

## LA LOI « SAPIN 2 » - INCIDENCES SUR LE DROIT DE LA DOMANIALITÉ ET DE LA COMMANDE PUBLIQUES

La loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») a été promulguée le 9 décembre 2016, après avoir été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.

Parmi les nombreuses dispositions de cette loi, certaines touchent plus particulièrement le droit de la domanialité publique et le droit de la commande publique. Ce sont ces dispositions qui sont synthétiquement présentées ici.

---

### I. - INCIDENCES SUR LE DROIT DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

---

Les articles 36 et 37 de la loi ayant été censurés par le Conseil constitutionnel, deux dispositions demeurent.

#### I.1.- MODERNISATION ET SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

Premièrement, l'article 34 de la loi autorise le Gouvernement à prendre, par ordonnance, d'ici le 9 décembre 2017, toute mesure, relevant du domaine de la loi, de modernisation et de simplification des règles d'occupation du domaine public et de transfert de propriété.

Cela concerne, au premier chef, **l'État et ses établissements publics** ; deux grands principes directeurs étant fixés par la loi :

- 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 et préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations ;

- moderniser et simplifier 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 préalables aux opérations de cession et de faciliter et sécuriser leurs opérations immobilières.

Alors que cette autorisation donnée au Gouvernement ne visait, initialement, que l'État et ses établissements publics, le même article 34 prévoit, dans sa version définitive, que les dispositions qui seront prises par voie d'ordonnances pourront « *le cas échéant, s'appliquer ou être adaptées aux collectivités territoriales, à leurs groupements ainsi qu'à leurs établissements publics* ».

On retiendra, notamment, dans l'attente de la publication de ces ordonnances, que le législateur s'engage sur la voie de la **mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public**, étant ici rappelé que :

- la mesure envisagée ne paraît pas générale (« certaines » autorisations) et ne devrait donc pas concerner toutes les autorisations pour se concentrer sur les seules autorisations susceptibles d'avoir une incidence significative sur le fonctionnement d'un marché ;
- ces mesures devraient permettre de sécuriser les conditions d'attribution des autorisations d'occupation du domaine public, dans un contexte jurisprudentiel partagé entre une exclusion de toute mise en concurrence (CE Sect. 3 décembre 2010, *Ville de Paris – Association Paris Jean Bouin*, req. n° 338272) et une exigence de mise en concurrence dans des conditions particulières (CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl, et a.*, aff. C-458/14) ;
- il sera intéressant d'analyser la portée de ces futurs nouveaux principes au regard de l'interdiction, posée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*, d'utiliser l'outil « autorisation d'occupation du domaine public » pour la réalisation d'une opération s'apparentant à une commande publique.

## I.2.- EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DU DÉCLASSEMENT ANTICIPÉ

Deuxièmement, l'article 35 de la loi modifie l'article L. 2141-2 du Code général de la propriété publique pour en étendre le champ d'application aux collectivités territoriales et à leurs groupements.

On sait que, par principe, « *Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement.* » (CGPPP, art. L. 2141-1). Par exception, il était prévu, pour l'État et ses établissements publics, la possibilité de procéder au déclassement d'un bien affecté à un service public « *dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement* » (CGPPP, art. L. 2141-2) ; une telle exception permettant de sécuriser la cession des biens (le déclassement étant prononcé par anticipation).

L'article 35 de la loi étend cette possibilité aux biens appartenant au domaine public artificiel des collectivités territoriales et de leurs groupements ; tout en posant, pour ces personnes publiques, un cadre plus contraignant que pour l'État (étude d'impact, délibération motivée, prescriptions sur le contenu de l'acte de vente).

---

## II. - INCIDENCES SUR LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

---

Les articles 39 et 40 ratifient, tout en apportant quelques modifications, les ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

### II.1. - RATIFICATION ET MODIFICATION DE L'ORDONNANCE DU 23 JUILLET 2015 RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS

Le I de l'article 39 de la loi dispose que « L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est ratifiée. ». Les paragraphes suivants apportent quelques modifications (parfois importantes).

**Avertissement : les dispositions modifiées par la loi Sapin 2 et présentées ci-dessous ne sont applicables qu'aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication postérieurement à la publication de la loi ; c'est-à-dire après le 9 décembre 2016.**

#### II.1.1. - Suppression des offres variables

Les offres variables, consacrées par l'ordonnance du 23 juillet 2015, sont de nouveau interdites. Le législateur en revient à une rédaction équivalente à celle de l'ancien Code des marchés publics : « Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. ».

