

N° 118

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021

Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 novembre 2020

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire,

Par M. Stéphane LE RUDULIER,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. François-Noël Buffet, *président* ; Mmes Catherine Di Folco, Marie-Pierre de La Gontrie, MM. Christophe-André Frassa, Jérôme Durain, Marc-Philippe Daubresse, Philippe Bonnacarrère, Mme Nathalie Goulet, M. Alain Richard, Mmes Cécile Cukierman, Maryse Carrère, MM. Alain Marc, Guy Benarroche, *vice-présidents* ; M. André Reichardt, Mmes Laurence Harribey, Jacky Deromedi, Agnès Canayer, *secrétaires* ; Mme Éliane Assassi, MM. Philippe Bas, Arnaud de Belenet, Mmes Catherine Belrhiti, Esther Benbassa, MM. François Bonhomme, Hussein Bourgi, Mme Valérie Boyer, M. Mathieu Darnaud, Mmes Françoise Dumont, Jacqueline Eustache-Brinio, M. Pierre Frogier, Mme Françoise Gatel, M. Loïc Hervé, Mme Muriel Jourda, MM. Patrick Kanner, Éric Kerrouche, Mikaele Kulimoetoke, Jean-Yves Leconte, Henri Leroy, Stéphane Le Rudulier, Mme Brigitte Lherbier, MM. Didier Marie, Hervé Marseille, Mme Marie Mercier, MM. Thani Mohamed Soilihi, Jean-Yves Roux, Jean-Pierre Sueur, Mmes Lana Tetuanui, Claudine Thomas, Dominique Vérien, M. Dany Wattebled.

Voir les numéros :

Sénat : 592 (2019-2020) et 119 (2020-2021)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
L'ESSENTIEL.....	5
I. UNE PROPOSITION DE LOI PRENANT LA MESURE D'UNE SITUATION PRÉOCCUPANTE MAIS RENCONTRANT DE FORTS OBSTACLES JURIDIQUES.....	5
A. UNE PÉRIODE DE CRISE PROPICE AU SOUTIEN DES ENTREPRISES LOCALES....	5
B. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA PROPOSITION DE LOI AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET LA CONSTITUTION	7
1. <i>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 ...</i>	7
2. <i>Des conditions géographiques d'exécution tolérées dès lors qu'elles concourent à la réalisation de l'objet du contrat.....</i>	10
3. <i>La nécessaire conciliation de la proposition de loi avec le droit constitutionnel et européen.....</i>	12
a) Les difficultés posées par les conditions d'exécution visées à l'article 2 de la proposition de loi.....	12
(1) L'absence de lien avec l'objet du contrat.....	12
(2) L'inadéquation avec le motif d'intérêt général soulevé	13
(3) Des risques certains de contournement du dispositif.....	13
(4) Le risque d'une remise en cause des dispositions, <i>a posteriori</i> , qui invaliderait les contrats déjà pris sur leur fondement	14
b) Les difficultés posées par le critère d'attribution visé à l'article 3 de la proposition de loi.....	14
II. LA POSITION DE LA COMMISSION : CONFORTER LES MÉCANISMES FAVORISANT DÉJÀ L'ACCÈS DES ENTREPRISES LOCALES À LA COMMANDE PUBLIQUE	17
A. DES MÉCANISMES FAVORISANT DÉJÀ INDIRECTEMENT LES ENTREPRISES LOCALES	17
1. <i>Les règles de droit indirectement favorables aux entreprises locales</i>	17
a) Certains critères d'attribution.....	17
b) Des seuils élevés de dispense de publicité et de mise en concurrence	18
c) L'allotissement des marchés	19
2. <i>Les pratiques favorables à l'accès des entreprises locales</i>	19
a) Une publicité adaptée au-delà des exigences légales et du « sourcing »	19
b) L'accompagnement des acteurs de la commande publique	20
B. L'ÉVOLUTION PROPOSÉE PAR LA COMMISSION DES LOIS.....	21
EXAMEN EN COMMISSION.....	23
RÈGLES RELATIVES À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA CONSTITUTION ET DE L'ARTICLE 44 BIS DU RÈGLEMENT DU SÉNAT (« CAVALIERS »).....	31
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES	33
LA LOI EN CONSTRUCTION	35

L'ESSENTIEL

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.**

I. 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 »¹. 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 spécialisés² ou des questions écrites³. La présente proposition de loi s'inscrit dans cette démarche.

