

Le droit commun de la commande publique au service de l'économie insulaire

Hélène Hoepffener

► **To cite this version:**

Hélène Hoepffener. Le droit commun de la commande publique au service de l'économie insulaire. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2018, pp.07-24. hal-02550271

HAL Id: hal-02550271

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550271>

Submitted on 22 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**DROIT ADMINISTRATIF DES CONTRATS
DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE**

Le droit commun de la commande publique au service de l'économie insulaire

Hélène HOEPFFNER

*Professeur de droit public
IEJUC – Université Toulouse 1 Capitole*

Résumé :

Le droit français commun de la commande publique permet-il de favoriser les entreprises insulaires et, si oui, dans quelle mesure ? À cette question, traitée dans le cadre du colloque « Commande publique et insularité » organisé en novembre 2017 au sein de la Faculté de droit et d'économie de l'Université de La Réunion, une réponse nuancée doit être apportée. La réponse s'avère positive, car le droit commun comporte déjà de nombreux dispositifs permettant de favoriser les entreprises insulaires, de sorte que la nécessité d'instituer des régimes dérogatoires à cette fin apparaît relative. Toutefois, la solution n'est pas pour autant automatique, car la mise en œuvre de ces dispositifs suppose une démarche à tous égards volontaire, et ce tant de la part des acheteurs que de celle des entreprises.

Summary :

Does French ordinary law of public procurement make it possible to help island companies and, if so, to what extent? A balanced answer must be given on this issue, which was dealt with during the symposium on "Public Procurement and Insularity" at the School of Law and Economics, University of Reunion Island, in November 2017. The answer proves to be positive, because ordinary law already includes many mechanisms that make it possible to help island companies, meaning that there does not appear to be an absolute need for derogatory provisions to this end. However, this answer does not mean that the implementation of these mechanisms is automatic, as the said implementation requires an entirely voluntary approach, as much on behalf of purchasers as on behalf of companies.

Le président de la République Emmanuel Macron, à l'occasion de son discours d'ouverture des Assises des Outre-mer à Cayenne, s'est attardé quelques instants sur le thème des économies ultramarines. Après avoir rappelé que ces économies sont fortement dépendantes de la commande publique, il a insisté sur son souhait de « *repenser de manière transversale nos outils et (...) nos dispositifs de soutien* » : « *les procédures doivent pouvoir être plus accélérées, une simplification des critères permise par la réforme d'il y a deux ans du code doit être mieux expliquée pour que chacune des collectivités puisse comprendre et utiliser au mieux la commande publique pour favoriser le développement de filières locales* ». Il a invité les acteurs à utiliser « *proprement la commande publique avec des critères d'emplois locaux, des critères sociaux, même des critères environnementaux* » et préconisé une simplification des règles. Ces propos, qui reprennent un récent rapport d'information sénatorial¹ témoignent de la grande actualité du sujet qui m'a été confié.

Les outre-mer évoluent dans un contexte économique particulier. Cela a déjà été souligné à plusieurs reprises : les « *territoires ultramarins, quels que soient leur statut institutionnel dans la République et leur situation géographique, représentent un îlot de prospérité en comparaison de leurs voisins. Mais les écarts de niveaux de vie entre les populations ultramarines et la population hexagonale demeurent importants* », au point de freiner « *le développement de ces territoires* »². Leur économie générale est marquée par des handicaps structurels importants. L'exiguïté de leurs marchés, leur situation géographique (insularité, faible superficie et climat) et leur éloignement pèsent sur leur développement économique et social. De fait, le PIB moyen par habitant des cinq départements ultra-marins est presque deux fois plus faible que celui de la métropole³. Dans ce contexte, la sphère publique est souvent, pour des raisons historiques, le premier employeur et la commande publique un levier important de l'économie.

Paradoxalement cependant, l'accès à la commande publique des entreprises insulaires est restreint. Celles-ci subissent, en raison de leur

¹ *Le BTP outre-mer, au pied du mur normatif : faire d'un obstacle un atout*, Rapport d'information d'E. Doligé, K. Claireaux, V. Lopez, juin 2017.

² Rapport n° 287 (2016-2017) de M. Darnaud, commission des lois, 11 janvier 2017, AN. En ce sens déjà : Rapport d'information de MM. Éric Doligé et Michel Vergoz, fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer n° 710 (2013-2014) - 9 juillet 2014.

<https://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-710-notice.html>.

³ Il se situe aux alentours de 15.500 euros contre 29.000 pour la métropole.

situation géographique, « *une concurrence asymétrique* »⁴. D'un côté, les cinq départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion), contrairement aux collectivités d'outre-mer soumises au principe d'autonomie (Polynésie, Nouvelle-Calédonie, îles Wallis et Futuna), sont soumis au droit commun de la commande publique. Que l'on se trouve dans le Morbihan, en Martinique, en Alsace ou à la Réunion, les règles de l'achat public sont strictement identiques alors que l'environnement économique est très différent. Leur application conduit souvent à priver les entreprises insulaires de contrats. D'un autre côté, leur isolement géographique les prive de l'accès à la commande publique métropolitaine et les normes protectionnistes des États voisins ne leur permettent pas davantage d'accéder aux marchés voisins géographiquement.