#### II.1.2. - Suppression de l'évaluation préalable

L'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 imposant la réalisation d'une « évaluation préalable du mode de réalisation du projet », pour des projets portant sur des investissements d'un montant supérieur à 100 millions d'euros avait précisé le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, est abrogé. Dorénavant, comme cela était le cas précédemment, seuls les marchés de partenariat devront être précédés d'une telle évaluation (art. 69 de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

### II.1.3. - Attribution sur la base d'un critère unique

L'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est complété d'un alinéa prévoyant que « *L'attribution sur la base d'un critère unique est possible dans les conditions fixées par voie réglementaire.* ». À ce stade, il est bien difficile de mesurer la portée de cet ajout dès lors que cet article 52 offrait déjà la possibilité du critère unique et que l'utilisation du critère unique est organisée par l'article 62 du décret précité du 25 mars 2016. Sauf à ce que ce dernier décret soit également modifié sur ce point, l'état du droit n'est donc pas modifié.

### II.1.4. - Détection des offres anormalement basses

Le législateur ajoute, dans le prolongement de la jurisprudence, que « *L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter.* ». Là encore, il s'agit davantage d'appeler à un renforcement des contrôles permettant d'identifier les OAB. Mais la « boîte à outils » à disposition des acheteurs demeure la même.

### II.1.5. - Suppression de l'obligation de recourir au casier judiciaire au stade des candidatures

Pour démontrer qu'il ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1<sup>o</sup> et a et c du 4<sup>o</sup> de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (condamnations pénales pour l'essentiel), l'article 51 du décret précité du 25 mars 2016 précise que doit être produit (dans des conditions qui ont déjà posé problème) un extrait de casier judiciaire.

Face aux difficultés rencontrées, le législateur revient en arrière. L'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est donc complété et dispose désormais que « *L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1<sup>o</sup> et aux a et c du 4<sup>o</sup> du présent article, une déclaration sur l'honneur.* ». Dorénavant, et sans attendre la prochaine modification du décret du 25 mars 2016 sur ce point, **une déclaration sur l'honneur suffit.**

### II.1.6. - Modification des règles applicables aux offices publics de l'habitat

Les règles applicables aux offices publics de l'habitat sont doublement modifiées :

- d'abord, pour les exclure du champ d'application du I de l'article 59 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 posant, notamment, l'obligation de procéder à des versements à titre d'avances et d'acomptes ;
- ensuite, pour prévoir que les marchés de ces offices publics ne sont pas attribués par une commission d'appel d'offres constituée dans les conditions prévues par le Code général des collectivités territoriales, mais dans des conditions spécifiques définies par décret.

### II.1.7.- Modification de certaines dispositions spécifiques au marché de partenariat

Deux modifications principales sont, enfin, apportées au régime des marchés de partenariat :

- d'une part, l'article 69 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est modifiée pour prévoir que « *Lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.* » ;
- d'autre part, et surtout, l'article 89 de cette même ordonnance, portant sur **l'indemnisation des dépenses engagées en exécution d'un marché de partenariat finalement annulé, résolu ou résilié** est remanié ; les ajustements suivants – dont le point commun est de « rassurer » les établissements bancaires et de favoriser le recours à cet outil contractuel – devant être retenus :
  - le recours à l'origine de l'annulation, de la résolution ou de la résiliation doit émaner d'un « tiers » au contrat, ce qui exclut mécaniquement les recours qui seraient introduits par une partie au contrat ;
  - la notion de « *frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat* » est précisée, le législateur disposant que ces frais peuvent intégrer, le cas échéant (c'est-à-dire s'ils ont été « utiles »), « *les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat* » ;
  - là où il était initialement prévu que cette prise en compte des frais financiers était subordonnée à la mention « *des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires* », la nouvelle rédaction prévoit désormais que les annexes du contrat devront mentionner – pour être éligible à ce dispositif – les « *principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché* ».

### II.2.- RATIFICATION DE L'ORDONNANCE DU 29 JANVIER 2016 RELATIVE AUX CONTRATS DE CONCESSION

L'article 40 de la loi dispose que « *L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est ratifiée.* ». Aucune modification n'est apportée par la loi.

---

## III.- UN FUTUR CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

---

L'article 38 de la loi autorise, par ailleurs, le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, d'ici le 9 décembre 2018, à **l'adoption de la partie législative du code de la commande publique** regroupant, à droit constant, les règles relatives à tous les contrats s'apparentant à des marchés publics ou à des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne.