



...la proposition de loi tendant à

## **ADAPTER LES RÈGLES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS LOCAUX AUX CONSÉQUENCES DE LA CRISE SANITAIRE**

Réunie le mardi 10 novembre 2020, la commission des lois du Sénat a adopté, sur le rapport de Stéphane Le Rudulier (Les Républicains - Bouches-du-Rhône), la **proposition de loi n° 592 (2020-2021) tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire**, présentée par Bruno Retailleau et plusieurs de ses collègues du groupe Les Républicains.

La commission des lois a souscrit au constat opéré par les signataires quant à l'impact préjudiciable de la crise sanitaire sur les entreprises locales qui sont souvent de petites et moyennes entreprises ou de très petites entreprises et la nécessité de renforcer leur accès à la commande publique.

Afin de concilier l'objectif des auteurs de la proposition de loi initiale avec les exigences du droit constitutionnel et du droit de l'Union européenne, la commission des lois a substitué aux dispositions initiales un dispositif tendant à **inscrire dans le code de la commande publique la possibilité ouverte à l'acheteur de spécifier l'implantation géographique du titulaire ou de ses sous-traitants si l'objet du marché ou la prise en compte des considérations qui y sont liées rendent cette condition indispensable.**

### **1. UNE PROPOSITION DE LOI PRENANT LA MESURE D'UNE SITUATION PRÉOCCUPANTE MAIS RENCONTRANT DE FORTS OBSTACLES JURIDIQUES**

#### **A. UNE PÉRIODE DE CRISE PROPICE AU SOUTIEN DES ENTREPRISES LOCALES**

La commission des lois approuve pleinement le constat opéré par l'exposé des motifs de la proposition de loi, tant en ce qui concerne **l'impact préjudiciable de la crise sanitaire sur les entreprises locales** – souvent des petites et moyennes entreprises (PME) ou très petites entreprises (TPE) – que **le rôle de ces entreprises dans la vie économique locale.**

### Extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi

*La crise sanitaire, économique et sociale sans précédent que connaît la France suite à la pandémie de covid-19 aura des conséquences lourdes et durables pour notre pays. Les mesures nécessaires pour enrayer l'épidémie ont en particulier fragilisé le tissu des PME françaises, qui constituent pourtant l'immense majorité des entreprises de l'hexagone, et emploient près de la moitié de la masse salariale totale. Car, si elles présentent un dynamisme, une capacité d'innovation et un rôle moteur dans la vitalité de nos territoires qui ne sont plus à démontrer, ces entreprises sont nécessairement vulnérables en raison de leurs tailles et capacité de trésorerie limitées.*

*À cause de cela, au moment où il est impératif d'assurer les conditions d'une reprise aussi rapide que possible de notre économie, les PME et certaines ETI risquent d'éprouver des difficultés disproportionnées à obtenir des marchés publics essentiels, alors même que les plus grandes entreprises seront en mesure de rebondir bien plus efficacement.*

En outre, cette crise intervient dans un contexte où les TPE et PME peinaient déjà à trouver leur juste place parmi les bénéficiaires des débouchés de la commande publique.

Selon le Centre de documentation Économie-Finances, « en 2015, la France compte 3,8 millions de PME [...], soit 99,9 % des entreprises, 48,3 % de l'emploi salarié (en équivalent temps plein). Elles réalisent 42,7 % de la valeur ajoutée et 15,4 % du chiffre d'affaires à l'exportation »<sup>1</sup>. Pourtant, **leur accès à la commande publique n'est pas à la hauteur de leur niveau de participation dans l'économie nationale, tant en ce qui concerne le nombre de marchés attribués que leurs montants cumulés.** Selon l'Observatoire économique de la commande publique (OECB), les PME ont été attributaires de 57,5 % des marchés conclus en 2017, mais ces contrats n'ont représenté que 29,4 % des montants cette même année. Or, sur la même période, les grandes entreprises ont passé presque trois fois moins de marchés, mais leurs montants cumulés étaient presque une fois et demie supérieure.

L'idée de mettre à profit la commande publique au bénéfice des TPE/PME, notamment lorsqu'elles sont implantées à proximité de l'acheteur, s'est donc développée dans le contexte de crise sanitaire, *via* des articles spécialisés<sup>2</sup> ou des questions écrites<sup>3</sup>. La présente proposition de loi s'inscrit dans cette démarche.

## B. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA PROPOSITION DE LOI AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET LA CONSTITUTION

### 1. Des critères géographiques d'attribution contraires aux principes du droit de l'Union européenne et du droit constitutionnel sous réserve d'impérieux motifs d'intérêt général

**Les critères géographiques d'attribution des contrats de la commande publique sont très difficilement conciliables avec les règles tant constitutionnelles qu'européennes relatives à la commande publique** puisque celles-ci ont précisément pour objet de garantir l'égal accès à la commande publique des opérateurs, quelle que soit leur nationalité ou leur localisation.

En droit de l'Union européenne, le **principe de non-discrimination** est un principe fondamental qui découle, notamment de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE), devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a

<sup>1</sup> CEDEF, Où trouver les chiffres des PME ? Disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>

<sup>2</sup> Voir notamment, Peut-on instaurer un mécanisme de préférence locale pour l'attribution de marchés publics, La gazette des communes, 5 mars 2020 ou Peut-on instaurer la préférence locale pour attribuer un marché public ?, Le courrier des maires, 2 avril 2020.

