

COMMANDE PUBLIQUE \ LOI SAPIN \ CORRUPTION

Commande publique : une loi Sapin 3 prête à l'emploi pour améliorer la lutte contre la corruption

Quatre universitaires publient des recommandations sous forme de proposition de loi pour améliorer les dispositifs existants de lutte contre la corruption. Côté commande publique, il est notamment question d'imposer des procédures de sélection pour les actes sur le domaine privé des personnes publiques ou pour les contrats passés par les concessionnaires. Les auteurs souhaitent aussi la création d'un registre national des interdictions de soumissionner.

Réservé aux abonnés

Maxime Ambrosi

25 septembre 2023 \ 09h42



🕒 7 min. de lecture

🔔 Ajouter à Mon actualité



Le livre blanc comprend plusieurs mesures pour renforcer la lutte contre la corruption.

SÉLECTIONNÉ POUR VOUS



Commande publique : les concessionnaires en quête d'équilibre

Achat responsable : des outils pour promouvoir l'égalité femmes/hommes dans les marchés publics

Le gouvernement fait barrage à la proposition de loi jugulant la sous-traitance en cascade

« **Sans chambouler, nous renforçons** », telle est la logique poursuivie par l'Observatoire de l'éthique publique (OEP) et la Chaire de droit des contrats publics (CDCP) de l'Université Jean Moulin Lyon 3 dans leur « [livre blanc pour une loi Sapin 3](#) ». Comme l'explique Elise Untermaier-Kerléo, maîtresse de conférences en droit public à Lyon 3 et membre de l'OEP, les principaux dispositifs de lutte contre la corruption et les atteintes à la probité dans la vie publique ont vu le jour au cours de la dernière décennie, d'abord avec [la création de la Haute autorité pour la transparence dans la vie publique](#) (HAVTP) en 2013, puis avec [la loi Sapin 2](#) de 2016 qui a notamment organisé l'obligation de prévention des risques de corruption pour les entreprises et les acteurs publics, institué le statut des représentants d'intérêts et créé l'Agence française anticorruption (AFA).

« Il faut encore laisser le temps à ces dispositifs nouveaux de s'installer, mais il y a des imperfections et des malfaçons à corriger pour qu'ils soient pleinement efficaces », expose l'universitaire. « Nous souhaitons peser sur le législateur, avec des éléments précis et concrets » précise-t-elle, rappelant au passage que l'OEP est inscrit au registre des représentants d'intérêts. Pour cela, les auteurs du texte l'ont rédigé **sous la forme d'une proposition de loi prête à l'emploi, baptisée « loi Sapin 3 »**. Il ne manque que Michel Sapin.

Le domaine privé des personnes publiques, angle mort des obligations de transparence ?

Particulièrement exposée au risque de corruption, la commande publique se voit consacrer un titre entier dans la proposition de loi. Premier objectif : renforcer les obligations de transparence, en particulier s'agissant du domaine privé des personnes publiques. **D'abord en faisant obéir la délivrance des titres d'occupation du domaine privé au même régime que le domaine public, c'est-à-dire en imposant la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.**

Les rédacteurs du texte prennent ainsi le contrepied d'une décision récente du Conseil d'Etat (CE, « Ville de Biarritz », 2 décembre 2022, n°460100, publié au recueil Lebon) qui a considéré qu'une telle procédure n'était pas applicable au domaine privé. Pour Cédric Bernard, doctorant et chercheur à l'Université Jean Moulin Lyon 3 et ayant participé à l'écriture du livre blanc, cette décision « pose une question de conformité au droit de l'Union européenne, qui ne fait pas de distinction entre domaine privé et domaine public » et qui assujettit la délivrance des titres d'occupation à des procédures de publicité et de mise en concurrence (CJUE, 14 juillet 2016, « Promoimpresa Srl », aff. C-458/14 et « Mario Melis e.a. », aff. C-67/15). Mais il ne s'agit pas « d'aller contre le Conseil d'Etat avec cette mesure », précise l'universitaire, « car à nos yeux, il **appartient surtout au législateur d'introduire cette obligation de transparence, qui est seule de nature à réduire les risques d'avantages indus à un opérateur économique** ».

Le texte entend aussi **étendre les obligations de publicité et de mise en concurrence applicables aux ventes d'immeubles du domaine privé de l'Etat aux ventes d'immeubles du domaine privé des autres personnes publiques**, qui ne sont aujourd'hui pas concernées par ces obligations. « Au regard de certaines affaires et au regard de l'importance économique de ces ventes, elles constituent un risque énorme d'atteinte à la probité pour les collectivités territoriales » relève Cédric Bernard.

Des mesures pour les concessionnaires

Plus de transparence toujours : il est proposé de **faire obéir les marchés passés par les titulaires de contrats de concession aux mêmes obligations que les concessionnaires d'autoroute**. Pour rappel, ces sociétés sont tenues d'appliquer les règles de la commande publique pour les contrats qu'elles passent (articles L. 122-12 et suivants du Code de la voirie routière), au-dessus d'un seuil fixé par voie réglementaire. Cette mesure serait **applicable aux concessions d'aménagement et aux concessions de service public**. Pour Cédric Bernard, il s'agit d'éviter de créer des situations de rente et de monopole.

