



L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT
Les Hlm, habiter mieux, bien vivre ensemble

Mission Affaires européennes
Représentation auprès de l'Union européenne

Parce que l'avenir du logement social se joue également à Bruxelles

Square de Meeus, 18 B-1050 Bruxelles
Tel. 32 221 38 440
ue@union-habitat.org

Coopération Hlm et marchés publics : Nouvelle donne

RDV Europe

Congrès de l'Union sociale pour l'habitat,

24 septembre 2013, Lille

La coopération public-public est actuellement régie en droit européen par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le Juge communautaire a ainsi développé :

- des critères de « **coopération verticale** » dans sa jurisprudence sur le « In House » depuis l'arrêt Teckal,
- des critères de « **coopération verticale** » avec l'arrêt Hambourg, qui permettent d'exclure l'application des règles des marchés publics lors de coopération entre autorités locales.

Cette jurisprudence, d'application stricte, suscite de nombreuses interrogations et pérennise une certaine insécurité juridique en la matière préjudiciable aux organismes Hlm qui sont encouragés par les pouvoirs publics à mutualiser leurs moyens afin de rationaliser leurs dépenses dans un contexte budgétaire défavorable.

Au regard de la jurisprudence, il est clairement établi que ces coopérations doivent être composées exclusivement de personnes publiques afin de ne pas devoir passer des procédures de mise en concurrence. En effet, la moindre participation privée au sein d'une coopération conduit à l'application des directives marchés publics selon cette jurisprudence.

Pendant, il a toujours été considéré que par extension, cette jurisprudence était valable dans le cas des coopérations entre organismes publics et privés Hlm dans la mesure où les deux types ont été qualifiés par le juge communautaire de pouvoir adjudicateur.

Un document de travail de la Commission européenne a été consacré à cette problématique de coopération public-public en octobre 2011. Il y est évoqué le régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs, et notamment aux organismes de droit publics, qui comptent en leur sein des participations privées règlementées par les pouvoirs publics, à l'exemple des ESH.

Dans ce document, la Commission européenne, tout en rappelant la jurisprudence sur les participations privées, reconnaît la situation particulière des organismes de droit public disposant de capitaux privés et estime qu'elle doit être examinée.

Mais la Commission ne les exclut pas pour autant de la notion de coopération public-public dans la mesure où le juge européen n'a été saisi que de contentieux de coopération entre autorités publiques et non pas de contentieux de coopération entre organismes de droit public.

Rien dans la position du juge ne permet en effet de traiter de façon discriminatoire les organismes de droit public et les autorités publiques, tous deux pouvoirs adjudicateurs au regard du droit européen des marchés publics.

La proposition initiale de la Commission européenne

Pourtant dans les propositions de directives marchés publics et concessions de décembre 2011, la Commission européenne propose de codifier les relations entre pouvoirs adjudicateurs et revient sur ses précisions précédemment apportées dans son document de travail.

Elle exclut ainsi toute participation privée dans la coopération public-public, même celles en capital des organismes de droit public.

Cette proposition de codification extensive exclue en droit la participation des organismes privés d'hlm à toute coopération public-public en raison de la constitution de leur capital et ce malgré leur qualification de pouvoir adjudicateur. Une double peine en quelque sorte par les organismes de droit public à capitaux privés.

Distinguer participation privée au capital et participation privée directe au contrat de coopération.

L'Union sociale pour l'Habitat s'est mobilisée afin d'explicitier cette discrimination et ses conséquences pour les bailleurs sociaux. Elle a demandé aux institutions européennes de reconnaître les spécificités des organismes de droit public à participation privée dans la directive en cours de révision.

Le Parlement européen s'est positionné en faveur d'une ouverture de ce critère de l'exclusion de toute participation privée sous certaines conditions, et le Conseil européen a travaillé sur un compromis afin d'apporter une solution concrète à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Les négociations entre le Conseil, le Parlement et la Commission en trilogue ont abouti cet été à l'adoption d'un texte définitif sur la coopération public public qui reconnaît cette particularité des bailleurs sociaux. Les nouvelles dispositions permettent aux ESH, en qualité d'organisme de droit public à capitaux privés, de bénéficier des dispositions en matière de coopération public-public.

Cette nouvelle rédaction de compromis introduit une sécurité juridique pour les coopérations entre organismes publics et/ou privés d'Hlm en les excluant explicitement du champ d'application de la directive marchés publics.