<sup>3</sup> Question n° 24584 du député Benoit Potterie reproduite infra.

précisé que ce principe trouve à s'appliquer à l'attribution de l'ensemble des contrats de la commande publique, quand bien même ils ne relèveraient pas du champ d'une directive *ad hoc* : « *nonobstant le fait que [les concessions de service public] sont, au stade du droit communautaire, exclues du champ d'application de la directive n° 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.*

« *Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »<sup>1</sup>.

Il découle de ce principe qu'un marché public dont le montant estimé est inférieur aux seuils prévus par l'article 4 de la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics<sup>2</sup> et qui ne relève donc pas de son champ d'application<sup>3</sup>, ne peut s'affranchir du respect des règles fondamentales du traité. Ce constat est d'ailleurs rappelé par le premier considérant de ladite directive.

**Premier considérant de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'Espace économique européen (EEE)**

*La passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence.*

La Cour a ainsi rappelé que l'article 59 du traité instituant la Communauté européenne, relatif à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté<sup>4</sup> imposait « *notamment l'élimination de toute discrimination à l'encontre des prestataires établis dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie.* » Or, selon elle, « *le fait que l'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 80/87<sup>5</sup> réserve une partie des travaux aux seuls sous-traitants ayant leur siège social dans la région où les travaux sont exécutés constitue une discrimination à l'encontre des entreprises établies dans les autres États membres* »<sup>6</sup>.

Toutefois, si certaines dérogations ont été établies par la Cour de justice, elles ne touchent qu'un nombre très limité de cas. Ont, par exemple, été exclues sur la base de l'article 55 du traité instituant la Communauté européenne, les marchés publics portant sur « *les activités [qui*

<sup>1</sup> CE, 7 déc. 2000, aff. C- 324/98, Telaustria, point 60.

<sup>2</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

<sup>3</sup> Défini par l'article premier de cette directive.

<sup>4</sup> Dispositions désormais reprises à l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>5</sup> Dispositions italiennes mises en cause en l'espèce.

<sup>6</sup> CJCE, 3 juin 1992, Commission c/ Rép. Italienne, aff. C-360/89, point 8.

participent] même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique »<sup>1</sup>. En 2003, la Cour a également admis que des limites aux principes communautaires pouvaient être justifiées par « **des raisons impérieuses d'intérêt général** »<sup>2</sup>. Toutefois, ces limitations sont particulièrement encadrées puisque la Cour a imposé de **vérifier si la réglementation en cause « répond véritablement aux objectifs d'une protection du consommateur et de l'ordre social »**<sup>3</sup>, qui étaient les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées en l'espèce, et d'autre part, « *si les restrictions imposées n'apparaissent pas disproportionnées* »<sup>4</sup>.

**Le droit constitutionnel tend à apprécier les critères géographiques d'attribution avec la même circonspection que le droit de l'Union européenne.** En droit interne, le principe d'égalité de traitement des candidats, associé aux principes de liberté d'accès à la commande publique et à la transparence des procédures, qui ont valeur constitutionnelle, s'imposent à l'ensemble des marchés publics, et ce **quel que soit leur montant**<sup>5</sup>.

Le juge administratif s'est appuyé sur ces principes pour **censurer les articles du code des marchés publics de 2006 qui autorisaient les acheteurs à fixer un nombre minimal de PME admises à présenter une offre**<sup>6</sup>. Il a également annulé la décision d'attribution d'un marché par une commune, prise aux seules fins de favoriser le maintien des emplois et l'acquittement des impôts locaux<sup>7</sup>.

Un tempérament relativement semblable à celui apporté par le juge européen a néanmoins été retenu par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 décembre 2001 relative à la loi « Murcef »<sup>8</sup>, qui a indiqué que « *s'il [...]est également loisible [au législateur] de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis* ».

Dans une réponse récente à une question écrite, le Gouvernement indique toutefois que certains critères d'attribution qui ne sont pas en lien direct avec la préférence géographique peuvent, *de facto*, conduire à favoriser les opérateurs se situant à proximité du lieu d'exécution du contrat : « *au stade de l'attribution des marchés, les acheteurs peuvent se fonder sur des critères tels que le développement des approvisionnements directs ou les performances en matière de protection de l'environnement. Il leur est ainsi possible, par exemple, d'apprécier la qualité des offres au regard de l'effort de réduction de gaz à effet de serre notamment pour le transport des fournitures ou les déplacements des personnels. La rapidité d'intervention d'un prestataire peut également être un critère de choix autorisé, pour autant qu'il reste justifié au regard du marché public* »<sup>9</sup>.

Toutefois, le Conseil d'État veille à ce que **les critères de sélections mis en œuvre ne soient pas « de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur »**<sup>10</sup>. Ainsi, dans une décision récente, la cour suprême de l'ordre administratif a bien accepté l'existence de critères ou sous-critères liés à la création d'emplois locaux à Mayotte, mais seulement après avoir vérifié,

---

<sup>1</sup> CJCE, 21 juin 1974, Jean Reyners c/ État belge, aff. 2-74. Les dispositions de l'article 55 précité sont aujourd'hui reprises à l'article 51 du TFUE.

