

## 2084 L'intensification de la concurrence dans la commande publique : introduction

François LICHÈRE,

*professeur agrégé de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, directeur de la Chaire de droit des contrats publics, consultant*



Les contributions qui suivent sont issues du colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics qui s'est tenu le 3 octobre dernier à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3. Comme chaque année, il a été organisé sous un format qui fait la part belle aux expériences de terrain, sans négliger toutefois l'approche académique. Ainsi, chaque sous-thème du colloque est soit introduit par un universitaire, suivi de l'avis d'un praticien de la commande publique, quand les deux approches ne s'entremêlent pas. Ensuite, un « rapporteur » est chargé de présenter une synthèse des ateliers de discussion qui s'étaient déroulées la veille et qui portaient sur les mêmes trois sous-thèmes. Ce format a certes l'inconvénient de ne pas subdiviser le thème du colloque en autant d'intervenants mais l'avantage de présenter plusieurs points de vue, complémentaires ou parfois différents, sur un même sujet. On ne saurait finir ces quelques mots d'introduction sans rendre hommage à celui qui a plusieurs fois contribué aux précédents colloques de la Chaire, et qui était membre de son conseil scientifique, le Professeur Michael Karpenschif, disparu au début de l'année 2025. Ce colloque lui est dédié.

Le thème qui avait été choisi cette année, et pensé par les trois directeurs scientifiques, touchait à la concurrence dans la commande publique. L'idée est née du rapport de la Cour des comptes européennes du 3 décembre 2023 qui a constaté un recul de la concurrence sur la période 2011-2021 par rapport à la période 2001-2011 dans les avis de d'attribution des marchés publics publiés au niveau européen. Ainsi, le nombre de procédures qui n'ont débouché que sur l'offre d'un seul candidat a été multiplié par deux pour dépasser les 40 % alors que la moyenne des candidats par procédure est passée de presque cinq à un peu plus de trois à peine. Aussi, il convenait de se pencher sur les causes possibles de ce recul, autrement dit sur les cas dans lesquels la concurrence pouvait se retourner contre la concurrence. Cela impliquait de s'interroger sur les cas de dispense de mise en concurrence mais plus encore sur les freins à la concurrence lorsqu'une procédure de mise en concurrence est mise en place, à l'image des objectifs horizontaux. Les autres contributions ont traité des solutions pour accroître la concurrence, que ce soit « par le droit » ou « par les contrôles ». Les solutions par le droit supposent de se pencher sur les règles de droit ou plus largement les bonnes pratiques de mises en œuvre de ces règles pour favoriser la concurrence. Les solutions par les contrôles impliquaient de se pencher sur l'efficacité des contrôles non seulement juridictionnels mais aussi non juridictionnels (Autorité de la concurrence, chambres régionales des comptes etc.). Le colloque était précédé par une approche historique de la concurrence dans la commande publique, qui restera dans les annales tout comme la conclusion qui, comme chaque année depuis le premier colloque de la Chaire, ne se borne pas à faire une synthèse mais nourrit considérablement la réflexion malgré la richesse des contributions qui précèdent.

## 2085 50 ans d'extension de l'obligation de mise en concurrence

Isabelle HASQUENOPH,  
maître de conférences en droit public,  
université Paris I Panthéon-Sorbonne



Le droit de la mise en concurrence des contrats de la commande publique semble connaître une période transitoire. Si l'obligation de mise en concurrence s'est étendue au fil du temps sous l'influence européenne, la période actuelle nourrit de nouvelles réflexions, relatives à « l'illusion concurrentielle » qui paraît résulter de ces extensions, ainsi qu'à une éventuelle réorientation du sens de la mise en concurrence dans un contexte de guerre et de tensions géopolitiques.

1 - La commande publique et la concurrence forment un vieux « couple » et les adjectifs ne manquent pas pour qualifier leurs relations qui seraient à la fois « intimes », « infernales »<sup>1</sup>, « tumultueuses » et « incontournables »<sup>2</sup>. C'est d'ailleurs par le biais de la commande publique que la concurrence s'est immiscée en droit public : depuis des siècles, les pouvoirs publics organisent la *mise en concurrence* des contrats publics, de sorte que l'on a pu écrire que « c'est en droit administratif que l'idée de concurrence est née »<sup>3</sup>. L'obligation de mise en concurrence s'est étendue, déployée, élargie au fil des siècles, et cette expansion s'est accompagnée d'une transformation de ses objectifs. D'un droit de protection des deniers publics, le droit de la mise en concurrence est devenu, sous l'influence européenne, un droit de protection de la libre concurrence sur le marché avant d'être mis au service de considérations environnementales et sociales<sup>4</sup>. À l'heure actuelle toutefois, le droit de la mise en concurrence paraît vivre un moment transitoire. D'abord, l'efficacité de l'obligation de mise en concurrence a été mise en doute par la Cour des comptes européenne, qui relevait en 2023 que « le niveau de concurrence dans les marchés

publics... [avait] diminué au cours de la dernière décennie »<sup>5</sup>. L'expansion de cette obligation engendrerait donc une forme « d'illusion concurrentielle »<sup>6</sup>. Ensuite, dans un contexte de guerre, de tensions géopolitiques, de crises sanitaire ou climatique, la mise en concurrence semble être en train de prendre une autre signification, voire de changer d'échelle. En effet, les appels au protectionnisme se multiplient au nom d'une « souveraineté économique de l'Union européenne »<sup>7</sup>, tandis qu'à l'échelle inférieure, les discours favorables au localisme réactivent le thème du patriotisme économique<sup>8</sup>. À côté de cette évolution des objectifs de la mise en concurrence au fil des siècles, les méthodes de mise en concurrence se transforment également : de l'adjudication à la chandelle au Moyen-Âge<sup>9</sup>, à la dématérialisation des procédures au XX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à l'irruption de l'intelligence artificielle dans la commande publique

1. N. Diricq, Conclusion, Dossier Commande publique et concurrence : Rev. conc. consom. 2002, n° 129, p. 30.  
2. O. Guézou, Droit de la concurrence et contrats publics – contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles, in Contrats publics : Mél. en l'honneur du professeur M. Guibal : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 107.  
3. B. Stirn, L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : la pluralité des sources : Rev. conc. consom. 2000, n° 116, p. 8.  
4. V. G. Kalfèche, Des marchés publics à la commande publique : Thèse Paris II, 2004, p. 343. – H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs : Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., n° 400. – F. Martucci, Les objectifs de la commande publique en droit de l'Union européenne, in E. Muller (dir.) ; La commande publique, un levier pour l'action publique ? : Dalloz, 2018, p. 73.

5. Cour des comptes européenne, Rapp. spécial n° 28/2023, Marchés publics dans l'UE. – G. Eckert, Le retour de la réforme : Contrats-Marchés publ. 2025, comm. 3.  
6. F. Linditch, Réflexions intemporelles sur la mise en concurrence dans la commande publique, Mél. J.-C. Ricci : Dalloz, 2023, p. 341.  
7. J. Chevallier, Figures de la souveraineté économique : RDP 2025, p. 79. – E. Letta, Le marché intérieur, au carrefour des souverainetés nationales et européennes : Pouvoirs 2024, n° 190, p. 59. – J. Roch et A. Oleart, How “European Sovereignty” Became Mainstream : The Geopoliticisation of the EU's “Sovereign Turn” by Pro-EU Executive Actors, vol. 46 : Journal of European Integration, 2024, n° 4, p. 545-564. – C. Spector, La souveraineté à l'épreuve de l'Europe : Pouvoirs 2024, n° 190, p. 23. – CE, La souveraineté, 2024, spéc. p. 193 et s.  
8. J. Chevallier, Le patriotisme économique : JCP G 2021, doctr. 940. – S. Nicinski, Le « Made in France » et le droit de la commande publique : AJDA 2025, p. 599.  
9. A.-S. Condet-Marcant, Chapitre IV. L'adjudication de la construction des ouvrages publics. Bâtir une généralité : Institut de la gestion publique et du développement économique, 2001, p. 195 et s.

aujourd'hui<sup>10</sup>. Autant de défis auxquels devra faire face la réforme annoncée des directives européennes de 2014<sup>11</sup>.

Avant de retracer l'histoire de l'extension des obligations de mise en concurrence et de mettre en lumière les enjeux qui la sous-tendent, il faut en revenir au sens de la mise en concurrence. Le terme « concurrence » vient du latin *concurrere*, qui signifie « courir avec vers un même point ». Plusieurs définitions de la concurrence coexistent à l'heure actuelle. On peut dire que c'est un état : l'état de celui qui exerce une activité commerciale également exercée par d'autres<sup>12</sup>. Elle est aussi une liberté et, en ce sens, elle renvoie au « libre jeu des intérêts privés »<sup>13</sup>. L'Autorité de la concurrence propose quant à elle de définir la concurrence comme un « mode d'organisation sociale dans lequel l'initiative décentralisée des agents économiques est de nature à assurer la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité »<sup>14</sup>. Dans le contexte spécifique de la commande publique, la concurrence renvoie à deux grands corpus juridiques : le droit de la mise en concurrence d'une part, et le droit de la concurrence d'autre part. Les deux sont souvent présentés comme les faces d'une même pièce<sup>15</sup> : ils interagissent dans le cadre d'une même transaction, la conclusion d'un contrat public, lequel peut s'analyser comme la traduction juridique d'un échange économique, le résultat de la rencontre entre une offre et une demande sur un marché. Ces deux corps de règles constituent deux « piliers » du droit économique de l'Union<sup>16</sup>. Ils présentent néanmoins trois grandes différences qu'il nous faut examiner afin de mieux cerner les contours de la mise en concurrence. D'abord, une différence de sujets : l'un est un droit de la « demande » régissant le comportement des acheteurs publics, l'autre un droit de « l'offre » s'appliquant à l'autre versant de la transaction (à tout le moins lorsqu'il est question du droit des pratiques anticoncurrentielles). Une différence de méthodes ensuite : en droit de la mise en concurrence, la « concurrence » est à l'origine une technique juridique en vue de réaliser la meilleure transaction en termes de rapport qualité – prix. En droit de la concurrence, la « concurrence » n'est pas recherchée dans ce but, mais parce qu'elle est censée garantir la réalisation d'une triple efficacité, allocative, productive et distributive<sup>17</sup>. Enfin, leur temporalité diffère : la mise en concurrence s'impose *ex ante*, tandis que le droit de la concurrence sanctionne les comportements des entreprises *ex post*. Évidemment, les deux droits s'entremêlent dans le cadre de la passation des contrats publics<sup>18</sup> : la mise en concurrence peut être vecteur d'atteintes au droit de la

concurrence<sup>19</sup>, tout comme elle peut voir son effectivité renforcée par son application<sup>20</sup>. Cette imbrication de la mise en concurrence et du droit de la concurrence permet de remarquer que le contrat public n'est pas complètement détachable de son environnement concurrentiel ; en cela, la passation des contrats publics peut être perçue comme une activité de l'économie de marché<sup>21</sup>.

Si les obligations de mise en concurrence se sont étendues ces 50 dernières années, l'on n'a pas résisté à l'envie de remonter beaucoup plus loin dans le temps, aux prémices de la mise en concurrence, huit siècles en arrière. Trois temps seront ainsi distingués, auxquels correspondent les mutations des objectifs de la mise en concurrence. Le temps de la naissance de la mise en concurrence des contrats de la commande publique (1), celui de son expansion sous l'influence européenne (2), et le temps présent qui porte peut-être en germe un changement de paradigme (3).

## 1. Développer la mise en concurrence

2 - Le détour par l'histoire permet de montrer que les objectifs de la mise en concurrence ont évolué au fil du temps. Historiquement, le droit des marchés publics a d'abord été pensé comme un « droit des finances publiques et de police économique »<sup>22</sup>. L'objectif de ces procédures n'est pas tant de garantir le libre jeu de la concurrence entre entreprises, que de protéger la moralité publique et les deniers publics<sup>23</sup>. Cette idée transparait dès le Moyen-Âge. Des ordonnances royales de 1256 ou 1309 imposent de contracter avec le plus offrant<sup>24</sup>, selon la procédure d'adjudication qui connaît ses premiers développements à l'époque. Le 4 juillet 1376, une ordonnance royale indique que la mise en concurrence a pour objectif d'éviter les « fraudes et malices... au préjudice du Roi et de la chose publique »<sup>25</sup>. Lutter contre les fraudes des responsables publics, inciter l'État à « utiliser ses deniers avec parcimonie » : tels étaient les objectifs de l'émergente réglementation des marchés publics<sup>26</sup>.

Après la Révolution française, l'adjudication est perçue comme la procédure « que conseillent la meilleure administration et la meilleure économie »<sup>27</sup>. La mise en concurrence a toujours pour objectif de

10. Sur ce thème : I. Hasquenoph, *Commande publique : quels enjeux au lendemain du Règlement européen sur l'intelligence artificielle ?* : AJCT 2025, p. 11 ; *L'intelligence artificielle et la commande publique* : AJDA 2024, p. 76

11. U. Von der Leyen, *Le choix de l'Europe, Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2024-2029* : 18 juill. 2024, p. 14.

12. Y. Gaudemet, *Rapport de synthèse, La concurrence, Journées marocaines, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. LVI : éd. Société de législation comparée, 2006.

13. M. Bazex, *Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificité* : Rev. conc. consom. 2000, n° 116, p. 11.

14. Conseil de la concurrence, *Rapp. public 1987*, p. XXIX.

15. C. Munro, *Competition law and public procurement : two sides of the same coin ?* : PPLR, 2006, n° 6, p. 352.

16. A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* : Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 6.

17. A. Sanchez-Graells, préc. p. 86, n° 24. – V. aussi les conclusions sur CJUE, 17 mai 2018, aff. C-531-16, *Ecoervice Projektai*, pt 71 : Europe 2018, comm. 271, S. Cazet ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 154, M. Ubald-Bergeron ; chron. J. Martin et G. Pellissier : JCP A 2019, 2046.

18. I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence* : Dalloz, NBT n° 206, 2021 ; *L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* : JCP A 2022, 2317.

19. Par ex. si le contrat place l'attributaire en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante (CE, 3 nov. 1997, n° 169907, *Sté Million et Marais*) ou s'il lui octroie une aide d'État incompatible avec le marché intérieur (CAA Marseille, 22 févr. 2021, n° 17MA01582 et 17MA01583, *Collectivité de Corse c/ Sté Corsica Ferries France*).

20. Par ex. AC, déc. n° 22-D-08, 3 mars 2022, à propos d'une entente mise en œuvre dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute Savoie.

21. A. Sanchez-Graells, préc., et les avants-propos de P. Trepte (2<sup>e</sup> éd., p. VIII). – I. Hasquenoph, préc.

22. F. Rolin, *Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs*, in A propos des contrats des personnes publiques, Mém. en l'honneur du professeur L. Richer : LGDJ, 2013, p. 9.

23. F. Linditch, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics* : LPA avr. 2007, n° 79, p. 29. – G. Kalfèche, préc. (notant n° 23, p. 20 que ces procédures sont à l'époque facultatives : « le caractère obligatoire de l'adjudication ne date que de 1909 » (not. CE, 5 févr. 1909, *Barla* : Lebon, p. 134).

24. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, t. 206 : LGDJ, Bibl. dr. publ., 1999, spéc. p. 195 et s.

25. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, t. 206 : LGDJ, Bibl. dr. publ., 1999, spéc. p. 198 et s.

26. G. Kalfèche, *Secteur public et concurrence : la convergence des droits. À propos des droits de la concurrence et de la commande publique* : AJDA 2007, p. 2420. – A. De Cilleuls, *Origines et développement du régime des travaux publics* : Imprimerie nationale, 1895, p. 2.

27. Archives parlementaires, Assemblée nationale, séance du 30 mars 1791, *Emmery*, 2167, cité par H. Lemesle, *Règlement de l'achat public en France (XVIII<sup>e</sup> – XIX<sup>e</sup> siècle)* : Genèses 2010/3, n° 80, p. 8-26.

protéger la moralité publique (il s'agit d'éviter que les marchés soient passés « sous le manteau de la cheminée »<sup>28</sup>) ainsi que les « intérêts financiers de l'administration »<sup>29</sup>. Cet objectif de protection des deniers publics trouve d'ailleurs un fondement renouvelé dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen nouvellement adoptée, qui permet à la « société » de demander compte à tout « agent public » de son « administration ».

Au XIX<sup>e</sup> siècle, ces objectifs se trouvent réaffirmés par le juge administratif : l'idée selon laquelle l'adjudication vise à sauvegarder la dignité des administrateurs ou l'intérêt des finances publiques transparaissent de la jurisprudence (en ce sens, un arrêt Gris de 1866<sup>30</sup>) ou des conclusions des commissaires du Gouvernement de l'époque, comme Aucoc ou Le Vasseur de Précourt<sup>31</sup>.

Historiquement, le droit de la mise en concurrence apparaît donc comme un droit des finances publiques. Néanmoins, le juge administratif se montrait déjà attentif aux questions de concurrence : dans un arrêt Servat de 1868<sup>32</sup>, il consacre un principe de « libre concurrence entre soumissionnaires » : un candidat ne doit pas bénéficier d'un avantage dans le jeu de la concurrence, ce qui romprait l'égalité des conditions de concurrence. Dans un arrêt Augier de 1913<sup>33</sup>, il rattache même directement le principe de libre concurrence à la réglementation des marchés publics (plus précisément, aux dispositions de « l'ordonnance du 14 novembre 1837 et du décret du 18 novembre 1882 »). Sur ce point, l'histoire du droit administratif français n'apparaît pas si éloignée du présent du droit de l'Union européenne<sup>34</sup>. La construction européenne n'en marque pas moins un important basculement.

