



HAL
open science

Loi Sapin II et droit de la commande publique : un pas (déjà) en arrière), un bond (bientôt) en avant ?, Dr. adm., 2017, Focus, alerte 15.

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Loi Sapin II et droit de la commande publique : un pas (déjà) en arrière), un bond (bientôt) en avant ?, Dr. adm., 2017, Focus, alerte 15.. Droit administratif, 2017. hal-01673419

HAL Id: hal-01673419

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01673419>

Submitted on 17 Mar 2024

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.

Loi Sapin II et droit de la commande publique : un pas (déjà) en arrière, trois bonds (bientôt ?) en avant

Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - université Lumière – Lyon 2 - droits, contrats et territoires (EA 4573)

Droit administratif 2017, n° 2, alerte 15

« Anne, ma sœur Anne, ne vois-tu rien venir ? Je ne vois que le soleil qui poudroie, et l'herbe qui verdoie » (*Barbe-bleue, Les contes de la mère l'Oye, 1697*). Ces célèbres lignes empruntées à Perrault pourraient probablement résumer le sentiment de la doctrine au sujet de l'hypothétique édicteur, un jour, d'un Code de la commande publique. Dire qu'il est attendu relève de l'euphémisme : annoncé à épisodes réguliers (*V. L. n° 2004-1343, 9 déc. 2004, art. 84 : JO 10 déc. 2004, p. 20857. – L. n° 2009-179, 17 févr. 2009, art. 33 : JO 18 févr. 2009, p. 2841*), appelé de ses vœux par le Conseil d'État (*Le contrat, mode d'action publique et de production des normes : Rapp. CE 2008, p. 254*), il continue aujourd'hui à faire figure d'Arlésienne. Or, si l'on veut bien écarter les oiseaux de mauvaise augure constitués par les précédentes lois d'habilitation sans devenir (jamais deux sans trois ?) et se parer d'une bonne dose d'optimisme, c'est peut-être à ce tour de force que pourrait parvenir la récente loi Sapin II (*L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2*). Si celle-ci a légitimement retenu l'attention au sujet de son arsenal « anti-corruption » ou de la consécration du statut de lanceur d'alerte, l'un de ses apports essentiels réside aussi dans la modernisation des règles de la domanialité et de la commande publiques qu'elle entreprend.

En premier lieu, les articles 39 et 40 procèdent à la ratification des ordonnances « marchés » (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 : JO 24 juill. 2015, p. 12602*) et « concessions » (*Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016 : JO 30 janv. 2016, texte n° 66*) tout en revenant, déjà, sur un certain nombre de leurs dispositions. En deuxième lieu, l'article 34 autorise le Gouvernement, par voie d'ordonnance, à adopter des mesures « en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable à certaines autorisations d'occupation [du domaine public] », mais aussi préalablement à la cession des biens des personnes publiques. En dernier lieu, et surtout, l'article 38 autorise, toujours par voie d'ordonnance et dans les vingt-quatre mois à venir, l'adoption de la partie législative d'un « Code de la commande publique » qui regrouperait « les règles relatives aux différents contrats de la commande publique ». Quoique ces dispositions évoquent à la fois la domanialité et la commande publiques, c'est volontairement (si l'on veut bien nous laisser le bénéfice du doute quant à la validité du postulat méthodologique) que les quelques lignes qui suivent, à l'accent assez prospectif, traiteront de concert ces trois éléments.

1. Vingt fois sur le métier remettre l'ouvrage

Il s'agit pour l'heure du seul élément tangible de la loi Sapin II : celle-ci ratifie les ordonnances précitées tout en procédant à quelques modifications, perceptibles essentiellement au sujet des marchés publics. Quoique que, pour beaucoup d'entre elles, il s'agisse d'un simple « toilettage », ces modifications apparaissent symptomatiques des maux affectant la légistique française, l'ouvrage à peine achevé étant immédiatement détricoté. Parmi les modifications les plus emblématiques, on citera l'abrogation de l'article 40 qui instituait, avant le lancement de la procédure de passation, une obligation d'évaluation préalable, circonscrite aux seuls marchés d'un montant supérieur à 100 millions d'euros par le décret du 25 mars 2016. Il n'y a probablement pas lieu de le déplorer : cette exigence concernait, compte tenu du seuil financier, peu de marchés ; elle témoignait encore de la tendance curieuse à la « sur-transposition » des directives. L'on aurait pu d'ailleurs espérer que cette vaguelette d'abrogation ne s'arrête pas là, qu'il s'agisse d'écumer la mise en concurrence systématique des marchés de prestation juridique ou de supprimer le seuil de procédures de 25 000 euros, (autorisant, en-deçà, à s'extraire de toute contrainte procédurale),