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

² 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.

³ Question n° 24584 du député Benoit Potterie reproduite infra.

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 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**. »¹

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 publics² et qui ne relève donc pas de son champ d'application³, ne peut s'affranchir du respect des règles fondamentales du traité**. Ce constat est d'ailleurs rappelé par le premier considérant de ladite directive.

¹ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C- 324/98, *Telaustria*, point 60.

² 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.

³ Défini par l'article premier de cette 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 Communauté¹ 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° 80/87² 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* »³.

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 participent] même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* »⁴. En 2003, la Cour a également admis que des limites aux principes communautaires pouvaient être justifiées par « *des raisons impérieuses d'intérêt général* »⁵. 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 »**⁶, qui étaient les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées en l'espèce, et d'autre part, « *si les restrictions imposées n'apparaissent pas disproportionnées* »⁷.

¹ Dispositions désormais reprises à l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

² Dispositions italiennes mises en cause en l'espèce.

³ CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ Rép. Italienne*, aff. C-360/89, point 8.

⁴ 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.

⁵ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01.

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

⁷ Ibidem.

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**¹.

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**². 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'acquiescement des impôts locaux³.

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 »⁴, 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. »*⁵

¹ Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, n°2003-473 DC.

² Conseil d'État, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, n° 297711.

³ Conseil d'État, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562 ; Conseil d'État, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, n° 229666.

⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi « MURCEF ».

⁵ Réponse du 25 février 2020 à la question n° 24584 du député Benoit Potterie.

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 »**¹. 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, 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**².

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 tenue 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'exécution³.

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**⁴. 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* »⁵. 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).

¹ Conseil d'État, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 12/09/2018, 420585.

² Conseil d'État, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 20/12/2019, 428290.

³ Article L. 2152-7 du code de la commande publique.

⁴ Par exemple Conseil d'État, 14 janvier 1998, Sté Martin-Fourquin, n° 168688.

⁵ Ibidem.

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 droit¹.

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 membres².

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* »³.

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.

¹ Conseil d'État, 7/10 SSR, du 29 juillet 1994, n° 131562.

² CJCE, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV, aff. C-31/87, point 30.

³ Point 28 de l'arrêt CJUE, 22 octobre 2015, aff. C-552/13.

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.* »¹

Pour regrettable qu'elle puisse être, la rédaction aujourd'hui retenue par le code n'emporte aucun changement de fond dans l'acceptation 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 fond².

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^{er}, 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.

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

² 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.

(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 impératif 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 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 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 établissement¹, 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* »².

¹ Article 102 du code civil.

² Extrait de la contribution écrite en date du 6 novembre 2020.

- (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.**

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^{er} 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 »¹.

¹ Extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi.

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* »¹.

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

¹ 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 inconstitutionnelle. 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.

II. 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 marché¹.

a) Certains critères d'attribution

Comme indiqué précédemment, parmi les critères d'attribution autorisés par le code de la commande publique², 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 biodiversité³. 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 »⁴, actuellement soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, sont notables puisqu'ils **érigent en critère**

¹ 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.

² Articles R. 2152-7 et suivants du code de la commande publique.

³ Article R. 2152-7 du code de la commande publique.

⁴ 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.

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 partenariat¹. 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 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 2019² 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 »³ et l'ont déjà été jusqu'à la fin de l'année en cours pour certaines denrées alimentaires⁴.