Dans cette perspective, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure, sans aller jusqu'à créer un droit dérogatoire, le droit commun de la commande publique⁵ permet de favoriser les entreprises insulaires. En réalité, une telle question est intimement liée au problème, ancien⁶, de l'accès des TPE/PME à la commande publique. Qu'entend-on en effet par l'entreprise locale si ce n'est la PME locale ?

Il ne fait aucun doute que le « localisme », c'est-à-dire l'action de favoriser des entreprises en leur attribuant des contrats sur la base de la préférence locale se heurte frontalement aux principes fondamentaux de la commande publique. Des critères liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats sont discriminatoires aussi bien en droit de l'Union européenne⁷ et la décision d'attribuer un contrat sur la base d'une

⁴ Voyez l'intervention de M. G. Arnell au Sénat lors de la séance du 18 janvier 2017 à l'occasion de la première lecture de la loi relative à l'égalité réelle.

⁵ Notre propos se limite au droit français de la commande publique, le droit européen étant abordé par le professeur Stéphane de la Rosa.

⁶ J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP* 2001, n°16, p.214 ; L. STOLÉRU, « L'accès des PME aux marchés publics », *Rapport au pdt République*, déc. 2007 ; Communication de la Commission européenne 25 juin 2008, *Think small first : Priorité aux PME, un Small Business act pour l'Europe*, COM (2008) 394 final.

⁷ CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ République italienne*, aff. C-360/89 : une réglementation nationale « réservant des marchés publics aux entreprises ayant leur siège social dans la région où ils doivent être exécutés et accordant, dans le choix des attributaires, une préférence aux associations temporaires ou consortium comprenant des entreprises locales est discriminatoire ». CE 29 juill. 1994, *Cne de Ventenac-en-Minervois*, n°131562 : illégalité de la décision prise par une commune d'attribuer un marché public à une entreprise locale afin de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement des impôts locaux. V. aussi les très nombreuses réponses ministérielles rappelant cet état du droit : QE AN n°770003 de Mme M-

telle préférence engage la responsabilité pénale de son auteur, au titre du délit de favoritisme⁸.

Jusqu'à récemment en outre, il était admis que la commande publique devait respecter le « *principe tout à fait essentiel de la neutralité* », « *c'est-à-dire de l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »⁹. Elle ne pouvait être utilisée comme levier d'une politique favorable aux entreprises locales, à la réinsertion ni même à l'environnement.

Si la première de ces deux affirmations demeure exacte (la préférence locale reste interdite), la seconde a fait l'objet d'une profonde évolution depuis la réforme de la commande publique initiée par les directives du 26 février 2014. Le principe de neutralité a été abandonné. Le considérant 2 de la directive 2014/24 (*marchés publics*) incitant à « *mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* » tels que la protection de l'environnement, la responsabilité sociétale, la lutte contre le changement climatique et l'emploi, la commande publique est devenue un levier de « *politiques publiques vertueuses et responsables* »¹⁰, un instrument au service de l'économie¹¹, au risque d'ailleurs de limiter la concurrence¹². De fait, sans

J. Zimmermann, Rép. Min. JO, 29 juin 2010, p.7236 ; QE S n°12974, de J-L. Masson, 15 avr. 2010, rép. JO Sénat 1^{er} juill. 2010, p.1697 ; QE AN n°101276 de J-L. Gagnaire, 1^{er} mars 2011, Rép. min. 5 juill. 2011 ; QE Sénat n°03931, J.-L. Masson, Rép. Min., JO S. 14 fév. 2013, p.516 ; QE J-P. Dupré, AN, n°870224, 11/08/2015 page : 6060, rép. Min JO le : 07/06/2016 page 5066 ; QE Sénat, n° 03931 – Rép. Min. le 14 février 2013 ; QE Sénat n° 17484 – Rép. Min. le 27 août 2015.

⁸ Cass. Crim. 22 janv. 2014, n°13-80759.

⁹ CE 25 juill. 2001, *Cne de Gravelines*, n°229666.

¹⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, art. 70 : la commande publique doit contribuer « *à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage* ». Sur l'utilisation de la commande publique en faveur du développement durable : O. LAFFITTE, « Définir des besoins et achat public responsable », *CP-ACCP* n°170/2016, p.39 ; V. MICHELIN et Ch. CABANES, « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », *CP-ACCP* n°170/2016, p.43

¹¹ « La commande publique : une réforme au service de l'économie », dossier de présentation Min. Eco., Ind., Numérique, avr. 2016, p.10. v. aussi colloque Bercy, 15 avr. 2016 : <https://www.economie.gouv.fr/reforme-commande-publique> ; « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », Communication de la commission européenne du 3 oct. 2017.

autoriser l'inscription de la préférence locale dans les pièces des marchés publics, « *en maniant les critères d'attribution et les conditions d'exécution, on peut tendre vers cela* »¹³. Tel va être l'objet de la présente intervention : mettre en exergue les outils offerts par le droit commun de la commande publique pour « faciliter l'accès » de PME¹⁴ locales à la commande publique (sans les « favoriser »¹⁵).

