

## 2028 La loi Sapin 2 : une modernisation en demi-teinte de la vie économique locale

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 lance le processus d'adoption d'un Code de la commande publique. Elle procède à la ratification des ordonnances marchés publics et concessions. Elle apporte des modifications aux règles relatives aux marchés publics. Elle encadre les règles applicables aux marchés publics dans les concessions autoroutières. Elle annonce la mise en place de règles de publicité et de mise en concurrence pour les concessions domaniales.

L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10déc. 2016 ; JCP A 2016, act. 960

### NOTE

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, ainsi que son titre l'annonce, sans ambiguïté, comporte de nombreux aspects éthiques relatifs à la transparence et à la lutte contre la corruption excellemment commentés dans ce numéro par Pierre Villeneuve (V. *supra* JCP A 2016, 2027).

Mais cette loi, dite Sapin 2, l'une des dernières du quinquennat en matière économique, introduit d'autres évolutions juridiques assez éparses, regroupées sous l'expression un peu galvaudée de « modernisation de la vie économique » et qui concernent, à bien des égards, les collectivités territoriales.

Par exemple, les dispositions de l'article 54 prévoient que la Banque de France peut désormais communiquer aux conseils régionaux, lorsque ceux-ci attribuent des aides publiques aux entreprises, des renseignements qu'elle détient sur la situation financière de ces sociétés. Mais c'est surtout du titre III intitulé « de la modernisation des règles de la domanialité et de la commande publiques » que découlent les modifications, ou à tout le moins des impulsions, les plus significatives.

Le texte de loi, définitivement adopté le 8 novembre 2016 a été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 8 décembre 2016, ne s'est pas prononcé sur les dispositions qui sont ici commentées (Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC : Dr. fisc. 2016, n° 51-52, comm. 660).

### 1. De nouvelles mesures de « modernisation » de la commande publique

#### A. - Le Code de la commande publique : attendre et espérer

L'article 38 de la loi prévoit que, dans les deux ans à compter de sa promulgation, le Gouvernement devra adopter par voie d'ordonnance la partie législative du Code de la commande publique. Ce tant attendu « code » aura vocation à regrouper les différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics ou des concessions. Il s'agira donc pour l'essentiel de codifier les textes désormais en vigueur : ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 : JO 24 juill. 2015 ; JCP A 2015, 2290 ; JCP A 2015, 2291) et du 29 janvier 2016 relative aux concessions (Ord.

n° 2016-65, 29 janv. 2016 : JO 30 janv. 2016 ; JCP A 2016, 2062 ; JCP A 2063). Cette ordonnance adoptant le code devra ensuite être ratifiée dans un délai de trois mois.

Annoncé à plusieurs reprises, notamment depuis 2005 (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Pour un Code de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2006, repère 2*) pour être à chaque fois repoussé (Rép. min. n° 111315 : JOAN Q, 23 janv. 2007, p. 843), le projet de Code de la commande publique devrait ainsi aboutir dans moins de 27 mois. Énoncé par le ministre de l'Économie lors d'un colloque le 12 mars 2014, ce projet permettrait de satisfaire aux principes juridiques de clarté, d'intelligibilité ou d'accessibilité de la loi qui constituent des objectifs à valeur constitutionnelle (Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, consid. 13 : JurisData n° 2004-400052 ; Cons. const. 2004, p. 116) et garantir une certaine sécurité juridique pour les acheteurs et les candidats. Il ne reste plus qu'à espérer que cette autorisation ne connaîtra pas le sort de celle donnée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit qui habilitait déjà le Gouvernement, dans un délai de dix-huit mois, à procéder par ordonnance à l'adoption d'un tel code.

Par cette habilitation, le Gouvernement est autorisé à apporter aux textes à codifier des modifications permettant d'assurer la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes. Cela permettra par exemple d'harmoniser certaines terminologies. L'exécutif a également pour mission d'adapter ces dispositions codifiées aux différents territoires et collectivités d'outre-mer.

Le Gouvernement pourra également en profiter pour abroger les dispositions devenues sans objet et corriger d'éventuelles erreurs. Toutefois, et sans attendre cette nouvelle ordonnance, la loi Sapin 2 commence d'ores et déjà à modifier certaines dispositions des toutes fraîches ordonnances « marchés publics » et « concessions ».

#### B. - Une adaptation de l'ordonnance « marchés publics » facilitant l'accès des entreprises à la commande publique

La loi Sapin 2 ratifie l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et dans le même temps, comporte toute une série de dispositions qui viennent modifier certaines de ces dispositions à peine adoptées. La ligne directrice de ces modifications, s'il fallait en trouver une, résiderait peut-être, dans le souhait de faciliter l'accès des entreprises, notamment les plus petites, à la commande publique.

Ainsi, la loi supprime la possibilité de présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus, disposition qui

défavorisait les petites entreprises et contrebalançait l'obligation d'alotir les marchés publics, mais présentait un intérêt certain pour les finances publiques. Elle supprime également l'obligation pour les candidats à un marché public de produire un extrait de casier judiciaire.