## 2. Étendre la mise en concurrence

3 - Les premières directives européennes relatives aux marchés publics adoptées dans les années 1970 marquent le début de 50 ans d'extension de la mise en concurrence. Au fil du temps, des débats doctrinaux ont porté sur la question de savoir si la concurrence était, en droit européen de la commande publique, un objectif, un principe, ou les deux. Certains ont vu dans l'article 18, § 1 de la directive 2014/24 la consécration implicite d'un principe de concurrence comme principe d'interprétation pro-concurrentielle du droit des marchés publics<sup>35</sup> (ce qui a fait l'objet de critiques<sup>36</sup>), tandis que d'autres annoncent sa mort<sup>37</sup>. Si l'existence de ce principe fait débat, la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître que la concurrence est un objectif du droit européen de la commande publique (bien qu'il ne

soit pas le seul). La directive 2014/24 indique en ce sens que ses dispositions doivent garantir que « la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence » (cons. 1). Le juge de l'Union a également affirmé à plusieurs reprises que les directives poursuivent « l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible... au bénéfice non seulement des opérateurs économiques, mais également des pouvoirs adjudicateurs »<sup>38</sup>. Dans un arrêt Taxi Horn Tours, il évoque même « l'objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les opérateurs économiques participant à un marché public, lequel relève de l'essence même des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des marchés publics »<sup>39</sup>. Cet objectif de protection d'un marché concurrentiel s'inscrit d'ailleurs dans la lignée de la doctrine ordo-libérale sur laquelle le droit de l'Union européenne s'est construit<sup>40</sup>. En France, les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de libre accès et de transparence (CCP, art. L. 3) participent également de la protection d'une concurrence libre entre entreprises. Ces éléments ne signifient toutefois pas que la concurrence serait une fin en soi : l'Union comme la France adhèrent à la théorie de la « concurrence-moyen », qui fait de la concurrence un instrument au service d'une fin, mais laisse la place à sa « conciliation avec d'autres objectifs et valeurs que la seule efficacité économique »<sup>41</sup>.

Depuis les premières directives, la mise en concurrence s'est étendue d'un point de vue à la fois matériel et temporel.

L'extension est d'abord matérielle. À partir de la célèbre jurisprudence *Telaustria*<sup>42</sup>, des contrats qui auparavant échappaient à tout encadrement se sont trouvés soumis à des exigences de transparence afin de favoriser la concurrence : les concessions, les marchés publics exclus des directives en raison de leur montant<sup>43</sup>, les marchés publics de « services non prioritaires »<sup>44</sup>... Des actes unilatéraux<sup>45</sup> et même des concessions domaniales<sup>46</sup> ont également été emportés par cette vague de transparence et de concurrence. À la même époque, la dématérialisation est perçue comme un atout pour l'intensification de la concurrence. L'extension des obligations de mise en concurrence est aussi temporelle : afin de préserver l'effet utile de la mise en concurrence initiale, le juge puis le législateur européen ont encadré la modi-

28. Dubois-Aymé à la Chambre des Députés le 22 novembre 1831 : Archives parlementaires p. 753.

29. A. De Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2 : LGDJ, Paris, 1984, n° 563, p. 592.

30. CE, 29 nov. 1866, n° 37944, Gris : Lebon, p. 1085.

31. L. Aucoc, concl. sur CE, 9 janv. 1868, Servat : Lebon, p. 12. – O. Le Vasseur de Précourt, concl. sur CE, 21 mars 1890, Caillette : Lebon, p. 316.

32. CE, 9 janv. 1868, Servat : Lebon, p. 12.

33. CE, 30 mai 1913, Augier et a. : Lebon, p. 602.

34. B. Plessix, *Droit administratif général* : LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2022, n° 986.

35. A. Sanchez-Graells, préc. – V. aussi C. Stix-Hackl, concl. sur CJCE, 7 oct. 2004, aff. C-247/02, Sintesi SpA, pt 33 (« Le principe de concurrence est donc l'un des principes fondamentaux du droit communautaire des marchés publics ») : JCP A 2004, 1676 ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 222, W. Zimmer ; Europe 2004, comm. 413, E. Meisse.

36. S. Arrowsmith, *The Purpose of the EU Public Procurement Directives : Ends, Means and the Implication of National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, vol. 14 : Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012, p. 1-47. – P. Kunzlig, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, vol. 15 : Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2013, p. 283-356 (nbp n° 129, p. 310).

37. T. H. Losnedahl, *The General Principle of Competition is Dead* : (2023) 2 PPLR 85-98.

38. CJUE, 22 mai 2022, aff. C-719/20, Cne Leric, pt 42 : Europe 2022, comm. 235, P. Bruyas ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 227, H. Hoepffner. – CJUE, 27 nov. 2019, aff. C-402/18, Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service, pt 39 : Europe 2020, comm. 15, F. Péraldi-Leneuf ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 49, E. Muller.

39. CJUE, 10 nov. 2022, aff. C-631/21, Taxi Horn Tours, pt 57 : Europe 2023, comm. 16, J. Tribout ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 37, M. Ubaud-Bergeron ; chron. J. Martin, G. Pellissier et J.-B. Vila : JCP A 2023, 2045.

40. S. De la Rosa, *Droit européen de la commande publique* : Bruylant, 2024, p. 18.

41. L. Idot, *Europe et concurrence : le grand malentendu...* : Europe 2005, repère 8. – G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, vol. 51 : Dalloz, NBT, 2006.

42. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Dr. adm. 2001, comm. 85, M.-Y. Benjamin.

43. CJCE, 3 déc. 2001, aff. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard. – CJCE, 26 avr. 2007, aff. C-195/04, *Commission c/ République de Finlande* : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 169, F. Linditch. – CJUE, 6 oct. 2016, aff. C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni* : Europe 2016, comm. 462, E. Daniel.

44. CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, *Commission c/ Irlande*, pt 26 et 29 à 31 : Contrats-Marchés publ. 2006, alerte 21. – CJUE, 17 mars 2011, aff. C-95/10, *Strong Segurança*, pt 35. – CJUE, 19 avr. 2018, aff. C-65/17, *Oftalma Hospital Srl*, pt 36 : Europe 2018, comm. 229, F. Péraldi-Leneuf ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 153, M. Ubaud-Bergeron.

45. CJUE, 3 juin 2010, aff. C-203/08, *Sporting Exchange Ltd*.

46. CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15 *Promoiimpresa Srl* : JCP A 2016, act. 641 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291, F. Llorens ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; AJDA 2016, p. 2475, obs. S. N.

fication substantielle des contrats en cours d'exécution<sup>47</sup>. La doctrine n'a pas manqué de relever l'influence perturbatrice de ces extensions sur le droit administratif français. Les extensions matérielles brouillent les frontières entre les catégories de contrats publics, mais également entre les actes unilatéraux et contractuels : tous se trouvent soumis à des obligations concurrentielles s'ils octroient à leur bénéficiaire un « *avantage économique* »<sup>48</sup>. Les extensions temporelles, quant à elles, cantonnent la mutabilité du contrat administratif<sup>49</sup>. Les catégories et concepts classiques du droit administratif ne sortent donc pas complètement indemnes de cette extension de l'obligation de mise en concurrence.

De ce tableau, il ne faudrait tout de même pas conclure que la mise en concurrence ne connaît aucune limite. En effet, elle ne s'impose d'abord que si les autorités publiques décident d'externaliser la prestation. Or, le principe de libre choix du mode de gestion (CCP, art. L. 1) leur permet de satisfaire par leurs propres moyens les besoins de leurs services, « *sans passer de marché (au sens juridique) ni recourir au marché (au sens économique)* »<sup>50</sup>. Ce cas de figure mis à part, le droit de la commande publique prévoit de nombreuses exclusions de la mise en concurrence, qu'elles soient matérielles (en raison du montant du contrat, de son objet ou d'une situation d'urgence par exemple) ou organiques (que l'on pense au mécanisme du *in house* ou à la coopération publique-publique). Enfin, l'objectif concurrentiel affiché par le droit européen de la mise en concurrence a progressivement été « *concurré* »<sup>51</sup> par des objectifs environnementaux et sociaux. Le principe traditionnel de « *neutralité* » de la commande publique a vécu<sup>52</sup>, et le droit de la commande publique se trouve désormais mis au service des politiques publiques. En ce sens, le Code de la commande publique indique aujourd'hui que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable* » (CCP, art. L. 3-1).

Surtout, la période actuelle nourrit de nouvelles réflexions relatives au sens de la mise en concurrence.

### 3. Repenser la mise en concurrence ?

#### 4 - Deux phénomènes méritent ici d'être mis en lumière.

Le premier est celui du recul de la concurrence dans les marchés publics, constaté par la Cour des comptes européenne dans son rapport de 2023. Sur la période examinée (2011-2021), 5 % des marchés publics ont été attribués à des opérateurs transfrontaliers ; plus de 40 % du total des marchés ont été attribués dans le cadre de procédures où il n'y avait qu'un soumissionnaire<sup>53</sup>... Cette baisse de concurrence peut être liée à des causes diverses : l'environnement macro-économique général, la faible professionnalisation des acheteurs, la complexité accrue de l'objet des achats<sup>54</sup>. Dans sa réponse, la Commission européenne reconnaît que « *le renforcement d'une*

*concurrence effective revêt une importance capitale* »<sup>55</sup> et accepte les recommandations qui lui sont faites : clarifier et hiérarchiser les objectifs en matière de marchés publics, combler les failles dans les données collectées, améliorer ses outils de suivi, analyser plus en détail les causes de cette faible concurrence et proposer des mesures pour y remédier – réduire toute charge administrative inutile, promouvoir le développement de procédures efficaces, renforcer la capacité administrative, améliorer l'attractivité des marchés pour les PME... On note même que l'intelligence artificielle est mentionnée comme outil d'intensification de la concurrence, « *pour surmonter les barrières linguistiques* ». On trouve d'autres recommandations destinées à accroître la concurrence dans la commande publique dans le Rapport de la commission d'enquête du Sénat de juillet 2025<sup>56</sup>.

Ce constat de la faiblesse de la concurrence dans les marchés publics se double d'un contexte mondial particulièrement sombre, qui conduit à s'interroger sur le sens à donner à la « *mise en concurrence* » aujourd'hui. C'est le deuxième phénomène qui mérite d'être relevé. Les crises (sanitaire, militaire et géopolitique, climatique, énergétique) qui se multiplient depuis les années 2020 ont en effet signé la fin de la « *mondialisation heureuse* » et l'Union européenne, un temps taxée de « *naïveté* »<sup>57</sup> dans l'ouverture de ses marchés à la concurrence du reste du monde, s'arme désormais d'outils de protection. Depuis quelque temps en effet, les appels à une forme de protectionnisme se multiplient, à travers l'idée d'une « *préférence européenne* » ayant pour but « *d'assurer la souveraineté économique européenne* »<sup>58</sup> – expression qui suppose de rompre avec la vision moniste de la souveraineté telle qu'on l'envisage depuis les écrits de Jean Bodin ou Jean-Jacques Rousseau<sup>59</sup>. Du point de vue du droit de la commande publique, la résurgence de ce concept de souveraineté est intéressante, tant il paraît étranger au droit de la commande publique tel que l'Union européenne l'a conçu<sup>60</sup>. Il est d'ailleurs topique de remarquer que les références à la « *commande publique* » ou aux « *marchés publics* » sont quasiment inexistantes dans le rapport du Conseil d'État consacré à la souveraineté<sup>61</sup>.

Ces revendications d'une mise en concurrence ajustée à l'échelle européenne trouvent aujourd'hui des concrétisations dans les textes, la jurisprudence et les discours politiques. Plusieurs textes récemment adoptés visent en effet à protéger les entreprises européennes contre la concurrence d'opérateurs de pays tiers. Autrement dit, l'idée est de faire jouer la concurrence (il n'est pas vain de chercher à l'intensifier), mais dans un rapport renouvelé à la géographie et aux partenaires commerciaux. On pense notamment à l'instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI), qui permet d'adopter des mesures de rétorsion vis-à-vis des États tiers pratiquant des « *mesures restrictives ou discriminatoires à l'égard d'entreprises européennes candidates à leurs marchés publics* »<sup>62</sup> ; au règlement relatif aux subven-

47. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Pressetext : chron. O. Dubos et D. Szymczak : JCP A 2009, 2037 ; Dr. adm. 2008, comm. 132, R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 186, W. Zimmer. – PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 72. – PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014, art. 43.

48. R. Noguellou, L'europeanisation du droit des contrats administratifs, in J.-B. Auby et J. Dutheil De La Rochère (dir.), Droit administratif européen : Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 1163.

49. H. Hoepffner, La modification des contrats : RFDA 2016, p. 280.

50. GAJA, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2025, n° 40, p. 278.

51. L. Richer, La concurrence concurré : Contrats-Marchés publ. 2015, étude 2.

52. H. Hoepffner, La nouvelle neutralité de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2023, repère 7. – G. Eckert, La commande publique, un levier pour l'action publique, perspectives générales, in E. Muller, préc., p. 1.

53. Rapp. Cour des comptes européenne, p. 55.

54. Réponses de la Commission européenne au Rapport spécial de la Cour des comptes européenne.

55. Ibid.

56. Piloter la commande publique au service de la souveraineté économique : Commission d'enquête du Sénat, 8 juill. 2025.

57. P. Blanquet, L'europeanisation du droit administratif des investissements étrangers en France : un reflet des ambitions stratégiques de l'Union : RFDA 2025, p. 288

58. M. Amilhat, Marchés publics et protection des entreprises européennes : RDI 2025, p. 454.

59. C. Spector, La souveraineté à l'épreuve de l'Europe : Pouvoirs 2024, n° 190, p. 23., préc.

60. En ce sens, les remarques de S. Braconnier et C. Maugüé lors des Premières rencontres annuelles de droit public économique organisée par la DAJ de Bercy et l'Université Paris Panthéon-Assas (1<sup>er</sup> oct. 2025).

61. CE, La souveraineté, préc.

62. PE et Cons. UE, régl. (UE) 2022/1031, 23 juin 2022, concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux

tions étrangères (qui étend le régime des aides d'État « *vis-à-vis des financements et avantages dont pourraient bénéficier des entreprises d'États tiers candidates aux marchés publics européens* »<sup>63</sup>) ou encore au règlement européen pour une industrie « *zero net* » (qui établit un régime de préférence européenne pour certaines industries<sup>64</sup>). La jurisprudence européenne va dans le même sens : dans l'arrêt Kolin<sup>65</sup>, la Cour a admis que les pouvoirs adjudicateurs puissent restreindre l'accès à leurs marchés publics aux opérateurs d'État tiers non couverts par un accord international conclu avec l'Union européenne. On trouve également dans le discours de la Commission européenne l'idée selon laquelle « *l'Union s'est engagée dans une direction nouvelle visant à mieux protéger ses intérêts économiques, sécuritaires et stratégiques* »<sup>66</sup>. Sa présidente a indiqué elle-même que la

révision des directives marchés publics devra permettre de « *donner la préférence aux produits européens dans les marchés publics pour certains secteurs stratégiques* »<sup>67</sup>.

Il y a là un « *tournant* » dans la politique extérieure de l'Union européenne<sup>68</sup> qui rejaillit sur le droit de la mise en concurrence, appelé à devenir un droit de protection des intérêts essentiels de l'Union et de la souveraineté économique européenne<sup>69</sup> – ce qui suscite déjà des questionnements doctrinaux et interroge au regard des sources internationales du droit de la commande publique (notamment de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC)<sup>70</sup>. L'avenir dira si et de quelle manière cette réorientation prendra corps dans les nouvelles directives. Quoi qu'il en soit, il convient de garder à l'esprit que la souveraineté n'est pas antinomique de la concurrence : l'achat « *souverain* » ou « *stratégique* » ne doit pas faire perdre de vue les bénéfices que l'on peut attendre du libre jeu de la concurrence en droit de la commande publique<sup>71</sup>. ■

concessions des pays tiers : JOUE n° L 173, 30 juin 2022. – S. de la Rosa, Anatomie du level playing field pour l'accès aux contrats de la commande publique dans l'Union européenne : RTD eur. 2023, p. 633. – M. Bartolucci, La direction des affaires juridiques de Bercy signale la première mise en œuvre du règlement IMPI : Contrats-Marchés publ. 2025, alerte 22.

63. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/2560, 14 déc. 2022, relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur : JOUE n° L 330, 23 déc. 2022 (et S. de la Rosa, art. préc.)
64. –PE et Cons. UE, règl. (UE) 2024/1735, 13 juin 2024, relatif à l'établissement d'un cadre de mesures en vue de renforcer l'écosystème européen de la fabrication de produits de technologie « *zéro net* » et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 : JOUE n° L. 2024/1735, 28 juin 2024. – S. de la Rosa, op. cit., n° 249 et s.
65. CJUE, 22 oct. 2024, aff. C-652/22, Kolin : JCP A 2024, act. 544 ; Europe 2024, comm. 460, D. Bouvier ; Contrats-Marchés publ. 2025, comm. 1, E. Muller et E. Castellarin ; AJDA 2025, p. 603, note S. De la Rosa. – P. Coleman, L'arrêt Kolin : préférence européenne en matière de commande publique ou réciprocité commerciale ? : Dr. adm. 2025, alerte 21. – Confirmé par CJUE, 13 mars 2025, aff. C-266/22, CRRQ Qingdao Sifang Co. Ltd : Europe 2025, comm. 145, D. Bouvier ; Contrats-Marchés publ. 2025, comm. 152, M. Ubaud-Bergeron.
66. V. les Communications de la Commission européenne : Vers une Europe plus résiliente, plus compétitive et plus durable : 27 sept. 2023 ; Boussole pour la compétitivité de l'UE : 29 janv. 2025 ; Pacte pour une industrie

propre : 26 févr. 2025. En France : le rapport du Sénat préc. – L'avis du Conseil national de l'industrie, 13 juin 2025, Faire de la préférence européenne un levier de réindustrialisation. – Le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les freins à la réindustrialisation, 18 juill. 2025.

67. U. Von der Leyen, Le choix de l'Europe, préc., p. 14.
68. S. Nicinski, Le « *Made in France* » et le droit de la commande publique : AJDA 2025, p. 599, préc.
69. E. Letta, Much more than a Market. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for ail EU Citizens : Rapport à la Commission et au Conseil, avr. 2024. – P. Coleman, La sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation en matière économique : Dr. adm. 2023, p. 6.
70. L. Folliot-Lalio et C. Yukins, Will protectionism prevail in global public procurement ? : Concurrences, n° 2-2024, p. 1. – Peut-il exister un protectionnisme européen en matière de marchés publics ? Questions à S. De La Rosa : Lexbase, 2022, n° 928.
71. Intervention de G. Kalfèche aux Premières rencontres annuelles de droit public économique, 1<sup>er</sup> oct. 2025.

# 2086 Le droit de la commande publique contre la concurrence : une approche pro-concurrentielle augmentée

Olivier GUÉZOU,

professeur à l'université de Versailles – Saint-Quentin,  
directeur du Master 1 & 2 de Droit immobilier public

Le droit de la commande publique est « *contre* » la concurrence en l'écartant lorsqu'elle est hors sujet ou inadéquate, ou en la transformant pour tenir compte des nécessités d'une adaptation efficace de l'offre à la demande et d'une demande publique enrichie. Dans l'un et l'autre cas, l'approche reste résolument pro-concurrentielle car la concurrence n'est qu'un moyen et non un objectif en soi. Elle doit donc s'adapter aux situations, aux circonstances et à la logique de système qui impose de tenir compte de la nature duale des contrats de la commande publique, tout à la fois actes de demande économique sur le marché et modalités essentielles de l'action publique.