<sup>2</sup> CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli, aff. C-243/01.

<sup>3</sup> Extrait du communiqué de presse n° 98/03 de la Cour de justice consécutif à la décision du 6 novembre 2003 précitée.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, n°2003-473 DC.

<sup>6</sup> CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, n° 297711.

<sup>7</sup> CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562 ; CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, n° 229666.

<sup>8</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi « MURCEF ».

<sup>9</sup> Réponse du 25 février 2020 à la question n° 24584 du député Benoit Potterie.

<sup>10</sup> Conseil d'État, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> chambres réunies, 12/09/2018, 420585.

d'une part, que ce critère était bien lié aux conditions d'exécution du contrat, elles-mêmes en lien avec l'objet du contrat et, d'autre part, **que ce critère n'était, *in fine*, pas discriminatoire**<sup>1</sup>.

## 2. Des conditions géographiques d'exécution tolérées dès lors qu'elles concourent à la réalisation de l'objet du contrat

Contrairement au critère d'attribution, les conditions d'exécution du marché public n'ont pas vocation à écarter ou à sélectionner une offre mais à **préciser les modalités selon lesquelles le contrat sera exécuté par l'opérateur retenu**. Dans les faits, la différence est parfois ténue puisqu'un contrat ne pourra être attribué à un opérateur qui n'est pas *a priori* en mesure de respecter les conditions d'exécution fixées par l'acheteur ou le concessionnaire. La proximité entre critères de sélection et conditions d'exécution est d'ailleurs reconnue par le droit interne qui prévoit logiquement que les critères d'attribution doivent être en lien avec l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution<sup>2</sup>.

Le Conseil d'État admet ainsi la possibilité de fixer des conditions d'exécution du marché liées à la localisation géographique de l'entreprise **dès lors que cela est indispensable à la bonne exécution du marché**<sup>3</sup>. Il a, toutefois, précisé qu'un acheteur ne peut « *légalement faire de l'existence d'une implantation préalable dans le département une condition à l'obtention du marché* »<sup>4</sup>. Cette précision a pour **conséquence louable de ne pas faire des conditions d'exécution un critère d'attribution insurmontable et discriminatoires pour les candidat qui ne disposent pas d'antennes locales au moment de l'attribution du marché** puisqu'elle leur laisse la possibilité d'en créer une si leur offre devait être retenue. (Ce critère n'est donc plus insurmontable, mais il donne, dans les faits, un avantage certain aux candidats locaux qui n'auront pas à créer d'antenne *ad hoc* pour exécuter le contrat).

La volonté du juge administratif de distinguer condition d'exécution et critère d'attribution s'est clairement illustrée dans une décision du Conseil d'État du 29 juillet 1994. Le juge administratif y fait grief à l'acheteur de n'avoir démontré que « *l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché* » et conclut, dès lors, que la décision de la commission d'appel d'offres attribuant préférentiellement un marché à une entreprise locale était entachée d'erreur de droit<sup>5</sup>.

Le juge européen est également **soucieux de vérifier que des conditions d'exécution spéciales prévues par les adjudicateurs n'aient pour finalité non avouée de poser des conditions ne pouvant être remplies que par les soumissionnaires nationaux** ou qui seraient plus difficilement satisfaites par des soumissionnaires provenant d'autres États membres<sup>6</sup>.

Dans ce but, **la Cour ne considère pas qu'une condition d'exécution basée sur la situation géographique de l'opérateur est irrégulière par nature, mais elle va apprécier *in concreto* si elle est nécessaire à la bonne exécution du contrat**. Le juge européen a, par exemple, constaté que l'exigence d'implantation sur le territoire d'une commune donnée – Bilbao – pour la réalisation d'un marché de service, « *constitue, eu égard à la situation géographique de l'affaire au principal, une contrainte d'exécution territoriale qui n'est pas de nature à permettre d'atteindre l'objectif énoncé au point précédent du présent arrêt, à savoir celui d'assurer la proximité et l'accessibilité de l'établissement hospitalier privé d'appui, dans l'intérêt des patients, de leurs proches et du personnel médical appelé à se déplacer vers cet établissement, tout en assurant un accès égal et non discriminatoire à ces marchés de tous les soumissionnaires* »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> chambres réunies, 20/12/2019, 428290.

<sup>2</sup> Article L. 2152-7 du code de la commande publique.

<sup>3</sup> Par exemple CE, 14 janvier 1998, Sté Martin-Fourquin, n° 168688.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Conseil d'État, 7 /10 SSR, du 29 juillet 1994, n° 131562.

<sup>6</sup> CJCE, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV, aff. C-31/87, point 30.

<sup>7</sup> Point 28 de l'arrêt CJUE, 22 octobre 2015, aff. C-552/13.

Le juge européen comme le juge administratif tolèrent donc que l'on soumette le candidat retenu à une obligation d'implantation géographique si cette implantation est **réellement rendue nécessaire par l'objet du contrat** et non s'il s'agit d'une **manœuvre protectionniste déguisée**.

**Le droit national en vigueur est en harmonie avec cette jurisprudence puisqu'il rend obligatoire l'existence d'un lien entre condition d'exécution et objet du marché.** Si l'article L. 2112-2 du code de la commande publique indique que « *les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations* », c'est après avoir explicitement rappelé que « *les conditions d'exécution des prestations [...] doivent être liées à [l']objet* » du marché.

Ce nécessaire lien était encore plus explicite dans la rédaction de cette disposition antérieure à sa codification : « *Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public* »<sup>1</sup>.

Pour regrettable qu'elle puisse être, la rédaction aujourd'hui retenue par le code n'emporte aucun changement de fond dans l'acception à donner de la règle, puisque l'habilitation ayant permis de codifier le premier afin d'obtenir le second ne permettait pas, en l'espèce, de modification de fond<sup>2</sup>.

### 3. La nécessaire conciliation de la proposition de loi avec le droit constitutionnel et européen

Les avis des personnes entendues par le rapporteur de la commission des lois ont été unanimes quant aux très sérieuses difficultés que la proposition de loi soulève, en l'état actuel de sa rédaction.

#### a) Les difficultés posées par les conditions d'exécution visées à l'article 2 de la proposition de loi

##### (1) L'absence de lien avec l'objet du contrat

L'article 2 de la présente proposition de loi tend à autoriser les acheteurs à « *imposer qu'une part minimale, pouvant aller jusqu'à 25 % du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché, soit effectuée par des personnels domiciliés à proximité du lieu d'exécution, dans un périmètre qu'ils déterminent* » pour les contrats définis à l'article 1<sup>er</sup>, c'est-à-dire les marchés publics conclus pendant la crise sanitaire et dont les montants ne dépassent pas les seuils européens.

Ce dispositif présente une double difficulté. D'une part, **il autoriserait les acheteurs à mettre en place une condition géographique d'exécution dans des cas où elle n'est pas rendue nécessaire par l'objet du contrat puisqu'aucune référence n'y est rendue**. Ainsi qu'il a été indiqué *supra*, une telle disposition serait donc contraire au droit constitutionnel et européen. D'autre part, une **interprétation a contrario de cette disposition** pourrait, à rebours de l'intention des auteurs de la proposition de loi, conduire à plafonner le nombre d'heures effectuées par des personnels locaux même dans l'hypothèse où l'objet du contrat pourrait autoriser l'acheteur à recourir à un nombre plus important de ces heures.

##### (2) L'inadéquation avec le motif d'intérêt général soulevé

En l'état actuel de leurs jurisprudences respectives, **ni la CJUE ni le Conseil constitutionnel ne semblent avoir explicitement accepté de conditions d'exécution sans lien direct avec l'objet du contrat mais répondant à un impérieux motif d'intérêt général semblable à celui susceptible d'être retenu au stade de l'attribution**.

Cette hypothèse n'est peut-être pas à exclure totalement, compte tenu du caractère parfois ténu de la distinction, une condition d'exécution trop restrictive pouvant avoir l'effet d'un critère d'attribution « de fait » pour les opérateurs ne pouvant y répondre (*cf. supra*). Pour autant, à

<sup>1</sup> Article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>2</sup> L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique a été prise sur habilitation donnée à l'article 38 de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016 qui n'autorisait que « les modifications nécessaires pour [...] assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet » ainsi que certaines harmonisations du droit ultra-marin.

supposer qu'elle puisse être retenue, elle ne saurait justifier les dispositions de l'article 2 de la présente proposition de loi.

En effet, l'ajout de ces dispositions est motivé par la volonté des signataires de la proposition de loi de lutter contre les « *contraintes spécifiques auxquelles sont confrontés les circuits économiques locaux* » pendant et après l'épidémie. Or, **la référence aux seuls « personnels domiciliés à proximité du lieu d'exécution » ne permet pas de caractériser une différence objective de situation avec les autres personnels, dans un contexte de pandémie nationale, européenne et mondiale.**

Par ailleurs, **cette condition d'exécution introduirait un biais dans l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi des personnels qui, bien que se trouvant dans la même situation économique sensible, se situeraient ou non, à proximité du lieu d'exécution des marchés publics.** Les populations citadines se situant à proximité de nombre d'entités adjudicatrices ou de pouvoirs adjudicateurs pourraient ainsi se trouver ainsi favorisées face aux populations rurales ne pouvant compter que sur les besoins des collectivités territoriales ou de leurs groupements sur les territoires desquels elles sont implantées.

### (3) Des risques certains de contournement du dispositif

Bien que le code civil définisse le domicile comme le lieu du principal établissement<sup>1</sup>, la souplesse laissée dans sa détermination laisse craindre à certains acteurs un contournement des règles qu'entend introduire l'article 2.

Ainsi que l'a relevé l'Union des entreprises de proximité auprès du rapporteur, cet article « ***n'est pas de nature à améliorer l'accès des TPE et PME du bâtiment aux marchés publics, ni l'accès des jeunes à l'emploi. En effet, lorsqu'un salarié autre que soumis au droit interne (donc par exemple un salarié détaché) déclare son domicile, il déclare son lieu de domicile en France*** »<sup>2</sup>.

### (4) Le risque d'une remise en cause des dispositions, *a posteriori*, qui invaliderait les contrats déjà pris sur leur fondement

L'exposé des motifs de la proposition de loi se fonde sur la préexistence des articles L. 2691-1 et L. 2691-2 du code de la commande publique pour justifier la mesure proposée. Ces deux articles prévoient en effet la possibilité, pour l'acheteur, d'imposer qu'une part de l'exécution de certains marchés publics ultramarins soit confiée à des jeunes de moins de 25 ans domiciliés dans ces territoires, dès lors que le taux de chômage y dépasse un seuil défini par voie réglementaire.