Dans le même souci d'allègement des procédures, la loi abroge l'article 40 de l'ordonnance qui soumettait tous les marchés publics, à l'exception des marchés publics de défense et de sécurité, d'un montant supérieur à 100 millions d'euros, à une évaluation préalable des différents modes de réalisation du projet. Cette obligation ne subsiste plus que pour les marchés de partenariat, quel que soit leur montant.

Elle permet également la libéralisation des conditions de versement d'avances, d'acomptes et de règlements partiels définitifs par les offices publics de l'habitat et prévoit pour ces derniers l'institution d'une commission d'appel d'offres spécifique dont la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs seront fixés par décret en Conseil d'État.

La loi aligne la rédaction des dispositions l'article 89 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relatives à l'indemnisation des frais financiers du titulaire d'un contrat de partenariat sur celles de l'ordonnance du 29 janvier 2016. Elle purge ainsi les lacunes de l'ancien texte, pointées par certains auteurs (V. Brenot, P. Suffran, *La divisibilité des clauses de nullité au secours de la « bancabilité » des marchés de partenariat* : CP-ACCP, n° 159, nov. 2015), qui laissait persister un doute sur la compatibilité du dispositif instauré par l'ordonnance avec la possibilité de recourir à un financement obligataire, ainsi que sur l'inclusion des instruments de couverture de taux (swaps) au titre des frais financiers indemnifiables.

Enfin et sans que cela ne présente réellement d'intérêt, elle « renforce » l'obligation prévue par l'article 53 de l'ordonnance, pour les acheteurs, de mettre « en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses [leur] permettant de les écarter ». Cette pétition de principe n'apporte toutefois rien de plus aux obligations constantes posées par la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensko : *JurisData* n° 2012-014727) et du Conseil d'État (CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Artéis* : *JurisData* n° 2013-010802 ; *Rec CE* 2013, tables ; *JCPA* 2013, act. 495 ; *JCP A* 2013, 2284 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013 comm. 187 note W. Zimmer) dans ce domaine et ne facilite pas la faculté des entreprises évincées à démontrer que « tous les moyens » ont bien été mis en œuvre pour détecter les offres anormalement basses.

Ces modifications, moins nombreuses que celles qui avait pu être annoncées initialement, rendent nécessaire une modification du décret du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics*, pris pour l'application de cette ordonnance (D. n° 2016-360, 25 mars 2016 : *JO* 27 mars 2016 ; *JCP A* 2016, act. 289). Pour cela, la direction des affaires juridiques de Bercy a lancé une consultation publique qui s'est achevée le 24 novembre 2016. Preuve, si celle-ci était nécessaire, qu'en matière de marchés publics, l'ouvrage est toujours sur le métier.

### C. - Les modifications relatives aux concessions, notamment les concessions autoroutières

La loi ratifie, cette fois sans modification, l'ordonnance du 29 janvier 2016 *relative aux contrats de concession* (Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, préc.).

En revanche, par son article 41, la loi modifie des dispositions du Code de la voirie routière et notamment les dispositions relatives aux marchés passés dans le cadre de concessions autoroutières. Ces modifications ne vont pas forcément toujours dans le sens d'une plus grande simplification.

Tout d'abord, les références à l'ordonnance du 6 juin 2005 et au Code des marchés publics sont naturellement remplacées par celles

de l'ordonnance relative aux marchés publics (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc.).

La loi ajoute ensuite la possibilité de prévoir par voie réglementaire des seuils différents de procédure formalisée pour les marchés publics passés par un concessionnaire pour les besoins de la concession.

La loi fixe les conditions dans lesquelles un marché passé par un concessionnaire d'autoroute ou un marché relatif aux installations annexes des concessions d'autoroute est exécuté. Par ailleurs, les conditions dans lesquelles la durée d'un tel marché est fixée seront établies par voie réglementaire. Auparavant, seules étaient concernées les conditions dans lesquelles l'exécution d'un marché pouvaient commencer.

Par ailleurs, tous les marchés passés par un concessionnaire pour les besoins de la concession sont dorénavant concernés par les règles relatives aux manquements aux procédures de publicité et de mise en concurrence. Tandis qu'auparavant, seuls étaient visés les marchés définis à l'article L. 122-12 du Code de la voirie routière.

Le législateur prévoit que seront désormais listés par voie réglementaire tous les marchés qui sont soumis à la commission des marchés définie à l'article L. 122-17 du code précité. Ceux-ci seront transmis à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) pour avis préalable. Il revient à l'ARAFER de définir les informations qui lui sont transmises préalablement à la signature des marchés soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence et les conditions dans lesquelles les commissions des marchés l'informent de leur activité et des manquements qu'elle constate. Les sanctions prononcées par l'ARAFER pour le manquement à ses décisions prises en application de ces nouvelles dispositions sont modifiées.