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**⁵. 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* »⁶ et s'adressent donc particulièrement aux PME et, par voie de conséquence, aux entreprises locales.

¹ Articles L. 2213-14 et L. 2222-4 du code de la commande publique.

² Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique.

³ Article 46 AB du projet de loi.

⁴ 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.

⁵ Articles 1 à 3 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

⁶ 2° de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

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 identifiés¹, **le droit français fait de l'allotissement la règle normale de passation des marchés publics**². 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**³. Ces deux mesures favorisent la compétitivité des PME et notamment des PME locales face aux entreprises plus importantes.

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* »⁴.

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ Extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi.

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**¹. 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 »². 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*³ 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* »⁴. 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 »,⁵ lui ont valu d'attirer la suspicion de la Commission européenne⁶.

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^{er} octobre 2018⁷, 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.

¹ Voir, notamment, l'article R. 2111-1 du code de la commande publique.

² *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, page 4.

³ Disponible via le lien suivant :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

⁴ Disponible via le lien suivant :

https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd_0.pdf

⁵ Titre de la partie II du document, page 45.

⁶ Information issue des auditions conduites par le rapporteur de la commission des lois.

⁷ Article 39 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

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^{er} 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.**

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.

EXAMEN EN COMMISSION

MARDI 10 NOVEMBRE 2020

M. François-Noël Buffet, président. – Je salue nos collègues qui assistent à notre réunion à distance. Nous examinons ce matin le rapport de Stéphane Le Rudulier – c’est son premier rapport après l’élection du mois de septembre – sur l’adaptation des règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, texte présenté par le président Retailleau et plusieurs de ses collègues.

M. Stéphane Le Rudulier, rapporteur. – Je suis heureux de vous présenter aujourd’hui mon rapport sur la proposition de loi du président Bruno Retailleau et plusieurs de nos collègues du groupe Les Républicains, qui vise à donner une meilleure place aux entreprises locales dans la passation et dans l’exécution des marchés publics.

En effet, le constat de nos collègues est sans appel et nous ne pouvons que le partager. Il apparaît aujourd’hui évident que la crise sanitaire, économique et sociale sans précédent que connaît la France à la suite de la pandémie de la covid-19 aura des conséquences lourdes et durables pour notre pays. Son impact sera particulièrement préjudiciable pour les entreprises locales – souvent des petites et moyennes entreprises (PME) ou des très petites entreprises (TPE) – alors qu’elles occupent un rôle clé dans la vie économique de nos territoires. De plus, cette crise intervient dans un contexte où les TPE et PME peinent déjà à trouver leur juste place parmi les bénéficiaires des débouchés de la commande publique.

L’idée d’orienter la commande publique au bénéfice des TPE et des PME implantées à proximité de l’acheteur s’est donc développée de manière continue depuis plusieurs années, et encore plus récemment *via* de nombreux articles spécialisés ou des questions écrites. Cette proposition de loi s’inscrit donc pleinement dans cette démarche.

Mais, face à cette volonté légitime, la marge de manœuvre laissée au législateur est bien mince.

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.

Au regard du droit de l'Union européenne, le principe de non-discrimination est un principe fondamental, qui découle notamment du traité de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a 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*. En application de ce principe, un marché public dont le montant estimé est inférieur aux seuils prévus par la directive de 2014 sur la passation des marchés publics, et qui ne relève donc pas de son champ d'application, ne peut s'affranchir du respect des règles fondamentales.

Si certaines dérogations ont été établies par la Cour de justice, elles ne touchent qu'un nombre très limité de cas, tels que l'exercice de l'autorité publique ou des raisons impérieuses d'intérêt général dont la Cour vérifie très scrupuleusement le fondement et la proportionnalité.