Compte tenu de l'objet du présent colloque cependant – *Commande publique et insularité* – il convient d'intégrer à la question de l'accès des entreprises locales à la commande publique (qui pourrait se poser de façon identique en Alsace ou en Midi-Pyrénées) la dimension insulaire ou plus exactement la dimension ultra-marine car la Guyane connaît les mêmes difficultés que les autres outre-mer.

Les territoires ultra-marins, en raison de leur situation géographique, peuvent prétendre, par dérogation au principe d'égalité, à l'instauration d'un régime juridique différent. Les opérateurs économiques des territoires ultra-marins le revendiquent depuis de nombreuses années, en invoquant un argument pratique percutant : l'attribution d'un marché à une entreprise éloignée parfois de plus de 10 000 kilomètres du territoire d'exécution suscite nécessairement un doute quant à la capacité de l'opérateur à gérer « off-shore » ses engagements contractuels. Elle conduit souvent à un allongement des durées de chantier ou de livraison, à des avenants augmentant le prix des ouvrages ou à l'importation de main d'œuvre dans des départements frappés par le chômage. Ces revendications ont fini par être partiellement entendues puisque la loi n°2017-256 du 28 fév. 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer*, dans le but de réduire les écarts de développement entre les territoires d'outre-mer et le territoire métropolitain, comporte, à titre expérimental, pour une période de 5 ans, des mesures visant à favoriser l'émergence d'opérateurs économiques

¹² TA Paris, ord., 21 janv. 2016, *Sté. Trasnports Andrieux*, n°1521405/7-4.

¹³ Propos de J Maïa, Directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie, 10 mars 2016.

¹⁴ B. DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », *BJCP* n°96/2014, p.323 ; L. RAPP, « L'accès des PME aux marchés publics, un Small Business Act ? », *CMP* juin 2014, dossier 12. L. RAPP, « Sept solutions simples pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *CP-ACCP* n°148/2014 ; S. D'AUZON, O. BAUMANN, F. LACAS, « Peut-on mieux servir les PME ? », *MTPB* N° 5887 - 16/09/2016, p.12

¹⁵ Insistant sur la distinction entre faciliter et favoriser : G. Maillot, table ronde *Les enjeux à venir des politiques d'achats pour le territoire réunionnais*, in *Commande publique et insularité*, colloque 30 nov. 2017.

locaux et à leur permettre d'accéder à la commande publique. Ce « *Small Business Act ultramarin* » n'est pour l'instant que provisoire¹⁶.

Même si le thème qui m'a été confié est celui du « droit commun » de la commande publique, nous dirons un mot de ce dispositif dérogatoire.

Tous ces dispositifs textuels ne peuvent cependant être efficaces que s'ils s'accompagnent d'efforts réciproques des acteurs locaux. Les acheteurs publics doivent développer des stratégies, mener des politiques publiques qui sans officiellement instaurer une « *préférence locale* » permettront aux entreprises locales de participer aux procédures d'attribution des contrats.

C'est dans cette perspective qu'un peu partout en métropole, ont fleuri des *Small Business Act* locaux, sous la forme de chartes de bonnes pratiques ou de chartes de la commande publique, en Bretagne, en Côte d'Or, en Haute Garonne ou à Toulouse Métropole. C'est dans cette perspective aussi qu'à la Réunion, depuis 2010, les socioprofessionnels expérimentent un *Small Business Act* local, dit « Stratégie du Bon Achat » dont le but est de favoriser la rencontre entre la demande émanant des acheteurs publics et l'offre du tissu économique local. Les acheteurs publics sont invités à signer une convention avec quatorze organisations socioprofessionnelles regroupées en association qui les engage à « *utiliser la commande publique comme levier de développement des entreprises du territoire* ».

Mener de telles politiques implique cependant de faire des choix au premier rang desquels figure celui de ne pas céder au syndrome de la « *préférence Goyave de France* » (penser que ce qui provient de métropole est mieux) ou à la crainte d'attribuer des contrats à des PME dont la taille ou les garanties ne seraient pas jugées suffisantes comparativement à la sécurité qu'offrirait les opérateurs de taille significative. Celui aussi de ne pas mener d'autres politiques pouvant rentrer en contradiction avec la volonté de promouvoir les PME locales à l'instar d'une politique de mutualisation des achats afin de réaliser des économies d'échelle.

Précisons ainsi notre propos : nous allons chercher à démontrer que le droit commun comporte déjà de nombreux dispositifs mais que leur

¹⁶ G. KALFLÈCHE, « Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique », in *L'outre-mer à la recherche de l'égalité réelle*, AJDA 2018, p.105.

mise en œuvre suppose une démarche volontaire aussi bien de la part des acheteurs que des entreprises. Nous l'illustrerons sous trois angles. Utiliser le droit de la commande publique comme levier du développement insulaire suppose d'informer et de s'informer (I), d'adapter sa demande et de s'adapter à l'offre (II) et de réserver des contrats aux entreprises locales du moins de se réserver la possibilité de choisir une entreprise locale (III).

I.- Informer et s'informer

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite en premier lieu d'anticiper, de préparer la commande publique¹⁷, afin de la rendre lisible et visible par les opérateurs économiques. Comment ? En informant le marché et en s'informant sur le marché.

