

# Projet de loi ASAP et commande publique

Pour une véritable simplification qui ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique

**Note n°12#**  
7 octobre 2020



**Mathias**

**AMILHAT**

*Responsable de la  
chaire Contrats et  
marchés publics  
des collectivités  
territoriales de  
L'OEP*

## EN BREF

L'Assemblée nationale a adopté en première lecture le projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique – la loi ASAP – le vendredi 2 octobre 2020. Le droit de la commande publique n'échappe pas à la volonté de simplification du législateur : si un seul article était consacré à la question dans le projet initial, de nouveaux articles ont été intégrés par voie d'amendements. Or, si certains des changements annoncés permettent des avancées et une réelle « simplification », d'autres témoignent d'une forme d'impréparation qui laisse présager le pire en termes de sécurité juridique.

---

**FAVORISER DAVANTAGE L'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE ET  
SIMPLIFIER L'APPLICATION DANS LE TEMPS DU CODE :  
DES AMELIORATIONS BIENVENUES**

Une part non négligeable des modifications proposées par les amendements gouvernementaux et parlementaires permettent des avancées au regard du droit actuel de la commande publique.

**C'est notamment le cas des changements qui concernent les entreprises admises à la procédure de redressement judiciaire** et qui doivent permettre de faciliter leurs candidatures. Ainsi, dans le prolongement des mesures provisoires adoptées pour faire face à la crise sanitaire, ces entreprises ne seraient plus exclues automatiquement des procédures de passation lorsqu'elles bénéficient d'un plan de redressement. Dans le même sens, leur placement en procédure de redressement judiciaire ne suffirait plus à justifier la résiliation du contrat en cours d'exécution.

**Autre choix dont il est possible de se satisfaire, le projet amendé vise à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises et des artisans aux marchés globaux.** En effet, il prévoit d'imposer aux acheteurs, dans le cadre des procédures de passation de ces marchés, de tenir compte de la part d'exécution que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans parmi les critères d'attribution du marché. Les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels se verraient donc appliquer une obligation similaire à celle qui existe déjà pour les marchés de partenariat, évitant ainsi que le caractère « global » du marché entraîne de facto l'exclusion des PME et des artisans.

**Autre modification heureuse permettant une réelle simplification, le projet de loi prévoit également que les règles applicables aux modifications des marchés publics en cours d'exécution seront désormais applicables aux contrats conclus avant le 1er avril 2016,** c'est-à-dire avant la transposition des directives de 2014. Cette modification permettrait de ne plus avoir à distinguer les règles applicables aux modifications en cours d'exécution en fonction de la date de conclusion des marchés publics. De plus, elle permettrait d'aligner le régime juridique des modifications en cours d'exécution des marchés publics sur celui applicable aux contrats de concession. Ce changement permettrait donc de ramener davantage de cohérence dans le droit de la commande publique en retenant une même logique, quel que soit le contrat passé.

Enfin, il faut préciser qu'un amendement parlementaire est venu apporter une dernière **modification « positive » en faveur des structures qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés.** Le Code de la commande publique permet déjà de réserver certains marchés publics à de telles structures, par dérogation aux règles ordinaires de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit en effet de favoriser l'insertion de ces travailleurs. Toutefois, dans sa version actuelle le Code interdit de réserver un même marché ou un même lot d'un marché à la fois aux structures qui emploient des travailleurs handicapés et à celles qui emploient des travailleurs défavorisés. Le changement proposé vise ainsi à reformuler l'article qui pose cette interdiction pour la transformer en une autorisation de réserver un même marché ou un même lot aux deux types de structures. Celles-ci pourraient donc se voir réserver davantage de marchés, ce qui devrait permettre de favoriser l'emploi des travailleurs handicapés ou défavorisés.

**Les avancées sont donc réelles mais elles ne permettent pas de cacher les défauts de certaines modifications majeures proposées tant par le gouvernement que par l'Assemblée nationale.**

## **EXCLURE LES CONTRATS DE REPRESENTATION ET DE CONSEIL DES AVOCATS DE TOUTE PROCEDURE : UNE SIMPLIFICATION DANGEREUSE**

Dans le projet de loi initial, seul l'article 46 prévoyait de modifier le Code de la commande publique pour **intégrer certains contrats de services juridiques dans la catégorie des « autres marchés » et des « autres contrats de concession »**. Grosso modo, **il s'agit des contrats que les personnes publiques et les personnes assimilées sont susceptibles de conclure avec des avocats pour les représenter ou pour les conseiller.**