Sur la base du principe d'égalité de traitement des candidats, le droit constitutionnel tend à apprécier les critères géographiques d'attribution avec la même circonspection que le droit de l'Union européenne. Les tempéraments qu'il apporte sont également en lien strict avec l'intérêt général et se rapprochent ainsi de ceux qui sont formulés par le juge européen. En outre, le juge administratif vérifie systématiquement que les critères mis en œuvre au cas par cas ne sont 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.

Le constat est relativement proche pour les conditions d'exécution des contrats de la commande publique. Le juge européen comme le juge administratif ne considèrent pas qu'une condition d'exécution basée sur la situation géographique de l'opérateur soit irrégulière par nature, mais ils apprécient si elle est réellement nécessaire à la bonne exécution du contrat et s'il ne s'agit pas d'une manœuvre déguisée destinée à favoriser les opérateurs locaux. Face à ces contraintes issues du droit européen et du droit constitutionnel, les dispositifs prévus par la proposition de loi soulèvent des difficultés réelles.

L'article 2 de la 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^{er}, 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, ce qui est contraire au droit constitutionnel et européen. D'autre

part, une interprétation *a contrario* de cette disposition pourrait conduire à plafonner à 25 % le nombre d'heures effectuées par des personnels locaux alors même que l'objet du contrat autoriserait, en l'état actuel du droit, l'acheteur à recourir à un nombre plus important de ces heures.

Il ne semble donc pas opportun d'adopter ce dispositif puisqu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ou une invalidation de la disposition par le juge européen, avec les effets *erga omnes* produits, remettraient en cause l'ensemble des marchés publics qui auraient déjà été attribués sur son fondement.

L'article 3 de la proposition de loi tend à autoriser les acheteurs à prendre en compte la proximité des soumissionnaires avec le lieu d'exécution du marché dans l'évaluation de leur offre, pour les contrats concernés par l'article 2. 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 ».

Toutefois, l'atteinte portée au principe de libre accès à la commande publique ne semble pas strictement nécessaire à la réalisation de cet objectif. En effet, l'ensemble des critères d'attribution « habituels » prévus par le code de 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.

En conséquence, les risques de censure pesant sur l'article 3 de la proposition de loi sont semblables à ceux qui ont été évoqués pour l'introduction de l'article 2.

Face à la difficulté d'établir, en droit, une préférence locale dans l'attribution d'un marché, les travaux que nous avons conduits ont démontré qu'un grand nombre de dispositifs n'ayant pas cette finalité avaient tout de même pour effet indirect de favoriser les candidatures locales. C'est le cas de certains critères d'attribution basés notamment sur la garantie de la rémunération équitable des producteurs et les performances en matière de protection de l'environnement ou de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture. Néanmoins, le juge administratif veille à ce que ces critères soient utilisés sincèrement et non aux seules fins de favoriser les entreprises locales.

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 entreprises locales. En dessous de ces seuils, l'opérateur n'a pas besoin de formaliser de réponse à un appel d'offres. Il peut adresser un simple devis à l'acheteur public, comme il l'aurait fait pour n'importe lequel de ses clients.

De plus, l'allotissement des marchés concourt également à donner leur chance à ces entreprises puisqu'il leur permet de présenter des candidatures sur des lots dont la taille est adaptée à leurs moyens de production ou, plus largement, à leur capacité de réalisation.

Enfin, un certain nombre de pratiques, telles que la rédaction de guides, permettent d'accompagner les acteurs locaux de la commande publique.

Face à ce constat global, je ne peux que conclure que de très nombreux obstacles juridiques s'opposent à l'adoption des dispositifs de cette proposition de loi. Je vous suggère donc de ne pas les retenir. Partageant toutefois la volonté des auteurs de ce texte, je vous propose de formuler un nouveau dispositif de nature à satisfaire l'objectif de primauté locale, dans le respect du droit constitutionnel et européen de la commande publique.

Après avoir envisagé plusieurs hypothèses, je vous propose d'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.

Ce dispositif pourra ainsi être de nature à faciliter 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.