A.- Informer le marché

Les acheteurs doivent informer les entreprises des programmes d'investissement prévus et des contrats en cours d'élaboration, au moyen d'avis ou d'annonces diffusés par l'intermédiaire des profils d'acheteur. Inversement, les entreprises doivent informer les acheteurs de leurs produits et services, au moyen de démarches tendant à ce qu'ils soient référencés et figurent parmi les entreprises qui pourraient être directement sollicitées pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 euros HT, qui ne sont pas soumis à une obligation de publicité formalisée.

En pratique, la diffusion de l'information s'avère difficile en raison de l'atomisation des profils d'acheteurs et des faibles moyens dont disposent les petites entreprises pour investir dans des services de « concentration d'information » proposant des outils de veille et répertoriant les offres par secteur d'activité. C'est dans cette perspective que la création par les acheteurs publics de plateformes régionales de dématérialisation pour leurs contrats¹⁸ ou que la création de portails d'accès aux données publiques sur la commande publique créés par des

¹⁷ P. DE BAECKE, « Mieux soumissionner aux marchés publics », *CP-ACCP* nov. 2014.

¹⁸ V. pour la région Grand Est : marchespublics.grandest.fr

associations telles que le SBA à la Réunion ou Breizh Small Business Act en Bretagne¹⁹ apparaît indispensable.

Une telle pré-information doit permettre aux entreprises de préparer un dossier de candidature, voire un dossier mutualisé en se constituant une banque de pièces afin de préparer une réponse dématérialisée.

Elle doit également leur permettre, le cas échéant, de se grouper pour atteindre le niveau de capacité technique et financière requis²⁰. La nécessité de laisser aux opérateurs du temps pour se constituer en groupement est d'autant plus essentielle que la réforme publique a permis de systématiser les techniques de massification des achats destinées à générer des économies d'échelle qui ont eu pour conséquence d'augmenter la taille des contrats et, de fait d'exclure les PME (ce qui, soit dit en passant, révèle un double discours des pouvoirs publics dans la mesure où ils cherchent aussi à favoriser les PME).

B.- S'informer sur le marché

Dans le même temps, il est nécessaire que les acheteurs s'informent sur le marché, c'est à dire cherchent à identifier les fournisseurs susceptibles de répondre à leurs besoins et étudient les produits et services proposés avant le lancement de la procédure de dévolution du contrat.

A cette fin, le droit leur offre désormais plusieurs techniques de sourcing²¹ (directive 2014/24 du 26 février 2014, art. 40 et 61 ; décret du 25 mars 2016, art. 4 et 5). Ils sont autorisés à lancer des consultations et à solliciter des études et avis préalables afin de prendre connaissance de l'état de l'art. Cela leur évite de demander des prestations qu'aucune entreprise n'est susceptible de proposer, des demandes excessives ou des précautions exagérées dites en sur-demande (délais d'intervention abusivement courts, pénalités excessives). Cela leur permet de constituer des familles pertinentes de devis quantitatif estimatif à partir de la façon dont les industriels organisent leurs familles de commercialisation, d'obtenir des tarifs remisés ou encore de définir exactement le périmètre

¹⁹ My Breizh open data – marchés publics.

²⁰ J.-F. SESTIER, « Le groupement d'entreprises : un outil efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », *CP-ACCP* nov. 2014.

²¹ M. CRAHÈS, « Précieux et délicat sourcing des marchés publics », *CP-AACP* n°170/2016, p.22.

de leur contrat et/ou des lots afin que celui-ci coïncide avec les spécialités²².

L'utilisation du sourcing doit cependant être entourée de précautions. Prenons deux exemples.

D'abord celui des consultations préalables. Outre le fait qu'elles doivent impérativement être effectuées dans un cadre permettant de garantir leur traçabilité – autrement dit le « sourcing sauvage », consistant à appeler de façon informelle un fournisseur privilégié doit être proscrit – elles ne doivent pas conduire à violer les principes fondamentaux de la commande publique. De fait, tout opérateur doit pouvoir y participer. Il faut donc qu'un avis de consultation préalable soit disponible sur le profil de l'acheteur public ou accessible grâce aux moteurs de recherche. Il est ensuite strictement interdit que le dossier de consultation des entreprises (DCE) exclue les opérateurs qui n'y auraient pas participé ou fasse référence à des éléments que seuls ces participants détiendraient. Il convient également de ne pas transformer la consultation préalable en négociation, en remettant aux entreprises participantes le futur dossier de consultation des entreprises et de ne pas leur demander de chiffrage ou de devis. Il convient encore d'intégrer dans les cahiers des charges toutes les informations recueillies lors de la consultation, y compris les motivations qui ont conduit à les intégrer afin de cerner les attentes de l'acheteur.