1 - Traiter du « *droit de la commande publique contre la concurrence* » dans une journée d'étude consacrée à « *l'intensification de la concurrence* » peut, de prime abord, surprendre. Pourtant, les organisateurs du présent colloque ne s'y sont pas trompés et ont vu l'intérêt d'un sujet qui oblige à réfléchir différemment à la concurrence, en la saisissant négativement ou en creux<sup>1</sup>. Il apparaît alors que même lorsque le droit de la commande publique est « *contre la concurrence* », soit en l'écartant purement et simplement (1) soit en la transformant parce qu'il intègre à la mise en concurrence des éléments qui hier, n'étaient pas pris en compte (2), c'est encore dans le respect de la nature profonde de la libre concurrence.

## 1. La concurrence écartée

### A. - La concurrence hors-sujet

2 - Le régime de mise en concurrence du droit de la commande publique peut d'abord être écarté parce que la qualification de contrat de la commande publique est déniée à la situation. La logique générale de cette exclusion concurrentielle repose sur le fait que la notion de contrat de la commande publique est fonctionnelle, c'est-à-dire que ses contours sont déterminés en fonction de l'utilité de la soumission des demandeurs publics aux obligations de mise en concurrence. Tout part du constat suivant : les demandeurs publics, qui s'adressent au marché économique pour satisfaire leur besoin, ne correspondent

qu'imparfaitement au modèle du demandeur de la théorie économique. Leurs liens avec la puissance publique et leur relative indépendance vis-à-vis des forces du marché les singularisent<sup>2</sup>. Le demandeur public ne met pas spontanément en concurrence ou, en tout cas, pas exactement comme un demandeur ordinaire : l'objet des obligations organisées par le droit de la commande publique est de compenser ce déficit concurrentiel. Lorsque ce déficit n'existe pas, ou s'il disparaît, le droit de la commande publique n'a pas, ou plus, vocation à jouer. Par exemple, la directive 2004/17 applicable aux secteurs des industries de réseaux avait tenu compte de « *l'introduction d'une concurrence effective, à la fois en droit et en fait* » dans le secteur des télécommunications, pour en déduire qu'il n'était « *donc plus nécessaire de réglementer les achats par les entités opérant dans ce secteur* »<sup>3</sup>. Positivement, le champ d'application de la notion de contrat de la commande publique est donc délimité par l'utilité du régime d'obligations de mise en concurrence. Négativement, lorsque l'acteur public ne se positionne pas comme un demandeur sur un marché économique pour satisfaire ses besoins, le droit de la commande publique prévoit lui-même qu'il est inapplicable. Par exemple, le Code de la commande publique précise ainsi que ne lui sont pas soumis les

1. Colloque organisé les 2 et 3 octobre 2025 par la Chaire des contrats publics, F. Lichère, I. Hasquenoph et L. Richer (ss dir scientifique). Le style oral de l'intervention a été conservé.

2. Sur ces deux éléments, V. O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique* : éd. Moniteur, coll. Référence juridique, 3<sup>e</sup> éd., 2023, p. 1044, spéc. § 8 (ci-après TCCP).

3. PE et Cons. UE, dir. 2004/17/CE, 31 mars 2004, cons. 5. Antérieurement, les secteurs des industries de réseaux concernaient « *les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* » (dir. 93-38, 14 juin 1993). À compter de la directive 2004/17, sont visés « *les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* » (V. aussi PE et Cons. UE, dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014).

« *contrats de travail* », les « *transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes* », les « *subventions* » ou encore les « *occupations domaniales* »<sup>4</sup>.

Mais alors, l'acteur public peut-il librement décider de ne pas s'adresser au marché économique, de ne pas passer un contrat de la commande publique et de s'abstraire ainsi de ses obligations de mise en concurrence ? La réponse est claire : il n'existe pas d'obligation générale de faire appel au marché économique, en se présentant comme demandeur sur celui-ci. Pour le décideur public, le recours au contrat de la commande publique n'est donc pas obligatoire, y compris pour satisfaire ses besoins. En effet, il peut – au moins en théorie – purement et simplement renoncer à leur satisfaction, ou encore décider de les satisfaire lui-même, en utilisant ses propres ressources<sup>5</sup>. Il s'agit là d'une manifestation de la liberté de gestion des personnes publiques et parapubliques et de leur liberté contractuelle, et, pour les collectivités territoriales, de leur libre administration. Désormais, ce principe de liberté de gestion est inscrit au frontispice du Code de la commande publique, dès son premier article.

La mise en concurrence n'est donc pas obligatoire dans l'absolu, mais seulement lorsque le décideur public décide de s'adresser au marché économique, et il n'est pas obligé de le faire. En pareille hypothèse, ne pas imposer la concurrence ne revient pas à être « *contre* » la concurrence, car cette dernière est alors en quelque sorte hors sujet. Néanmoins, et alors même que le contrat ne relève pas de la commande publique, sélectionner son cocontractant, spécialement lorsqu'il est une entreprise, suppose un comportement exemplaire. Ce régime de sélection existe d'ailleurs déjà, par exemple pour les « *simples* » contrats d'occupation du domaine public lorsqu'ils autorisent « *une exploitation économique* » : l'autorité compétente doit alors organiser une procédure de sélection transparente et impartiale<sup>6</sup>. Des régimes similaires pourraient se développer dès lors qu'une ressource rare est en cause<sup>7</sup>. En tout cas, c'est un chantier qui mérite réflexion<sup>8</sup>.

## B. - La concurrence inadéquate

**3** - Il existe une seconde catégorie d'hypothèses conduisant à écarter totalement la concurrence. Le droit de la commande publique est alors applicable, mais il prévoit lui-même que le régime formalisé de mise en concurrence ne l'est pas. La logique générale de ces cas repose sur un principe d'adéquation concurrentielle qui signifie que le régime de mise en concurrence doit être parfaitement adapté à la situa-

tion, aux circonstances<sup>9</sup>. Ce principe est imposé, implicitement mais nécessairement, par la recherche de « *l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics* »<sup>10</sup>. Concrètement, il conduit à une échelle des procédures, variables pour les différents marchés « *selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion* », et dont l'échelon le plus bas permet justement que les marchés soient passés « *sans publicité ni mise en concurrence préalable* » (CCP, art. L. 2120-1). La concurrence dans les contrats de la commande publique n'est donc pas applicable sans mesure ni réflexion. Au contraire, il existe des situations dans lesquelles le respect d'une telle procédure est, selon le code lui-même, « *inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général* »<sup>11</sup>. Ces exceptions sont bien connues : faible montant du contrat<sup>12</sup>, « *urgence impérieuse* » ne permettant pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées, inefficacité d'une procédure concurrentielle antérieure ou encore travaux, fournitures ou services ne pouvant être fournis « *que par un opérateur économique déterminé* » (CCP, art. R. 2122-1, R. 2122-2 et R. 2122-3). Il peut s'agir aussi de profiter de conditions particulièrement avantageuses (CCP, art. R. 2122-5) ou de passer un contrat « *ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence* » (CCP, art. R. 2122-7). Dans un registre un peu différent, pourraient également être mentionnés les « *autres marchés publics* » et les « *autres concessions* »<sup>13</sup> ou encore des hypothèses plus ponctuelles posées par des textes spécifiques, pour tenir compte de circonstances exceptionnelles comme les émeutes urbaines de juin/juillet 2023 ou le cyclone Chido fin 2024<sup>14</sup>.

Ces diverses hypothèses écartant les obligations de mise en concurrence s'avèrent légitimes en vertu de la nature même de la libre concurrence, qui n'est pas un but en soi mais un moyen au service d'objectifs qui la dépassent<sup>15</sup>. Elle doit donc être écartée lorsqu'elle n'est pas adéquate. Pour autant, comme la nature, le droit a horreur du vide et, lorsque le contrat relève de la commande publique, l'absence de régime formalisé de mise en concurrence n'induit pas l'absence de toute obligation. L'objectif d'efficacité de la commande publique demeure, de même que les principes fondamentaux. Cet objectif et ces principes se concrétisent par une obligation minimale

4. Seules les « *simples* » occupations domaniales (V. CE, 14 févr. 2017, n° 405157, Sté de manut. portuaire d'Aquitaine : Lebon ; Dr. adm. 2017, comm. 99, G. Eckert ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 99, G. Eckert), celles qui ont « *pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance* » du domaine public (V. CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et 338527, V. de Paris et Assoc. Jean Bouin : Lebon ; JCP A 2010, act. 926 ; JCP A 2011, 2043, comm. C. Devès) sont ainsi exclues du Code de la commande publique. Un contrat qui, tout en portant occupation domaniale, aurait pour objet la satisfaction du besoin du demandeur public est un contrat de la commande publique qui relève dès lors du régime du code. – Sur ces contrats et leurs frontières, V. C. Le Guay, Les contrats domaniaux, contribution à l'étude de la location des biens publics : Thèse 2024, Université de Bordeaux. – G. Kalfliche, Une frontière complexe : la distinction entre les contrats domaniaux et les contrats de la commande publique : Dr. et ville 2019, p. 35.

5. Par ex. CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle, pt 48 et 49.

6. CGPPP, art. L. 2122-1-1. – Sur l'origine de l'obligation, CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14, Promoimpresa Srl. : JCP A 2016, act. 641 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291, F. Llorens. – Et CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-67/15, Mario Melis.

7. Sur le lien entre « *ressources rares* » et concurrence, V. Aut. conc., n° 04-A-19, 21 oct. 2004, spéc. pt 32.

8. M. Ubaud-Bergeron, L'obligation de mise en concurrence au-delà de la commande publique : un impensé du droit français : Contrats-Marchés publ. 2023, repère 11.

9. V. le « *degré de publicité adéquat* » de la célèbre décision CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria, spéc. pt 60 : Dr. adm. 2001, comm. 85, M.-Y. Benjamin.

10. CCP, art. L. 3. – V. L'efficacité de la commande publique (actes du colloque de la Chaire de droit des contrats publics) : JCP A 2022, 2314 à 2323.

11. CCP, art. L. 2122-1. – Sur la question, V. M. Amilhat, Les exceptions dans le code de la commande publique : CDE 2019, dossier 37.

12. Les marchés répondant à « *un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT* » pour les marchés de fournitures ou de services (CCP, art. R. 2122-8 – ce seuil passera à 60 000 euros HT à compter du 1<sup>er</sup> avril 2026 en vertu du décret n° 2025-1386 du 29 décembre 2025) ou à 100 000 € HT pour les marchés de travaux (après des prolongations successives, ce seuil a été pérennisé par le décret n° 2025-1386 préc.) ou à 100 000 € HT pour les marchés « *innovants* » (CCP, art. R. 2122-9-1) ou 300 000 pour les marchés innovants de défense ou de sécurité (CCP, art. R. 2322-16).

13. Part. 2 Livre V, autres marchés publics (CCP, art. L. 2500-1 à L. 2522-1). – Part. 3 Livre II, Autres contrats de concession (CCP, art. L. 3200-1 à L. 3222-1).

14. Ord. n° 2023-660, 26 juill. 2023, portant diverses adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique nécessaires à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023 (marchés de travaux négociés sans publicité mais avec mise en concurrence préalable). – L. n° 2025-176, 24 févr. 2025, art. 17 à 22, d'urgence pour Mayotte (« *adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique* »).

15. Sur la concurrence, V. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence, vol. 206 : Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2021, p. 912.

de bonne gestion publique qui a une triple dimension : « *choisir une offre pertinente* », « *faire une bonne utilisation des deniers publics* » et « *ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique* » (CCP, art. R. 2122-8).

En conclusion, lorsque la concurrence est écartée ou grandement limitée, c'est en cohérence avec l'objectif de la règle, avec sa fonction, mais aussi avec la nature de la concurrence elle-même. En remplaçant des obligations formalisées de mise en concurrence par un régime sur-mesure, le droit de la commande publique n'est pas « *contre la concurrence* ». Au contraire. Il respecte un principe d'adéquation concurrentielle. Il est désormais possible de resserrer l'analyse et de passer d'une approche quantitative – le degré de concurrence – à une approche plus qualitative centrée sur la manière dont la concurrence s'exerce concrètement. La confrontation entre droit de la commande publique et concurrence repose alors sur un jeu d'influence, de transformation et d'enrichissement d'une concurrence qui peut être considérée comme augmentée.

## 2. La concurrence augmentée

### A. - Une offre modernisée

4 - L'évolution de la nature des contrats de la commande publique ne pouvait rester sans conséquences sur les mécanismes d'adaptation de l'offre à la demande. En effet, ces contrats présentent une double dimension, publique d'une part, contractuelle et économique d'autre part. Or, cette dernière est mieux assumée en droit interne depuis la réforme de 2014/2016 et l'adoption du Code de la commande publique<sup>16</sup>. La qualité du choix économique du demandeur public est au cœur de la réglementation, sans présupposé, méfiance ni interdit de principe. Les acteurs sont responsabilisés et la relation entre demandeur public et opérateurs économiques doit faire une place plus importante à la loyauté, à la confiance et au dialogue. Plutôt que « *contre la concurrence* », le droit de la commande publique se révèle alors surtout contre une rigueur concurrentielle excessive reposant sur une séparation stricte entre les différents intervenants. Cette évolution n'est pas sans conséquences concrètes. Peuvent être citées par exemple, la reconnaissance textuelle du sourçage, les possibilités offertes au demandeur public d'autoriser plus facilement les entreprises à compléter ou régulariser leur candidature ou leur offre, ou encore les évolutions espérées dans les futures directives en matière de négociation. La procédure devient donc plus efficace, moins automatique, certains diraient plus « *agile* ».

L'efficacité de l'adaptation de l'offre à la demande en sort renforcée. La mise en concurrence imposée par le droit de la commande publique intègre ainsi davantage la logique de libre concurrence. C'est positif, car la mise en concurrence par le demandeur public n'est rien d'autre qu'un appel à la libre concurrence entre les opérateurs économiques. Dans les contrats de la commande publique, il existe un système de « *mise en libre concurrence* »<sup>17</sup>. Cette unité du système concurrentiel impose que le droit de la commande publique s'intéresse davantage à la libre concurrence, notamment en améliorant la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises<sup>18</sup>. Le

droit de la commande publique intègre déjà les ententes anticoncurrentielles parmi les causes possibles d'exclusion des candidatures (CCP, art. L. 2141-9) ou permet de combattre certains abus de position dominante en prohibant les offres anormalement basses. Le renforcement de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles par le droit de la commande publique apparaît aussi dans les jurisprudences relatives aux ententes entre entreprises non autonomes d'un même groupe de sociétés, qui donnent le premier rôle au droit de la commande publique et non plus au droit des pratiques anticoncurrentielles<sup>19</sup>.

De nombreuses pistes d'amélioration restent à explorer pour éviter que les commandes publiques ne demeurent un terrain favorable aux ententes illicites, notamment en limitant la « *prévisibilité de la demande* », en augmentant « *le nombre d'opérateurs actifs sur le marché* » ou encore en améliorant la maîtrise de l'acte d'achat par les agents et décideurs publics<sup>20</sup>. Le contentieux administratif mériterait également d'être davantage sollicité<sup>21</sup>.

### B. - Une demande enrichie

5 - La transformation de la concurrence en droit de la commande publique ne concerne pas seulement l'offre, elle est également significative du point de vue de la demande. Pendant longtemps, le dogme concurrentiel du droit de la commande publique reposait sur un principe de neutralité qui imposait au demandeur public de ne prendre en compte que des éléments strictement liés à son approvisionnement et lui interdisait de se laisser « *guider par des considérations autres qu'économiques* »<sup>22</sup>. Trois facteurs principaux ont conduit à une évolution en la matière. D'abord, les crises systémiques successives (financières et économiques, climatiques, sanitaires, géopolitiques, etc.) et la rareté des fonds publics qui en découle ont conduit à enrichir la demande publique, en lui permettant d'intégrer – un peu par la force des choses – des objectifs plus larges que le simple approvisionnement. Ensuite, l'unité de l'action publique justifie que les contrats s'harmonisent avec les autres modalités d'interventions publiques. La puissance publique n'est pas suffisamment schizophrène pour oublier en tant qu'acheteur ou autorité concédante ce qu'elle impose en tant que décideur ou législateur. Enfin, la nature publique des activités, des intervenants et des deniers concer-

généralement, Contrats publics et concurrence : thèse, préc. – V. Bridoux, Doit de la commande publique et droit de la concurrence de l'UE. Étude sur une dynamique commune : Concurrences, 2021, p. 652. – F. Lichère, Règles de concurrence et marchés publics : JCP A 2007, 2284 – F. Linditch, Ententes et marchés publics : JCl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 36.

19. CJUE, 17 mai 2018, aff. C-531/16, Ecoservice projektai UAB : Europe 2018, comm. 271, S. Cazet ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 154, M. Ubaid-Bergeron. – Aut. conc., déc. n° 20-D-19, 25 nov. 2020, AgriMer. – CE, 8 déc. 2020, n° 436532, Métropole Aix-Marseille-Provence : Lebon T ; JCP A 2020, act. 732, L. Erstein ; JCP A 2021, 2069, F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 38, M. Ubaid-Bergeron.

20. Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif : JOUE n° C 91/1, 18 mars 2021.

21. Par ex. en mobilisant davantage le mécanisme d'opposabilité du droit des pratiques anticoncurrentielles de la jurisprudence CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169907, Sté Million et Marais : Lebon (le recours en contestation de la validité du contrat présente un large potentiel et la question de l'ouverture du référé précontractuel à cette opposabilité mériterait également d'être à nouveau posée. – Sur la question, V. O. Guezou, TCCP, préc., § 124). V. les autres contributions dans le présent numéro.

22. CJCE, 27 févr. 2003, aff. C-373/00, Adolf Truley GmbH et Bestattung Wien GmbH, pt 42. – Sur le principe de neutralité, par ex. CE, 13 mai 1987, n° 39120, Sté Wanner Isofi Isolation : Lebon. – H. Hoepffner, La nouvelle neutralité de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2023, repère 7 ; Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? : JCP A 2022, 2320. – Et G. Delalay, même intitulé : JCP A 2022, 2321. – L. Richer, La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 : Contrats-Marchés publ. 2015, étude 2.

16. O. Guézou, Code de la commande publique : pour une approche économique assumée, modernisée et enrichie : CP-ACCP 2019, p. 3.

17. V. not. O. Guézou, Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics : thèse Université de Nanterre, 1998 ; Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence : Le Moniteur – Contrats publics mars 2003, p. 43 ; Contrats publics et politique de la concurrence : RFDA 2014, p. 632 ; Contrats publics et régulation concurrentielle, in M. Bazex et a. (dir), Dictionnaire des régulations : LexisNexis, coll. Guides, 2016, p. 218.

18. I. Hasquenoph, L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : JCP A 2022, 2317 ; et plus

nés impose une morale exemplaire. Dès lors, à côté des considérations de strict approvisionnement qui ne doivent pas être oubliées, d'autres plus élevées peuvent aussi avoir leur place. Pour illustrer ce mouvement, l'intégration des considérations sociales ou environnementales vient immédiatement à l'esprit, tant toutes les étapes et toutes les facettes de la passation des contrats de la commande publique sont potentiellement concernées<sup>23</sup>. Cette évolution dépassant un acte d'achat à la neutralité trop stricte permet d'assurer la cohérence du système juridique en n'opposant pas les réglementations les unes aux autres. Une règle de droit doit s'imposer à tous, même si elle ne leur est pas directement applicable. Elle ne doit pas être privée de son effet utile. Par exemple, il est opportun que le droit de la commande publique considère comme anormalement basse une offre qui contrevient aux obligations applicables « en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail » (CCP, art. R. 2152-4). En protégeant le droit de l'environnement ou le droit social, c'est aussi la concurrence qui est protégée.

23. Définition des besoins intégrant des objectifs de développement durable, spécifications techniques, exclusion et sélection des candidatures, notions d'offre irrégulière et d'offre anormalement basse, critères de choix ou encore conditions d'exécution, etc. Sur l'évolution de l'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics, V. G Delaloy, fasc. III.432 in Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux : éd. Moniteur, coll. Moniteur Référence, p. 4000, feuillets mobiles à mises à jour et les nombreuses références citées.

Cependant, les limites quant aux éléments ainsi intégrés devront être définies, ce qui suppose de déterminer un cadre pour cette « concurrence augmentée ». Cela ne devrait pas être trop difficile lorsqu'il s'agit de considérations qui, tout en étant périphériques au besoin immédiat du demandeur public, permettent néanmoins l'efficacité globale de son achat. Tel est le cas actuellement de l'intégration de considérations sociales ou environnementales qui doivent être liées « à l'objet du contrat » ou à des conditions d'exécution elles-mêmes liées à cet objet (CCP, art. L. 2152-7 et L. 2112-2). Mais il existe une seconde catégorie d'éléments qui vont bien au-delà du besoin immédiat du demandeur public. En raison de leur importance, certains enjeux ne peuvent tout bonnement pas être ignorés, surtout par l'autorité publique : les droits humains, l'habitabilité de la planète ou encore l'État de droit et la démocratie. Une étude d'ampleur autour de ces valeurs universelles – de ces « objectifs sociétaux communs » pour reprendre l'expression des directives<sup>24</sup> – serait bienvenue, afin de les identifier, mais aussi de déterminer les outils nécessaires pour les intégrer dans la passation et l'exécution des contrats de la commande publique. Ce n'est pas une mince affaire, mais la réflexion mérite d'être menée car, si la commande publique ne peut pas tout, elle doit contribuer, à sa mesure, à l'amélioration du monde. ■

24. PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. 2.

## 2087 La commande publique contre la concurrence : synthèse de l'atelier n° 1

Sylvain SALLES,

avocat associé, spécialiste en droit public,  
enseignant CM Master I et Master II Lyon III

**Au-delà du strict respect de la norme, la commande publique est appelée, selon les protagonistes de l'atelier de travail, à organiser procéduralement les conditions de l'atteinte des intérêts partagés et respectifs des acheteurs publics et des opérateurs économiques. Pour un élargissement des cas d'exclusion de la commande publique et une facilitation de la contractualisation.**

1 - Dans le cadre de l'après-midi de réflexion et de partage sur les pratiques entre professionnels avant la journée du colloque regroupant des assistants à maîtrise d'ouvrage programmatrices, des opérateurs économiques de réseaux, des entités adjudicatrices étatiques, et l'UGAP, les protagonistes ont fait part des obstacles à la concurrence qu'ils pouvaient identifier et recenser, en lien avec les règles de la commande publique.

La dialectique ou la corrélation entre commande publique et mise en concurrence apparaît de prime considération comme consubstantielle. Bernard Stirn a affirmé que « c'est en droit administratif que la concurrence est née ».

*Concurrere* – en latin – signifie courir ensemble.

La question que nous avons essayée d'explorer en cet après-midi, n'est pas tant de savoir si l'obligation de mise en concurrence, et les règles de la commande publique nourrissent un objectif commun, mais plutôt d'identifier les éléments dans la légistique (dispositions textuelles), la dynamique (les rapports et échanges des parties lors de la mise en concurrence des contrats de la commande publique), et dans l'optique (les objectifs posés par la commande publique, objectifs primaires et secondaires) de la commande publique, à travers les règles françaises et européennes, qui porteraient atteinte d'une certaine manière à la concurrence.

Aujourd'hui, dans une approche très normée, l'obligation de respect de la mise en concurrence des contrats relevant de la commande publique peut se réduire à la seule conformité aux normes européennes, lesquelles sont aujourd'hui omniprésentes et régissent l'ensemble des règles de la commande publique, non seulement, *ex ante* (lors de la passation du contrat), et *ex post* (au cours de l'exécution du contrat).

Ainsi, cette recherche de conformité aux normes européennes de mise en concurrence, constitue-t-elle l'objectif ultime pour lequel les parties à la commande publique, à travers, non pas une absence totale de mise en concurrence, mais une procéduralisation particulière et adaptée à l'achat public, peut viser à atteindre des intérêts à la fois partagés et respectifs entre acheteurs et opérateurs économiques ?

La question ne serait pas d'interroger l'efficacité de la commande publique, à savoir l'efficience de l'achat public avec le respect de la libre concurrence et de la mise en concurrence.

L'objectif de l'après-midi n'était pas d'opposer l'efficacité de la commande publique, d'une part, et les obligations de mise en concurrence, d'autre part, mais d'identifier et de catégoriser les différents éléments, dispositifs qui porteraient atteinte à la mise en concurrence.

L'objectif de la mise en concurrence des contrats publics vise la transparence et la moralité publique. C'est une logique de parcimonie qui procède des objectifs recherchés en droit des finances publiques, à savoir la préservation des deniers publics.

Dès lors, nous avons évacué également la seconde question consistant à se demander si la mise en concurrence est un moyen ou une finalité de la commande publique.

Nous avons identifié trois situations dans lesquelles la mise en concurrence en tant que telle, peut-être, tout d'abord exclue, ce qui correspond à des dispositions textuelles, inscrites dans le Code de la commande publique, confinant à la notion de légistique.

Dans un second temps, les cas où la mise en concurrence peut être faussée, notamment par des comportements horizontaux, c'est-à-dire au cours de la dynamique contractuelle, par les différents comportements entre les parties, les acheteurs et les opérateurs économiques entre eux, qui portent atteinte à la mise en concurrence.

Et enfin, nous avons identifié des objectifs, des finalités assignées à ou par la commande publique qui portent atteinte à la mise en concurrence.

Ainsi, nous avons dans un premier temps abordé la notion de mise en concurrence exclue.

### 1. La notion de mise en concurrence exclue – L'obstacle « légistique »

2 - Nous avons échangé sur les différents cas d'exclusions prévus par le Code de la commande publique, et interrogé leur légitimité.

La première remarque intervenue et partagée par l'ensemble des protagonistes, est qu'il n'y a pas assez d'exclusions à la mise en concurrence.

Nous nous sommes dès lors interrogés – sans faire un retour exhaustif sur les différents cas d'exclusion prévus au Code de la commande publique – sur leur légitimité opérationnelle.

Il a été considéré que la concurrence n'est pas une fin en soi, et que globalement, nous pouvons viser l'ensemble des cas d'exclusion, et notamment les cas d'exclusions matérielles (les contrats exclus en raison de leur objet), telle que l'acquisition et la location de bien immobilier, ce que l'on nomme les VEFA publiques. Ou bien encore, les exclusions concernant les contrats de services financiers (contrat d'emprunt ou d'avocats), les exclusions liées au montant du marché (100 000 € HT pour les marchés de travaux).

Dans le cadre de ces exclusions matérielles, il ressort des discussions que leur légitimité est parfaitement et unanimement reconnue. Pour l'ensemble des acteurs présents lors de la discussion, la légitimité de ces cas d'exclusion trouve son fondement dans l'efficacité, la rapidité, la célérité et l'efficacité de l'achat public.

Aussi, a-t-il été abordé la notion de défaillance des entreprises, mise en perspective avec le principe d'intangibilité des membres du GME (Groupement Momentanée d'Entreprise). Les intervenants ont considéré que la liste n'était pas encore assez longue, qu'il fallait justement en termes de dérogations, permettre de faciliter davantage la substitution d'un membre défaillant en cours d'exécution. Pour les entreprises et les acheteurs, présents lors de la discussion il conviendrait de promouvoir de la souplesse et de la facilité pour remplacer un membre du groupement défaillant, en cours d'exécution de chantier.

Il a été également évoqué, en termes d'exclusion, la notion de dimensionnement du marché et de macro-lot, la notion d'agrément, de certification, de qualification, d'allotissement par zone géographique, ainsi que la notion de tapis de bombes, c'est-à-dire la possibilité de limiter le nombre de lots auxquels un candidat opérateur économique peut candidater.

De ces discussions, il ressort clairement de l'ensemble des participants que les cas d'exclusion ne sont pas encore suffisants, tant en nombre qu'en efficacité. Il est encouragé une augmentation et une facilitation des cas d'exclusion.

Ce qui ressort des discussions réside dans le fait qu'il faut explorer et améliorer encore davantage les cas où la mise en concurrence pourrait être exclue, mais non pas supprimée.

## 2. La mise en concurrence faussée – l'obstacle « dynamique »

3 - Nous avons ensuite abordé la notion de mise en concurrence faussée. Nous avons comparé cette situation à une notion de dynamique ou de cinétique, ne nous situant plus dans la verticalité de la disposition qui impose des règles, mais dans l'horizontalité des échanges et rapports entre les parties lors de la phase passation.

Nous avons identifié les cas où les comportements, les relations contractuelles, précontractuelles entre opérateurs économiques et acheteurs publics, portent atteinte à la mise en concurrence.

Nous avons tout d'abord visé la phase passation en tant que telle ; et ce qui est ressorti clairement de l'ensemble des intervenants, nonobstant le fait que les opérateurs économiques présents lors de la discussion soient des entreprises de grandes ampleurs, est la notion de lourdeur administrative de la commande publique et particulièrement des exigences administratives pour répondre à une consultation publique (dans les exigences de formalismes, de délais, de documents à fournir dans le cadre de la commande publique).

Ces exigences freinent et font parfois obstacle aux intentions et vellétés de nombreux opérateurs économiques qui seraient intéressés par la commande publique, mais qui s'estiment à tort ou raison insuffisamment dotés en termes de compétences, de capacités et de

connaissances pour y répondre. À ce titre, a-t-il été évoqué la prévalence du caractère psychologique de cette réticence, sur la réalité de la difficulté.

Ce que nous entendons depuis de nombreuses années, à savoir la lourdeur des exigences imposées pour répondre à un marché public, constitue aujourd'hui toujours un frein à la commande publique dans le cadre de la mise en concurrence *ex ante*.

Puis, nous avons abordé la notion de l'administrativité du contrat, caractérisant le particularisme, la dissymétrie contractuelle, et le caractère exorbitant du contrat administratif.

Il a été affirmé, y compris pour les sociétés de grande taille que le marché public est consubstantiellement attaché à une irréductible dissymétrie contractuelle.

Les obligations et implications qui pèsent sur les opérateurs attributaires d'un marché public sont bien plus lourdes et implicatives que celles rencontrées dans un marché privé.

Il leur incombe méta-contractuellement d'autres obligations visant la préservation, et la finalité de l'action publique, tels que la continuité du service public, la non-application du principe de l'exception d'inexécution, le rattachement à l'ordre juridictionnel administratif, la notion de service fait, le régime très singulier des pénalités dans le cadre des contrats publics.

Il a été abordé la notion d'offre anormalement basse qui porte un vrai problème de mise en concurrence, accentuée par une jurisprudence instable et hétérodoxe.

Cette « concurrence attaquée » affecte tant l'achat public en tant que tel que les opérateurs économiques qui se voient considérés comme ne pouvant pas réaliser le marché.

Nous avons également évoqué la notion de comitologie. Eu égard au contexte économique contraint, les opérateurs économiques y compris les très gros opérateurs font une analyse préalable des risques attachés à l'obtention d'un contrat public. En effet, et comme nous venons de le décrire *supra*, l'attributaire d'un contrat public se voit imposer des contraintes non seulement renforcées pour certaines d'entre elles, mais également de nature singulière pour d'autres, qu'elle n'aurait pas rencontrées dans le cadre d'un contrat de droit privé.

Nous avons évoqué également et qui concerne la maîtrise d'œuvre, mais également les entreprises, le BIM qui est un nouveau *modus operandi* de la construction publique qui associe la modélisation numérique en volume des ouvrages à construire, qui se révèle très coûteux, ce qui a pour conséquence directe de restreindre *de facto* la concurrence puisque les petits opérateurs ne peuvent pas acquérir ce type de logiciel pour réaliser les prestations.

Nous avons abordé, en troisième partie, les situations où la commande publique pose des objectifs, qui peuvent être en opposition ou en friction avec l'objectif strict de la mise en concurrence : L'optique – La finalité de la commande publique.

## 3. La mise en concurrence concurrencée : les optiques « divergentes »

4 - L'objectif principal de la commande publique est le bon achat qui doit être compatibilisé avec les règles de mise en concurrence. Puis, il y a des objectifs secondaires de la commande publique qui vont porter atteinte à la mise en concurrence.

Par exemple, nous avons identifié la notion des critères de sélection des offres.

Les différents critères de sélection des offres peuvent porter atteinte à la mise en concurrence dans la mesure où la nature même des critères choisis, les conditions de leur mise en œuvre (pondération ou hiérarchisation), et encore leurs modalités d'application (formules mathématiques, ou l'échelle d'appréciation littéraire) sont suscep-

tibles de porter atteinte à la mise en concurrence et de rechercher le ciblage d'un candidat plutôt qu'un autre.

Puis, les pénalités qui peuvent venir sanctionner une atteinte au SPASER, par exemple, ou un non-respect des clauses d'insertion sociale, ou bien encore aux dispositions de développement durable et de bilan carbone peuvent être attentatoires à la mise en concurrence.

Enfin, nous avons évoqué le fait que la durée du contrat public peut être un élément attentatoire à la libre et mise en concurrence.

Toutes les parties ont été unanimes sur le fait que les marchés d'une durée trop courte étaient attentatoires paradoxalement à la mise en concurrence puisqu'en revenant à la notion de comitologie, le fait de s'engager dans un contrat à risque, en raison de l'administrativité du contrat, son exorbitance intrinsèque, présente une comitologie accrue sur une durée courte ; d'autant plus irréductible qu'il n'est pas possible d'exiger une durée plus longue, car la fixation de la

durée relève de la libre administration des collectivités ; les acheteurs publics, sur ce sujet, sont totalement discrétionnaires.

En conclusion, les parties ont convenu de considérer que l'efficacité de l'achat public ne s'oppose pas à la mise en concurrence, que celle-ci doit rester consubstantielle à la commande publique dans une approche déontologique et non pas téléologique.

Ainsi, aujourd'hui, l'élément qu'il conviendrait de favoriser, n'est pas la stricte obligation de conformité au droit de l'Union européenne, mais de viser à travers une procéduralisation de l'achat public, les intérêts partagés et respectifs des acheteurs publics et des opérateurs économiques.

Ce qui permettrait justement, en identifiant les cas où l'on peut combiner les deux exigences, faciliter à la fois l'ouverture de la commande publique, et satisfaire les exigences et les objectifs visés par l'achat public à travers les règles de la commande publique.■

## 2088 L'intensification de la concurrence par le droit

**Benoît DUPUIS,**

*docteur en droit, directeur exécutif à la Société des grands projets*

et

**Jean-François LAFAIX,**

*professeur à l'université de Strasbourg*

L'intensification de la concurrence par le droit de la commande publique constitue une méthode aux résultats incertains, principalement en raison de la difficulté d'anticiper l'application des règles de droit par les multiples acteurs concernés et les effets pervers ou contre-productifs de cette application. Un programme qui ambitionnerait néanmoins de poursuivre cet objectif pourrait être conçu en fonction des caractéristiques généralement reconnues à une situation de concurrence pure et parfaite (atomicité, transparence, faibles coûts d'entrée, contestabilité des positions). Il conviendrait donc de renforcer l'accès à la commande publique en supprimant les obstacles de droit ou de fait et augmenter ainsi le nombre des entreprises candidates. Il faudrait aussi améliorer la comparabilité des offres et leur adaptation aux besoins des acheteurs, par exemple par la négociation. L'accès des entreprises à l'information dont dispose le titulaire sortant ou aux biens nécessaires à la mise en concurrence peut certainement être renforcé par des clauses contractuelles adéquates ou par le statut des biens. Enfin, la concurrence serait accrue par des solutions réduisant les coûts de participation à la mise en concurrence ou grâce à la remise en cause des situations de rente révélées au cours de l'exécution du contrat.

1 - Le droit de la commande publique présuppose l'existence d'une concurrence générale et extérieure<sup>1</sup> à la passation du contrat<sup>2</sup>. Mais il participe lui-même au « *processus permanent de sélection des*

*entreprises les plus efficaces* »<sup>3</sup> que constitue la concurrence<sup>4</sup>. Cela

1. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence : Dalloz, 2021, § 47, p. 19.

2. Les situations d'absence de concurrence sont, au contraire, des sources de dérogations, permettant une passation sans publicité ni mise en concurrence, V. CCP, art. R. 2122-3.

3. E. Combe, La concurrence : PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2022, p. 21.

tibles de porter atteinte à la mise en concurrence et de rechercher le ciblage d'un candidat plutôt qu'un autre.

Puis, les pénalités qui peuvent venir sanctionner une atteinte au SPASER, par exemple, ou un non-respect des clauses d'insertion sociale, ou bien encore aux dispositions de développement durable et de bilan carbone peuvent être attentatoires à la mise en concurrence.

Enfin, nous avons évoqué le fait que la durée du contrat public peut être un élément attentatoire à la libre et mise en concurrence.

