



Les associations, l'ordonnance de Transposition des Directives « Marchés publics » et « Concession » et la loi Macron

Compte rendu de la conférence débat du Collectif des associations citoyennes du 10 février 2015 : *Transposition de la directive européenne « marchés publics », en droit national : un nouveau danger pour beaucoup d'associations !*

Par Jean Claude BOUAL

Le projet d'ordonnance que nous examinons aujourd'hui est pris en application de l'article 57 du projet de loi dit Macron en cours de débat au Parlement.

Cette loi aura un impact non négligeable sur l'activité des associations dans leur ensemble bien qu'il soit difficile aujourd'hui d'en saisir toutes les implications car les textes ne sont pas définitifs et sont particulièrement obscurs, mouvants et même peu en harmonie.

En clair, l'exposé des motifs *-qui explique le contenu et l'esprit des articles de loi ainsi que l'étude d'impact-* dit autre chose que le contenu des articles de loi. De plus, suite au débat à la commission spéciale de l'Assemblée nationale, le nombre d'articles a doublé du fait des nombreux amendements acceptés par le gouvernement et les projets d'ordonnance prévus par la loi ne sont pas connus dans leur contenu. Le Conseil d'Etat, lui-même, s'est plaint que l'étude d'impact ait été bâclée.

La loi Macron elle-même :

- Est une loi fourre tout mais avec une idéologie économique ultralibérale et, sur le plan des libertés des citoyens et des associations, liberticide. Elle touche pratiquement à tous les codes juridiques : de l'environnement, de l'urbanisme et du logement, du travail, du commerce, des transports... et bien sûr des marchés publics.
- Est une loi non explicitée et compliquée à tel point que dans le débat au sein de la commission spéciale créée par l'Assemblée nationale pour l'examiner, certains participants rapporteurs, sur une partie de la loi, ont avoué n'y rien comprendre sur d'autres aspects.
- Le vocabulaire, vague, cache une technicité effrayante *-dont les conséquences n'apparaissent pas-* et qui donne le pouvoir à la technocratie.
- Elle pose de vrais problèmes de démocratie :
 - Par la procédure accélérée qui limite en temps les débats et empêche les échanges entre l'Assemblée nationale et le Sénat ;
 - C'est en fait une loi d'habilitation pour « légiférer par ordonnances », évitant ainsi le débat au Parlement et, par conséquent, dans la société.
- La technicité cache des dispositions qui remettent en cause les droits des citoyens et salariés par un détricotage de droits existants, mais aussi en organisant la répression par des dispositions sur :
 - L'urbanisme,

- L'environnement, afin de lutter contre les associations qui contestent par exemple les grands projets inutiles,
- Le secret industriel,
- Le droit du travail, en modifiant en profondeur le contrat de travail, en le transférant de fait (dans les procédures...) du droit du travail (trop protecteur) au droit pénal, c'est-à-dire le droit individuel du salarié seul face au patron.

L'Assemblée nationale a doublé le volume de la loi en aggravant certains de ces aspects :

- Le secret industriel (retiré...mais...) ;
- La réforme du permis de conduire avec par exemple le recours aux postiers qui pourraient faire passer le permis plutôt que d'embaucher des inspecteurs.

Cette loi exigerait une soirée à elle seule car beaucoup de ses dispositions concernent les associations. Le Collectif des associations citoyennes (CAC) a pris date en alertant la semaine dernière dans un article à Bastamag de ses dangers pour les associations ([LIRE ICI](#)). Mais c'est trop peu (un article est forcément limité) et la loi mériterait une analyse complète, ce qui à ma connaissance n'a pas été fait à ce jour. De plus, elle bouge tous les jours dans le débat à l'Assemblée nationale avec les amendements.

L'Assemblée nationale doit l'adopter en première lecture fin février pour un passage au sénat mi-avril.

Pour en revenir à l'ordonnance sur les marchés publics :

L'article 57 du projet de loi Macron prévoit :

« Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi :

1° Nécessaires à la transposition de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;

*2° Permettant de rassembler et de simplifier, au sein d'un régime juridique unique, les règles communes aux différents contrats de la commande publique qui sont des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne, ainsi que de procéder à la mise en cohérence et à l'adaptation des règles particulières propres à certains de ces contrats, eu égard à leur objet. (Amendement proposé : Permettant d'**unifier** et de simplifier les règles...).*

L'article 57 ne vise donc **que** la Directive « Concession » alors que le projet d'ordonnance vise également deux Directives « Marchés publics »¹. Et le texte de l'ordonnance par la suite ne fait pas de distinction entre « Marchés publics » et « Concessions ». Or, ce sont deux choses très différentes et le gouvernement se montre incohérent et inconséquent, car la France s'est battue au niveau de l'Union européenne pour que la distinction soit faite entre « Concessions » et « Marchés publics » !

De fait, cette non distinction pousse inévitablement les services publics (les délégations de service public) vers les marchés publics donc vers une concurrence plus vive encore et tend à réduire l'attribution d'un service public à un marché de marchandises, donc à nier la notion même de service public.

Au moins quatre questions concernent directement les associations :

- La définition des autorités adjudicatrices ;
- Les marchés réservés ;

¹ Il y a donc ici 3 Directives européennes : 2 « Marchés publics » (une de 2014 et une de 2009 sur les 3 existantes) et 1 « Concessions » qui doivent être réécrites –donc adaptées– dans le droit national de chaque pays de l'Europe ; il existe donc des marges d'adaptation que chaque pays utilise –ou non– sous l'œil vigilant de la Commission européenne qui peut demander de refaire quand elle l'estime nécessaire.

- Le système de passation et d'attribution des marchés :
- Le non marchand et les services d'intérêt économique général (SIEG).

La définition des autorités adjudicatrices :

En droit communautaire (donc en droit national) une autorité adjudicatrice est un organisme public (Etat, collectivités locales et leur groupement, établissement public, etc.).

Et selon l'article 2 paragraphe 4 « *organisme de droit public, tout organisme présentant toutes caractéristiques suivantes :*

- a) *Il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;*
- b) *Il est doté de la personnalité juridique ;*
- c) *Soit il est financé majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ; »*

Ce qui y fait entrer certaines associations, mais pas toutes, et pas toutes celles qui sont financés à 50% par les pouvoirs publics. En particulier, certaines des associations qui sont à l'origine d'une action et qui reçoivent une subvention au sens de la définition de la loi Economie Sociale et Solidaire du 31 juillet 2014², même si cette subvention est supérieure à 50% du montant de l'action, devraient pouvoir échapper à cette définition en fonction de l'action qu'elles mènent.

Mais le projet d'ordonnance dit article 8 :

« Les pouvoirs adjudicateurs sont :

- 1) Les personnes morales de droit public
- 2) Les **personnes morales de droit privé** qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont :
 - a- Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - b- Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - c- Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.
- 3) Les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs »

Ce qui fait passer **toutes** les associations financées à plus de 50% par les pouvoirs publics dans les pouvoirs adjudicateurs. Ce qui les obligerait à passer des marchés publics pour leurs achats supérieurs à 23 000 euros. Il y a pour le moins ambiguïté !

Si c'est le cas, vive la simplification administrative ! De plus cette disposition les ferait basculer dans le marché et la concurrence par la même occasion.

Les marchés réservés :

Il y a plusieurs types de marchés réservés.

² «Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. »

2 types selon la disposition qui existe à la fois dans la Directive « Marchés publics » article 29 et la Directive « Concessions » article 24 :

« Section 5 : marchés publics réservés »

Sous-section 1 : Réserve de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés

Article 29

I.- des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L.5213-13 du code du travail et à l'article L.344-2 du code de l'action sociale et des familles et à des structures équivalentes qui emploient une proportion minimale fixée par voie réglementaire de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

II.- des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L.5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes qui emploient une proportion minimale fixée par voie réglementaire de travailleurs défavorisés.