La problématique est similaire pour les études de marché. Celles-ci ne doivent pas conduire à ce que leur auteur influence le dossier de consultation des entreprises voire le rédige en tout ou partie. Les résultats d'une étude de l'offre potentielle, destinée à identifier les opérateurs économiques concernés, l'état de l'art ou du marché doivent être mis à la disposition de tous les candidats dans le dossier de consultation des entreprises. Les résultats d'une étude technique, destinée à préciser le besoin de l'acheteur ou à préconiser une solution doivent être intégrés au cahier des charges ou au moins y être annexés. Dans le but de ne pas favoriser l'auteur de l'étude, il convient que le cahier des charges de l'étude technique elle-même stipule que le titulaire ne préconisera que des niveaux d'exigences strictement indispensables et explicitera les différents segments de marges d'utilité (support de la valeur technique des offres) et qu'en aval, lors de l'analyse des offres, les points de valeur technique ajoutée ne soient attribués qu'à ce qui a été présenté comme des marges d'utilité (amélioration de la réponse au-delà de la simple régularité) dans le CCTP.

²² M. CRAHÈS, « Réussir l'allotissement », *CP-ACCP* n°155/2015.

La pratique révèle que ce sourçage s'institutionnalise grâce à ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler des « facilitateurs, c'est-à-dire des intermédiaires entre les acheteurs et les opérateurs économiques, tel que le SBA à la Réunion, qui anticipe la commande publique en générale et non une commande publique en particulier. Quelle que soit leur forme juridique, y compris associative, rappelons qu'ils ne peuvent facturer leurs prestations aux acheteurs publics que dans le cadre d'un marché public de services dûment mis en concurrence. Lorsque ces prestations s'adressent aux seules entreprises en revanche, nous n'y voyons rien à redire, dans la limite peut-être où ces associations ne conduisent pas à inciter les entreprises à se répartir les parts de marchés, ce risque nous semblant néanmoins infime.

Les informations relatives au marché étant recueillies, il convient ensuite à l'acheteur d'adapter ses marchés à l'offre disponible et, dans la perspective de favoriser l'économie locale, de s'adapter aux capacités des entreprises.

II.- Adapter et s'adapter

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite ensuite, de la part de l'acheteur public, d'adapter ses contrats au marché local et/ou de s'adapter à l'offre disponible.

A.- Adapter sa demande à la taille du marché

L'acheteur public doit d'abord adapter sa demande au marché local, c'est à dire dimensionner administrativement ses marchés de telle sorte que les PME puisse y avoir accès.

Cela signifie, en premier lieu, que l'acheteur renonce aux achats groupés ou mutualisés (ou du moins les limite). Ceux-ci sont certes favorables aux économies d'échelle mais défavorables aux PME. De la sorte, pour des prestations inférieures à 25.000 euros, il pourra choisir librement ses cocontractants et donc, le cas échéant, attribuer le contrat à

une entreprise locale. C'est le choix qui est fait, depuis plusieurs mois, par la région Auvergne-Rhône-Alpes²³.

En deuxième lieu, de façon plus courante, il convient que l'acheteur ait davantage recours à l'allotissement²⁴, sauf lorsqu'un tel allotissement est techniquement impossible, entraîne un surcoût ou en cas d'urgence. Cela permet de mieux faire correspondre la taille des différents marchés et/ou les différentes branches d'activité et de spécialisations concernées à la capacité des PME. Telle est déjà la règle en droit des marchés publics (ord. 23 juill. 2015, art. 32). Telle n'est en revanche pas le cas en droit des concessions où, compte tenu de l'objet des contrats et du risque supporté par l'opérateur, les autorités déléguées n'ont pas l'obligation d'allotir leurs contrats. Telle n'est pas non plus le cas, par définition, pour les marchés de partenariats en raison de leur caractère global.

Pour de tels contrats cependant, les acheteurs ou les autorités déléguées sont incités ou obligés de recourir à la sous-traitance, troisième instrument permettant d'adapter le contrat à la taille du marché et, par suite, de favoriser de plus petites entreprises. Il n'est cependant obligatoire qu'en droit des marchés publics. Dans le cadre d'une concession, l'autorité déléguée dispose de la possibilité d'imposer à son cocontractant qu'au moins 10 % de la valeur globale estimée du contrat soit confié à des PME ou à des artisans (décret. 1^{er} fév. 2016, art. 35). Dans le cadre d'un marché de partenariat en revanche, l'acheteur public est tenu de leur réserver une telle part (décr. 25 mars 2016, art. 163). Sur ce point, la loi du 28 février 2017 *relative à l'égalité réelle outre-mer* va encore plus loin puisque son article 73 dispose que : « *dans des conditions définies par voie réglementaire, pour les marchés dont le montant estimé est supérieur à 500 000 euros hors taxes, les soumissionnaires doivent présenter un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation des petites et moyennes entreprises locales* ». Pour l'instant, nombre de marchés publics sont attribués à de grands groupes, qui, une fois attributaires, soit sous-traitent à des entreprises locales, soit envoient sur place leurs équipes. Désormais, la loi leur impose, pour les marchés importants, de présenter dès la phase de candidature, leur plan de sous-traitance et les modalités de participation des PME ultramarines. Ces dernières devraient ainsi être en meilleure position pour négocier que dans la situation actuelle, où les entreprises choisissent leur sous-traitant après avoir gagné le marché. Un tel dispositif ne permettra cependant pas d'empêcher les grands groupes continueront d'envoyer leurs équipes sur

²³ Les échos, 5 oct. 2016.