Toutefois, compte tenu de leur rédaction et du contexte dans lequel elles interviennent, ces dispositions ne sauraient, en tant que telles, justifier cette mesure. D'une part, les articles L. 2691-1 et L. 2691-2 précités définissent précisément les populations ciblées afin d'atteindre l'objectif d'intérêt général de lutte contre le chômage. **Le critère géographique n'est pas un critère final mais un critère intermédiaire permettant de viser certaines concentrations de situation de chômage en outre-mer.** Il est d'ailleurs accompagné d'autres critères permettant de qualifier les populations concernées : un critère relatif à l'âge ainsi qu'un critère relatif au taux de chômage global constaté sur le territoire concerné.

Le second obstacle est que la CJUE et le Conseil constitutionnel ne se sont, à ce jour, pas prononcés sur la conformité de ces dispositions au droit européen et au droit constitutionnel. **Il n'est donc pas possible de se baser sur l'absence de censure de ces dispositions pour justifier la licéité de l'article 2 de la présente proposition de loi.**

---

<sup>1</sup> Article 102 du code civil.

<sup>2</sup> Extrait de la contribution écrite en date du 6 novembre 2020.

Dans ces conditions, **une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ou une invalidation potentielle de la disposition par le juge européen aurait des conséquences particulièrement dommageables en ce qu'elle remettrait en cause l'ensemble des marchés publics prévoyant de telles conditions d'exécution. L'insécurité juridique induite serait notablement préjudiciable aux acheteurs et à leurs cocontractants, a fortiori en période de crise économique.**

b) **Les difficultés posées par le critère d'attribution visé à l'article 3 de la proposition de loi**

L'article 3 de la proposition de loi tend à autoriser les acheteurs à « *prendre en compte la proximité des soumissionnaires du lieu d'exécution du marché et leurs engagements à cet égard dans l'évaluation de leur offre* » lorsqu'ils se fondent sur une pluralité de critères pour l'ensemble des contrats visés à l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi (*cf. supra*). Selon les auteurs de la proposition de loi, « *ce critère permettrait de reconnaître les apports objectifs à la bonne réalisation d'un marché qui peuvent résulter de son exécution par des entreprises locales dans le contexte spécifique de l'après-covid* »<sup>1</sup>.

L'atteinte portée aux principes supralégislatifs d'égal accès à la commande publique est ici justifiée par la présomption que les entreprises locales seraient mieux à même de respecter les conditions d'exécution des marchés. Or, cette atteinte ne semble pas strictement nécessaire à l'accomplissement de cet objectif puisque **l'ensemble des critères d'attribution « habituels » prévus par le code la commande publique et l'établissement des conditions d'exécution par l'acheteur ont précisément pour but que l'opérateur retenu puisse garantir la bonne réalisation du marché.** À ce titre, l'acheteur peut déjà, en l'état actuel du droit, mettre en œuvre une condition géographique d'exécution si elle se trouve en lien avec l'objet du marché, sans qu'il soit besoin d'ériger la proximité des soumissionnaires du lieu d'exécution en critère d'attribution.

De plus, il convient de rappeler que, de jurisprudence constante, le juge européen considère qu'« *un objectif de nature purement économique ne peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité* »<sup>2</sup>.

En conséquence, les risques de censure pesant sur l'article 3 de la présente proposition de loi dans sa rédaction actuelle sont **semblables à ceux évoqués pour l'introduction de l'article 2.**

**Question n° 24584 du député Benoit Potterie**

**Question du 19 novembre 2019**

M. Benoit Potterie interroge M. le ministre de l'économie et des finances sur la possibilité d'instaurer un mécanisme de préférence locale pour l'attribution de marchés publics. Alors que le Gouvernement cherche à privilégier les circuits courts et à créer de nouvelles dynamiques d'activité dans les territoires, il est incongru que les communes et établissements publics de coopération intercommunale n'aient pas les outils pour privilégier les entreprises implantées localement dans l'attribution des marchés. Dans ce contexte, il lui demande de bien vouloir étudier la possibilité de modifier le droit des marchés publics dans le sens d'une prise en compte du critère géographique pour l'attribution des marchés publics

<sup>1</sup> Extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi.

<sup>2</sup> CJUE, 21 septembre 2017, Malta Dental Technologists Association et Reynaud (C-125/16), point 60.



## Réponse du 25 février 2020

L'accès des entreprises locales à la commande publique est une préoccupation majeure du Gouvernement. C'est un enjeu pour le développement économique des territoires et la croissance de nos petites et moyennes entreprises, qui représentent 99,9 % des entreprises françaises et 48,3 % de l'emploi salarié, et en particulier pour celles qui offrent des prestations de proximité. La promotion de l'achat local répond également à des préoccupations environnementales et écologiques. Sensibilisés à l'achat public durable, les acheteurs locaux cherchent en effet à réduire l'empreinte écologique de leurs achats en limitant le transport et les émissions de polluants à l'occasion de l'exécution de leurs marchés. Les principes constitutionnels de la commande publique et les principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, des capitaux et des services énoncés dans les traités de l'Union européenne font toutefois obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des marchés publics. Le juge européen et le juge administratif français censurent ainsi régulièrement les conditions d'exécution ou les critères d'attribution reposant sur l'origine des produits ou l'implantation géographique des entreprises et toute modification du droit des marchés publics en ce sens serait inconstitutionnelle et inconventionnelle. Pour autant, le code de la commande publique offre déjà aux acheteurs des outils leur permettant de faciliter l'accès des entreprises locales à leurs marchés, notamment par une définition claire de leurs besoins, par la pratique du sourçage, en allotissant leurs marchés de telle sorte que les PME puissent y accéder, ou encore en recourant à des mesures de publicité permettant de toucher les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés. De même, au stade de l'attribution des marchés, les acheteurs peuvent se fonder sur des critères tels que le développement des approvisionnements directs ou les performances en matière de protection de l'environnement. Il leur est ainsi possible, par exemple, d'apprécier la qualité des offres au regard de l'effort de réduction de gaz à effet de serre notamment pour le transport des fournitures ou les déplacements des personnels. La rapidité d'intervention d'un prestataire peut également être un critère de choix autorisé, pour autant qu'il reste justifié au regard du marché public. Conscient des contraintes particulières pouvant peser sur les PME candidates aux marchés publics, le Gouvernement a souhaité donner un nouvel élan à la simplification des procédures de passation des marchés. Le seuil en-deçà duquel il est possible de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables a ainsi été relevé de 25 000 euros à 40 000 euros. Cet assouplissement des procédures, qui s'inscrit dans une démarche de confiance dans les décideurs publics, devrait faciliter l'utilisation des marchés de faible montant au service de l'économie et du développement durable. Elle devrait notamment permettre de renforcer le tissu économique des territoires en facilitant la conclusion des marchés avec des PME. Afin de faciliter l'appropriation de ces outils et sécuriser leur utilisation par les acheteurs, le Gouvernement est engagé dans une démarche d'information et d'accompagnement. Le ministère de l'agriculture a ainsi publié le guide « Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective » et un « Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » a également été élaboré par l'observatoire économique de la commande publique.

## 2. LA POSITION DE LA COMMISSION : CONFORTER LES MÉCANISMES FAVORISANT DÉJÀ L'ACCÈS DES ENTREPRISES LOCALES À LA COMMANDE PUBLIQUE

### A. DES MÉCANISMES FAVORISANT DÉJÀ INDIRECTEMENT LES ENTREPRISES LOCALES

Les très fortes restrictions que le droit apporte aux critères géographiques s'expliquent par la finalité même de la commande publique, rappelée à l'article L. 3 du code de la commande publique : l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. **Les contrats de la commande publique sont par essence conçus pour permettre à l'acheteur ou au concessionnaire d'exercer ses compétences ou de pourvoir à ses propres besoins et non pour apporter une aide à l'opérateur sélectionné.**

Toutefois, les montants significatifs que représente la commande publique créent des externalités positives qui peuvent notamment bénéficier à certains secteurs géographiques et qui peuvent être indirectement favorisés tant par la lettre du droit interne que par la pratique.

#### 1. Les règles de droit indirectement favorables aux entreprises locales

Certaines règles ont pour conséquence de favoriser indirectement les entreprises implantées à proximité du lieu d'exécution d'un marché<sup>1</sup>.

##### a) Certains critères d'attribution

Comme indiqué précédemment, parmi les critères d'attribution autorisés par le code de la commande publique<sup>2</sup>, certains peuvent **indirectement favoriser les entreprises locales bien qu'ils n'aient pas cette finalité**. C'est notamment le cas des critères basés sur la garantie de la rémunération équitable des producteurs, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ou la biodiversité<sup>3</sup>. Néanmoins, **le juge administratif veille à ce que ces critères soient utilisés sincèrement et non aux seules fins de favoriser les entreprises locales (cf. supra)**.

Les apports de la loi « ASAP »<sup>4</sup>, actuellement soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, sont notables puisqu'ils **érigent en critère d'attribution des marchés globaux la part finalement exécutée par des petites et moyennes entreprises ou des artisans ainsi qu'une part minimale d'exécution qui leur est réservée**, sur le modèle des dispositions existantes pour les contrats de partenariat<sup>5</sup>. Ces dispositions à destination de catégories d'entreprises vulnérables, pour des contrats qui leur sont par nature défavorables, devraient *in fine* bénéficier aux entreprises locales puisqu'elles relèvent, principalement, de ces catégories dans les faits.

##### b) Des seuils élevés de dispense de publicité et de mise en concurrence

Les seuils en dessous desquels l'acheteur est dispensé de publicité et de mise en concurrence, sous réserve de respecter les principes de la commande publique, **sont aussi de nature à faciliter l'accès des PME et des entreprises locales à la commande publique**. En dessous de

<sup>1</sup> Ces règles recouvrent, dans les faits, celles qui sont plus généralement favorables aux PME et dont le rapport n° 530 (2018-2019) de M. André Reichardt, fait au nom de la commission des lois, déposé le 29 mai 2019, a établi une présentation plus exhaustive.

<sup>2</sup> Articles R. 2152-7 et suivant du code de la commande publique.

<sup>3</sup> Article R. 2152-7 du code de la commande publique.