Propositions initiales

Dispositions proposées par la Commission européenne

Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

- (a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services;
- (b) au moins 90 % des activités de cette personne morale sont exercées pour le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou pour d'autres personnes morales qu'il contrôle;
- (c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet **d'aucune participation privée**.

Proposition d'amendement du Parlement européen

(c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet d'aucune participation privée, **à l'exception des formes de participation privée sans contrôle ou imposées par la loi, conformément aux traités, qui n'influent pas sur les décisions du pouvoir adjudicateur qui exerce le contrôle**

Dispositions définitives applicables à la coopération public-public, suite à l'accord politique de cet été (*traduction non officielle*)

Considérant 14

D'importantes incertitudes juridiques subsistent en ce qui concerne l'applicabilité des règles sur les marchés publics aux contrats conclus entre entités du secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations différemment entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus dans le secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives aux marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des autorités publiques n'exclut pas en soi l'application des règles relatives aux marchés publics.

Cependant l'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec le droit des pouvoirs publics d'effectuer librement les missions de service public qui leur sont conférées en utilisant leurs propres ressources, y compris la possibilité d'une coopération avec d'autres autorités publiques.

Il convient de s'assurer que toute coopération public-public exonérée n'entraîne pas une distorsion de concurrence par rapport aux opérateurs économiques privés dans la mesure où elle met un fournisseur privé de services dans une position avantageuse vis-à-vis de ses concurrents.

Considérant 14 aaaaa)

Les marchés publics passés aux personnes morales contrôlées ne doivent pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée réalise plus de 80% de ses activités dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées par l'autorité contractante de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par cette autorité contractante, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du contrat.

L'exemption ne devrait pas s'étendre à des situations où il y a une participation directe par un opérateur économique privé dans le capital de la personne morale contrôlée puisque, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans mise en concurrence permettrait à l'opérateur économique privé, avec une présence au capital de la personne morale contrôlée, de bénéficier d'un avantage indu sur ses concurrents. Toutefois, compte tenu des caractéristiques particulières des organismes publics avec adhésion obligatoire, telles que les organisations responsables de la gestion ou de l'exercice de certains services publics, cela ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation des opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition de droit national en conformité avec les traités, à condition que cette participation est minoritaire et "non-bloquante" et ne confère pas une influence déterminante sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que l'élément décisif est la participation directe du secteur privé dans la personne morale contrôlée. Donc où il y a participation de capitaux privés dans le pouvoir adjudicateur de contrôle ou dans les pouvoirs adjudicateurs de contrôle, cela n'exclut pas l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, **qui peuvent disposer de participation de capitaux privés**, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption pour la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions en matière de coopération horizontale sont remplies, l'exemption de coopération horizontale devrait s'étendre à tous les pouvoirs adjudicateurs, lorsque le contrat est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs.

Considérant 14 aaaa)

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent choisir d'offrir conjointement leurs services publics par le biais de la coopération, sans être obligé d'utiliser une forme juridique particulière. Une telle coopération peut couvrir tous les types d'activités liés à l'exécution des services et responsabilités attribuées ou assumées par les autorités participantes, telles que les tâches obligatoires ou volontaires des autorités ou des services locaux ou régionaux conférées à des organes spécifiques de droit public. Les services fournis par les différentes autorités participantes ne doivent pas nécessairement être identiques, ils peuvent aussi être complémentaires.

Les contrats pour la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles énoncées dans la présente directive à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations relatives à l'intérêt public et qu'aucun prestataire privé n'est placé dans une position avantageuse vis-à-vis de ses concurrents.

Afin de remplir ces conditions, la coopération doit être fondée sur un concept de coopération d'exécution. Cela n'exige pas que toutes les autorités participantes assument l'accomplissement des principales obligations contractuelles, aussi longtemps qu'il y a des engagements à contribuer à la coopération de l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants, doit être régie uniquement par des considérations liées à l'intérêt public.

Article 11 : Contrats entre entités du secteur public

Exception In House : contrat entre un organisme Hlm et une personne morale distincte qu'il contrôle

1. Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale de droit privé ou public ne relève pas du champ de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services.

(b) plus de 80% des activités de cette personne morale sont exercées dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ce pouvoir adjudicateur.

c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet d'**aucune participation directe de capital privé à l'exception des formes de participation de capital privé sans contrôle et sans blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui n'exercent pas d'influence décisive sur la personne morale contrôlée**

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Le contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même façon par le pouvoir adjudicateur.