²⁴ S. ABBATUCCI, « Sous-traitance dans le BTP : un nouveau contrat-type incontournable », *RDI* 2014, p.194.

place puis de les rapatrier une fois le marché exécuté. Il pose également de multiples questions : comment qualification de la main d'œuvre ultramarine ? quelles sont les sanctions susceptibles d'être utilisées contre les entreprises récalcitrantes ? Cette mesure convient-elle vraiment aux PME lesquelles pourraient préférer contracter directement avec les acheteurs publics plutôt qu'avoir la seule position de sous-traitant²⁵ ? Les acheteurs – qui souhaitent de plus en plus connaître leurs interlocuteurs, notamment pour des marchés sensibles et/ou liés à la sécurité – appliqueront ils ce dispositif ? Comment sera-t-il combinée avec l'article 62-I ord. 23 juill. 2015 aux termes duquel : « *Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire* » ?

B.- S'adapter à l'offre disponible sur le marché

L'acheteur public doit ensuite adapter sa demande à l'offre disponible sur le marché, c'est à dire en premier lieu, prendre en considération les contraintes rencontrées par les entreprises locales pour accéder aux marchés publics liées à leur taille²⁶. Cela implique de faciliter les candidatures des entreprises.

D'abord **en appliquant les textes** qui imposent désormais la possibilité de présenter les justificatifs d'une candidature au moyen d'une déclaration sur l'honneur, par l'intermédiaire du document unique de marché européen (DUME) ou en respectant la procédure du « dites-le nous une fois », interdisant à l'acheteur public de demander des documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique ou encore en utilisant le dispositif du « marché public simplifié » (décr. 25 mars 2016, art. 53) permettant aux entreprises de se porter candidates à un marché public avec leur seul numéro de Siret, lequel permet au programme de reprendre les données d'identités du candidat (raison sociale, adresse, chiffre d'affaires, etc.).

²⁵ P. PINTAT, « La sous-traitance directe serait-elle la position la plus avantageuse ? », *CP-ACCP* nov. 2014.

²⁶ V. en ce sens le rapport d'information n°82 (2015-2016) du Sénateur M. Bourquin, *Passer de la défiance à la confiance*.

Mais cela implique aussi, **au-delà des textes**, de simplifier les dossiers de consultation, d'alléger les dossiers de candidatures en limitant le nombre de documents exigés (v. en ce sens les pratiques en Haute Garonne) et/ou d'adapter les délais de réponse en fonction de la complexité du marché, afin de ne pas défavoriser sur les entreprises ne disposant pas d'une équipe dédiée aux appels d'offres.

Cela implique encore de plafonner le chiffre d'affaires exigible. Il ne s'agit d'une obligation que pour les marchés publics (il ne peut être demandé aux candidats qu'ils réalisent un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux fois le montant estimé du marché). De fait, dans le cadre d'une concession, même si l'autorité délégante ne peut exiger des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du contrat de délégation, elle ne doit pas céder à la tentation d'exiger garanties financières disproportionnées.

Cela implique encore de limiter les frais mis à la charge des entreprises candidates (grâce à des formalités allégées et à la généralisation de la dématérialisation) mais aussi, au stade de l'exécution, d'alléger leur trésorerie en accordant des avances et surtout en réduisant les délais de paiement que les TPE/PME n'ont pas la capacité financière de supporter.

L'acheteur doit ainsi, par exemple, mettre fin à la pratique des délais masqués, consistant à solliciter de manière dilatoire la production de pièces justificatives afin de retarder le départ du délai de paiement ou à communiquer tardivement le bon de commande nécessaire à l'établissement de la facture afin de retarder son émission. Il ne doit pas méconnaître son obligation de mandater les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement dont, en principe, le versement est de plein droit en application du décret du 29 mars 2013. En pratique, nombre d'acheteurs s'abstiennent de les mandater et attendent une réclamation de la part des entreprises qui ne les réclament pas. Pour les factures de petit montant également, les acheteurs sont invités à utiliser le système de la carte d'achat qui leur permet, à l'aide d'une carte de paiement, insérée dans un terminal GPS de l'entreprise, de s'acquitter de leurs dettes dès la réception des travaux.

Outre-mer, il faudrait également réfléchir à l'application plus systématique des indices locaux. Ils sont aujourd'hui prévus dans les CCAP. Mais serait-il inenvisageable de le faire figurer dans les CCAG et de les rendre obligatoires ?

III.- Réserver et se réserver

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite enfin, de la part de l'acheteur de solliciter les textes lui permettant de réserver des marchés aux entreprises locales ou, à tout le moins, de recourir aux mécanismes lui permettant de se réserver la possibilité, le cas échéant, de les retenir à l'issue d'une procédure de dévolution concurrentielle.

A.- Réserver des marchés aux entreprises locales

Contrairement à ce qui peut exister aux Etats-Unis où le Small Business Act voté en 1953 obligation l'administration à réserver une part des marchés publics aux PME, la mise en place d'une politique discriminatoire positive en faveur des PME locale se heurte à une difficulté juridique : elle est contraire au principe d'égal accès à commande publique. En 2007, le Conseil d'Etat avait, pour ce motif, censuré les dispositions du CMP de 2006 conduisant à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, toute en admettant que les pouvoirs adjudicateurs puissent demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de soustraire à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises, à titre informatif mais sans en faire un critère de choix²⁷.