Toutes les parties ont été unanimes sur le fait que les marchés d'une durée trop courte étaient attentatoires paradoxalement à la mise en concurrence puisqu'en revenant à la notion de comitologie, le fait de s'engager dans un contrat à risque, en raison de l'administrativité du contrat, son exorbitance intrinsèque, présente une comitologie accrue sur une durée courte ; d'autant plus irréductible qu'il n'est pas possible d'exiger une durée plus longue, car la fixation de la

durée relève de la libre administration des collectivités ; les acheteurs publics, sur ce sujet, sont totalement discrétionnaires.

En conclusion, les parties ont convenu de considérer que l'efficacité de l'achat public ne s'oppose pas à la mise en concurrence, que celle-ci doit rester consubstantielle à la commande publique dans une approche déontologique et non pas téléologique.

Ainsi, aujourd'hui, l'élément qu'il conviendrait de favoriser, n'est pas la stricte obligation de conformité au droit de l'Union européenne, mais de viser à travers une procéduralisation de l'achat public, les intérêts partagés et respectifs des acheteurs publics et des opérateurs économiques.

Ce qui permettrait justement, en identifiant les cas où l'on peut combiner les deux exigences, faciliter à la fois l'ouverture de la commande publique, et satisfaire les exigences et les objectifs visés par l'achat public à travers les règles de la commande publique.■

## 2088 L'intensification de la concurrence par le droit

**Benoît DUPUIS,**

*docteur en droit, directeur exécutif à la Société des grands projets*

et

**Jean-François LAFAIX,**

*professeur à l'université de Strasbourg*

L'intensification de la concurrence par le droit de la commande publique constitue une méthode aux résultats incertains, principalement en raison de la difficulté d'anticiper l'application des règles de droit par les multiples acteurs concernés et les effets pervers ou contre-productifs de cette application. Un programme qui ambitionnerait néanmoins de poursuivre cet objectif pourrait être conçu en fonction des caractéristiques généralement reconnues à une situation de concurrence pure et parfaite (atomicité, transparence, faibles coûts d'entrée, contestabilité des positions). Il conviendrait donc de renforcer l'accès à la commande publique en supprimant les obstacles de droit ou de fait et augmenter ainsi le nombre des entreprises candidates. Il faudrait aussi améliorer la comparabilité des offres et leur adaptation aux besoins des acheteurs, par exemple par la négociation. L'accès des entreprises à l'information dont dispose le titulaire sortant ou aux biens nécessaires à la mise en concurrence peut certainement être renforcé par des clauses contractuelles adéquates ou par le statut des biens. Enfin, la concurrence serait accrue par des solutions réduisant les coûts de participation à la mise en concurrence ou grâce à la remise en cause des situations de rente révélées au cours de l'exécution du contrat.

1 - Le droit de la commande publique présuppose l'existence d'une concurrence générale et extérieure<sup>1</sup> à la passation du contrat<sup>2</sup>. Mais il participe lui-même au « processus permanent de sélection des

entreprises les plus efficaces »<sup>3</sup> que constitue la concurrence<sup>4</sup>. Cela

1. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence : Dalloz, 2021, § 47, p. 19.

2. Les situations d'absence de concurrence sont, au contraire, des sources de dérogations, permettant une passation sans publicité ni mise en concurrence, V. CCP, art. R. 2122-3.

3. E. Combe, La concurrence : PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2022, p. 21.

résulte du fait que la mise en concurrence pour l'attribution du contrat incite les entreprises candidates, qui ne connaissent pas les offres de leurs concurrents, à proposer un prix proche de leurs coûts de production<sup>5</sup>. La mise en concurrence constitue ainsi un moyen de pallier l'éventuelle imperfection de la concurrence générale et extérieure. Son incidence réelle dépend alors de la part de la commande publique sur le marché pertinent.

L'intensification de la concurrence par le droit de la commande publique peut donc concerner aussi bien la concurrence interne (pour l'attribution du contrat) que la concurrence externe (sur le marché pertinent). Toutefois, la Cour des comptes de l'Union estimait, dans un rapport de 2023, que le niveau de concurrence dans les marchés publics au sein du marché unique européen avait globalement diminué au cours de la dernière décennie et que les causes de cet affaiblissement n'étaient pas connues de façon systématique<sup>6</sup>.

Dans ces conditions, réfléchir à l'intensification de la concurrence par le droit suppose de se demander si nous pouvons y parvenir et comment y parvenir.

## 2 - Pouvons-nous intensifier la concurrence par le droit ? –

Cette réflexion rencontre des questions cruciales et difficiles liées à l'effet réel de la règle juridique et de son exécution puisque « *les règles de droit ne font rien par elles-mêmes* »<sup>7</sup>. La conception d'une réglementation optimale n'aurait pas de sens sans prise en compte de l'architecture institutionnelle et des contextes d'application des normes juridiques<sup>8</sup>. Or, il existe de multiples raisons pour lesquelles l'effet espéré par l'auteur de la norme (ici l'intensification de la concurrence) ne se produit pas.

Premièrement, la règle peut ne pas être *effective*, en ce sens qu'elle n'est pas respectée ou sanctionnée. Cela constitue une difficulté récurrente du droit de la commande publique qui requiert une vigilance particulière<sup>9</sup>. Par exemple, sur un projet de l'envergure du Grand Paris Express, que pilote la Société des grands projets, il est

impossible de garantir la conformité sans faille de la totalité des procédures de passation ainsi que des actes d'exécution des marchés conclus, tant le projet est complexe, les procédures nombreuses (plus de 2 000 marchés conclus) et le corpus de règles touffu. Mais, on peut y tendre avec des procédures et une gouvernance internes robustes, des équipes aguerries et des contrôles internes et externes réguliers.

Deuxièmement, même respectée, la règle de droit peut ne pas être *efficace*, parce que ce n'est pas un bon moyen d'atteindre le but recherché<sup>10</sup>. À cela, il y a aussi plusieurs raisons.

Tout d'abord, la recherche de concurrence est contrebalancée par d'autres finalités (sociales, environnementales ou géopolitiques) du droit de la commande publique qui limitent son effet concurrentiel global<sup>11</sup>.

Ensuite, il est très incertain de viser un effet global (comme la concurrence) par la combinaison subtile d'obligations, d'interdictions ou d'incitations, appliquées par de multiples acteurs sur des marchés pertinents très différents<sup>12</sup>.

Dans ces conditions, il est tout à fait possible que le droit de la commande publique produise des effets pervers ou négatifs, ne serait-ce que parce que les effets produits ne sont pas toujours les mêmes dans le temps ou parce que la règle se révèle finalement dissuasive (ou trop peu incitative) pour les entreprises, voire qu'elle favorise ce qu'elle est censée éviter. C'est ainsi, par exemple, que le recours à une centrale d'achat, l'allotissement ou la transparence des critères de choix peuvent favoriser les ententes ou que la lutte contre les rentes en cours d'exécution du contrat peut dissuader les entreprises de candidater à l'avenir.

Il en résulte que l'intensification de la concurrence par le droit consiste à rechercher une concurrence réaliste, de façon approximative, en fonction des éventuels effets pervers ou dissuasifs des règles juridiques.

**3 - À supposer que nous puissions intensifier la concurrence par le droit, comment y parvenir ?** – Il faut, avant tout, se doter d'un indice de concurrence. Plusieurs sont généralement proposés<sup>13</sup> à la lumière de l'idéal-type de la concurrence « *pure et parfaite* ». Cet idéal correspond à « *une situation de marché dans laquelle aucune rente qui ne soit fondée sur les mérites propres des entreprises ne peut*

4. Il sert ainsi de levier à la concurrence en général, à l'instar d'autres régimes juridiques, comme ceux relatifs aux libertés économiques et aux pratiques anticoncurrentielles, tout particulièrement. En ce sens, V. Cons. conc., avis n° 00-A-25, 20 nov. 2000, p. 2 : à propos du projet de Code des marchés publics de 2001, le Conseil estime que « *le texte fixe des objectifs qui peuvent être communs au droit de la commande publique et au droit de la concurrence ; en particulier, la recherche de l'efficacité de la commande publique, qui peut être interprétée comme " l'objectif synthétique " du droit des marchés publics, rejoint l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence ou peut être considérée comme un cas particulier de cet objectif plus général* ».

5. E. Combe, La concurrence, préc., p. 60.

6. Cour des comptes de l'Union, Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021, rapp. spécial, 2023, § 108. – Ce phénomène rapproche l'Union européenne des États-Unis, du point de vue de la concurrence en général, V. Th. Philippon, Les gagnants de la concurrence, Seuil, 2022, p. 71 et s.

7. Th. Kirat et F. Marty, La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics : Économie & prévision, 2006, n° 175-176, p. 103. – V. aussi F. Rangeon, Réflexions sur l'effectivité du droit, CURAPP, Les usages sociaux du droit : PUF, 1989, p. 126. – A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action : D. 1993, p. 207. – L. Duclos, Le droit de la bonne pratique : Cahiers philosophiques, 2008, n° 116, p. 41.

8. Th. Kirat et F. Marty, La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics, préc., p. 104.

9. Dans un ouvrage récent, François Ecalle – conseiller maître honoraire à la Cour des comptes – témoigne que les contrôles de gestion de la Cour des comptes lui ont permis de constater « *de très nombreuses irrégularités dans la gestion des marchés de toutes les administrations et entreprises* » contrôlées, mais que « *la conclusion était souvent de ne pas donner de suites, par lassitude ou, pour certains conseillers maîtres, parce qu'ils avaient eux-mêmes passé des marchés publics dans leurs fonctions antérieures et savaient qu'il est souvent très difficile de respecter scrupuleusement une réglementation complexe* », V. F. Ecalle, Mécomptes publics : Odile Jacob, 2025, p. 174-175.

10. C'est l'efficacité de la règle de droit qui est examinée ici et non l'efficacité de la commande publique. Sur cette dernière, V. F. Lichère, La notion d'efficacité de la commande publique : JCP A 2022, 2314. – S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, Les notes du conseil d'analyse économique, avr. 2015, n° 22.

11. Par ex., S. Saussier et J. Tirole expliquent que « *passer par la commande publique pour atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une politique corrigeant une défaillance de marché doit être uniforme et globale pour être efficace. À l'inverse, et pour prendre un exemple, incorporer des critères d'émissions de gaz à effet de serre dans une commande publique revient à attribuer une valeur plus élevée à la tonne de carbone que la taxe carbone ou la valeur sur le marché des droits d'émission négociables, ce qui est inefficace pour deux raisons. D'une part, comme pour toute politique induisant une différenciation des prix du carbone, cela augmente le coût total de réalisation de l'objectif environnemental. D'autre part, une entreprise émettant peu se spécialisera dans les marchés publics, où elle aura un avantage concurrentiel, tandis que son homologue plus polluante se spécialisera sur d'autres marchés, publics ou privés, non contraints par cet objectif ; le résultat sera un partage des marchés pas forcément rationnel et peu de réduction des émissions polluantes* », V. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, Les notes du conseil d'analyse économique, avr. 2015, n° 22, p. 7, préc.

12. Autant il est possible de mesurer un effet anticoncurrentiel *a posteriori* en vue de sanctionner la pratique qui en est à l'origine, autant il est illusoire de modeler la concurrence *a priori*. Cela suppose de jouer, non seulement avec des obligations et des interdictions (plus ou moins effectivement appliquées ou sanctionnées), mais aussi de mettre en place une multitude d'incitations ou dissuasions pour orienter souplement les actions (et à supposer que l'on ne fasse pas d'erreur de calcul).

13. Ph. Aghion, C. Antonin et S. Brunel, Le pouvoir de la destruction créatrice : Odile Jacob, 2020, p. 90-92.

perdurer »<sup>14</sup>, parce que les acteurs économiques n'ont pas de pouvoir de marché, c'est-à-dire d'influence directe sur les prix et les offres pratiqués par les autres acteurs<sup>15</sup>. Cette concurrence « pure et parfaite » repose sur quatre piliers<sup>16</sup> : (a) l'atomicité des offreurs (qui sont en très grand nombre), (b) la comparabilité des biens (d'autant plus simple que les biens sont homogènes), (c) la contestabilité des positions (en raison de la faiblesse des coûts d'entrée et de sortie sur le marché) et (d) la transparence de l'information ou, plus largement, l'absence de captation de l'information ou d'autres ressources nécessaires par certains acteurs.

Dans une telle situation, le profit des entreprises tend à être minimal<sup>17</sup>. C'est pourquoi la concurrence est souvent évaluée sur la base de l'indice de Lerner, qui mesure le niveau de profit des entreprises sur un marché donné<sup>18</sup>. Appliquer cet indice au domaine de la commande publique supposerait donc de connaître le coût de revient des marchés publics et concessions et d'obliger les entreprises à transmettre ces informations d'une façon systématique (V. infra). Mais la concurrence peut aussi être évaluée en fonction du taux d'entrée et de sortie des entreprises sur un marché donné. Il convient alors de mesurer le niveau de rotation des entreprises dans la commande publique, par type de prestation sur un territoire donné. S'il s'avère que ce sont souvent ou toujours les mêmes entreprises qui candidatent, la concurrence sera faible de ce point de vue. Il est encore possible de retenir le taux de concentration sur le marché ou le degré de contestabilité du marché, qui dépend des coûts d'entrée<sup>19</sup>.

Ces différents indicateurs permettent de constater un niveau de concurrence, mais pas de savoir comment la renforcer, spécialement du point de vue de la conception des normes juridiques. Néanmoins, si l'on considère que la concurrence optimale correspond au résultat d'une situation de concurrence pure et parfaite, le renforcement de la concurrence par le droit peut s'appuyer sur ses caractéristiques (ne serait-ce que par analogie) en essayant d'en favoriser la réalisation grâce aux règles d'attribution ou d'exécution du contrat : favoriser l'accès le plus large à la commande publique (1) et la comparabilité des offres (2), éviter la captation des ressources nécessaires à l'exécution du contrat (3) et favoriser la contestabilité des positions (4).

## 1. L'objectif d'atomicité : l'accès le plus large à la mise en concurrence

4 - Si le nombre d'entreprises présentes sur le marché et candidates à l'attribution du contrat ne garantit pas nécessairement (et n'est pas toujours nécessaire à) une concurrence optimale, ne serait-ce qu'en raison de la distribution des parts de marché, il constitue souvent un facteur de réduction du pouvoir de marché de ces entreprises (et de leur difficulté à s'entendre). L'accès le plus large possible à la mise en concurrence et la suppression des obstacles de droit ou de fait constituent donc un moyen de renforcer la concurrence.

### A. - Supprimer les obstacles de droit

5 - Les obstacles juridiques reposent, en particulier, sur l'exclusion de certaines entreprises ou sur l'existence de droits exclusifs. L'exemple des droits exclusifs liés à la propriété est tout particulièrement intéressant en raison des pratiques contractuelles qui peuvent conduire à les reconnaître et à fermer l'accès à la commande publique. Face à cette pratique, la Cour de justice de l'Union s'est engagée dans une appréciation restrictive de la légalité des droits résultant de contrats antérieurs.

En effet, les droits exclusifs résultant de contrats antérieurs permettent aux titulaires sortants de fermer l'accès à leurs concurrents et de se constituer une situation de rente puisque ces droits justifient ensuite le recours à une procédure sans publicité, ni mise en concurrence (CCP, art. R. 2122-3). Afin d'empêcher cela, la Cour de justice exige que le pouvoir adjudicateur établisse que l'existence des raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ne lui est pas imputable<sup>20</sup>, alors que cette exigence n'était pas explicitement prévue par les directives.

En droit français, cette jurisprudence doit être prise en compte puisque l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique ne reprend pas formellement une telle condition, qui doit être distinguée de celle tenant à ce que « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ». Les solutions relatives aux droits de propriété intellectuelle sont formulées dans les stipulations des CCAG, qui organisent la répartition des droits selon la distinction entre les « connaissances antérieures » et les « résultats » du marché. Les résultats, premièrement, correspondent aux éléments réalisés dans le cadre des prestations du marché. Ils peuvent concerner tous les éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection<sup>21</sup>. Il faut les distinguer des connaissances antérieures<sup>22</sup>. Selon les CCAG, la conclusion du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures (standards ou non). En revanche, le titulaire du marché accorde à l'acheteur les droits nécessaires pour utiliser ou faire utiliser les résultats, en l'état ou modifiés, de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes, pour les besoins et finalités d'utilisation exprimés dans les documents particuliers du marché et en toute hypothèse pour les besoins d'utilisation découlant de l'objet des prestations commandées dans le cadre du marché<sup>23</sup>. Lorsque les résultats sont protégés par un droit de propriété intellectuelle, les CCAG organisent une cession des droits patrimoniaux (dans le respect des droits moraux) qui intervient, en principe, à titre non exclusif<sup>24</sup>.

Ainsi, l'essentiel tient à ce que les droits de propriété intellectuelle liés aux résultats sont cédés pour les besoins découlant de l'objet des prestations. Cette solution devrait éviter la constitution de rentes en créant des droits exclusifs. Mais elle comporte une faille liée au caract-

20. CJUE, 9 janv. 2025, aff. C-578/23, République tchèque, § 32.

21. Par ex., V. CCAG Travaux, art. 45.1. – CCAG TIC, art. 43.1. – CCAG PI, art. 32.1. – CCAG FCS, art. 34.1. – CCAG MI, art. 37.1. – CCAG MO, art. 22.1.

22. Elles couvrent tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support, qui sont incorporés aux résultats et/ou sont fournis pour répondre aux besoins de l'acheteur dans le cadre d'une prestation intellectuelle et qui appartiennent initialement à l'acheteur, au titulaire ou à des tiers, ou qui leur sont concédés en licence, mais qui ont été réalisés dans un cadre extérieur et indépendamment du marché ; V. CCAG Travaux, art. 45.2. – CCAG PI, art. 32.2. – CCAG TIC, art. 43.2. – CCAG FCS, art. 34.2. – CCAG MI, art. 37.2. – CCAG MO, art. 22.6.

23. CCAG Travaux, art. 48.1. – CCAG PI, art. 35.1.1. – CCAG TIC, art. 46.1.1. – CCAG FCS, art. 37.1.1. – CCAG MI, art. 40.1.1.

24. CCAG travaux, art. 48.2.1. – CCAG PI, art. 35.2.1. – CCAG TIC, art. 46.2.1. – CCAG FCS, art. 37.2.1. – CCAG MI, art. 40.2.1. – CCAG MO, art. 24.1.