In house inversé : contrat entre la personne morale distincte et les organismes Hlm qui la compose

2. Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une entité contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché à l'entité qui la contrôle, ou à une personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, dès lors que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne fait l'objet d'aucune participation directe de capital privé à l'exception des formes de participation de capital privé sans contrôle et sans blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui n'exercent pas d'influence décisive sur la personne morale contrôlée.

In house conjoint : contrat entre plusieurs organismes Hlm et une personne morale distincte qu'ils contrôlent

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale de droit privé ou public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public sans appliquer la présente directive à cette personne morale, dès lors que les conditions suivantes sont réunies:

- a) Le pouvoir adjudicateur exerce conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs sur cette personne morale un contrôle semblable à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
- b) plus de 80% des activités de cette personne morale sont exercées dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ces pouvoirs adjudicateurs ;
- c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet d'aucune participation directe de capital privé à l'exception des formes de participation de capital privé sans contrôle et sans blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui n'exercent pas d'influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins du point a) sous paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur la personne morale dès lors que toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) les organes décisionnels des personnes morales concernées sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants. Des représentants individuels peuvent représenter plusieurs ou tous les pouvoirs adjudicateurs participants;

(b) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée;

(c) la personne morale ne poursuit pas d'intérêts contraires de ceux des pouvoirs adjudicateurs contrôlant.

Coopération horizontale : contrat de coopération entre organismes Hlm sans création d'une structure, pour accomplir leur mission d'intérêt général

4. Un contrat conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de s'assurer que les services publics qu'ils ont à accomplir sont fournis en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun;

(b) la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations liées à l'intérêt public;

c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché libre moins de 20% des activités concernées par la coopération.

6. Pour déterminer le pourcentage d'activités visé aux 11 (1)(b), 11 (3)(b) et 11(4)(c), le chiffre d'affaire total moyen, ou une autre mesure fondée sur l'activité appropriée tels que les frais encourus par la personne morale concernée en matière de services, de fournitures et de travaux pour les trois années précédant l'attribution du marché doivent être prises en considération.

Lorsque, en raison de la date à laquelle la personne morale concernée a été créée ou du début d'activités ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou autre mesure fondée sur l'activité tels que les coûts, soit ne sont pas disponibles pour les trois années précédentes ou ne sont plus pertinentes, il suffira de montrer que la mesure de l'activité est crédible, notamment par des projections d'activités.

Annexe : Principales dispositions de la nouvelle directive marchés publics

Après différentes consultations sur la modernisation des directives marchés publics, afin de permettre leur simplification mais aussi leur usage stratégique dans le cadre de la Stratégie Europe 2020 et l'Acte pour le marché unique, un rapport du Parlement européen, la Commission européenne a proposé une nouvelle directive relative aux marchés publics en décembre 2011. Le Parlement européen et le Conseil sont parvenus à un accord sur ce texte en juin dernier. Principales dispositions :

- Réaffirmation du respect de la liberté des Etats membres pour définir et organiser les services d'intérêt économique général
- Sanction des violations du droit du travail, du droit social et du droit de l'environnement par les soumissionnaires
- Pas de modification de la notion de pouvoir adjudicateur
- Pas de modifications des seuils malgré les demandes : 5 000 000 euros pour les travaux et 130 000 euros pour les services
- Suppression de la distinction des services A et B
- Suppression des dispositions spécifiques aux logements sociaux
- Elargissement de la notion de marchés protégés
- Précisions de la notion de conflits d'intérêts
- Encadrement renforcé de la sous traitance
- Nouvelles procédures de négociation non obligatoires
- Raccourcissement des délais
- Favoriser l'utilisation des lots : explication en l'absence d'allotissement à fournir par les pouvoirs adjudicateurs- les dispositions nationales peuvent imposer l'allotissement pour certains marchés
- Sélection des participants : critère de l'offre économiquement la plus avantageuse applicable et suppression de celui du prix le plus bas
- Possibilité d'imposer dans l'exécution du contrat des dispositions en matière sociale, environnementale, mais toujours en lien avec le contrat
- Introduction de la notion de cycle de vie pour prendre en compte les critères environnementaux
- Codifier la vie du contrat de marché : seuil modification du contrat sans nouvel appel d'offre, 15% pour les travaux et 10% pour les services
- Création d'un chapitre relatif aux services sociaux : seuil d'application > à 750 000 euros

Votre interlocuteur sur ce dossier :

Virginie Toussain, Conseiller juridique
Mission affaires européenne – Représentation auprès de l'UE
Union sociale pour l'habitat
e-mail : virginie.toussain@union-habitat.org

En savoir plus : <http://www.union-habitat.eu>