Le droit commun des marchés publics permet seulement de réserver des contrats ou des lots à des entreprises employant une certaine proportion de travailleurs handicapés ou défavorisés (ord. 23 juill. 2015, art. 36) et à de l'économie sociale et solidaire pour des marchés portant exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels (*ibid*, art. 37), la durée du marché ainsi réservé ne pouvant avoir une durée supérieure à trois ans.

²⁷ CE 9 juillet 2007, EGF-BTP, n°297711, 297870, 297892, ... 298087, 301171, 301238. V. aussi antérieurement : CE 29 oct. 2004, *Sueur*, n°269814 : les dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 relatives à l'engagement du titulaire de confier une part d'exécution des PME « ne peuvent être interprétées comme ayant entendu contraindre les auteurs de l'ordonnance attaquée à réserver en toute hypothèses une part des prestations faisant l'objet des contrats de partenariat à des PME ou à des artisans ».

Deux dispositifs spécifiques à l'outre-mer permettent cependant d'aller au-delà.

L'article 91 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 permet, « *pour les marchés publics exécutés dans les collectivités ultramarines, lorsque le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans pour la dernière année connue dans le territoire considéré est égal ou supérieur à une proportion définie par voie réglementaire au taux de chômage observé pour le niveau national pour la même catégorie, les acheteurs peuvent imposer qu'une part minimale définie par voie réglementaire du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché public soit effectuée par des jeunes de moins de 25 ans domiciliés dans ce territoire* ».

L'article 73 de la loi n°2017-256 du 28 fév. 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer permet aux acheteurs publics, à titre expérimental, et pour favoriser à moyen terme l'émergence de nouveaux opérateurs locaux susceptibles d'exercer pleinement leur libre accès à la commande publique, dans les départements, régions, collectivités uniques d'outre-mer, collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, pour une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, de réserver jusqu'à un tiers de leurs marchés aux petites et moyennes entreprises locales, au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Il en va de même en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna pour ce qui concerne les marchés passés par les services et les établissements publics de l'État. Pour chaque secteur économique concerné cependant, le montant total des marchés réservés ne pourra excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés du secteur économique concerné conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné au cours des trois années précédentes.

Ce dispositif, introduit en commission des lois à l'Assemblée nationale²⁸, supprimé par la même commission au Sénat²⁹ puis réintroduit, a fait l'objet de débats nourris relatifs à sa conformité au droit de l'Union européenne et aux principes constitutionnels de la commande publique a été discutée. Lors de l'examen au Sénat de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques,

²⁸ Rapport Victor Lurel n° 4064 déposé le 28 septembre 2016, AN (commission des lois).

²⁹ Rapport de Mathieu Darnaud, n° 287, déposé le 11 janvier 2017, Sénat (commission des lois). V. aussi avis n° 283 (2016-2017) de Michel Magras, déposé le 10 janvier 2017, Sénat (commission des affaires économiques).

une disposition très proche avait en effet été proposée avant d’être retirée au motif qu’elle était « *radicalement contraire au droit européen car [elle tendait] à formuler des exceptions absolues à la concurrence en créant des formes de marchés réservés dans des hypothèses non prévues par les directives du 26 février 2014* »³⁰. En 2017 cependant, plusieurs arguments ont été avancés par les parlementaires pour justifier cette mesure audacieuse : son caractère transitoire ; l’impératif d’adaptation des normes dans les outre-mer ; et l’intérêt économique et social d’une telle mesure.

Cette disposition n’en pose pas moins de nombreuses questions et en particulier celle de son interprétation. Elle repose en effet sur des termes qui ne brillent pas par leur clarté et leur précision (montant annuel « moyen », « secteur économique concerné »). Comment vont être délimités les secteurs économiques ? comment va être calculé ce montant annuel moyen ? Comment la PME locale va-t-elle être identifiée ? Faut-il que l’intégralité du chiffre d’affaires soit exécutée sur le territoire en question ? Ou s’agit-il d’une simple domiciliation ? Sans doute le terme local – s’agissant de l’outre-mer – renvoie-t-il à un territoire situé à distance significative de la métropole, présentant une unité et isolé géographiquement.

B.- Se réserver le choix d’une entreprise locale

Sans aller jusqu’à réserver une partie du marché à des PME, sans aller non plus jusqu’à mettre en place une véritable préférence locale privilégiant un système de distribution basé sur un champ géographique restreint, les acheteurs publics disposent de toute une série d’outils leur permettant de valoriser les savoir-faire locaux.

Sans être exhaustifs, rappelons plusieurs dispositifs³¹.

³⁰ Et si « *le Conseil constitutionnel admet l’instauration d’un droit de préférence à égalité de prix ou à équivalence d’offre [cette situation] se produit très rarement et le Conseil constitutionnel est très strict quant à la réservation des marchés. Celle-ci n’est possible que pour des catégories d’organismes précisément déterminées, pour une part très réduite, pour des prestations définies dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d’intérêt général ainsi poursuivis. Autrement dit, pour des motifs beaucoup plus restreints que ceux qui sont visés par le champ d’application de cet amendement, qui est trop vaste* ».