Enfin, et pour conclure, en vue du dépôt d'éventuels amendements de séance, je vous indique que le périmètre du texte s'attachera exclusivement aux règles relatives aux entreprises locales dans la passation et l'exécution des marchés publics.

M. François-Noël Buffet, président. – Merci pour cette présentation exhaustive et précise.

M. Alain Richard. – On doit en effet s'incliner devant la précision et la netteté des observations du rapporteur, qui nous rappelle que le principe de la commande publique implique la liberté de concurrence et qu'il faut des motifs d'intérêt général vérifiés pour en limiter la portée. Je pense que sa conclusion est la bonne et nous la suivrons.

Toutefois, j'aimerais comprendre son interprétation du terme « implantation ». S'applique-t-elle à une entreprise n'étant pas localement implantée au moment où elle soumissionne, mais qui s'engagerait à l'être ultérieurement ? Je pense, par exemple, au cas d'une société de transport qui mettrait en service un dépôt de bus ou à un prestataire en matière de collecte de déchets qui devra louer un emplacement industriel. Cela me rappelle le

litige au sujet d'une grande entreprise industrielle qui, pour bénéficier de certaines dispositions du droit européen, a simplement loué un bureau à Bruxelles.

M. Hussein Bourgi. – Les objectifs de cette proposition de loi sont louables, mais elle pose un problème récurrent dans le débat public, celui du patriotisme économique et commercial. Le soutien à nos entreprises à la création d'emplois et à leur préservation en cette période de crise est une ambition que nous partageons tous. Néanmoins, la proposition de loi présente plusieurs fragilités d'ordre juridique et d'ordre factuel.

Sur le plan juridique, le rapporteur a bien pointé du doigt les difficultés qu'elle pose. Sur le plan factuel, cette proposition de loi risque d'être contre-productive. Si notre pays se dote d'une telle législation, il n'est pas interdit que d'autres membres de l'Union européenne en fassent de même. Des entreprises françaises travaillant dans des pays européens pourraient perdre des marchés du fait d'une course effrénée au protectionnisme de chacun des États membres.

De même, des entreprises pourraient avoir leur siège social sur le territoire des collectivités locales qui passent le marché ou à proximité, mais nous n'avons aucune garantie sur la proximité géographique de leurs sous-traitants.

Enfin, comment calculer et contrôler le recours à un pourcentage de main-d'œuvre locale ? On risque de se retrouver face à un chef d'entreprise qui fait du déclaratif et d'être dans l'incapacité de vérifier que l'objectif est rempli. Une entreprise peut aussi avoir son siège sur le territoire local et faire appel à des travailleurs détachés, détournant par ce biais l'objectif recherché. C'est pourquoi le groupe Socialiste, écologiste et républicain, s'il souscrit à l'objectif initial de la proposition de loi, était très réservé, voire sceptique, sur les moyens proposés. En revanche, la proposition alternative du rapporteur nous semble une excellente base de travail pour la suite.

Mme Cécile Cukierman. – La proposition de loi s'attaque à une problématique récurrente, la volonté des élus locaux – je ne sais pas s'il s'agit de patriotisme – d'accompagner les entreprises pour répondre aux marchés locaux afin qu'elles réalisent des investissements porteurs de retombées sur l'emploi local. Destinée à répondre à la crise sanitaire actuelle, elle prévoit une dérogation, pour une durée donnée, à la loi des marchés. Celle-ci permet de maintenir la libre concurrence entre les entreprises et d'éviter certains déboires qui ont eu cours par le passé. L'amendement qui nous sera soumis me semble aussi poser quelques questions sur le plan juridique, quant à la notion d'implantation géographique. Est-elle conditionnée à la possession d'un local, à l'implantation de son siège social, ou encore à la possibilité pour une collectivité concernée de contraindre une entreprise de réinstaller de l'emploi sous conditions ? J'aimerais avoir des précisions sur ce point puisque le texte final dépend de la réécriture de l'article 1^{er}.