<sup>4</sup> Projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique définitivement adopté par le Parlement le 28 octobre 2020 et pour lequel le Conseil constitutionnel a été saisi le 3 novembre 2020.

<sup>5</sup> Articles L. 2213-14 et L. 2222-4 du code de la commande publique.

ces seuils, l'opérateur n'a pas besoin de formaliser de réponse à un appel d'offres mais peut **adresser un simple devis à l'acheteur public, comme il l'aurait fait pour n'importe lequel de ses clients**. L'acheteur public peut, de son côté, concentrer ses recherches de prestataires dans un secteur géographique donné, sous réserve de choisir une offre pertinente, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Le passage de ces seuils de 25 000 à 40 000 euros en fin d'année 2019<sup>1</sup> doit donc être regardé comme positif. En outre, ils sont en passe d'être fixés à 100 000 euros au lieu de 70 000 euros, jusqu'au 31 décembre 2022, pour les marchés publics de travaux par la loi « ASAP »<sup>2</sup> et l'ont déjà été jusqu'à la fin de l'année en cours pour certaines denrées alimentaires<sup>3</sup>.

Enfin, une **expérimentation sur trois ans** est en cours et permet la passation de gré à gré de marchés publics portant sur **des achats innovants, sous un seuil également fixé à 100 000 euros**<sup>4</sup>. Ces contrats portent spécifiquement sur la mise en œuvre « *de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* »<sup>5</sup> et s'adressent donc particulièrement aux PME et, par voie de conséquence, aux entreprises locales.

### c) L'allotissement des marchés

Aux termes de la directive de 2014 précitée, le recours à des marchés publics allotis n'est qu'une simple option puisque l'article 46 de ce texte dispose que « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet* ». Ce même article, en son paragraphe 4. ouvre toutefois la possibilité, pour les États membres, de « *rend[re] obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts dans des conditions à définir conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union* ». **C'est cette option que le droit français a retenue.**

Ainsi, en dehors des marchés globaux identifiés<sup>6</sup>, **le droit français fait de l'allotissement la règle normale de passation des marchés publics**<sup>7</sup>. Seules les exceptions prévues aux articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du code de la commande publique permettent à l'acheteur de s'y soustraire. Dans le même temps, **cette systématisation renforcée des marchés allotis a été accompagnée de la suppression des offres variables**<sup>8</sup>. Ces deux mesures favorisent la compétitivité des PME et notamment des PME locales face aux entreprises plus importantes.

---

<sup>1</sup> Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique.

<sup>2</sup> Article 46 AB du projet de loi.

<sup>3</sup> Article 2 du décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires.

<sup>4</sup> Articles 1 à 3 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

<sup>5</sup> 2° de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>6</sup> Le code de la commande publique prévoit la possibilité de recourir à des marchés globaux au travers des marchés de conception réalisation, des marchés globaux de performance et des marchés globaux sectoriels.

<sup>7</sup> En revanche, l'allotissement est une faculté laissée à l'acheteur dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, en application de l'article L. 2313-5 du code de la commande publique.

<sup>8</sup> Il s'agit d'offres dont le prix ou les conditions dépendent du nombre de lots qui seraient attribués à l'entreprise qui présente sa candidature.

D'une part, elles leur permettent de **présenter des candidatures sur des lots dont la taille est adaptée à leurs moyens de production**. D'autre part, elles font obstacle à ce que les grandes entreprises, dont l'implantation est potentiellement plus éloignée, puissent anticiper, au stade de l'offre, d'éventuelles économies d'échelle dans l'hypothèse où plusieurs lots leur seraient attribués.

## 2. Les pratiques favorables à l'accès des entreprises locales

### a) Une publicité adaptée au-delà des exigences légales et du « sourcing »

Si les seuils précités dispensent les acheteurs de publicité, force est de constater qu'une bonne information à l'échelle locale, par différents canaux, **permet un accès facilité des entreprises locales aux contrats qu'elles sont susceptibles d'emporter**. Ces mesures de publicité permettent aux entreprises locales de mettre en avant leurs compétences et leurs savoir-faire et, ainsi, reconnaître « *les apports objectifs à la bonne réalisation d'un marché qui peuvent résulter de son exécution par des entreprises locales* »<sup>1</sup>.

Par ailleurs, le droit européen et national donne aujourd'hui à l'acheteur la faculté **de sonder le marché en amont de tout appel d'offre**<sup>2</sup>. Le *sourcing* permet ainsi, en théorie, d'« *identifier les solutions et fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin avant une consultation ou dans un cadre plus largement prospectif* »<sup>3</sup>. Dans les faits, et sans que cela corresponde ni à la lettre ni à l'esprit du droit de la commande publique, cette pratique permet également d'anticiper les offres susceptibles d'être fournies par certains opérateurs.

### b) L'accompagnement des acteurs de la commande publique

**Cet accompagnement passe par l'édition de contenus à destination des acheteurs comme des prestataires, qui ne disposent pas nécessairement des ressources humaines suffisantes pour une maîtrise parfaite et autonome du droit de la commande publique**. Ainsi, l'Observatoire économique de la commande publique a, par exemple, édité le **Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique**<sup>4</sup> qui permet aux acheteurs publics de ne pas exclure ces entreprises, notamment lorsqu'elles sont implantées localement. Le ministère de l'agriculture a également publié le guide « **Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective** »<sup>5</sup>. Cet ouvrage publié en 2016 semble constituer la limite de ce type d'exercice puisque son titre explicite, ainsi que celui de certaines de ses parties tel que « Comment organiser et rédiger ses marchés publics en vue de favoriser une restauration de proximité et de qualité »,<sup>6</sup> lui ont valu d'attirer la suspicion de la Commission européenne<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi.

