



## Quels apports de la loi Sapin 2 aux épineux problèmes de la commande publique ?

Tout en renforçant le tronc commun des règles applicables à l'ensemble des contrats publics, la loi dite « Sapin 2 »<sup>[1]</sup> aménage les textes promulgués ces dix-huit derniers mois et donne le *tempo* de la suite de la réforme de la commande publique.

Publié au Journal officiel du 10 décembre dernier, ce nouveau texte poursuit le même objectif que son prédécesseur<sup>[2]</sup>, plus de vingt-trois ans après : une plus grande transparence de la vie économique publique et une prévention accrue des délits afférents. Dès à présent, il faut préciser que la loi commentée donne enfin valeur législative au droit de la commande publique, en ratifiant

l'ordonnance relative aux marchés publics<sup>[3]</sup> et celle relative aux contrats de concession<sup>[4]</sup>.

Néanmoins, les modifications de fond concernent quasi-exclusivement les marchés publics, (l'ordonnance relative aux contrats de concession étant simplement ratifiée) et ne s'appliquent qu'aux contrats pour lesquels une consultation ou un avis de publicité est lancée à compter du 10 décembre.

Surtout, la loi Sapin 2 nous offre une véritable feuille de route des modifications à venir : création d'un code de la commande publique, mise en concurrence pour l'attribution des contrats domaniaux etc...

### I. De la rédaction des documents de la consultation à l'analyse des offres : des obligations plus strictes pour les pouvoirs adjudicateurs.

Trois modifications significatives impactent directement les procédures de passation à venir.

**Au stade de la rédaction des documents de la consultation**, les acheteurs publics devront veiller à :

- La motivation de l'absence de recours à l'allotissement par des circonstances de fait et de droit.

Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoyait expressément la motivation du choix de ne pas allotir un marché, la loi Sapin 2 renforce

cette obligation et oblige une motivation au cas par cas.

Il apparaît clairement que les « motivations types » ne seront plus acceptées et qu'une attention particulière devra être prêtée en cas de recours à un marché non-alloté.

- Ne plus autoriser la présentation de variantes selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus

**Au stade de l'analyse des offres**, la loi du 9 décembre oblige les pouvoirs adjudicateurs à « *mettre en œuvre tous moyens* » pour détecter les offres anormalement basses.

## II. Quelques assouplissements tenant compte des retours d'expérience de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

---

Près de huit mois après la parution du décret d'application relatif aux marchés publics[5], le législateur a aménagé certaines dispositions afin d'introduire plus de souplesse dans la pratique des acheteurs.

- **L'évaluation préalable pour les marchés supérieurs à 100 millions d'euros n'est plus obligatoire et celle pour les marchés de partenariat est précisée**

En supprimant l'article 40 de l'ordonnance relative aux marchés publics, le législateur a mis fin à l'obligation de procéder à une « *évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* » pour les marchés dont le montant avait été fixé à 100 millions d'euros par le décret d'application.

Il faut néanmoins noter que cette évaluation préalable obligatoire est maintenue pour les marchés de partenariat et que son contenu est affiné.

Elle doit désormais comporter « *une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet* », afin de « *comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* »

- **L'analyse des offres sur la base d'un critère unique est élargie[6]**, sous réserve des conditions qui seront fixées par voie réglementaire

Jusqu'alors, seul le prix (uniquement pour les achats de services ou de fournitures standardisées) ou le coût étaient acceptés comme critère unique d'attribution d'un marché[7].

L'utilisation de cette nouvelle possibilité élargie dépendra donc des conditions dont la détermination est confiée au pouvoir réglementaire.

- **L'incertitude relative au casier judiciaire est levée**

Au regard des très nombreuses interrogations qu'avaient suscitées les articles 45 de l'ordonnance et 51 du décret du 25 mars 2016, qui ne mentionnaient que le casier judiciaire comme preuve suffisante de l'absence d'interdiction de soumissionner, le législateur a été contraint de revenir à la situation antérieure du droit.

Comme le prévoyait déjà les articles 43 et 44 du code des marchés publics, l'article 45 de l'ordonnance admet comme preuve suffisante du défaut d'interdiction de soumissionner une « *déclaration sur l'honneur* ».

- **Les précisions apportées concernant les marchés de partenariat**

Les marchés de partenariat qui confient tout ou partie de la conception d'un ouvrage au titulaire doivent prévoir l'obligation **d'identifier les équipes de maîtrise d'œuvre chargées de la conception et du suivi de leur réalisation.**

La loi du 7 juillet 2016, relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine avait déjà prévu la même obligation, rédigée en des termes identiques, mais uniquement pour les marchés publics globaux, en insérant un article 35 bis à l'ordonnance.