Lors de la transposition des directives européennes de 2014, le gouvernement avait décidé que la passation de ces contrats devrait se faire en respectant une procédure de publicité et de mise en concurrence. Bien qu'il ne s'agisse que du respect d'une procédure adaptée, ce choix avait suscité de vives réactions de la part des collectivités et, surtout, des avocats. Ceux-ci expliquaient alors que la mise en concurrence était inutile ou inefficace car les relations établies sont avant tout des relations personnelles, qui impliquent donc un libre choix par la personne publique de l'avocat ou du cabinet qui va la représenter. C'est donc principalement pour faciliter la conclusion de contrats entre les collectivités territoriales et les avocats

En les intégrant dans la catégorie des « autres marchés » et des « autres contrats de concession », **le législateur souhaite donc accéder à ces revendications et permettre que ces contrats soient conclus librement par les personnes publiques, sans avoir à respecter une procédure de passation spécifique. Pourtant, cette modification pourrait s'avérer contreproductive.**

En effet, ce changement de catégorie ne doit pas être compris comme signifiant que la conclusion d'un contrat de la commande publique pour organiser la représentation de l'acheteur par un avocat ou pour préparer une procédure juridictionnelle échapperait à toute règle de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé sur la catégorie des « autres » marchés publics et contrats de concession et a considéré que

de telles catégories de contrats échappent bien à l'application de la plupart des règles de passation et d'exécution mais doivent cependant respecter les principes fondamentaux de la commande publique (CE, sect., 15 décembre 2017, n°413193, syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit ; et CE, 5 février 2018, n°414846, CNES).

**En pratique cela signifie que leur passation doit être effectuée en organisant une procédure minimale permettant le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures**, même si celle-ci pourra être bien plus allégée que celles prévues par le Code de la commande publique. Il serait donc parfaitement erroné d'expliquer que cette modification permettra de conclure les contrats de services juridiques « de gré à gré ». **La « simplification » n'est donc que partielle et il est possible de se demander si, plutôt que d'intégrer ces contrats à la catégorie des « autres » marchés et contrats de concession, il n'aurait pas mieux valu encadrer leur passation.** A défaut, il serait nécessaire de préciser que les « autres » marchés et contrats de concession doivent respecter certaines obligations concurrentielles, qu'il conviendrait de préciser. En effet, **le risque est que les personnes publiques passent ces contrats « de gré à gré » et que leur légalité soit ensuite contestée.** Sur ce point déjà, la « simplification » annoncée n'est donc peut-être que de façade et fait peser un risque sur la sécurité juridique.

Par ailleurs, **certaines modifications prévues par des amendements questionnent également** : les changements envisagés sont plus ou moins heureux et certains interrogent au regard de la sécurité juridique.

## RECONNAITRE UN POUVOIR D'ADAPTATION REGLEMENTAIRE EN CAS DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES : UNE MODIFICATION GENERATRICE DE COMPLEXITE

Alors que le projet de loi ASAP ambitionne de simplifier l'action publique, il a parfois tendance, au contraire, à la complexifier. En effet, il prévoit créer un nouveau Livre dans le Code de la commande publique afin de **permettre une adaptation des règles par décret en cas de « circonstances exceptionnelles, telles que notamment une guerre, une épidémie ou une pandémie, une catastrophe naturelle ou une crise économique majeure »**. Or, si la volonté d'anticiper de telles circonstances exceptionnelles est louable, le dispositif retenu interroge pour au moins deux raisons.

**D'abord, est-il nécessaire d'intégrer ces règles dans le Code ?** En effet, celles-ci tendent à sanctuariser la législation d'exception qui a été adoptée cette année pour faire face à la crise sanitaire. De plus, elles laissent le pouvoir réglementaire seul responsable pour apprécier l'existence de « circonstances exceptionnelles » alors qu'un débat législatif est à n'en pas douter nécessaire dans une telle situation. **Le risque est ici que le droit « ordinaire » de la commande publique soit trop facilement contourné.**

**Par ailleurs, il est possible de se demander si ce nouveau Livre permet une évolution réelle et constructive au regard des règles déjà présentes.** Comme les ordonnances adoptées cette année, le projet de loi semble ignorer l'existence des « règles générales applicables aux contrats administratifs », dont certaines sont reprises par le Code. Ainsi, l'article L. 6 prévoit déjà que « lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». **Ce nouveau livre superpose donc de nouvelles règles sans revoir celles qui existent déjà**, ce qui est étonnant dans le cadre d'une loi de « simplification ».