Au final, la loi procède à un durcissement des règles de passation et d'exécution des marchés par les concessionnaires d'autoroute, accroît le contrôle de l'ARAFER, et la « modernisation » proposée en matière de concession autoroutière ne repose, ni sur la simplification, ni sur la confiance.

Ce même mouvement préside, semble-t-il, à la réforme des règles en matière d'occupations domaniales.

## 2. La fausse « modernisation » de la domanialité publique

Le regroupement des règles en matière de domanialité avec celle de la commande publique au sein d'un même titre n'est pas anodin.

Elle révèle la volonté, au demeurant non dissimulée, du législateur de soumettre désormais les conventions d'occupation domaniale à des règles de publicité et de mises en concurrence proches de celles applicables en matière de marchés publics (F. Lorrens et P. Soler-Couteaux, *Conventions domaniales, les occupations privatives du domaine public rattrapées par la concurrence* : *Contrats-Marchés publ.* 2016, repère 11).

Ainsi, l'article 34 de la loi habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la loi les mesures tendant à « moderniser et simplifier » les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public « en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation ».

Il est étonnant que des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables puissent être qualifiées de mesures de « simplification » par le législateur alors que, jusqu'à présent, ces conventions pouvaient être passées librement ainsi que l'avait constamment réaffirmé le Conseil d'État (CE, 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin* : *JurisData* n° 2010-022712 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 25, note G. Eckert ; *JCP G* 2010,

1246, note J.-G. Sorbara ; RJEP 2011, comm. 20, note C. Maugué ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; JCP A 2011, 2043, note C. Devès), et alors que la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, dans son considérant 15 excluait expressément les concessions domaniales de son champ d'application (PE et Cons. UE, dir. n° 2014/23/UE, 26 févr. 2014, consid. 15 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1).

Lors de l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques en 2006, le Gouvernement avait choisi de ne pas fixer de règles générales de procédure pour la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public en raison du caractère impossible, inutile, absurde et inopportun d'une telle réforme. Christine Maugué et Gilles Bachelier justifiaient d'ailleurs déjà ce choix en indiquant qu'« il n'y a pas lieu d'édicter une règle générale qui ne répond pas aujourd'hui à une nécessité juridique et qui, au surplus, compte tenu de la diversité des occupations domaniales, risquerait de conduire à des incohérences » (Génèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques : AJDA 2006, p. 1073).

## REMARQUE

Mais suivant une partie de la doctrine, et poursuivant certainement l'idée que transparence signifie défiance, et que la modernisation implique nouveaux carcans, on ne peut regretter que le législateur ait finalement cédé à cette idée selon laquelle l'attribution des autorisations d'occupations temporaires du domaine public devront désormais être enserrées par de nouvelles règles.

Dans le même sens, il est prévu que soient fixées par ordonnance les règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable aux opérations de cession et de « faciliter et sécuriser » leurs opérations immobilières.

Il est précisé par la loi que ces règles pourront également concerner les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établisse-

ments publics. Il n'est donc pas encore certain que cette évolution les concernera.

Compte tenu des échéances électorales à venir, il n'est d'ailleurs même pas certain qu'elles soient adoptées, le Sénat ayant notamment manifesté son opposition à l'adoption de ces dispositions.

Plus utile, le mécanisme de déclassement anticipé, qui déroge au principe selon lequel la vente d'une dépendance du domaine public ne peut intervenir qu'à la suite du déclassement de celle-ci, qui lui-même ne peut avoir lieu qu'après désaffectation factuelle du bien (CGPPP, art. L. 2141-1), et qui était initialement réservé à l'État, est étendu par la loi aux collectivités territoriales et à leurs établissements.

Cette procédure souple pourra s'avérer très utile notamment pour organiser le déménagement d'un site vers un autre, assurer le financement de ce déménagement par le prix de vente et inscrire la vente dans un temps de négociation préalable plus long.

Afin toutefois de limiter les risques que cette opportunité présenterait pour les collectivités les plus démunies, et là encore en raison d'une certaine défiance vis-à-vis de ces collectivités, la loi précise que toute cession intervenant à la suite d'un déclassement anticipé « donne lieu, sur la base d'une étude d'impact pluriannuelle tenant compte de l'aléa, à une délibération motivée de l'organe délibérant de la collectivité territoriale, du groupement de collectivités territoriales ou de l'établissement public local auquel appartient l'immeuble cédé ».

Si la loi Sapin 2 comporte certaines mesures de simplifications bienvenues en matière de commande publique ou de gestion domaniale, elle annonce également l'introduction de nouveaux éléments de rigidité qui ne constituent pas toujours des signes de « modernité ».

Fleur JOURDAN,  
avocat au barreau de Paris, cabinet Gide

MOTS-CLÉS : Administration / Citoyens - Transparence  
Administration / Citoyens - Corruption  
Administration / Citoyens - Probité