Les auteurs souhaitent aussi **modifier l'article L. 300-5-1 du Code de l'urbanisme relatif aux contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par les concessionnaires pour l'exécution de la concession**. Il est proposé d'**assujettir d'office ces contrats aux règles de publicité et de mise en concurrence du Code de la commande publique (CCP)**. Aujourd'hui, ils doivent simplement être attribués après une procédure de sélection préalable, dont les modalités sont plus souples que celles imposées par le CCP.

Améliorer le régime des motifs d'exclusion

Plusieurs mesures contenues dans la proposition de loi sont relatives aux interdictions de soumissionner. D'abord le texte corrige un oubli du droit positif. L'[article 131-34 du Code pénal](#) qui prévoit la peine d'exclusion aux procédures de passation des contrats de la commande publique ne vise aujourd'hui que les marchés publics, les rédacteurs souhaitent donc y **intégrer les contrats de concession**. En outre, le texte prévoit que **cette peine soit systématiquement prononcée pour une durée de cinq ans**, afin de la mettre en cohérence avec le régime des exclusions automatiques prévues dans le CCP. En effet l'[article L. 2141-1 du CCP](#) prévoit que lorsqu'un soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions listées à cet article, il est automatiquement exclu des procédures de passation pour cinq ans.

Les auteurs souhaitent également codifier une jurisprudence du Conseil d'Etat ([CE, 7e - 2e chambres réunies, « Département des Bouches-du-Rhône », 24 juin 2019, n°428866, publié au recueil Lebon](#)) **permettant à l'acheteur d'exclure d'une procédure les candidats qui auraient entrepris d'influer sur la prise de décision d'attribution du contrat dans le cadre de procédures de passation récentes**. Cette possibilité existe déjà en cas de tentative d'influence sur la seule procédure en question ([article L. 2141-8 du CCP](#)). Avec cette décision, l'exclusion est permise en cas de faits similaires commis à l'occasion d'autres procédures et auprès d'autres acheteurs. En la codifiant, les auteurs souhaitent que « tous les acheteurs aient connaissance de cette possibilité, qui favorise la moralité et l'intégrité ».

Pour un registre des interdictions de soumissionner

Pour aider les acheteurs dans le contrôle des motifs d'exclusions, le texte envisage **la création d'un registre national des opérateurs économiques non admissibles aux contrats de la commande publique** dont la gestion serait confiée au ministère en charge de l'économie et des finances. Inspiré d'un dispositif existant au Québec, ce registre repose sur la transmission par les autorités juridictionnelles ou administratives de toutes les décisions fondant l'exclusion d'une entreprise aux procédures de la commande publique. Les acheteurs pourraient le consulter librement. Il leur permettrait aussi de mettre en œuvre le dispositif dit d'auto-apurement, créé par la loi du 9 mars 2023 ([article 15](#)), qui offre la faculté à une entreprise condamnée par une décision définitive à une exclusion de démontrer sa fiabilité malgré ce motif d'exclusion.

Des précisions bienvenues

Parmi les autres mesures notables de la proposition de loi, il est suggéré de **définir clairement les mesures que les acteurs publics doivent mettre en œuvre dans le cadre de leur programme anticorruption**, y compris au titre de l'évaluation des fournisseurs. Aujourd'hui, ces derniers doivent s'appuyer sur les recommandations de l'AFA, qui n'ont pas de valeur juridique, alors que les mesures applicables aux entreprises figurent expressément dans la loi Sapin 2.

Il en va de même s'agissant de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), instrument de justice négociée permettant au procureur de la République de conclure une convention avec une personne morale mise en cause pour des faits d'atteintes à la probité. Cette convention fixe les obligations auxquelles s'engage la personne morale en échange de l'arrêt des poursuites judiciaires. « Aujourd'hui la loi n'est pas très claire sur la procédure, il y a des oublis » constate Elise Untermaier-Kerléo. **Là encore c'est l'AFA qui a dû apporter des précisions, que les auteurs du livre blanc proposent de graver dans le marbre de la loi.** Il s'agit pour la plupart d'éléments qui doivent rassurer les entreprises tels que la précision selon laquelle la présomption d'innocence s'applique à la personne morale ayant conclu une CJIP ou encore des mesures sur la protection des informations transmises par les entreprises au procureur.

Enfin, le texte comporte aussi **des mesures de renforcement du régime des représentants d'intérêts.** « La loi Sapin 2 a brisé un tabou sur cette question des lobbies, mais ce premier encadrement reste imparfait » souligne Elise Untermaier-Kerléo. Le livre blanc propose par exemple que l'enregistrement des actions menées par les représentants d'intérêts intervienne **texte par texte**, plutôt qu'une fois par an comme prévu aujourd'hui.