

Le premier concerne les coopérations public-public. Brièvement, il s'agit de toutes les coopérations et mutualisations que des personnes publiques mettent en place entre elles. Cela vise notamment les coopérations entre communes. La Commission européenne a été tentée de soumettre ces coopérations aux règles de la commande publique. Toutefois, comme l'analyse très bien un rapport de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat⁴, la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union⁵ a remis en cause cette analyse en autorisant des autorités publiques à coopérer entre elles en dehors des règles de la commande publique. Cette jurisprudence est encore très récente et toutes ces virtualités ne sont pas encore clairement cernées.

Or, on perçoit chez la Commission européenne une tentation de circonscrire cette jurisprudence. Le Livre vert suggère donc d'élaborer un cadre qui délimiterait ce qui relève ou non de la coopération public-public.

Cette proposition ne doit pas être retenue. Un Livre vert sur les marchés publics n'est pas le lieu pour discuter de la coopération public-public qui, précisément, n'en relève pas. En outre, la jurisprudence de la Cour n'est pas encore stabilisée. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne

⁴ Rapport d'information n° 495 (2009-2010) du 25 mai 2010 « Un nouvel atout par les collectivités territoriales : la mutualisation des moyens ».

⁵ Notamment l'arrêt Commission contre République fédérale d'Allemagne du 9 juin 2009 (affaire C-480/06).

est de nature à renforcer encore plus la libre organisation des collectivités territoriales entre elles.

De la même façon, il faut poser des garde-fous pour dissuader la Commission européenne d'étendre aux concessions de services certaines règles des marchés publics. La loi Sapin est un bon équilibre qu'il faut préserver.

Enfin, s'agissant de la corruption et du favoritisme, le Livre vert suggère d'étoffer le dispositif législatif. Sans s'y opposer, il est utile de mentionner dans la résolution que la législation française est déjà très complète.

Pour ces raisons, votre commission des affaires européennes a conclu au dépôt de la proposition de résolution qui suit :

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu le Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics du 27 janvier 2011,
- ④ – observe, à titre préliminaire, qu'aucun élément nouveau n'est de nature à justifier un bouleversement des règles européennes de la commande publique issues des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;
- ⑤ – constate, en outre, que les praticiens quotidiens de cette législation complexe l'ont désormais assimilée et qu'il convient de préserver une certaine stabilité ;
- ⑥ – juge en conséquence que deux principes doivent guider les réflexions du législateur européen : la simplification des procédures et la liberté des autorités adjudicatrices, dans le respect des traités ;
- ⑦ – considère ainsi favorablement la proposition de généraliser la possibilité, pour les autorités adjudicatrices, de recourir à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché ;
- ⑧ – estime néanmoins que, pour tenir compte de la diversité des situations dans l'Union, chaque État membre devrait avoir la faculté de s'opposer à cette généralisation ;
- ⑨ – accueille aussi favorablement les suggestions de relèvement des seuils communautaires et de simplification des procédures de passation applicables aux biens et services commerciaux ;
- ⑩ – s'oppose en revanche à la confusion des sujets, le Livre vert n'étant pas le bon véhicule pour débattre de la coopération public-public ; de la même façon, le débat sur les marchés publics ne doit pas déteindre sur celui relatif aux concessions de services ;
- ⑪ – soutient l'objectif d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics, par exemple en inversant les phases de sélection et d'attribution ou en réduisant les charges administratives préalables à l'attribution des marchés ; estime que de telles dispositions peuvent être aussi de nature à encourager indirectement les fournisseurs locaux ;

- ⑫ – juge intéressante l'utilisation de la commande publique pour poursuivre des objectifs sociaux ou environnementaux ;
- ⑬ – relève que les directives en vigueur le permettent déjà partiellement mais qu'elles manquent de clarté et de simplicité ;
- ⑭ – estime que les principes de liberté des autorités adjudicatrices et de simplification penchent en faveur d'une prise en compte de ces objectifs dans la phase d'attribution des marchés, mais qu'ils s'opposent à toute prescription communautaire précise des caractéristiques des biens ou services à acheter ;
- ⑮ – observe enfin qu'en matière de lutte contre le favoritisme et la corruption, la France dispose déjà d'une législation très complète ;
- ⑯ – demande au Gouvernement d'agir dans le sens de ces orientations.