Ici la question est l'accès des structures d'insertion par l'activité économique à des marchés réservés qui pose problème aux associations d'insertion, car cette disposition n'existe pas aujourd'hui et les associations craignent une concurrence déloyale.

Sous section 2 : Réserve de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

Article 30

I.- Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur les services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est fixée par voie réglementaire peuvent être réservés par les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 susvisée ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles répondent aux conditions cumulatives suivantes :

1° Elles poursuivent une activité de service public relative aux services mentionnés sur cette liste ;

2° l'entreprise à laquelle il est envisagé d'attribuer le marché public n'est pas titulaire, au cours des trois années précédentes, d'un marché public relatif aux services mentionnés ci-dessus attribué par l'acheteur public qui passe ce marché public.

II.- La durée maximale du marché public n'est pas supérieure à trois ans. »

Ce qui pose problème c'est l'assimilation « Marché public » et « Concession » sur la base des marchés publics pour la continuité du service public. En effet cette disposition peut à la rigueur se comprendre pour des marchés publics car il s'agit d'acheter sur un marché un bien ou un service une fois pour toute. Mais pour les « Concessions » qui impliquent des missions de service public cette disposition des 3 ans, pose question quant à la continuité du service public. De fait elle l'interdit car il faudrait changer d'entreprise tous les 3 ans. Une absurdité, l'autorité publique chargée d'organiser le service public serait en permanence en train de passer des marchés publics ! D'ailleurs cette disposition des 3 ans n'existe pas dans la Directive « Concessions » ;

La passation et l'attribution des marchés :

Le projet d'ordonnance non seulement n'utilise pas toutes les souplesses d'attribution qu'offre la Directive « Marchés publics » en matière de critères sociaux ou environnementaux, mais son article 45 renvoie de fait au seul critère de prix pour attribuer le marché.

Les souplesses des Directives, que disent-elles ?

Directives Marchés publics :	Ordonnance de transposition :
<p>Article 67 précise que « <i>L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple des critères suivants :</i></p> <p>a) <i>La qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;</i></p> <p>b) <i>L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou</i></p> <p>c) <i>Le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.</i></p> <p><i>Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.</i></p> <p><i>Les Etats membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. »</i></p>	<p>Rien de tout cela n'est repris dans le projet d'ordonnance.</p>
<p>Article 74 :</p> <p>Attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques.</p> <p>Les marchés publics pour les services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV sont attribués conformément au présent chapitre lorsque la valeur des marchés est égale ou supérieure au seuil indiqué à l'article 4, point d).</p>	<p>Non transposé à ce stade</p>
<p>Article 45 « <i>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes ou exiger une telle présentation. Ils indiquent dans l'avis de marché ou, lorsque l'avis de préinformation sert de moyen d'appel à la concurrence dans l'invitation à confirmer l'intérêt, s'ils autorisent ou exigent ou non les variantes. Les variantes sont liées à l'objet du marché ».</i></p>	<p>Non transposé à ce stade</p>
<p>Article 70</p> <p>Conditions d'exécution du marché.</p> <p>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à concurrence</p>	<p>Article 31</p> <p>I.- les conditions d'exécution d'un marché public peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs du développement durable, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.</p>

En ce qui concerne l'attribution du marché », le projet d'ordonnance se contente de dire – article 45 - : « *Le marché public est attribué au candidat ou, le cas échéant aux candidats qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères liés à l'objet du marché public au sens de l'article 31. »*

Rédaction qui nous ramène inévitablement au moins disant, donc au choix sur le seul critère du prix. Décidément, Bercy ne veut pas entendre parler de critères sociaux et environnementaux.