14. E. Combe, Économie et politique de la concurrence : Dalloz, 2020, p. 1.

15. On lui reconnaît « trois types d'efficacités : efficacité productive (la concurrence oblige les producteurs à utiliser leurs ressources de manière économe), efficacité allocative (la concurrence permet d'orienter les ressources vers la production qui répond le mieux aux besoins des consommateurs) et efficacité dynamique (la concurrence incite les entreprises à innover) », V. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence, préc., § 28, p. 11.

16. E. Combe, Économie et politique de la concurrence, préc., p. 3.

17. E. Combe, La concurrence, préc., p. 29.

18. Ph. Aghion, C. Antonin et S. Brunel, Le pouvoir de la destruction créatrice, p. 90. – E. Combe, La concurrence, préc., p. 29-30.

19. Ph. Aghion, C. Antonin et S. Brunel, Le pouvoir de la destruction créatrice, p. 91-92. – E. Combe, La concurrence, préc., p. 55 et s. et p. 62 et s.

tère contractuel des CCAG et à la possibilité d'y déroger. En outre, il n'est pas certain que la cession des droits pour les besoins découlant de l'objet des prestations suffise lorsqu'il s'agit ensuite de passer un contrat pour des prestations subséquentes mais différentes.

Dès lors, en vue de renforcer la concurrence, il faudrait, soit conférer un caractère impératif à ces règles évitant la constitution illégitime de droits exclusifs à l'occasion de contrats antérieurs, soit organiser un examen attentif et extérieur des clauses des contrats, afin d'identifier les clauses problématiques, tout en prévoyant un mécanisme de sanction adapté, en réputant ces clauses non écrites, afin d'en paralyser l'effet anticoncurrentiel sans menacer le reste du contrat.

Pour ce qui la concerne, la Société des grands projets (SGP) a choisi de ne pas déroger à ces dispositions du CCAG et, de manière générale, conçoit ses marchés afin de ne pas être captive des titulaires en place pour les marchés subséquents<sup>25</sup>. Son expérience montre que, parmi les droits de propriété intellectuelle, le sujet du droit moral des architectes mérite réflexion. Ce dernier ne fait pas obstacle à la remise en concurrence des marchés dont ces derniers sont titulaires, mais cela nécessite néanmoins que des mesures d'accompagnement soient prises pour garantir un droit de suivi à chacun des architectes d'origine.

Bien évidemment, le champ des droits exclusifs ne se réduit pas aux seuls droits de propriété intellectuelle. Il existe en effet des droits exclusifs qui découlent du cadre réglementaire dans lequel opèrent certains acteurs. À titre d'exemple, les missions liées à la sécurité ferroviaire ressortissent à la compétence exclusive de SNCF Réseaux avec laquelle la SGP conclut régulièrement des marchés sans mise en concurrence. Il en va de même pour la RATP dans sa mission réglementée de gestionnaire d'infrastructure<sup>26</sup> ou bien avec les concessionnaires de réseaux qui se sont vu confier par contrat ou par la loi une exclusivité sur un périmètre donné.

## B. - Limiter les obstacles de fait

**6 -** Afin de favoriser le plus grand accès à la commande publique, d'autres obstacles plus matériels doivent également être levés, en lien avec les capacités des entreprises. Ils sont liés, en particulier, à l'information en amont de la procédure de passation, aux références requises par les acheteurs et à l'organisation du marché.

En amont de la procédure de passation, il est indispensable de susciter l'intérêt des fournisseurs afin d'accroître l'intensité concurrentielle. Dans ce cadre, il peut s'avérer opportun d'organiser un sourcing, de publier des avis périodiques indicatifs et des avis de pré-information. Ces démarches de recherche et information préalables sont essentielles pour renforcer la concurrence et animer un panel de fournisseurs. Dans le cadre de ces actions de sourcing et autres, il peut y avoir des temps d'échanges avec les fédérations (ex. Syntec, FNTP). À cet égard, la SGP dispose de moyens et ressources qui la distinguent des structures plus courantes de l'achat public, à telle enseigne qu'elle n'a pas constaté d'appauvrissement de la concurrence sur les procédures qu'elle conduit, hormis quelques besoins industriels très spécifiques pour lesquels les acteurs sont particulièrement rares. Il peut arriver que sur une procédure d'achat particulière lancée par la SGP, un seul candidat se présente ou remette une offre. Dans une telle configuration, les dispositifs de contrôle interne de régularité des procédures marchés imposent de s'interroger sur la pertinence de la poursuite de la procédure et de tracer les décisions prises. En outre, la commission d'examen des procédures de marchés (CEPM), en charge du contrôle de la régularité des actes de passation et d'exécution,

composée de personnalités qualifiées externes et de dirigeants de l'établissement, s'interroge systématiquement sur la réalité et les effets de la concurrence sur chacune des procédures. Une des difficultés rencontrées de manière récurrente pour des marchés de travaux, de fournitures ou de prestations intellectuelles nécessaires à la réalisation d'une infrastructure comme le Grand Paris Express est celle de l'effectivité d'une concurrence transnationale. Il s'avère en effet difficile de convaincre des acteurs étrangers de participer à des procédures lourdes et longues de mise en concurrence conduites exclusivement en langue française dans un environnement réglementaire qu'elles ne maîtrisent pas. Ce n'est pas impossible mais force est de constater que le taux de succès reste faible.

L'expérience de la SGP permet également de confirmer que des exigences trop élevées en matière de références requises au stade de la candidature peuvent conduire à écarter des opérateurs ou à les inciter à se regrouper au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour l'exécution du contrat. Afin de renforcer la concurrence, il est nécessaire d'ajuster les éléments demandés au titre des candidatures, notamment les exigences minimales, telles que les éléments relatifs aux capacités techniques et professionnelles (références, effectifs, certifications, etc.), voire ceux relatifs aux capacités économiques et financières (chiffres d'affaires) au plus près des besoins d'achat. Malgré ces ajustements au plus près des besoins, les exigences et capacités requises peuvent conduire à écarter des candidats potentiels, notamment les plus petits. Fort heureusement, la jurisprudence, consacrée par le code (CCP, art. R. 2142-14), protège les entreprises de création récentes en rendant impossible le rejet d'une candidature du simple fait de l'absence de référence similaire. L'acheteur est obligé de vérifier si le candidat dispose de la capacité au regard de l'ensemble des éléments de sa candidature.

Enfin, pour tenir compte des capacités variables des entreprises et ne pas écarter inutilement certaines d'entre elles, le Code de la commande publique impose, en principe, l'allotissement du marché (CCP, art. L. 2113-10), alors que les directives européennes ne l'exigent pas. Mais l'effet réel de l'allotissement sur la concurrence est discuté de plusieurs points de vue.

En pratique, sur un projet de grande envergure tel que le Grand Paris Express (GPE), la difficulté consiste à trouver le bon équilibre entre un allotissement suffisant pour permettre l'accès d'un plus grand nombre d'opérateurs aux marchés de la SGP et une limitation du nombre de marchés afin d'éviter d'avoir à gérer trop d'interfaces entre marchés. À cet égard, le choix de la conception-réalisation pour les dernières lignes du GPE marque clairement une volonté de simplification des interfaces, mais la démarche a mécaniquement pour effet de réduire la concurrence, puisque peu d'opérateurs sont en mesure de répondre à des méga-contrats complexes et par nature plus risqués.

Cette expérience illustre le fait que l'allotissement ne garantit pas toujours une concurrence plus effective et efficace. D'une part, en matière d'infrastructure, « un moyen de responsabiliser l'entreprise est de lier les tâches de conception/construction à l'exploitation ultérieure : l'entreprise n'a alors pas intérêt à trop serrer les coûts sur la première partie du contrat si cela doit se payer en maintenance durant l'exploitation de l'infrastructure »<sup>27</sup>. Il vaut alors mieux globaliser les prestations. Autrement dit, la concurrence adéquate ou efficace n'est pas atteinte par les mêmes instruments selon les besoins de l'acheteur. D'autre part, la contribution d'A. Podslinski dans le présent dossier montre que l'allotissement peut paradoxalement favoriser les ententes et échoue donc à renforcer la concurrence. Les mêmes entreprises candidatent sur les marchés comparables dans un secteur géographique donné se les répartissent. Il faut donc insister sur le

25. L'article 35.4.1 du CCAG PI, relatif à l'exercice des droits, oblige les titulaires à livrer l'ensemble des documents nécessaires, et notamment les codes exécutables et codes sources.

26. Sur ce point, le décret n° 2011-320 du 23 mars 2011 renvoie à l'article L. 2142-3 du Code des transports.

27. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, préc., p. 2.

caractère essentiel de la formation des acheteurs publics aux pratiques restrictives de concurrence. Outre la présence d'un représentant de la DGCCRF dans sa commission d'examen des procédures marchés, la SGP a entrepris de former ses acheteurs pour les aider à mieux déceler les signaux faibles d'une entente ou autre pratique restrictive de concurrence. À cet égard, les principaux points d'attention sont les groupements dans lesquels participent des entreprises concurrentes (et les justifications apportées par les opérateurs concernés), les désistements en cours de procédure (et les motifs invoqués), la qualité des offres techniques (pouvant permettre de déceler une offre dite « *de couverture* »), le niveau des offres financières et la décomposition des prix à la fois en valeur absolue et en valeur relative par rapport aux offres concurrentes et aux estimations.

## 2. L'objectif de comparabilité : homogénéité des prestations ou distinctions légitimes

7 - La concurrence est censée être plus efficace en présence de produits ou services homogènes car la comparabilité est plus simple et la pression à la baisse sur les prix est plus forte. Mais le droit de la commande publique s'intéresse à la comparabilité de plusieurs manières et non uniquement dans le sens de l'homogénéité des prestations. Il interdit effectivement les spécifications injustifiées qui créent des distinctions artificielles ou inutiles entre les produits et services, mais il cherche aussi à susciter des distinctions légitimes parce qu'elles apportent une meilleure adaptation des prestations aux besoins de l'acheteur, notamment par l'innovation proposée.

S'agissant des spécifications injustifiées, le constat réalisé par la Cour des comptes de l'Union n'est pas encourageant. Selon elle, des critères de sélection trop restrictifs ou des exigences techniques trop poussées contribuent à ce que des marchés n'attirent qu'un seul soumissionnaire<sup>28</sup>. Il est donc nécessaire de réaliser des efforts en la matière. Mais ils passent peut-être plus par un contrôle et une sanction plus stricte de la règle de droit que par sa reformulation.

La question de l'intensification de la concurrence par la comparabilité des offres invite plutôt à s'interroger sur le but de la concurrence dans la procédure de passation. Son intérêt n'est pas seulement de comparer des offres déjà conçues et figées, mais aussi de favoriser une concurrence plus dynamique et destinée à améliorer l'adaptation des offres aux besoins des acheteurs. Dans ce but, mieux vaut favoriser l'innovation et, plus largement, la négociation. Les limites de l'intensification par la règle de droit émergent toutefois ici aussi.

### A. - Favoriser les distinctions légitimes : l'innovation

8 - Plusieurs efforts ont été réalisés afin de favoriser l'innovation dans la commande publique, qu'il s'agisse de la possibilité d'acquérir des travaux, fournitures et services innovants sans publicité ni mise en concurrence, jusqu'à 100 000 € HT<sup>29</sup>, des variantes ou du partenariat d'innovation<sup>30</sup>.

Ce dernier représente un modèle visant à favoriser la concurrence par une solution reposant sur l'attribution directe du contrat, après une phase de recherche et de développement (R & D), lorsque l'innovation satisfait l'acheteur. Il apparaît plus incitatif que les marchés de

R & D, qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R & D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat. Dans ce cadre, les entreprises qui participent à la phase de R & D n'ont aucune assurance de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution<sup>31</sup>.

Cet exemple est typique des hypothèses dans lesquelles la mise en concurrence répétée ne favorise finalement pas la concurrence effective, en raison de son caractère dissuasif. Mais les efforts accomplis en ce sens sont encore insuffisants ou incomplets car le partenariat d'innovation est très peu utilisé. Il en va ainsi car il faut une étude approfondie préalable pour justifier du recours à cette procédure, procédure très complexe et beaucoup trop longue nécessitant une expertise forte au sein de la structure de l'acheteur public et parfois des assistants à maîtrise d'ouvrage. Il faut plusieurs phases avec chacun des candidats, soit un minimum de 18 mois, voire 2 ans pour l'intégralité de la procédure d'achat.

Cet exemple montre que l'attractivité des procédures de mise en concurrence, aussi bien pour les entreprises que pour les acheteurs, est essentielle au succès de la mise en concurrence. Le partenariat d'innovation est probablement plus incitatif pour les entreprises, comparé aux marchés de R & D. Mais il n'est pas suffisamment incitatif pour les acheteurs.

Plus généralement, il faut tenir compte du fait que la concurrence ne favorise pas uniformément l'innovation. Elle incite certaines entreprises à être encore plus innovantes pour conserver une position de *leadership*. Il s'agit des entreprises qui sont proches de la « *frontière technologique* » (c.-à-d. celles qui sont les plus avancées et dont la productivité est plus élevée), mais elle décourage d'autres entreprises qui en sont éloignées<sup>32</sup>. Dans ces conditions, la mise en concurrence peut n'attirer qu'une partie des entreprises sur le marché, celles qui sont déjà les plus innovantes. Mais il est d'autant plus important que les procédures de mise en concurrence favorisent leur participation.

L'un des enjeux majeurs des procédures d'achat en termes d'innovation est l'intégration des outils d'intelligence artificielle non seulement pour la production et l'analyse des offres, mais surtout pour les besoins de la réalisation des prestations prévues aux marchés. Il est bien évidemment trop tôt pour en mesurer les effets sur l'efficacité de l'achat public et encore moins sur l'intensité concurrentielle, mais c'est d'ores et déjà un facteur différenciant des offres dans certains domaines et notamment les prestations juridiques ou de *contract management*.

### B. - Favoriser l'adaptation par la négociation

9 - Au-delà des achats innovants, pour lesquels la négociation est possible (CCP, art. R. 2124-3), la question se pose de l'extension du recours à la procédure négociée en vue d'accroître la concurrence. Comparée à l'appel d'offres, la procédure négociée pourrait accroître la comparabilité des offres et conduire à une meilleure adaptation du contrat aux besoins de la personne publique parce que celle-ci peut préciser ses besoins<sup>33</sup> tout en obtenant des baisses de prix. Elle pourrait également permettre d'améliorer la mise en concurrence en détectant l'offreur trop optimiste quant à son efficacité (et éviter ainsi la

28. Cour des comptes de l'Union, Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021, rapp. spécial, 2023, § 92.

29. CCP, art. R. 2122-9-1. – V. Ph. Guellier, L'hypothèse des achats innovants : Contrats publ., nov. 2019. Mais ce seuil est désormais applicable à tous les marchés de travaux, v. CCP, art. R. 2122-8.

30. G. Rossignol-Infante, Le partenariat d'innovation dans l'achat public innovant : Les dossiers commande publique, sept. 2019, n° 29 ; L. Bidault, Le recours au partenariat d'innovation : Contrats publ., févr. 2023.

31. Comme le dit la DAJ, le « *partenariat d'innovation vise à pallier ces difficultés en permettant aux acheteurs de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R & D et l'achat des produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence* », v. DAJ, Fiche technique Le partenariat d'innovation, 1<sup>er</sup> avr. 2019.

32. Ph. Aghion, C. Antonin et S. Brunel, Le pouvoir de la destruction créatrice, préc., p. 92-98.

33. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, préc., p. 7.

« *malédiction du vainqueur* ») ou celui qui fait une offre tout en ayant « *le plus confiance dans son pouvoir de renégociation* »<sup>34</sup>.

Bien que l'assouplissement des conditions d'utilisation de la procédure négociée soit un souhait commun des entreprises et des acheteurs, cette procédure semble sous-utilisée en l'état<sup>35</sup>. Cela s'explique probablement par le fait que l'efficacité de la négociation dépend fortement du niveau de préparation des équipes. C'est en pratique un exercice très exigeant, mais dont on constate qu'il permet une nette amélioration des offres, tant sur le plan technique que financier.

Afin d'améliorer la position des acheteurs et l'efficacité concurrentielle de la négociation, il faut probablement partager l'information que seules les entreprises détiennent en matière de coûts, d'environnement économique ou de demande. Cela implique d'imposer aux entreprises des obligations de transparence plus prononcées. En l'état, des contrôles des coûts de revient des marchés sont prévus pour les marchés conclus par l'État ou de ses établissements publics pour la défense (CCP, art. L. 2396-3 et 2396-4), ou pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement, ou encore pour les marchés dont les prestations sont complexes et d'une durée supérieure à 5 ans<sup>36</sup>. Par ailleurs, lors de l'exécution d'une concession, le concessionnaire doit produire chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services (CCP, art. L. 3131-5).

Si l'on souhaite renforcer la concurrence lors de l'attribution et éviter les rentes, il faudrait donc étendre ces mécanismes de contrôle des coûts de revient des marchés de façon à en tirer une expérience et une meilleure préparation pour les marchés ultérieurs. Autrement dit, il ne faut pas seulement concevoir le contrôle des coûts comme un palliatif à l'imperfection de la mise en concurrence<sup>37</sup>, mais comme un moyen d'améliorer la connaissance des acheteurs et la mise en concurrence à l'avenir, surtout si les possibilités de négociation sont étendues.

Bien entendu, il faut que les acheteurs soient formés aux analyses économiques correspondantes. Sur ce point encore la SGP se démarque de la plupart des acheteurs publics, ayant développé en interne une expertise autour d'une équipe d'économistes de la construction, en capacité de chiffrer ou de contre-chiffrer à la demande l'ensemble des prestations ou travaux objets des besoins d'achat.

### 3. L'objectif de transparence : éviter la captation des ressources nécessaires

**10** - La concurrence est renforcée lorsque le titulaire sortant ne dispose pas d'un avantage illégitime, en termes d'information privilégiée ou d'accès à certaines ressources utiles, voire nécessaires, pour candidater efficacement.

#### A. - L'accès aux données nécessaires

**11** - L'attention est généralement portée sur l'information dont dispose le titulaire sortant et sur les moyens, notamment contractuels, de le conduire à communiquer des informations pour permettre une remise en concurrence plus équitable et efficace. En effet, lors de la remise en concurrence d'un contrat, l'accès des concurrents aux données d'exécution est essentiel. Or, le droit interne de la commande publique n'offre pas de solution uniforme à ce sujet.

Le concessionnaire de service public doit transmettre à l'autorité concédante les données et les bases de données collectées ou produites dans le cadre de l'exploitation du service public faisant l'objet de la concession et qui « *sont indispensables à son exécution* »<sup>38</sup>. En revanche, il n'y a pas de disposition équivalente pour les autres concessions (sans service public).