spécificité franco-française que l'on peine, pour notre part, à juger conventionnelle (*V. F. Linditch, Futur Code de la commande publique et marchés de prestations juridiques, pourquoi tant de suspicion ? : JCP A 2015, 2076 ; Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. Marchés du troisième type ? : JCP A 2016, 2142*).

On insistera enfin sur l'intégration, au sein de l'article 52 de l'ordonnance, de la formule énigmatique suivante : « L'attribution sur la base d'un critère unique est possible dans des conditions fixées par voie réglementaire ». Faut-il y voir un simple renvoi à l'actuel article 65 du décret du 25 mars 2016 autorisant, dans l'hypothèse où un critère de sélection unique serait choisi, à retenir seulement celui relatif au « prix » ou au « coût » ? Ou cela laisserait-il présager d'un élargissement éventuel des critères « uniques » susceptibles d'être retenus ? La seconde hypothèse s'inscrirait certes dans l'élargissement des finalités de l'achat public (critères social ou environnemental) porté par les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 janvier 2014. Reste que la boussole indique toujours la même direction à suivre : choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse » ; et il n'apparaît pas certain qu'une entorse trop prononcée à ce dogme serait d'une part, envisageable, d'autre part souhaitable.

2. Tout vient à qui sait attendre

Le deuxième apport de la loi Sapin II réside dans la faculté offerte au Gouvernement d'adopter, dans l'année à venir, des règles de publicité et de mise en concurrence pour « certaines autorisations » d'occupation du domaine public, ainsi que préalablement à la cession des biens publics. Il était temps, serait-on tenté de dire...ce qui ne masque pourtant pas le satisfecit. Mais peut-être un peu las, on se contentera de brefs propos, tout ou presque ayant été écrit sur ce qui incitait à revenir, notamment, sur le très décrié arrêt Jean Bouin (*CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 : JurisData n° 2010-022712 ; BJCP 2011, p. 36, concl. N. Escant*). La pluralité des motifs y présidant, qu'il s'agisse du droit de la concurrence, du droit primaire de l'Union européenne et, nous y reviendrons, du droit de la commande publique, ont été mis en avant par une abondante doctrine. Peu ou prou, ce sont les mêmes fondements qui légitiment l'adoption de règles similaires au sujet des cessions lesquelles, aujourd'hui, ne valent curieusement que pour l'État et ses établissements publics (*CGPPP, art. R. 3211-2*), leur portée étant d'ailleurs tempérée par des dérogations bien généreuses (*CGPPP, art. R. 3211-7*). Une telle avancée contribuerait à renforcer concomitamment la conventionalité et la constitutionnalité du droit, qu'il s'agisse de la prévention des aides d'État (*TFUE, art. 107*) ou du principe d'incessibilité à vil prix, malmené quelque peu par l'interprétation libérale du juge administratif (*CE, 14 oct. 2015, n° 375577, Cne Châtillon-sur-Seine : JurisData n° 2015-022765 ; BJCL 2015, p. 868, concl. B. Bonbert*).