<sup>2</sup> Voir, notamment, l'article R. 2111-1 du code de la commande publique.

<sup>3</sup> Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique, page 4.

<sup>4</sup> Disponible via le lien suivant :

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/guide\\_de\\_bonnes\\_pratiques.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/guide_de_bonnes_pratiques.pdf)

<sup>5</sup> Disponible via le lien suivant : [https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd\\_0.pdf](https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd_0.pdf)

<sup>6</sup> Titre de la partie II du document, page 45.

<sup>7</sup> Information issue des auditions conduites par le rapporteur de la commission des lois.

Certains de ces guides fournissent également un **appui technique aux entreprises pour garantir leur capacité à présenter leurs offres**. Un des derniers en date est une version actualisée du *Guide très pratique de la dématérialisation*, « *version 4.0* » de la direction des affaires juridiques de Bercy, qui se décline en une version à destination des opérateurs économiques. En effet, comme le rappelle ce guide, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2018<sup>1</sup>, tous les acheteurs doivent être équipés d'un profil d'acheteur et publier sur cette plateforme les documents de la consultation pour les marchés publics (hors défense ou sécurité) dont la valeur du besoin estimé est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxe.

## **B. L'ÉVOLUTION PROPOSÉE PAR LA COMMISSION DES LOIS**

Constatant les obstacles juridiques qui s'opposent à l'adoption des dispositifs initiaux de la proposition de loi, tout en partageant pleinement la volonté de ses auteurs, elle a souhaité formuler un **nouveau dispositif de nature à satisfaire l'objectif visé, dans le respect du droit constitutionnel et européen de la commande publique**.

**La modification des règles encadrant les critères d'attribution des marchés publics semble juridiquement difficile**. Le recours à des critères locaux est limité à la satisfaction d'impérieux motifs d'intérêt général qui sont, d'une part, très strictement appréciés par les juges constitutionnel et européen et, d'autre part, qui sont appréciés *in concreto*, ce qui limite la possibilité de les inscrire *a priori* dans la loi. **Les règles de droit qui sont indirectement favorables aux entreprises implantées localement ne peuvent non plus être modifiées dans ce seul but**. Elles perdraient de ce fait leur effet bénéfique indirect et pourraient être frappées d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité au motif qu'elles porteraient une atteinte directe et volontaire aux principes de la commande publique.

En revanche, **une amélioration semble pouvoir être apportée au droit interne applicable aux conditions d'exécution des marchés publics**, sans qu'il soit besoin d'en limiter l'application à la période de crise sanitaire.

En effet, ainsi qu'il l'a été indiqué, la jurisprudence administrative, constitutionnelle ou européenne faisant application des principes de la commande publique ouvre la **possibilité de recourir à des conditions géographiques d'exécution dès lors qu'elles sont rendues nécessaires par l'objet du contrat**. Or, en l'état actuel du droit, aucune disposition du code de la commande publique ne prend acte de cette possibilité. Seul son article L. 2112-4 permet à l'acheteur d'exiger que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché soient localisés sur le territoire d'un État membre, sous certaines conditions.

La commission des lois a donc **adopté l'amendement COM-1** de son rapporteur qui, réécrivant l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi, tend à **inscrire dans le code de la commande publique la possibilité ouverte à l'acheteur de spécifier l'implantation géographique du titulaire ou de ses sous-traitants si l'objet du marché ou à la prise en compte des considérations qui y sont liées rendent cette condition indispensable**.

---

<sup>1</sup> Article 39 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Ce dispositif pourra ainsi être **de nature à faciliter, le cas échéant, la part dans la commande publique des entreprises locales**, puisque, par principe, celles-ci disposent d'une implantation proche de l'exécution des marchés publics susceptibles d'être exécutés dans une zone géographique déterminée. Il aura vocation à **s'appliquer de façon pérenne**, et non pas seulement dans la période de crise sanitaire que nous connaissons.

Par cohérence, la commission a également **adopté** les **amendements COM-2 et COM-3** du rapporteur, supprimant les articles 2 et 3 de la proposition de loi.

**La commission a adopté la proposition de loi ainsi modifiée.  
Ce texte sera examiné en séance publique le 17 novembre 2020.**



**François-Noël  
Buffet**

Président de la  
commission

Sénateur (Les  
Républicains)  
du Rhône



**Stéphane  
Le Rudulier**

Rapporteur

Sénateur (Les  
Républicains)  
des Bouches-du-  
Rhône

Commission des lois constitutionnelles,  
de législation, du suffrage universel, du  
Règlement et d'administration générale

[http://www.senat.fr/commission/  
loi/index.html](http://www.senat.fr/commission/loi/index.html)

Téléphone : 01.42.34.23.37

Consulter le dossier législatif :

[http://www.senat.fr/dossier-legislatif/  
ppl19-592.html](http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl19-592.html)