Et en matière de marchés publics, les CCAG prévoient des clauses spécifiques relatives aux données indispensables à l'exécution d'une mission de service public<sup>39</sup>, semblables aux règles figurant dans la loi s'agissant des concessions de service public (CCP, art. L. 3131-2). Ainsi, lorsque le marché public a pour objet la gestion d'un service public, le titulaire fournit à l'acheteur sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, et dans le respect du secret des affaires et des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de la gestion du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution<sup>40</sup>.

Ainsi, la transmission des données indispensables à l'exécution du marché public repose sur une obligation contractuelle et non sur une obligation légale. Cet état du droit ne paraît pas de nature à supprimer les déséquilibres d'information, alors qu'il s'agit d'une condition essentielle à l'équité et l'efficacité de la mise en concurrence.

Par ailleurs, les données essentielles ne sont pas suffisantes pour rompre le déséquilibre d'information entre le titulaire sortant et ses concurrents. Les données indispensables à l'exécution du contrat sont avant tout conçues pour les besoins de la personne publique (puisque ce sont celles qui sont indispensables à l'exécution du service) et non pour les besoins de la concurrence. Il faudrait donc aller plus loin, en communiquant des informations sur les retours d'expériences ou d'autres données, sans porter atteinte au secret des affaires de l'entreprise sortante. En l'absence d'obligation légale en ce sens, il revient aux acheteurs et aux autorités concédantes d'inclure des

34. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, préc., p. 4.

35. J.-B. Vila, La procédure avec négociation : quel avenir pour les marchés publics ? : JCP A 2025, 2002.

36. CCP, art. L. 2196-4. Pour ces marchés, les soumissionnaires à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables de l'estimation du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché (CCP, art. L. 2196-5). Les titulaires des marchés fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché (CCP, art. L. 2196-5). Par ailleurs, les titulaires ainsi que les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-traitants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle et peuvent être tenus de présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

37. S. Braconnier et M. Seyfritz, La procédure de contrôle du coût de revient : Contrats-Marchés publ. 2010, fiche 5.

38. CCP, art. L. 3131-2 : « *Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution. Pour les contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, le concessionnaire n'est tenu de transmettre les données et bases de données qu'à la seule fin de préparer le renouvellement du contrat* ».

39. CCAG PI, art. 26. – CCAG TIC, art. 28. – CCAG FCS, art. 26.

40. Les documents particuliers du marché définissent notamment les données, le calendrier de transmission des données à l'acheteur ainsi que les pénalités en cas de non-respect de ces délais.

clauses imposant au titulaire sortant de communiquer les éléments essentiels et nécessaires pour la présentation d'une offre suffisante, ainsi que toute autre information privilégiée. Cela requiert un processus d'analyse systématique comportant : (a) l'identification de tous les éléments essentiels et nécessaires et les informations privilégiées, (b) l'identification de tous les éléments susceptibles d'être couverts par le secret des affaires, (c) la transmission de l'ensemble des éléments essentiels au sein du dossier de consultation des entreprises (DCE) en respectant l'interdiction faite à l'acheteur de communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi et en demandant aux opérateurs économiques (sortants) de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'il a fournies, précisément désignées, puissent être divulguées lors de la remise en concurrence.

## B. - L'accès aux biens nécessaires

**12** - Une concurrence équitable suppose également que tous les candidats aient un accès égal aux ressources indispensables à l'exécution des prestations. S'agissant des biens nécessaires au service public, ce résultat est atteint grâce au régime des biens de retour, qui sont (en principe) la propriété initiale de l'autorité concédante (et lui reviennent gratuitement en fin de contrat). L'autorité concédante met ensuite ces mêmes biens à disposition du nouveau concessionnaire et tout candidat bénéficie indirectement et indistinctement de ce régime.

Toutefois, dans certains secteurs (comme celui des casinos, mais aussi les équipements sportifs, les salles de spectacles, les crématatoriums), une pratique plus ou moins répandue consiste, semble-t-il<sup>41</sup>, à dissocier, au sein d'un groupe de sociétés, la société candidate et concessionnaire d'un service public et la société propriétaire des biens acquis ou réalisés pour l'exécution du service, si bien que le concessionnaire n'est qu'un locataire. Dans ces conditions, « la circonstance que le bien appartient à une société étroitement liée au concessionnaire confère à ce dernier un droit quasi-exclusif à l'exploitation du service, qui fait obstacle au renouvellement de l'opérateur »<sup>42</sup>.

Afin d'éviter ce contournement abusif du régime des biens de retour, le Conseil d'État a récemment étendu la catégorie des biens de retour<sup>43</sup> en jugeant que leur régime s'applique aux biens qui sont la propriété d'un tiers au contrat de concession lorsque, d'une part, il existe des liens étroits entre les actionnaires ou les dirigeants du propriétaire du bien et du concessionnaire, lesquels permettent de regarder l'un comme exerçant une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'autre ou de regarder l'un et l'autre comme étant placé sous le contrôle d'une même entreprise tierce et, d'autre part, le bien, exclusivement destiné à l'exécution du contrat de concession, a été mis par son propriétaire à la disposition du concessionnaire pour cette exécution.

Dans un tel cas, le propriétaire initial du bien doit être regardé comme ayant consenti à ce que l'affectation du bien au fonctionnement du service public emporte son transfert dans le patrimoine de la personne publique. Certes, cette garantie est limitée en ce qu'elle est liée au régime des concessions de service public et non à la problématique générale de la remise en concurrence. On constate toutefois une convergence évidente entre les exigences de continuité du service public et celles d'une remise en concurrence du contrat.

## 4. L'objectif de contestabilité : réduire les coûts d'entrée et supprimer les rentes

**13** - Au-delà de ce dernier exemple, renforcer la concurrence suppose souvent de faciliter l'entrée de nouvelles entreprises et de lutter contre les rentes qui peuvent être constatées *a posteriori*.

### A. - Favoriser l'entrée de nouvelles entreprises

**14** - Une première piste consiste à favoriser l'entrée par la dématérialisation. Sur ce point, renforcer la concurrence pourrait passer par la création d'une plateforme unique ambitieuse, à l'image de la plateforme coréenne « *Koneps* »<sup>44</sup>. En effet, la dispersion de l'information sur des sites internet nombreux rend l'accès difficile pour les PME, voire oblige les entreprises à recourir à des services de recherche de marchés publics correspondant à leur activité. Ces coûts limitent inévitablement la concurrence<sup>45</sup>.

Une deuxième piste consiste, plus généralement, à simplifier l'accès à la commande publique. Cela passe notamment par la simplification des formulaires de publicité (chronophages, largement incompréhensibles par nombre d'opérateurs et source de contentieux), mais aussi par la mise en place d'outils permettant aux opérateurs et aux acheteurs de simplifier toutes les vérifications imposées par le Code de la commande publique. Le développement d'outils d'intelligence artificielle en ce sens est d'ailleurs attendu tant par les acheteurs que par les entreprises.

Une troisième piste consisterait à favoriser les entrants : puisque les titulaires sortants ont souvent un avantage, pouvons-nous concevoir une forme de compensation ? Pourrions-nous accorder des sortes de primes aux entrants ? À droit constant, l'attribution d'une prime aux seuls entrants n'est pas possible car elle serait contraire au principe d'égalité. Mais d'autres mécanismes permettent d'atténuer l'avantage naturel du sortant. Il faut, en particulier, éviter les éléments d'appréciation et les critères d'attribution conférant un avantage injustifié au titulaire sortant. L'acheteur public peut également décider de neutraliser l'avantage du contractant en place par le biais de la méthode d'évaluation des offres financières en s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne<sup>46</sup>, dont il faut bien reconnaître que son application en droit interne ne fait pas consensus parmi les praticiens. Pour ce faire, l'acheteur demande à chaque candidat d'isoler, dans son offre financière, le prix correspondant à la prestation de prise en main de la prestation et, le cas échéant, de déploiement de nouveaux outils permettant de la réaliser (notamment en matière de systèmes d'information). Au regard des écarts, notamment avec le sortant pour lequel cette prestation est à coût nul, et de la distorsion de concurrence qui en résulte, il peut décider de ne pas en tenir compte et de l'exclure. En dernier ressort, si l'avantage du titulaire sortant reste substantiel et que l'acheteur ne parvient pas à rétablir de manière efficace l'égalité de traitement entre les candidats, il faut étudier la possibilité d'exclure ce candidat de la future consultation, dans le respect du principe du contradictoire.

Une quatrième piste consiste à soutenir les entreprises financièrement plus fragiles. De ce point de vue, la SGP s'efforce, au stade de la passation, d'organiser des jalons de paiement, des avances au démarrage, des mécanismes de révision ou des clauses de réexamen/revoyure permettant de rassurer les acteurs. Elle met aussi en place des primes aux perdants pour les procédures d'achat qui impliquent un investissement significatif. Par la suite, au stade de l'exécution, ce

41. Selon N. Labrune, concl. sur CE, 17 juill. 2025, n° 503317, Cne Berck-sur-Mer : JCP A 2025, act. 372, L. Erstein ; JCP A 2025, 2287, comm. J.-B Vila ; Dr. adm. 2025, alerte 111, A. Courrèges ; Contrats-Marchés publ. 2025, comm. 284, G. Eckert.

42. N. Labrune, concl. sur CE, 17 juill. 2025, n° 503317, Cne Berck-sur-Mer, préc. : arianeweb, p. 7.

43. CE, 17 juill. 2025, n° 503317, Cne Berck-sur-Mer.

44. V. la contribution d'A. Podslinski dans ce présent dossier. – V. aussi The Korean Public Procurement Service : Innovating for Effectiveness : OECD Public Governance Reviews, 2016.

45. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique, préc., p. 9.

46. Trib. UE, 28 juin 2018, aff. T-211/17, Amplexor Luxembourg Sarl.

soutien peut prendre la forme de modifications des marchés (par ordre de service ou par avenant), dans les limites de ce que permet le droit de la commande publique et en particulier, le respect de l'interdiction des libéralités et de tout octroi d'avantages injustifiés. Il est intéressant de relever à cet égard que la pratique du droit de la commande publique a pu être assouplie pour tenir compte de certaines circonstances imprévisibles et exceptionnelles ayant perturbé l'exécution des contrats publics, comme la crise pandémique COVID 19 ou encore la situation d'hyperinflation consécutive au conflit russo-ukrainien. Un avis rendu par le Conseil d'État en date du 15 septembre 2022 a admis la possibilité de procéder à une modification des clauses financières (y compris avec effet rétroactif) et de la durée du contrat pour faire face à ces circonstances imprévisibles<sup>47</sup>. Pour être nécessaire, la modification suppose de démontrer qu'elle a pour but de compenser les surcoûts importants supportés.

Cette souplesse, indispensable à l'exécution des contrats de long terme dans un environnement économique incertain, peut avoir pour double effet d'augmenter l'intensité concurrentielle en cours de passation tout en réduisant la probabilité d'occurrence d'une remise en concurrence en cours de marché.

## B. - Favoriser la remise en concurrence

**15** - En revanche, la concurrence est manifestement défaillante lorsqu'une entreprise bénéficie d'une rente de situation non justifiée par son efficacité ou ses investissements. Dans ce cas, il faut pouvoir mettre fin à cette situation par une remise en concurrence du contrat. Ce risque se présente lorsque la durée du contrat est trop longue ou que la rémunération du titulaire est excessive. Il faut alors pouvoir utiliser les pouvoirs de modification ou de résiliation unilatérale pour mettre fin à cette rente illégitime.

Le Conseil d'État a admis qu'un contrat puisse être résilié unilatéralement pour motif d'intérêt général en raison de l'illégalité suffisamment grave dont il est entaché<sup>48</sup> ou simplement modifié lorsqu'une clause illégale est divisible du reste du contrat<sup>49</sup>. Il admet, en particulier, de résilier unilatéralement un contrat en raison de sa durée excessive du fait d'une méconnaissance du plafond légal<sup>50</sup>. Dans ce cas, il résulte du motif de résiliation du contrat que le titulaire n'a pas droit à être indemnisé du manque à gagner pour la période qui restait à courir jusqu'au terme initialement prévu<sup>51</sup>. Il est en revanche beaucoup plus difficile de procéder à une résiliation lorsque la

rémunération du titulaire est excessive. Bien qu'il soit possible de résilier pour motif d'intérêt général un contrat « dans le cas où l'évolution économique constatée aurait pour effet d'accélérer sensiblement, contrairement aux prévisions, l'amortissement des ouvrages et la rémunération raisonnable du concessionnaire, au point que la durée initialement convenue n'aurait plus de justification »<sup>52</sup>, le Conseil d'État se montre peu favorable à l'exercice d'un tel pouvoir. Il estime qu'une résiliation ne serait possible que « s'il était constaté une évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéfices, conduisant à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession »<sup>53</sup>.

La position du Conseil d'État est, bien évidemment, compréhensible du point de vue de la force obligatoire des contrats et de l'économie des concessions, puisque le concessionnaire qui supporte le risque économique peut légitimement prétendre à des gains plus élevés que prévu. Une position contraire risquerait même d'être dissuasive et de réduire la concurrence lors de la réattribution du contrat. Mais cette position ne favorise pas la concurrence optimale et l'efficacité économique. Elle implique aussi de se demander si la rémunération du titulaire respecte les règles relatives au calcul des redevances pour service rendu et le droit des aides d'État.

Face à la difficulté de mettre en œuvre le pouvoir de résiliation unilatérale pour intensifier la concurrence, il revient aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices d'anticiper cette situation. L'une des manières d'y parvenir consiste à ajuster la durée d'une concession à sa rentabilité, en suivant, par exemple, le modèle de la concession du viaduc de Millau. Signé pour une durée de 78 ans, le contrat prévoit une fin anticipée après 2044 dès lors que le chiffre d'affaires réel cumulé actualisé dépassera 380 millions d'euros<sup>54</sup>. Inversement, afin de limiter l'effet dissuasif du risque et de la limite des gains du concessionnaire, il est concevable de programmer une résiliation en cas de défaut d'intérêt économique de la concession, avec un plafonnement du déficit à la charge du concessionnaire, comme dans l'exemple de la concession autolib'<sup>55</sup>.

Au-delà de ces multiples discussions et propositions, il faut rappeler que l'intensification de la concurrence par le droit est toujours incertaine. Afin d'améliorer l'efficacité d'une telle politique publique, il faut mettre en place un appareil institutionnel puissant. Cela représente des coûts importants, même si les avantages que l'on peut en attendre sont probablement à la hauteur. Cette politique implique aussi une certaine limitation des droits des entreprises puisqu'il faut partager les informations sur les entreprises et réduire leurs droits de propriété ou leurs garanties contractuelles. L'intensification de la concurrence doit donc être soumise à une exigence de proportionnalité. ■

47. CE, avis, 15 sept. 2022, n° 405540, § 6-7 : JCP A 2022, 2227, comm. F. Linditch.

48. CE, 10 juill. 2020, n° 430864, Sté Comptoir Négoce Équipements : JCP A 2020, act. 431, L. Erstein ; Dr. adm. 2020, alerte 130 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 257, P. Rees.

49. CE, 8 mars 2023, n° 464619, SIPPAREC : JCP A 2023, act. 179, L. Erstein ; JCP A 2023, 2297, comm. J.-S. Boda ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 146, H. Hoepffner.

50. CE, 7 mai 2013, n° 365043, Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne : JCP A 2013, act. 434, L. Erstein ; JCP A 2013, 2297, comm. J.-B Vila.

51. CAA Nancy, 17 janv. 2013, n° 11NC00809, Sté Vivendi : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 83, G. Eckert. – CAA Marseille, 9 nov. 2020, n° 18MA03348, Sté des eaux de Marseille : Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 58, E. Müller. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2023, n° 22-10.170 : Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 273, M. Ubaud-Bergeron.

52. CE, avis, 5 févr. 2015, n° 389520.

53. CE, avis, 8 juin 2023, n° 407003, § 24.

54. Cahier des charges pour la convention de concession passée entre l'État et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau, art. 36, approuvé par le décret n° 2001-923 du 8 octobre 2001, modifié.

55. CAA Paris, 21 févr. 2025, n° 24PA00645, Sté Autolib' : JCP A 2026, 2005, comm. I. Lipsos ; Contrats-Marchés publ. 2025, comm. 141, G. Eckert.

## 2089 L'intensification de la concurrence par le droit : synthèse de l'atelier 2

Clarisse DAVID,

avocate au barreau de Lyon, chargée  
d'enseignement à l'université Jean Moulin Lyon 3



L'affaiblissement de la concurrence dans la commande publique est constaté tant au niveau national qu'euro-péen.

Face à ce diagnostic, les participants au 2<sup>e</sup> atelier du Colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics, consacré à l'intensification de la concurrence dans la commande publique, ont identifié plusieurs leviers pour réintensifier la concurrence et qui peuvent être mobilisés en dehors de toute procédure (en amont structurel), lors de la préparation du marché (définition du besoin et élaboration de la consultation) ou encore lors de la passation du marché (conduite de la procédure et particulièrement recours à la négociation).

1 - La concurrence dans la commande publique s'amenuise. Dans un rapport spécial publié en décembre 2023<sup>1</sup>, la Cour des comptes de l'Union européenne considère que le niveau de concurrence dans les marchés publics au sein du marché unique a diminué au cours de la dernière décennie. On déplore ainsi une baisse significative du nombre de soumissionnaires, un accroissement des recours directs aux prestataires et le peu de signatures de marchés publics transfrontaliers.

Les participants de l'Atelier 2 de la journée d'étude de la Chaire des contrats publics consacrée à l'intensification de la concurrence dans la commande publique ont fait le même constat s'agissant de l'échelon national.

Ce phénomène s'explique pour partie par un manque d'attractivité du secteur de la commande publique qui est perçu comme complexe tant au regard des procédures de choix des opérateurs que du contenu et de l'exécution des contrats (emploi de clauses contractuelles dissuasives, gestion financière et administrative contraignante, etc.).

Ce constat opéré, les échanges visaient à déterminer si et surtout comment la modification des règles applicables pouvait permettre de réintensifier la concurrence.

Des mesures réglementaires ont récemment été adoptées en faveur des TPE/PME<sup>2</sup> telles que l'augmentation du montant des avances ou la diminution du montant de la retenue de garantie. En

complément, plusieurs pistes de progrès ont été évoquées pour rendre la commande publique plus accessible et favoriser la concurrence, certaines s'inspirant de pratiques observées à l'étranger, en particulier pour les TPE/PME<sup>3</sup>.