³¹ QE J-P. Dupré, AN, n°870224, 11/08/2015 page : 6060, rép. Min JO le : 07/06/2016 page 5066.

Les acheteurs publics peuvent d'abord favoriser le développement des filières locales, notamment en mettant en place des politiques d'achat favorisant l'innovation et la recherche locale, l'émergence et le renforcement des filières. En ce sens, l'article 26 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a instauré un dispositif incitant les acheteurs publics à traiter de façon préférentielle les PME innovantes, ou à leur réserver une part de leurs marchés publics, en matière de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques. Ils peuvent également recourir au partenariat d'innovation, transposé par anticipation par le décret n°2014-1097 du 26 sept. 2014³², lequel a pour « *objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat* ».

Les acheteurs peuvent ensuite favoriser le développement durable en intégrant des clauses environnementales et sociales³³ (ord. 23 juill. 2015, art. 38), mettant en avant la promotion des modes de production respectueux de l'environnement dès lors qu'elles ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires (réf à une zone d'habitation déterminée pour l'emploi du public concerné). Ils peuvent promouvoir des circuits courts (décr. 25 mars 2016, art. 10 et 62, II,2° ; décr. 1^{er} févr. 2016, art. 27). De telles clauses, qui ne sauraient exiger des candidats qu'ils s'approvisionnent sur telle ou telle partie du territoire de l'Union européenne ou de la France, ne favorisent pas en soit la préférence locale. Elles peuvent en revanche avantager les PME, qui compte tenu de leur mode de production, sont davantage tournées vers le développement durable. Ils peuvent également insérer une clause tendant à la limitation des émissions de gaz à effet de serre : si une telle condition d'exécution n'implique pas une exigence de proximité de l'entreprise, elle permet d'imposer une "démarche environnementale dans l'exécution du marché en termes d'implantation du chantier ou de moyens de transport utilisés".

Ils peuvent également favoriser un tel développement durable en introduisant des critères d'attribution tenant compte des conditions de production et de commercialisation, des performances en matière de

³² S. PINOT, « Le partenariat d'innovation peut-il améliorer l'accès des PME à la commande publique ? », *CP-ACCP* nov. 2014.

³³ CJUE 10 mai 2012, *Comm. UE c/ Pays Bas*, aff. C-368/10. Cdt 97 directive marchés : « *critères et conditions concernant la commercialisation et ses conditions peuvent par exemple mentionner que le produit concerné (par le marché public) est issu du commerce équitable, y compris l'obligation de payer aux producteurs un prix minimum et une majoration de prix* ».

protection de l'environnement et la réduction des quotas de gaz à effet de serre (pourtant traditionnellement considéré comme instaurant une préférence locale)³⁴ (ord. 23 juill. 2015, art. 62)³⁵. Les acheteurs peuvent encore introduire des critères relatifs aux « *délais d'exécution* » ou aux « *conditions de livraison* ». De fait, la prise en compte n compte l'implantation géographique des candidats, la proximité géographique, dès lors qu'elle est justifiée par l'objet du contrat ou par ses conditions d'exécution devient un critère de sélection admissible, ouvrant la voie à l'exception locale.

Ces critères doivent néanmoins toujours être utilisés avec précaution. Outre l'obligation qu'ils soient nécessairement en lien avec l'objet du marché³⁶, il convient de s'interroger sur leur pondération. Pour que ces critères aient un effet utile, il convient que les acheteurs limitent l'importance du critère du prix. Pour autant, la question de pose de savoir s'il serait possible de retenir un critère environnemental ou social représentant 70% de la note finale ? La réponse est sans doute négative, la pondération devant rester en adéquation avec l'objet du marché afin précisément de ne pas masquer une préférence locale. Il reste que le lien avec l'objet du marché a été considérablement élargi par les directives de 2014. Alors que jusque-là, l'objet du marché était entendu comme le périmètre d'exécution du contrat, il a été étendu grâce à la notion de cycle de vie, autorisant la prise en compte de critères environnementaux et sociaux ne faisant pas partie du contenu matériel des prestations objet du marché.

³⁴ Rep. Min QE n°10874, JO Sénat 21 janv. 2010, p.130). Mais Rép. Min. 31 mai 2016 : invite les acheteurs à se saisir de ce critère : « *le recours au critère environnemental, en l'occurrence la réduction des émissions CO2 peut se justifier au travers du coût du cycle de vie. Défini à l'art. 38 de l'ord. définissant le cycle de vie... L'art. 63 du décret précise que le coût du cycle de vie contient les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit, au service ou à l'ouvrage. Ces coûts peuvent notamment inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes. L'acheteur peut donc utiliser ce type de critères pour attribuer le marché* ».

³⁵ V. en ce sens la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de se fournir en vente directe de produits, dès lors qu'il existe sur le territoire considéré une offre diversifiée et significative : CJCE, 25 octobre 1977, *Metro-Saba*, aff. C-26/76.

³⁶ CE 15 fév. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n°363921.