Mme Françoise Gatel. – Je remercie le rapporteur pour la qualité et la clarté de son rapport. Cette proposition de loi répond à une forte attente des élus locaux, surtout des plus petites collectivités et entreprises. Les TPE et les artisans sont aussi des pourvoyeurs d'emplois locaux. L'objectif poursuivi est difficile à satisfaire, car il faut à la fois respecter le principe de libre concurrence et éviter le favoritisme, tout en privilégiant ce que certains appellent « le localisme ». Les solutions proposées par le rapporteur sont, malgré les questions qu'elles posent encore, extrêmement nécessaires dans un contexte de crise sanitaire où l'État et les collectivités consacrent beaucoup d'argent, et à bon escient, pour soutenir l'économie locale.

Je préfère en effet aider les entreprises à trouver des marchés, et leurs salariés à conserver leur emploi, plutôt que de maintenir ces entreprises en respiration artificielle, si je puis dire. Je comprends que le texte présente des fragilités, mais il me paraît pertinent et vertueux de le voter.

Mme Marie Mercier. – Je félicite le rapporteur de la précision quasi chirurgicale de son rapport. En outre, si la proposition de loi passe de trois articles à un article unique, je m'en félicite. Il va dans le sens du choc de simplification, que nous attendons toujours.

Il nous importe de savoir si la maintenance et le suivi des chantiers seront correctement réalisés. Par exemple, en cas de malfaçon, il arrive que l'on soit dans l'impossibilité de faire revenir l'entreprise.

Sur le plan juridique, je vous fais entièrement confiance.

M. Jean-Pierre Sueur. – Cette proposition de loi répond à ce qui peut être un sentiment naturel : privilégier plutôt une entreprise de son territoire – c'est ce que nous entendons tous dans nos territoires. Le rapporteur a cependant bien montré que, telle qu'elle est actuellement rédigée, elle risque d'être contestée à plusieurs niveaux, et donc d'être inapplicable. Il est préférable de suivre le chemin proposé par le rapporteur, tout en prenant en compte ce qui existe, comme les clauses spécifiques déjà inscrites dans la loi. Votre proposition refuse les faux-semblants et les solutions de facilité, qui n'en sont pas. C'est pourquoi nous vous suivrons.

M. Stéphane Le Rudulier, rapporteur. – En réponse à votre question sur la définition de l'implantation, la jurisprudence du Conseil d'État est très claire : l'entreprise n'est pas pénalisée si elle s'implante *a posteriori* de l'attribution du marché. Il est difficile de préciser dans la loi ce que recouvrira précisément ce terme. Globalement, il s'agira de l'acceptation la plus large possible pour répondre à l'objet du marché. En fonction de cet objet, ce que l'acheteur entendra par « implantation » et le périmètre qu'il définira pourront varier. Par exemple, pour un prestataire dans l'entretien de bâtiments publics, l'exigence de disponibilité et de réactivité peut contraindre l'entreprise retenue à employer du personnel local, dans un autre cas, il s'agira de la présence d'un entrepôt, etc.

Sont surtout concernés par ce texte les TPE et les PME, et non pas les grands groupes. Nous avons supprimé les trois articles initiaux du texte pour simplifier les choses et aller dans le sens des jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la CJUE. En effet, depuis ces dernières années, le juge permet l'introduction de critères géographiques, mais uniquement en ce qui concerne les conditions d'exécution.

M. François-Noël Buffet, président. – Tel que vous l'avez remanié, ce texte répond à la fois à un enjeu de respect du droit, d'équilibre et de pragmatisme. Il appartiendra à ceux qui auront à le mettre en œuvre de faire preuve de précision, afin que l'interprétation qui pourra en être faite par les juridictions, si contrôle il y avait, puisse être parfaitement expliquée.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

M. François-Noël Buffet, président. – Trois amendements ont été déposés : le premier vise à rédiger l'ensemble du texte sous forme d'un article unique, les deux suivants à supprimer en conséquence les articles 2 et 3.