Si l'on s'en tient aux titres d'occupation, l'étau s'était en tout cas sensiblement resserré dernièrement, que l'on songe à l'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 interdisant qu'une autorisation d'occupation domaniale ait pour objet « l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public » ou, plus récemment, à l'arrêt Proimpresa Srl (*CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15 : JurisData n° 2016-015812*) retenant que la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 s'oppose à ce que des titres d'occupation soient prorogés sans procédure de sélection entre les candidats potentiels. Reste à déterminer quelles seront les autorisations concernées et les formalités exigibles. S'agissant du second aspect, on pourra se référer là encore à la doctrine qui, nous semble-t-il, a déjà balisé le terrain ; on s'orienterait en faveur de procédures « souples », pour reprendre les termes de l'étude d'impact de la loi. Le premier volet sera sans nul doute plus épineux, étroitement dépendant du fondement de l'obligation qui sera retenu. Si l'on se réfère à la rareté, la décision précitée de la Cour de justice pourrait constituer une base de travail, la mise en concurrence étant exigible dès lors que les capacités domaniales sont insuffisantes au regard du nombre de candidats intéressés. Un fondement « concurrentiel » aurait bien des mérites ; l'on doute toutefois que cela sera l'orientation choisie, l'époque récente ayant démontré un affadissement très net des principes (et espoirs) issus de l'arrêt Société EDA (*CE, sect., 26 mars 1999, n° 202260 : JurisData n° 1999-050078 ; CJEG 1999, p. 264, concl. J.-H. Stah*), surtout depuis la jurisprudence RATP (*CE, 23 mai 2012, n° 348909 : JurisData n° 2012-010865 ; BJCP 2012, p. 291, concl. N. Boulouis*). Dans une optique plus large, resterait à convoquer le principe de transparence ou la protection des deniers publics, ce qui reviendrait alors à arrimer le droit domanial au

droit de la commande publique. À ce stade, deux observations tirées du champ de l'habilitation peuvent être formulées. En visant de manière générique les « autorisations », l'habilitation semble d'abord indifférente à leur caractère unilatéral ou contractuel. Il y a tout lieu de s'en réjouir même si, en concernant les premières, une telle obligation contribuerait d'une part à relativiser une distinction qui n'a plus vraiment raison d'être et, d'autre part, à renforcer la patrimonialisation des actes administratifs ; on peut enfin supposer que le principe de précarité n'en sortira peut-être pas indemne (CGPPP, art. L. 2122-3). Ensuite, l'habilitation ne recouvre que les seuls biens ressortant du domaine. Inutile de préciser que, si elle se confirmait, l'exclusion des biens du domaine privé ne reposerait sur aucune logique, sauf à « sur-solliciter » le fondement propriétaire ou à considérer que la gestion de ces derniers n'intéresse nullement l'activité commerciale et concurrentielle, l'intérêt général ou les finances publiques.

3. Le mieux est l'ennemi du bien

C'est toutefois dans l'habilitation à rédiger un futur « Code de la commande publique » que se situe l'avancée majeure. La lisibilité et l'accessibilité du droit devraient y gagner d'autant plus que, outre la codification des ordonnances, il est projeté d'y adjoindre les lois du 31 décembre 1975 et du 12 juillet 1985 relatives respectivement à la sous-traitance et à la maîtrise d'ouvrage publique. La « simplification » – objectif itératif mentionné par l'étude d'impact – devrait également y trouver son compte ce qui, combinée à l'anaphore, marquera le goût manifeste, ces cinq dernières années, pour les figures stylistiques de l'insistance. Toutefois – il ne s'agit pas de boudier son plaisir –, le champ de l'habilitation permet de nourrir, dès maintenant, quelques interrogations (les regrets arriveront peut-être plus tard), notamment quant à l'intitulé et, ce faisant, quant au contenu présupposé de ce futur code.