Pour autant, ce nouveau régime applicable en cas de circonstances exceptionnelles n'est pas ce qui interroge le plus dans le projet de loi.

## UTILISER L'INTERET GENERAL POUR PERMETTRE DE CONCLURE DES MARCHES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE : UN CHOIX PERILLEUX POUR LA SECURITE JURIDIQUE

Le projet amendé prévoit également **d'ajouter un nouveau motif parmi ceux justifiant de passer des marchés publics sans publicité ni mise en concurrence préalables**. Ainsi, l'« **intérêt général** » permettrait de justifier de telles dérogations.

Or, si l'intérêt général est une notion essentielle, elle présente le défaut majeur de **manquer de précision**. Admettre que l'intérêt général puisse justifier de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables suscite des craintes du point de vue de la sécurité juridique. En effet, **quels seront les motifs d'intérêt général qui seront considérés suffisants par le pouvoir réglementaire (appelé à intervenir en second lieu) pour permettre de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence ?**

Cette mise en avant de l'intérêt général comme motif permettant de déroger au droit de la commande publique s'explique sans doute par la volonté de mettre en place une dérogation conforme au droit de l'Union européenne. La Cour de justice a en effet déjà admis que les principes fondamentaux de la commande publique soient écartés à titre exceptionnel lorsqu'une raison impérieuse d'intérêt général le justifie (CJCE, 14 novembre 2013, Belgacom). Pour autant, il faut souligner que ce n'est qu'à titre exceptionnel que de telles dérogations sont possibles, et on sait que la Cour de justice exerce un contrôle strict de la proportionnalité lorsque des raisons impérieuses d'intérêt général sont avancées. Ainsi, **contrairement à ce qu'affirme le rapport qui accompagne l'amendement, l'intérêt général pourra difficilement être avancé pour faciliter l'accès des PME à la commande publique.**

**De plus, cette nouvelle exception d'intérêt général ne permettra pas d'échapper totalement aux contraintes concurrentielles.** Ici encore, contrairement aux idées reçues, les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent et imposent le respect d'un minimum de contraintes. Les personnes publiques et les opérateurs économiques auraient donc tort de croire que cette nouvelle règle leur permettrait de conclure ces marchés « de gré à gré ».

Au contraire, **le risque est que les élus profitent de ces évolutions pour – justement – conclure leurs marchés publics « de gré à gré »**, sans respecter les principes fondamentaux de la commande publique. Si tel était le cas, rien ne garantit que les « petits » opérateurs économiques (artisans et PME) seraient réellement favorisés. Pire encore, ces évolutions souhaitées par le gouvernement pourraient favoriser les conflits d'intérêt et la corruption.

## **RELEVER LE SEUIL DE « DISPENSE DE PROCEDURE » POUR LES MARCHES DE TRAVAUX : UNE PERSISTANCE DANS L'ERREUR**

Dans le prolongement de la modification précédente permettant d'avancer l'intérêt général pour qu'un marché soit conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables, **les députés ont adopté un amendement supplémentaire pour relever ce qu'ils désignent comme « le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des marchés publics de travaux ».**

A ce sujet, il faut rappeler que **le gouvernement a déjà choisi de relever le seuil en-dessous duquel les marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables** depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Désormais, ce seuil est de **40 000 € HT**, contre 25 000 € HT auparavant.

Par ailleurs, dans le contexte de crise économique et sanitaire, **le décret n°2020-893 du 22 juillet 2020 permet aux acheteurs de conclure leurs marchés publics de travaux sans**



**publicité ni mise en concurrence préalables lorsque ceux-ci répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 € HT.** Cette dérogation au seuil « ordinaire » de 40 000 € HT s'applique jusqu'au 10 juillet 2021 inclus. Ce décret a prévu un dispositif similaire pour les marchés de fournitures de denrées alimentaires lorsque celles-ci sont produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Il permet aux acheteurs de conclure de tels marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables dès lors qu'ils répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT.

Considérant probablement que ces changements ne sont pas suffisants, **le projet de loi amendé permet aux acheteurs de conclure leurs marchés de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables dès lors qu'ils répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT.** Ce nouveau seuil devrait s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2022. Comme celui de 70 000 €, il concerne également les lots des marchés qui portent sur des travaux lorsque ces lots ne représentent pas plus de 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.

