

**ASSEMBLÉE
DE LA
POLYNÉSIE FRANÇAISE**

Commission de l'économie, des finances,
du budget et de la fonction publique

Papeete, le 16 AVR. 2015

N° 23-2015

RAPPORT

**Document mis
en distribution**

Le 16 AVR. 2015

relatif à un projet de délibération portant exclusion de certains marchés du champ d'application du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics,

présenté au nom de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique,

par Madame la représentante Gilda VAIHO

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les représentants,

Par lettre n° 7582/PR du 17 décembre 2014, le Président de la Polynésie française a transmis aux fins d'examen par l'assemblée de la Polynésie française, un projet de délibération portant exclusion de certains marchés du champ d'application du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics.

Il est rappelé pour mémoire que ce projet de délibération a été inscrit à l'ordre du jour de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique du 12 février 2015 mais que les membres de la commission ont souhaité poursuivre la discussion sur ce dossier dans le cadre d'une réunion de travail. Celle-ci s'est tenue le 19 février 2015 en présence d'agents de la direction du budget et des finances et de la direction de l'équipement¹.

Un marché public est un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur (*la Polynésie française ou ses établissements publics à caractère administratif*) et une personne publique ou privée et qui répond aux besoins de ce pouvoir adjudicateur en matière de fournitures, services et travaux. Il est établi par écrit, conclu avant le début de l'exécution des travaux et après une procédure de mise en concurrence.

Adopté par délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984, le code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics a pour objet de définir les règles de mise en concurrence. Se fondant sur les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ces règles permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Par délibération n° 2014-59 APF du 8 juillet 2014, notre assemblée, dans un souci de participer à l'effort du gouvernement pour encourager l'initiative privée et la relance économique, a adopté des mesures visant à moderniser certaines dispositions du code.

¹ Les débats sous format audio ainsi que les documents en version PDF présentés lors de cette réunion sont disponibles sur le site intranet de l'assemblée de la Polynésie française : <https://orama.assemblee.pf/>.

Ainsi, au-delà de quelques ajustements, cette délibération entendait, pour la Polynésie française et ses établissements publics à caractère administratif, poursuivre les objectifs suivants :

- l'amélioration du financement des entreprises en doublant le montant de l'avance forfaitaire prévue dans le cadre des marchés publics ;
- la garantie d'un règlement dans des délais restreints ;
- le respect du principe constitutionnel de transparence des procédures en matière d'appel d'offres à tous les stades de celle-ci ;
- une meilleure adaptation de l'offre à la demande en permettant à l'acheteur public de choisir parmi une liste de critères de jugement des offres en fonction de l'objet du marché ;
- la clarification des étapes de la procédure d'appel d'offres ;
- l'assouplissement des conditions d'admission des candidatures.

Le présent projet de délibération s'inscrit dans la même démarche de modernisation et de simplification. En effet, l'application des règles des marchés publics à certains contrats peut ralentir la commande publique ou ne présenter aucun intérêt pour la gestion des deniers publics.

La jurisprudence constitutionnelle autorise ces cas d'exclusion². Les dérogations aux règles usuelles relatives à la commande publique, lorsqu'elles garantissent le respect de principes constitutionnels (*égalité entre fournisseurs des services publics, bon emploi des deniers publics, protection des propriétés publiques*), sont admissibles dans la mesure où elles se trouvent justifiées par d'autres exigences constitutionnelles (*continuité des services publics, nécessité d'agir avec célérité en vue d'assurer la protection de la santé ou de l'ordre publics...*) ou par des considérations d'intérêt général (*nécessité d'assurer une unité de conception de l'ouvrage lorsque ses caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques le requièrent*).

À l'instar du droit applicable en France métropolitaine, ces exclusions reposent sur l'idée selon laquelle certains marchés n'ont pas vocation à être soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence en raison de la personne du cocontractant, d'autres en raison de leur objet ou de leur mode de passation.