Il faut espérer d'abord que, sauf à constituer une coquille vide, le Gouvernement prenne un soin tout particulier à la rédaction de ses articles liminaires, en définissant son périmètre (*contrats concernés ? la commande publique se limite-t-elle d'ailleurs aux seuls contrats ?* – V. CJUE, 3 juin 2010, aff. C-203/08, *The Sporting Exchange Ltd* : *JurisData* n° 2010-010483), ses principes directeurs (le « droit commun » de la commande publique ?) et les finalités poursuivies (protection des deniers publics, de la concurrence, de la transparence ?), là où la plus récente codification menée à terme (le Code des relations entre le public et l'Administration) a assez unanimement déçu. Si l'étude d'impact formule le vœu que cette codification ne constitue pas une « juxtaposition » des textes mais fasse œuvre de systématisation, l'entreprise ne sera pas aisée : le droit de la commande publique constitue probablement moins un contenant qu'un contenu, moins une branche autonome du droit qu'un régime juridique. Le plébiscite de l'expression « commande publique » est encore contestable. En premier lieu, il n'apparaît pas certain que la position de demandeur (et donc l'idée de « commande ») sur le marché suffise, per se, à expliquer et justifier l'application des mécanismes de mise en concurrence : « la qualité qui [les] déclenche n'est pas la position de l'Administration sur le marché mais le fait qu'elle accorde un avantage économique à un opérateur et que cet avantage est susceptible d'être convoité » (S. Nicinski, *Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? Mél. Fatôme : Dalloz*, 2011, p. 373). En second lieu, si tant est que l'on écarte le précédent argument, il existe des situations où il paraît impossible de distinguer si les autorités publiques se situent en position d'offres ou de demandeurs sur le marché (Ph. Yolka, *L'offre et la commande* : *JCP A* 2012, act. 892). On pourra encore relever que, à rigoureusement parler, lorsqu'un service public est délégué à un tiers, il n'a jamais été question de satisfaire les besoins des personnes publiques (ont-elles d'ailleurs des besoins ?), mais bien davantage ceux des usagers. Dès lors, si la commande publique se caractérise d'abord par un contenu, c'est-à-dire par l'application de mesures de publicité et de mise en concurrence à certains contrats, on ne voit pas bien comment, par exemple, les contrats domaniaux ne pourraient pas y figurer, si les règles évoquées plus haut voyaient le jour. On n'en prend visiblement pas le chemin : plaident en ce sens la distinction des habilitations et le fait que la seconde prévoit que seuls les contrats « qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne comme des marchés publics ou des contrats de concessions » seront concernés. Or, l'on sait, précisément, que les contrats domaniaux ont été exclus du champ d'application de la directive 2014/23/UE (*PE et Cons.UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014, consid. 15* : *JOUE* n° L 94, 28 mars 2014, p. 1). Inutile peut être de s'en plaindre, tant il est vrai que, dépeçées d'objet connexes par l'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015,

les autorisations domaniales possèdent un objet particulier ; il paraît cependant tout aussi vain d'ignorer leurs accointances avec le droit de la commande publique.

À ce stade, il reste néanmoins assez singulier d'opter en faveur d'un tel intitulé s'il s'agit de codifier l'ensemble des règles contenues dans les ordonnances, lesquelles, outre la passation, s'intéressent également... à l'exécution de ces contrats. N'aurait-il pas été préférable d'évoquer alors un Code « des contrats » de la commande publique ? Mais l'on perçoit bien que l'on circonscrirait le principal (le contrat) par l'accessoire (la commande publique), ce dernier faisant office de plus petit dénominateur commun. Aussi, ne fallait-il pas s'atteler à un « Code des contrats publics » ? Mais, là, cela aurait été se couper des racines du droit de la commande publique, imperméable à la distinction des contrats « administratifs », « publics » ou « privés ». En définitive, aucun intitulé n'apparaît vraiment satisfaisant, au moins pour les faiseurs de système ; le Gouvernement n'en aura probablement cure et au fond, s'il bricole un peu avec les catégories juridiques, on aura quelque scrupule à lui en vouloir. Comme le relevait Rivero, « lorsqu'un problème, (...) malgré les travaux des meilleurs esprits, n'a pu recevoir de solution, peut-être est-on en droit d'en reconsidérer l'énoncé et de se demander si l'échec ne tiendrait pas, non plus aux chercheurs, mais à quelques erreurs incluses dans cet énoncé même, et qui rendraient le problème insoluble » (*Existe-t-il un critère du droit administratif ? : RDP 1953, p. 279*). Le mieux est peut-être, en effet, l'ennemi du bien et, en attendant, il faudra probablement sagement se contenter d'espérer que ce code, quel qu'en soit l'intitulé, voit effectivement le jour... l'alternance politique potentielle en 2017 n'offrant peut-être pas tous les gages en ce sens. Une fois promulgué seulement, il sera temps de se remémorer qu'une « codification est un point de départ, nullement un horizon ; ensuite vient la réécriture imaginaire du droit » (*Pb. Yolka, Personnalité publique et patrimoine, in La personnalité publique : Litec, 2007, p. 35*).

Christophe Roux

Professeur de droit public
Université Lumière – Lyon 2