La loi Sapin 2 ne fait qu'étendre ce principe aux marchés de partenariat.

**L'indemnisation en cas d'annulation, résolution ou de résiliation** du marché par le juge est clairement alignée sur le régime applicable aux contrats de concession.

La même formulation est reprise et sont ajoutés à l'indemnisation éventuelle du cocontractant « *les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat* », en plus des autres dépenses utiles. Aussi, l'indemnisation de ces frais étaient jusqu'alors subordonnée à la mention, en annexe du contrat, des « *clauses du contrat liant le titulaire aux établissements bancaires* » finançant l'exécution du contrat.

Cette mention est allégée, puisqu'elle ne concerne plus que « *principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.* »

Il faut noter que ces dispositions ne sont applicables que pour les annulations faisant suite au recours d'un tiers au contrat, excluant de fait les recours en contestation de validité du contrat ou en reprise des relations contractuelles initiés par les parties elles-mêmes.

### III. Vers un contrôle renforcé du respect des règles de la commande publique : la création de l'agence française anticorruption (AFA)

---

L'ensemble des modifications de la loi Sapin 2 tend à permettre un meilleur contrôle du juge et une prévention accrue des délits liés à la commande publique.

C'est dans cette optique que la loi du 9 décembre dernier a créé l'Agence française anticorruption, dont la mission a ainsi été définie :

- **Le conseil et l'assistance des autorités compétentes et des pouvoirs adjudicateurs** afin de prévenir et de détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Cette mission s'exercera par la centralisation des informations relatives à ces délits, à l'élaboration de recommandations adaptées à chaque entité et la publication annuelle d'un rapport d'activité.

- **Le contrôle de la qualité et de l'efficacité des procédures** de

détection et de prévention de ses délits.

Ces contrôles s'effectuent de sa propre initiative ou sur saisine d'autorités limitativement énumérées (mais pas directement par des citoyens ou des collectivités locales).

Les règles de fonctionnement de l'AFA tendent à lui donner les moyens de cette mission : confidentialité des échanges, communication de tout document utile ou encore amende en cas d'entrave à sa mission.

- **La sanction des sociétés privées et de certains EPIC** en cas de manquement aux obligations définies à l'article 17 de la loi (obligation d'instituer un code de conduite, une cartographie interne des risques, des contrôles internes etc.)

Sa composition ne laisse aucun doute quant à la finalité para-juridique de cette nouvelle institution : six magistrats de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes rempliront les missions de l'AFA.

### IV. La réforme des contrats publics n'est pas finie !

---

La loi Sapin 2 est une nouvelle étape de construction de l'édifice renouvelé de la commande publique.

- **Vers une clarification des règles applicables à l'occupation du domaine public et à la cession des propriétés publiques**

La loi habilite le gouvernement à fixer, par ordonnance et avant la fin de l'année 2017, les

conditions d'occupation, de sous-occupation et de transfert du domaine public et de ses propriétés, ainsi que les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à « certains » de ces contrats.

Il s'agit d'une clarification bienvenue au regard de la multiplication des contrats domaniaux (convention d'occupation du domaine public, autorisation d'occupation, autorisation de voirie, ancien bail

emphytéotique administratif etc.) et de l'incertitude jurisprudentielle qui règne sur les conditions de passation de ces contrats.

En effet, si le Conseil d'Etat a expressément exclu les contrats d'occupation du domaine public des règles de publicité et de mise en concurrence[8], la Cour de justice de l'Union européenne exigeait encore récemment la mise en concurrence de ces contrats, dans des conditions particulières[9]. ([voir notre article sur ce point](#))

- **Quel calendrier pour le futur code commande publique ?**

Jusqu'à fin 2018, le gouvernement est habilité à adopter la partie législative d'un nouveau code de la commande publique.

Cette codification se fera à droit constant et doit permettre une meilleure lisibilité du code de la commande publique en regroupant et en organisant « *les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession* »[10].

\*

*Article rédigé par Alexandre Delavay, Avocat à la Cour*

[1] Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

[2] Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

[3] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

[4] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

[5] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

[6] Article 52-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015

[7] Article 62 décret du 25 mars 2016

[8] [CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris, n°338272](#)

[9] [CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa Srl, C-458/14](#)

[10] Article 38 de la loi du 9 décembre 2016