Mme Cécile Cukierman. – Je m'abstiens.

L'amendement COM-1 est adopté.

Article 2

L'amendement de suppression COM-2 est adopté.

Article 3

L'amendement de suppression COM-3 est adopté.

La proposition de loi est adoptée dans la rédaction issue des travaux de la commission.

Le sort des amendements examinés par la commission est retracé dans le tableau suivant :

Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Article 1^{er}			
M. LE RUDULIER, rapporteur	1	Réécriture de la proposition de loi	Adopté
Article 2			
M. LE RUDULIER, rapporteur	2	Amendement de suppression	Adopté
Article 3			
M. LE RUDULIER, rapporteur	3	Amendement de suppression	Adopté

RÈGLES RELATIVES À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA CONSTITUTION ET DE L'ARTICLE 44 BIS DU RÈGLEMENT DU SÉNAT (« CAVALIERS »)

Si le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, depuis la révision du 23 juillet 2008, dispose que « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* », le Conseil constitutionnel estime que cette mention a eu pour effet de consolider, dans la Constitution, sa jurisprudence antérieure, reposant en particulier sur « *la nécessité pour un amendement de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* »¹.

De jurisprudence constante et en dépit de la mention du texte « *transmis* » dans la Constitution, le Conseil constitutionnel apprécie ainsi l'existence du lien par rapport au contenu précis des dispositions du texte initial, déposé sur le bureau de la première assemblée saisie². Pour les lois ordinaires, le seul critère d'analyse est le lien matériel entre le texte initial et l'amendement, la modification de l'intitulé au cours de la navette restant sans effet sur la présence de « *cavaliers* » dans le texte³. Pour les lois organiques, le Conseil constitutionnel ajoute un second critère : il considère comme un « *cavalier* » toute disposition organique prise sur un fondement constitutionnel différent de celui sur lequel a été pris le texte initial⁴.

En application des articles 17 *bis* et 44 *bis* du Règlement du Sénat, il revient à la commission saisie au fond de se prononcer sur les irrecevabilités résultant de l'article 45 de la Constitution, étant précisé que le Conseil constitutionnel les soulève d'office lorsqu'il est saisi d'un texte de loi avant sa promulgation.

¹ Cf. *commentaire de la décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010 - Loi portant réforme des retraites.*

² Cf. *par exemple les décisions n° 2015-719 DC du 13 août 2015 - Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne et n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016 - Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.*

³ *Décision n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007 - Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique.*

⁴ *Décision n° 2020-802 DC du 30 juillet 2020 - Loi organique portant report de l'élection de six sénateurs représentant les Français établis hors de France et des élections partielles pour les députés et les sénateurs représentant les Français établis hors de France.*

En application du *vademecum* sur l'application des irrecevabilités au titre de l'article 45 de la Constitution, adopté par la Conférence des Présidents, la commission des lois a **arrêté**, lors de sa réunion du mardi 10 novembre 2020, **le périmètre indicatif de la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire.**

Elle a considéré que **ce périmètre incluait les règles relatives aux entreprises locales dans la passation et l'exécution des marchés publics.**

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES

Ministère de l'économie, des finances et de la relance, direction des affaires publiques

M. Guillaume Delaloy, chef du bureau de la réglementation de la commande publique

M. Benoît Dingremont, sous-directeur du droit de la commande publique

Personnalités qualifiées

M. Stéphane Braconnier, professeur de droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas

Me Julien Bouteiller, avocat au barreau de Marseille

Contribution écrite :

Union des entreprises de proximité (U2p)

LA LOI EN CONSTRUCTION

Pour naviguer dans les rédactions successives du texte, le tableau synoptique de la loi en construction est disponible sur le site du Sénat à l'adresse suivante :

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp19-592.html>