Sur la forme, le présent projet de délibération insère, au sein du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics, un nouvel article 3 *ter* qui établit, de manière exhaustive, la liste des marchés de fournitures, travaux ou services non soumis aux dispositions de code (*cf. tableau comparatif en annexe*).

1. La situation d'exclusivité dans les relations entre les cocontractants

1.1. Marchés « in house » (1°)

Le 1° de l'article 3 *ter* vise à exclure de l'application du code les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus par une personne publique avec une entité qui peut être regardée comme son prolongement administratif. En l'espèce, c'est le lien d'étroite dépendance qui justifie la non-application du droit des marchés publics.

La reconnaissance du contrat « in house » suppose que soient réunies les conditions cumulatives suivantes :

- le contrôle exercé par la personne publique sur son cocontractant est comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services³ ;
- l'activité du cocontractant est principalement consacrée à la personne publique ;
- le cocontractant applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le code.

² Cf. par exemple décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003

³ La jurisprudence parle de « *contrôle complet sur les choix stratégiques et sur les décisions de gestion de l'entité* » (*cf. arrêt CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen*)

Cette exclusion pourrait concerner certains établissements ou certaines filiales d'organismes publics ou encore un contrat entre la personne publique et une société qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle.

À titre d'exemple, l'établissement Tahiti Nui Aménagement et Développement (TNAD) pourrait être considéré comme un prestataire *in house* vis-à-vis de la Polynésie française pour les raisons suivantes :

- Cet établissement a été créé par la Polynésie française ;
- Les 8 sièges du conseil d'administration sont occupés par des membres du gouvernement et de l'assemblée de la Polynésie française ;
- En 2013, 30 % des ressources de TNAD sont constituées de subventions du Pays et 51 % proviennent de service réalisées pour le compte de la Polynésie française en maîtrise d'ouvrage déléguée ;
- 75 % de l'activité de l'établissement est consacré à la Polynésie française en 2013, en termes de recettes créées par la réalisation de prestations ou la vente de produits.

En revanche, il est utile de relever que la jurisprudence a exclu du champ d'application des contrats *in house*, tout marché conclu avec une société d'économie mixte, dès lors qu'une société privée ou une personne physique détient une participation, même minoritaire, dans le capital de celle-ci⁴.

1.2. Marchés de services passés avec des titulaires de droits exclusifs (2°)

Le droit exclusif peut être défini comme le droit pour un cocontractant de se voir confier par un pouvoir adjudicateur directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs.

Ce droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question.

L'application de cette disposition suppose que le marché soit attribué à un organisme déterminé auquel des dispositions légales confèrent un droit exclusif.

Ce droit doit résulter d'une loi ou d'un acte réglementaire qui, attribuant un tel droit exclusif, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant ainsi que les obligations qui lui sont imposées.

L'existence de droits exclusifs ne peut en revanche découler du contrat lui-même ou des actes administratifs détachables de ce contrat. Les droits exclusifs doivent avoir été conférés à l'entité en cause avant l'engagement de la procédure contractuelle.

À titre d'exemple, c'est en application des articles D. 112-6 et D. 212-9 du code des postes et télécommunications que l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) bénéficie du monopole de droit sur les réseaux et services de téléphonie fixe et le service postal. Dès lors, tout marché conclu dans ces deux domaines avec l'OPT serait exclu du champ d'application du CMP.

2. Les autres exclusions par domaines sectoriels

2.1. Acquisition ou location d'immeubles (3°)

Sont exclus les marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens.

Toutefois, les contrats de crédit bail et plus généralement les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du code. De même, l'exclusion concerne uniquement les immeubles existants.

⁴ Cf. Arrêt CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle

2.2. Opérations d'approvisionnement en argent ou en capital (4°)

Cette exclusion se justifie par la spécificité des marchés financiers où il est jugé nécessaire de prendre rapidement des décisions qui ne peuvent être entravées par une excessive formalisation des procédures. En effet, les marchés de services financiers exigent tout à la fois un degré de confidentialité et une réactivité incompatibles avec les délais de mise en concurrence inhérents à tout marché public.

Sont ainsi écartés de l'application du CMP :

- les contrats d'emprunts ;
- les contrats concernant des instruments de politique monétaire, des taux de change, de dette publique, de gestion de réserve ou concernant d'autres politique qui comportent des opérations sur titres ou sur autres instruments financiers.

2.3. Recherche et développement (5°)

L'exclusion proposée ne concerne que les marchés de services relatifs à des programmes qui portent sur des projets de recherche et développement, sans prolongement industriel direct. Les simples marchés d'études n'entrent pas dans cette catégorie.

Les contrats relatifs à des programmes de recherche et développement sont exclus du champ d'application du code à deux conditions alternatives :

- la personne publique ne finance que partiellement le programme ;
- la personne publique n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

Seul constitue donc un marché public soumis au code le contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche et à assurer l'intégralité de son financement.

2.4. Les œuvres d'art (6°)

Il s'agit des marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art, d'objets d'antiquité et de collection. Cette exclusion ne concerne que les œuvres existantes. Elle se justifie par l'objet même de ces contrats, dont la nature ne saurait s'adapter ni aux procédures de passation, ni aux règles d'exécution du code des marchés publics.

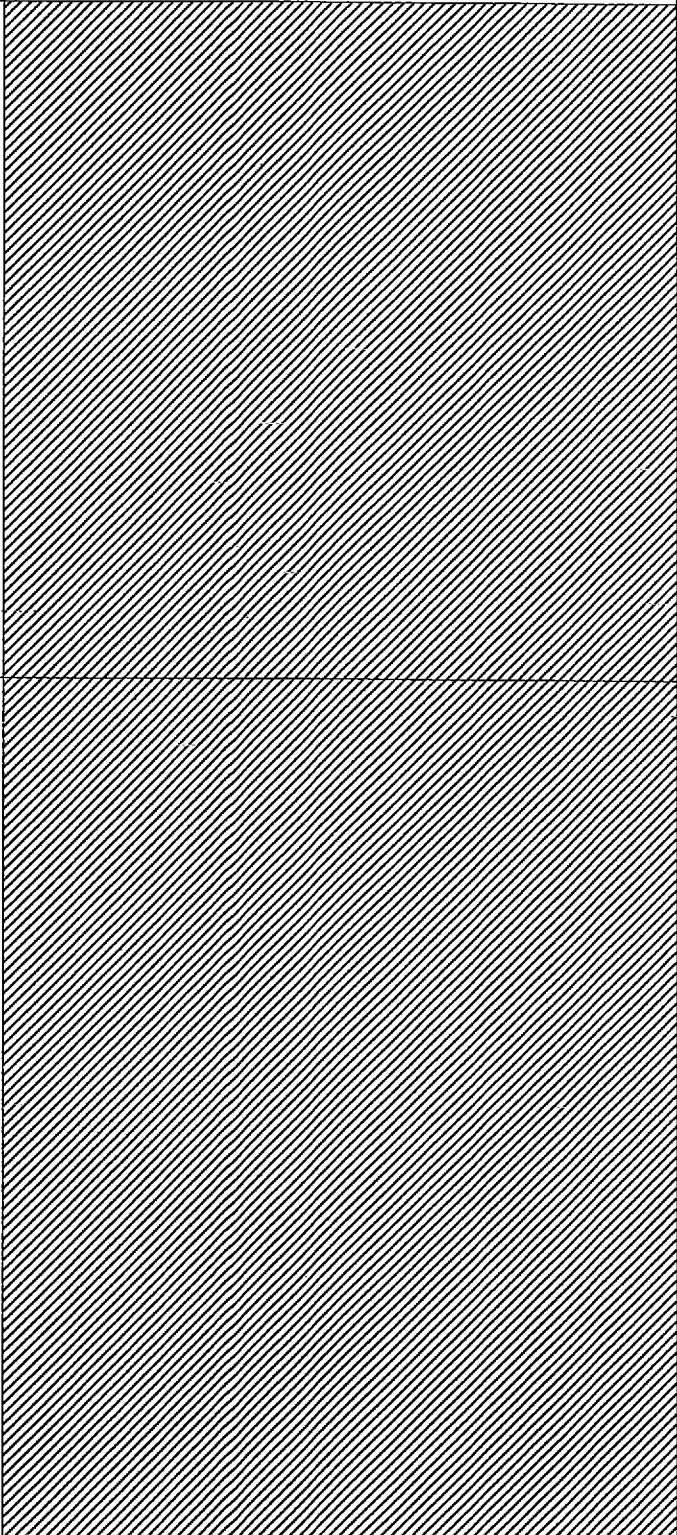
*
* *

Tel est donc l'objet du projet de délibération ci-joint, que le rapporteur propose à ses collègues de l'assemblée de la Polynésie française, au nom de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique, d'adopter.

LE RAPPORTEUR

Gilda VAIHO

TABLEAU COMPARATIF**Projet de délibération portant exclusion de certains marchés du champ d'application du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics**

Dispositions en vigueur du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics	Modifications proposées
<u>TITRE I^{er} - PASSATION DES MARCHES</u> CHAPITRE 1^{er} - DISPOSITIONS GENERALES <u>Article 1^{er}</u> Le présent code fixe les règles générales applicables aux marchés administratifs de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie Française et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial. Les marchés publics sont des contrats écrits, passés, dans les conditions prévues au présent code, en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services. Les marchés doivent être conclus avant le début de l'exécution des travaux. Ils sont passés après mise en concurrence dans les conditions et sous les réserves prévues dans les Articles qui suivent.	
<u>Article 2</u> Toute dépense publique se rapportant à une opération nettement déterminée, doit donner lieu à l'établissement d'un marché administratif lorsque le montant de ladite opération excède un certain seuil fixé par arrêté en conseil des ministres. Il n'est pas exigé de marché lorsqu'au cours d'une même année le montant cumulé des prestations de même nature provenant d'un même fournisseur ou d'un même entrepreneur ne dépasse pas le seuil comme il est dit ci-dessus. La détermination du seuil de passation des marchés, prévue aux deux alinéas précédents, se fait par ministère ou par établissement public, à l'exception du ministère chargé de l'équipement pour lequel ce seuil s'applique par subdivision. Toutefois, il peut être passé des marchés interministériels. Les services et les établissements publics du territoire, quel que soit leur caractère, peuvent demander que leurs achats de matériels soient effectués par l'établissement territorial d'achats groupés. Les prix pour la détermination des différents seuils s'entendent toutes taxes comprises (T.T.C.).	

Article 3

Au sens du présent document :

- La « personne publique » est la personne morale de droit public pour le compte de qui les prestations sont exécutées et qui conclut le marché avec le titulaire ;
- Le « titulaire » est le prestataire qui conclut le marché avec la personne publique ;
- L' « autorité compétente » est le représentant légal de la personne publique, ou la personne ayant reçu délégation de pouvoir à cet effet ;
- La « personne responsable du marché » est, soit le représentant légal de la personne publique, soit la personne physique que celle-ci désigne pour la représenter dans l'exécution du marché ;
- Un « sous-traitant » est une personne physique ou morale chargée de l'exécution d'une partie des prestations prévues par le marché ;
- Des « cotraitants » sont des personnes physiques ou morales ayant souscrit un acte d'engagement unique.

Dans le présent texte, le territoire et ses établissements publics seront désignés sous la dénomination « personne publique ».