**Toutes ces évolutions sont supposées faciliter l'action des personnes publiques.** L'exposé qui accompagne l'amendement considère ainsi que cette mesure doit permettre d'accélérer la passation des marchés publics, de diminuer les coûts procéduraux tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques et de faciliter l'accès des PME à la commande publique. **Les objectifs sont donc louables mais ils témoignent d'un manque de connaissance – feint ou réel – de la matière.**

Tout d'abord, il est surprenant que ce relèvement de seuil – même temporaire – soit prévu par une disposition législative. En principe, c'est le pouvoir réglementaire qui détermine les différents seuils applicables et la question se pose donc de savoir si le législateur n'a pas ici outrepassé son rôle.

Par ailleurs, **ce relèvement de seuil – comme les précédents – pose la question de l'articulation avec les principes fondamentaux de la commande publique.** Le

gouvernement et le Parlement éludent en effet la question, laissant ici encore croire que les « marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables » pourraient être conclus sans respecter une quelconque procédure. Dans l'exposé qui accompagne l'amendement, il est indiqué que la publication des informations concernant les marchés supérieurs à 25 000 €HT est suffisante pour assurer le respect de l'obligation de transparence. Or, rien n'est moins sûr : la transparence ne se résume pas à une publicité postérieure aux procédures de passation. La transparence doit notamment permettre d'assurer l'égalité de traitement, ce qui implique qu'elle s'exprime également en amont de la procédure. Surtout, rien n'est indiqué s'agissant du respect des deux autres principes fondamentaux que sont la liberté d'accès et l'égalité de traitement.

Enfin, **il n'est pas certain que ces relèvements de seuils à répétition soient** – en tant que tels – **compatibles avec le droit de l'Union européenne**. En effet, les exigences européennes ne s'appliquent pas uniquement au-delà des seuils des procédures formalisées : elles déterminent également dans une large mesure le droit applicable aux marchés passés en procédure adaptée. La question du seuil permettant de distinguer les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables et les marchés passés en procédure adaptée doit donc être envisagée sous le prisme européen, ce que ne semble pas faire le législateur. Il est donc possible (ou probable) que le seuil de 100 000 € HT soit tout simplement illégal au regard du droit de l'Union.

Ainsi, à trop vouloir « simplifier », il ne faudrait pas que le projet de loi conduise à l'ajout de dispositions inutiles et à un renforcement de l'insécurité juridique.

7 PROPOSITIONS DE  
REFORMES

**Retirer du projet ou modifier les dispositions  
contreproductives et/ou en intégrer de  
nouvelles :**

**1**

Encadrer par de simples obligations minimales la passation des contrats portant sur des services juridiques de représentation légale ou de consultation juridique préciser comment les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent à la catégorie des « autres marchés » et des « autres contrats de concession ».

**2**

Préciser comment les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent à la catégorie des « autres marchés » et des « autres contrats de concession ».

En garantissant le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures, le législateur garantirait la sécurité juridique. Il éviterait ainsi la conclusion de contrats dont la validité pourrait être remise en cause.

**3**

**Renoncer au dispositif autorisant le pouvoir réglementaire à adapter le droit de la commande publique en cas de circonstances exceptionnelles.**

Le dispositif imaginé ne permet pas de simplifier le droit existant qui prévoit déjà comment répondre aux circonstances exceptionnelles. Le législateur devrait s'appuyer sur le droit existant, au besoin en le faisant évoluer.

**4**

**Renoncer à intégrer l'intérêt général parmi les motifs permettant de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables et préciser les obligations induites par les principes fondamentaux pour cette catégorie de marchés.**

**5**

**Renoncer à relever le seuil des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables à 100 000 € pour les marchés de travaux.**

**6**

**Préciser les obligations induites par les principes fondamentaux de la commande publique pour la catégorie des « marchés passés sans publicité ni mise en concurrence »**

Pour cette catégorie de contrats, comme pour les « autres marchés » et « autres contrats de concession », il s'agirait de renforcer la sécurité juridique. Ces contrats sont trop souvent envisagés comme pouvant être conclus « de gré à gré » alors que les principes fondamentaux s'y opposent. La définition d'obligations minimales permettrait de sécuriser davantage les procédures de passation.

## 7

### **Etablir une procédure de passation « allégée » pour les marchés passés selon une procédure adaptée inférieurs à un certain seuil.**

Plutôt que de chercher à relever constamment les seuils permettant de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables, le législateur devrait envisager d'établir une procédure de publicité et de mise en concurrence « allégée » pour les marchés passés en procédure adaptée inférieurs à un certain seuil. Ce seuil pourrait d'ailleurs être établi à 100 000€ HT comme le réclame une partie de la majorité. La compatibilité avec les principes fondamentaux de la commande publique et avec le droit de l'Union serait ainsi assurée.