Le Non-marchand :

L'article 74 de la Directive prévoit une procédure simplifiée (publicité au Journal officiel de l'Union européenne essentiellement avant de passer le marché) pour toute une série de services dont :

Les services qui sont visés à l'annexe XIV de la directive, soit notamment les services suivants :

- Les services sanitaires, sociaux et connexes ;
- Les services éducatifs et culturels ; et notamment l'enseignement et la formation, l'organisation de foires, d'expositions, de séminaires et événements culturels, festivals, organisation de fêtes ; pour ces services, la commission admet qu'ils varient grandement d'un Etat membre à un autre du fait des traditions culturelles différentes ;
- Les services de sécurité sociale obligatoire ;
- Les services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services et organisations associatives ;
- Les services religieux ;
- Les services d'hôtellerie et de restauration et notamment les services de cantines et de restauration scolaire ;
- Une partie des services juridiques ;
- Les services de santé, hospitaliers, d'analyse, ambulanciers, de pharmacie, d'action sociale, d'orientation et de conseils professionnels,... ;
- Les services d'éducation et de formation professionnelle : service d'enseignement primaire, secondaire, supérieur, service de formation du personnel, professionnelle, informatique,... ;
- Les services récréatifs, culturels et sportifs : services de bibliothèques, archives, musées, services artistiques, exploitation de salle de spectacle, de casinos, d'installations sportives.

En outre, l'annexe XIV vise non seulement des services définis en fonction de leur nature mais aussi des services définis par les organismes qui les assurent. Parmi ceux-ci sont visés les services fournis par les organisations associatives, les organisations syndicales, politiques et les associations de jeunes. De part leurs statuts, les associations sociales peuvent donc aussi bénéficier du régime de passation allégé des services sociaux et autres services spécifiques.

Ces dispositions ne figurent pas dans le projet d'ordonnance :

Autre question préoccupante. Pour l'ordonnance, il n'y a même plus de service public.

La Directive dans l'article 76 précise que les pouvoirs adjudicateurs prennent en compte les exigences fondamentales des SIEG à savoir : *la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris les catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des usagers, ainsi que l'innovation* ».

Rien dans l'ordonnance ! Ce qui est normal puisque une concession, qui implique des missions de service public n'est pas distinguée d'un marché public qui n'implique pas de mission de service public. Donc pour les rédacteurs du projet d'ordonnance il n'y a plus de « mission de service public » mais uniquement des « marchés publics ».

ECHANGES / DEBATS / PROPOSITIONS :

Une consultation publique a été ouverte sur le projet d'ordonnance de transposition mais elle a été courte et nous n'avons pas pu nous en saisir ([voir ICI l'avis du HCVA](#)).

Là on « accélère » 2 fois : pour Macron et ensuite par ordonnance !! Et la loi devient en plus immédiatement applicable.

- Peut-être les associations peuvent **saisir sur l'utilisation de cette ordonnance ?**

Les dispositions particulières permettent par ordonnance la réalisation des grands équipements inutiles (comme triangle de Gonesse) car **permet de shunter le débat public.**

Sur le projet d'ordonnance peut attaquer car ce n'est qu'une procédure d'exception (devenue presque une méthode « normale » du gouvernement).

Idem procédure « spéciale » pour loi Macron.

- **Ecrire une lettre au 1^{er} ministre pour poser les questions claires ?**
- Faudrait lister les 4 points soulignés pour dire dans un **courrier au gouvernement** :
 - 1/ ce qu'on lit dans la Directive,
 - 2/ ce qu'on lit dans le projet d'ordonnance (avec les confusions sémantiques) et
 - 3/ voilà les conséquences (du concret) que nous voyons pour les asso et les citoyens
 - 4/ la rendre ouverte, la diffuser

Miser sur la loi Macron ou sur l'ordonnance ??

- Il faut **relever des éléments précis** (sur annexe 14, sur les possibilités d'adapter autrement ce texte européen...) et **obtenir des choses concrètes contre l'ordonnance** – plus que sur loi Macron où d'autres sont positionnés (et nous signerons, et soutiendrons ces démarches).
- **Nécessité d'une lettre publique pendant que la loi Macron est en discussions.**

Comment ça se fait qu'une ordonnance soit attachée à une loi ?

A quel niveau on se situe pour contester cette ordonnance ?

En premier on conteste **le principe d'ordonnance** déjà (après guerre tout était pris comme ça : vote des femmes, la sécu...) > soulever que la multiplication de ces ordonnances est antidémocratique et **surtout que les dispositions qui y sont prises vont au-delà des éléments prévues par l'Europe et que les associations risquent d'y être soumises.**

On espérait que le gouvernement français utiliserait toutes les marges de manœuvre possibles en droit français – *ce n'est pas la 1^{ère} fois que la France va au-delà (Directive « service » dite Directive « Bolkestein » a totalement été réécrite par le gouvernement qui l'a transposé dans une multitude de lois auxquelles on ne comprend rien alors que l'Allemagne a bien fait cette transposition).*

La loi Macron transpose une dizaine de directives européennes en fait ! *La commission spéciale créée à l'Assemblée nationale en a rajouté dans le versant néolibéraliste en multipliant le nombre d'articles. Les députés ne l'ont en rien infléchi !*

L'étude d'impact que dit-elle ? Peut-on l'invoquer comme inconstitutionnelle là ? Comme elle n'évalue pas les dommages collatéraux... ([LIRE ICI](#) les 3 tomes en bas de page).

Pour ce soir nous avons eu une énorme demande d'asso/personnes qui veulent un compte rendu (plus de 160), donc y a un vrai potentiel même si ce soir nous sommes peu nombreux (trentaine).

1ere demande à poser : **que la France utilise les marges de manœuvres permises par l'Europe dans les textes des directives européennes**

Pour la Directive « Bolkestein », il y a eu réécriture et on a obtenue des éléments (pas tout mais un peu, mais ça n'aurait été possible si y avait pas eu de mobilisation). Donc là ça devrait être possible.

3 niveaux de combats contre l'Europe :

- Meilleure interprétation possible de la part de la France des textes européens
- Equilibre et même contrecarrer le droit de la concurrence
- Contester le traité et en demander un autre

Etre simultanément sur ces 3 niveaux de critiques

Quand y a mobilisation, on peut infléchir les marges de manœuvres.

- On peut envisager mobilisation transversale pour faire reculer le gouvernement ; **pousser la logique jusqu'au bout pour faire pédagogique, dire ce que serait le pire d'une interprétation ambiguë !!**

Principe d'une lettre ouverte avec un dossier au 1^{er} ministre, qui s'adresserait aussi aux associations.

Dans un second temps proposer un dossier pédagogique synthétique

Si on va dans l'absurde : demanderait bien plus aux associations (appels d'offre pour tout achat de plus de 23.000€ -15.000€ HT-) qu'on ne le demande aux structures en délégations de services publiques !! En effet, une fois la délégation établie –via un appel d'offre- elles ne passent pas d'appels d'offre pour leurs achats ... double peine là sinon !!

Les deux sujets Macron et ordonnance sont liés, mais doit les traiter séparément et nous nous orientons surtout sur l'ordonnance avec une approche juridique qui ne parlera pas tellement aux petites associations mais bien plus au HCVA, aux ministres... Il faut donc faire aussi une « traduction » simple axée sur les conséquences pour les associations.

Les étapes à venir :

- 1/ un CR à envoyer aux présents et intéressés (+ sur site et réseaux)
- 2/ une lettre ouverte sur les 4 points : France n'utilise pas les marges, qu'elle le fasse !
- 3/ illustrer par du concret et émotionnel (toucher les gens)
- 4/ voir comment les autres pays ont transposé (concrètement ce qui est donc possible de faire)
- 5/ traiter les réactions de personnes ne connaissant rien aux associations et trouvant les appels d'offres « très bien » par rapport à des subventions qu'ils pensent nécessairement opaques...

Les 2 premiers points sont lancés, toute personne voulant participer aux points suivants peut le faire dans un petit groupe de travail qui va se « voir » 3 ou 4 fois (le travail à distance ne pose pas problème) : veuillez le signaler en mail à contact@associations-citoyennes.net

Collectif des Associations Citoyennes

108 rue Saint-Maur 75011 Paris - tél 07 70 98 78 56

contact@associations-citoyennes.net

Voir plus d'informations sur le site www.associations-citoyennes.net