Article 3 bis

Par dérogation au code des marchés publics, les marchés cofinancés par le budget de la Polynésie française et les ressources du Fonds européen de développement (FED) peuvent se voir appliquer la réglementation générale relative aux marchés publics propre au FED.

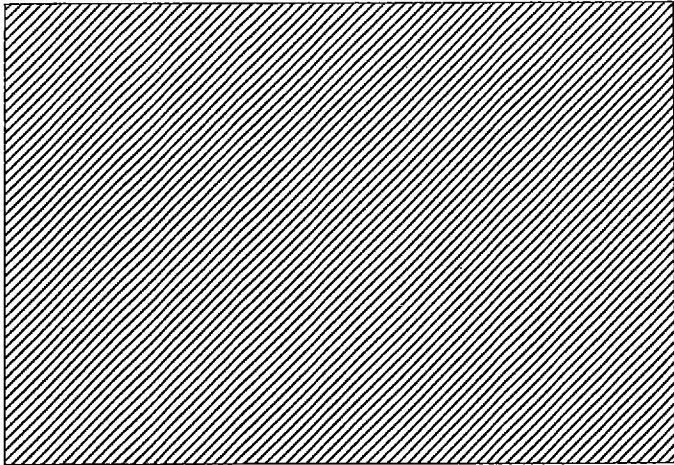
Article 3 ter

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés suivants, passés par la Polynésie française et ses établissements publics :

1° Marchés conclus entre une personne publique et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une personne publique, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;

2° Marchés de services conclus avec une personne publique soumise au présent code, lorsque cette personne publique bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ;

3° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code ;



4° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des personnes publiques, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa (3°).

5° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels la personne publique n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

6° Marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection.

**ASSEMBLÉE
DE LA
POLYNÉSIE FRANÇAISE**

NOR : DBF1402466DL

DÉLIBÉRATION N° 2015-15/APF

DU 7 MAI 2015

portant exclusion de certains marchés du champ
d'application du code des marchés publics de la
Polynésie française et de ses établissements publics

L'ASSEMBLÉE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, ensemble la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 modifiée complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 modifiée portant code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics ;

Vu l'arrêté n° 1903 CM du 17 décembre 2014 soumettant un projet de délibération à l'assemblée de la Polynésie française ;

Le Haut conseil de la Polynésie française ayant été consulté dans les conditions prévues à l'article 5-I de l'arrêté n° 1398 CM du 17 octobre 2013 relatif au Haut conseil de la Polynésie française ;

Vu la lettre n° 954/2015/APF/SG du 27 avril 2015 portant convocation en séance des représentants à l'assemblée de la Polynésie française ;

Vu le rapport n° 23-2015 du 16 avril 2015 de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique ;

Dans sa séance du 7 mai 2015 ;

A D O P T E :

Article 1^{er}.- Après l'article 3 bis de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 susvisée, il est inséré un article 3 ter ainsi rédigé :

« Article 3 ter.- Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés suivants, passés par la Polynésie française et ses établissements publics :

1° Marchés conclus entre une personne publique et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une personne publique, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;

2° Marchés de services conclus avec une personne publique soumise au présent code, lorsque cette personne publique bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ;

3° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code ;

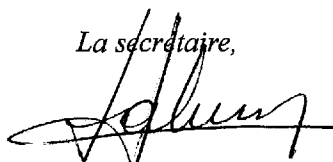
4° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des personnes publiques, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa (3°).

5° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels la personne publique n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

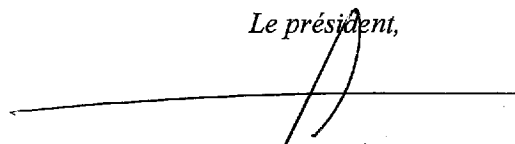
6° Marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection. »

Article 2.- Le Président de la Polynésie française est chargé de l'exécution de la présente délibération qui sera publiée au *Journal officiel* de la Polynésie française.

La secrétaire,


Loïs SALMON-AMARU

Le président,


Marcel TUIHANI