Les leviers d'action identifiés lors des discussions de cet atelier peuvent être classés en fonction du moment auquel ils sont susceptibles d'être mis en place, c'est-à-dire soit en dehors de toute procédure (1), soit dans le cadre de la préparation du marché (2) et enfin lors de la passation de celui-ci (3).

### 1. Les leviers en dehors des procédures de consultation

#### A. - 1<sup>er</sup> levier : renforcer l'accompagnement des entreprises par leurs partenaires

2 - Des moyens d'action généraux peuvent être mis en place pour familiariser les opérateurs économiques avec la commande publique et la rendre plus accessible.

Il s'agit ici de développer l'assistance des entreprises par leurs partenaires à l'instar des Chambres du commerce et de l'industrie (CCI) en Suisse qui mettent à disposition des fiches pratiques pour inciter et aider les PME à s'engager dans la commande publique. Ou encore des *Auftragsberatungsstellen* (chambres de commerce) en Allemagne qui

1. Rapp. spécial 28/2023 – Marchés publics dans l'UE : recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021, Cour des comptes de l'Union européenne.

2. D. n° 2024-1251, 30 déc. 2024, portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

3. Selon la recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003, la notion de TPE/PME repose sur trois critères : – l'effectif (moins de 250 salariés employés) ; – le chiffre d'affaires (n'excédant pas 50 M € ou un total du bilan annuel n'excédant pas 43 M €) ; – l'autonomie (les parts ou droits de vote détenus par une autre entreprise sont inférieurs à 25 %).

proposent des programmes de formation et d'assistance pour aider les PME à répondre aux marchés publics.

Sur le territoire national, il s'agirait d'intensifier le soutien apporté aux entreprises par les associations ou les fédérations professionnelles. À ce titre, ces acteurs pourraient s'inspirer de ce qui est fait dans le domaine de la construction par la Fédération nationale des travaux publics qui rédige des guides, mémos, fiches d'actualités de grande qualité et propose régulièrement des webinaires à ses adhérents, notamment en matière de marchés publics.

L'État lui-même met déjà en place des dispositifs et outils pour renforcer l'accessibilité de la commande publique. Ainsi par exemple la DAE (Direction des achats de l'État), qui est adhérente de Pacte PME, organise avec l'UGAP (Union des groupements des achats publics) des webinaires trimestriels pour « *Mieux comprendre la commande publique et le processus d'entrée à l'UGAP* » destinés aux entreprises pour apprendre les règles de fonctionnement des marchés publics et savoir comment être informé des projets d'achats. Les CCI françaises<sup>4</sup> accompagnent également les entreprises notamment par le dispositif « *CCI Business* » qui a pour objet de mettre en relation les entreprises et des donneurs d'ordres, notamment publics.

Si ces démarches sont incitatives, elles mériteraient d'être davantage développées. Surtout, certains accompagnements ou dispositifs existants sont peu voire non connus des entreprises et devraient donc faire l'objet d'une plus grande promotion auprès des opérateurs économiques concernés.

## B. - 2<sup>e</sup> levier : créer une carte d'identité européenne des entreprises

3 - Au-delà du Document unique de marché européen (DUME) qui est le formulaire électronique normalisé utilisé dans les procédures de marchés publics à travers l'Union européenne depuis 2016<sup>5</sup>, la création d'une véritable carte d'identité des entreprises à l'échelle de l'Union européenne pourrait simplifier les démarches administratives pour répondre à la commande publique tout en respectant les obligations légales des différents États membres.

Les entreprises détentrices de cette dernière pourraient ainsi être reconnues dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne et justifier de la régularité de leur situation (fiscale et sociale notamment) pour candidater à la commande publique. Cet allègement réduirait le nombre de pièces justificatives à produire, favorisant ainsi la participation transfrontalière. Plus les formalités seront allégées, plus les entreprises établies en Union européenne seront enclines à candidater sur le territoire national, stimulant ainsi la concurrence.

Pour un fonctionnement optimum, le dispositif devrait être sécurisé. Cette carte européenne d'identité des entreprises serait bien entendu délivrée pour une durée de validité fixée par avance et soumise à des obligations d'actualisation (par exemple en cas de changement de dirigeant). Cela pourrait aussi supposer de créer une autorité *ad hoc* qui veille au respect de ces obligations par les entreprises et procède au retrait ou à la suspension de la carte si nécessaire.

## 2. Les leviers d'action dans la préparation du marché

### A. - 1<sup>er</sup> levier : intensifier le recours au sourcing

4 - Dépassant le cadre prospectif, ce qui va le distinguer de la simple veille stratégique, le sourcing (ou sourçage) correspond aux

4. Les CCI sont des établissements publics dont le statut et les missions sont prévus aux articles L. 710-1 et suivants du Code de commerce.
5. Règl. d'exécution (UE) 2016/7, établit le formulaire type officiel du DUME.

actions menées par un acheteur afin d'étudier l'offre disponible en amont d'un marché. Il est désormais expressément prévu et recommandé par le Code de la commande publique<sup>6</sup> en tant qu'outil pour aider l'acheteur dans la définition du besoin.

Si la pratique du sourcing est consacrée par les textes, les modalités de mise en œuvre de la consultation des opérateurs économiques (demande d'avis, d'études de marché, échanges préalables, etc.) ne sont pas précisément définies. Les acheteurs doivent ainsi définir leur propre mode opératoire, en pouvant s'inspirer des conseils et recommandations donnés par la DAE<sup>7</sup> ou la DAJ (Direction des affaires juridiques)<sup>8</sup>.

Malgré l'avènement par les textes, les acheteurs restent encore réticents à initier une démarche de sourçage en amont de leurs procédures. Les principaux freins invoqués sont le manque de temps, le manque de moyens humains et surtout la crainte du risque juridique. Un sourcing mal réalisé peut mener à la méconnaissance de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures d'achat, ce qui pourrait entraîner un risque sur la régularité de passation du contrat, voire un risque pénal.

Les intérêts du sourcing sont pourtant multiples. Son principal bénéfice pour l'acheteur est d'identifier les solutions et fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin, ce qui lui permettra tout d'abord de vérifier que ses exigences en termes de qualité, de coûts, de délais ou encore de performance environnementale sont proportionnées par rapport aux capacités et aux contraintes des opérateurs du secteur concerné. Et ensuite, d'ajuster en conséquence le contenu et la forme du marché à venir. Enfin, le sourcing permet de limiter le risque d'inadéquation entre les offres et la demande et donc de réduire le risque d'infructuosité du marché.

Prise sous l'angle de la concurrence, cette démarche va dynamiser la relation commerciale entre les acheteurs et les opérateurs économiques en attirant l'attention des fournisseurs sur le besoin qui sera exprimé lors de la mise en concurrence. Il s'agit là pour les acheteurs de « *vendre leur besoin* » et de donner envie aux entreprises de répondre aux consultations. Une entreprise qui aura eu une interaction en amont avec l'acheteur sera plus motivée à participer ensuite à la procédure d'attribution du marché.

Du côté des entreprises, le sourcing constitue une opportunité de rencontrer des clients potentiels, de faire connaître leurs savoir-faire et expertises et de valoriser leurs solutions innovantes auprès des acheteurs.

Ce premier levier d'action dans la préparation du marché a donc été unanimement approuvé par les participants de l'atelier 2, quelle que soit leur casquette, acheteur ou soumissionnaire de la commande publique.

### B. - 2<sup>e</sup> levier : réserver des parts de marchés ou certains marchés aux PME

5 - Plusieurs exemples de pratiques rencontrées dans des pays étrangers ont été donnés par les participants à l'Atelier 2 pour illustrer ce levier. Ainsi, a été cité le cas de certains Länder en Allemagne (comme la Bavière ou la Rhénanie-du-Nord – Westphalie) qui par leurs propres règlements (*Landesvergabegesetze*) priorisent l'accès des PME à l'achat public ou renforcent les clauses contractuelles en

6. Article R. 2111-1 du Code de la commande publique : « *Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. n° 3.* »
7. Guide l'achat public – le sourcing opérationnel, mars 2019, DAE.
8. Guide de l'achat public de solutions innovantes, 2024, OECP-DAJ.

faveur des PME. Également, pour un exemple hors Union européenne, a été mentionnée la Corée du sud qui réserve certains secteurs d'activité aux PME.

En France, une réglementation de ce type existe déjà aujourd'hui pour les marchés globaux. L'article R. 2171-23 du Code de la commande publique impose aux titulaires de marchés globaux de confier au moins 20 % (contre 10 % auparavant) du montant global du marché à des PME ou à des entreprises artisanales. Cette mesure a pour but de soutenir l'intégration de petites structures dans des projets d'envergure.

Dans la pratique, il a été relevé tant du côté des entreprises que des acheteurs que ces objectifs étaient difficilement atteints. En effet, les titulaires des marchés globaux ont du mal à trouver ces PME, que ce soit dans le cadre d'une cotraitance comme d'une sous-traitance, notamment en raison des risques afférents au projet et des délais de paiement des acheteurs.

L'idée consistant à réserver un pourcentage du montant du marché aux PME n'est donc pas apparue comme étant la plus efficace.

Quant à la piste tendant à favoriser la concurrence en réservant des marchés aux PME, il a été relevé qu'elle présente un certain paradoxe puisqu'on vient restreindre dans le même temps l'accès à la commande publique en donnant un droit de préférence à ces opérateurs (bien qu'il y ait certains secteurs qui semblent appropriés, comme les services à la personne).

Ce deuxième levier n'a donc pas suscité une forte adhésion des participants à l'atelier.

Un troisième levier a en revanche été largement approuvé.

### C. - 3<sup>e</sup> levier : promouvoir la définition fonctionnelle du besoin et le recours aux variantes

6 - Pendant longtemps, les procédures de consultations ont été marquées par des spécifications très précises, en référence à des solutions déjà existantes et éprouvées par l'acheteur.

Cette pratique peut freiner le développement de solutions innovantes et n'est pas gage de performance de l'achat, car l'acheteur n'a pas toujours l'expérience ou les compétences nécessaires pour présu-mer de la meilleure façon de répondre à ses attentes.

Pour éviter cet écueil, il a été proposé que les acheteurs soient encouragés à développer deux pratiques : procéder à une définition dite « fonctionnelle » du besoin d'une part, et renforcer le recours aux variantes d'autre part.

La définition fonctionnelle du besoin consiste pour l'acheteur à exprimer un besoin en termes de fonctions ou de résultats attendus, plutôt qu'en termes de moyens techniques ou de solutions prédéfinies. Autrement dit, par un cahier des charges dit « fonctionnel » l'acheteur va décrire ce qu'il veut obtenir ou faire, sans imposer comment cela doit être réalisé. Les candidats vont pouvoir proposer différentes solutions techniques répondant au même besoin fonctionnel.

Par ce procédé et en évitant des spécifications trop restrictives, l'innovation est favorisée et la concurrence stimulée puisque davantage d'entreprises peuvent candidater (notamment les PME).

La définition fonctionnelle semble *a priori* évidente pour les besoins nouveaux. Elle est cependant également adaptée aux achats plus courants ou répétitifs puisqu'elle va permettre d'interroger et de sortir d'une « routine d'achat » et de bénéficier de l'innovation quel que soit le segment d'achat.

Par ailleurs, la concurrence peut être stimulée par le développement du recours aux variantes voire par l'autorisation des variantes par principe dans toutes les procédures. Rappelons que la variante constitue une offre alternative qui correspond à une modification des spécifications techniques de la solution de base, tout en satisfaisant le besoin exprimé au cahier des charges. Le terme de « variante » en-

globe ainsi les variantes à l'initiative des opérateurs économiques<sup>9</sup> et celles imposées par les acheteurs. Dans tous les cas, que les variantes soient autorisées ou exigées, l'acheteur doit préciser les exigences minimales que les variantes doivent respecter et leurs conditions particulières de présentation<sup>10</sup>.

À la condition d'être bien encadrées, les variantes ont un effet positif sur la concurrence dans la commande publique. Elles stimulent la créativité du marché en permettant aux entreprises (notamment les PME ou les opérateurs innovants) de se différencier en proposant des solutions alternatives souvent plus performantes, écologiques ou innovantes que la solution de base et qui n'avaient pas été nécessairement envisagés au départ. Ce faisant, le recours à la variante évite que la procédure ne soit verrouillée autour d'une seule approche technique ou d'un seul fournisseur et va au contraire élargir le champ concurrentiel.

En l'état, les modalités d'autorisation ou d'interdiction des variantes diffèrent selon la procédure employée et le type d'acheteur. Pour les marchés à procédure adaptée (MAPA) les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. En procédure formalisée, les règles diffèrent selon la nature de l'acheteur. Pour les pouvoirs adjudicateurs les variantes sont interdites sauf mention contraire dans les documents de la consultation et pour les entités adjudicatrices c'est la règle inverse, les variantes sont autorisées sauf mention contraire.

Aussi, l'intensification du recours aux variantes pourrait, au-delà d'une sensibilisation des acheteurs sur cet outil, passer par une réforme du Code de la commande publique pour inscrire une autorisation de principe des variantes. Bien entendu même dans cette hypothèse il appartiendra aux rédacteurs des marchés de veiller à leur encadrement.

## 3. Leviers d'action lors de la procédure de passation

### A. - Un levier majeur : la généralisation du recours à la négociation

7 - Si pour les entités adjudicatrices les règles sont plus souples, pour les pouvoirs adjudicateurs le recours à la négociation est très encadré puisqu'il n'est possible que dans le cas des MAPA ou sous conditions (CCP, art. R. 2123-3 à R. 2123-14 pour la procédure concurrentielle avec négociation. – CCP, R. 2123-7 à R. 2123-9 pour le dialogue compétitif) pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens.

À la faveur de la révision de la directive Marchés publics de 2014, qui a été engagée l'année dernière par la Commission européenne, les acteurs de la commande publique ont émis leur volonté de pouvoir négocier plus librement leurs contrats.

Les débats de l'atelier 2 ont exprimé une large adhésion en faveur d'une généralisation de la négociation dans la commande publique voire d'un avènement de la procédure de négociation en tant que « procédure de droit commun ».

Lorsqu'elle est possible, la négociation présente indéniablement de nombreux avantages pour l'acheteur comme pour les entreprises candidates. Les échanges entre ces protagonistes vont permettre de faire émerger des propositions techniques qui n'avaient pas été envisagées, d'ajuster le cahier des charges ou les exigences de l'acheteur

9. CE, 5 janv. 2011, n° 343206, Sté Technologie Alpine Sécurité c/ Cne Bonneval-sur-Arc : JCP A 2011, act. 48 ; JCP A 2011, 2050. – V. également CE, 12 mars 2012, n° 353826, Sté Clear Channel France : JCP A 2012, act. 206 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 147, N. Charmeil.

10. Le régime juridique des variantes est encadré par les articles R. 2151-8 à R. 2151-12 du Code de la commande publique.

pour obtenir une solution plus adaptée, de corriger ou améliorer les offres et donc d'éviter les offres inadaptées ou les erreurs quant à l'interprétation du besoin et enfin d'optimiser un meilleur rapport qualité/prix pour le marché (et pas seulement le prix le plus bas).

En pratique certains acheteurs restent réticents à négocier par crainte de ne pas maîtriser les conditions et limites de la négociation. Il est vrai que la négociation doit durer « *le juste temps* » c'est-à-dire qu'elle doit se dérouler le temps nécessaire pour aboutir à une solution satisfaisante pour l'acheteur mais ne pas être trop longue pour ne pas décourager les entreprises. L'acheteur devra aussi être vigilant quant au champ de la négociation menée puisque certains éléments ne peuvent pas être négociés (critères d'attribution du marché ou caractéristiques essentielles du contrat par exemple). Également, si elle est mal conduite la négociation peut créer des déséquilibres entre les candidats et donc un risque d'atteinte à l'égalité de traitement. Enfin, pour garantir la transparence et prévenir les recours l'acheteur doit veiller à assurer une traçabilité rigoureuse des échanges.

En raison de ces risques tant juridiques et qu'organisationnels on observe que bien souvent la négociation va se limiter au prix.

Il a donc été suggéré d'imaginer en palliatif un renforcement de l'encadrement de la négociation pour la sécuriser.

Les acheteurs pourraient ainsi se doter d'un Guide interne de la négociation qui définirait les objectifs, le cadre juridique, la méthode à suivre et fournirait des trames d'entretien. Il s'agirait également, tout en élargissant les hypothèses du recours à la négociation, de développer des moyens de maîtriser les risques lors de sa mise en œuvre et à ses différentes étapes.

En amont de la négociation, il est conseillé de préparer le cadre applicable, c'est-à-dire de fixer les règles avec précision dans les docu-

ments de la consultation (modalités et limites), de désigner une équipe de négociation alliant des compétences techniques, juridiques et financières et comportant un « référent », et enfin, de préparer un plan de négociation (objectifs, questions à poser, etc.). Lors de la négociation il s'agira de veiller à l'égalité de traitement des candidats (informations communiquées à tous les candidats si elles peuvent influencer les offres, conditions d'échanges similaires entre les participants), à la traçabilité des échanges et au respect des limites fixées et à la confidentialité. Enfin, la fin de négociation sera formalisée par une clôture et la demande de remise d'une offre finale avant qu'il ne soit procédé à l'analyse. Bien entendu, un dossier de négociation daté et complet c'est-à-dire comprenant l'ensemble des comptes-rendus, convocations, correspondances, offres successives devra être conservé et archivé.

Dans tous les cas, une intensification de la négociation, notamment en vue de stimuler la concurrence, exigera une rigueur juridique, une traçabilité irréprochable et des acheteurs compétents et formés. La formation des personnels des acheteurs aux techniques de la conduite de négociation est essentielle pour améliorer la qualité des échanges et limiter les erreurs juridiques.

Les idées ne manquent pas pour stimuler la concurrence dans la commande publique. Notons que la plupart des leviers évoqués ont en commun qu'ils placent au cœur du processus d'achat les échanges entre entreprises et acheteurs, que ce soit en amont ou en cours de procédure. Bien entendu ces échanges devront être encadrés pour veiller à ne pas porter atteinte aux grands principes de la commande publique et notamment à celui de la transparence et de l'égalité de traitement. ■

## 2090 Commande publique : l'intensification de la concurrence par les contrôles

Alexandra PODLINSKI,

rapporteuse permanente à l'Autorité de la concurrence

et

Pierre LEVALLOIS,

maître de conférences en droit public à l'université Clermont Auvergne

Longtemps cantonné à la réparation des distorsions de concurrence, le contrôle de la commande publique doit désormais apprendre à les prévenir. En amont, il se heurte encore à trois angles morts : ce que l'acheteur public ne voit pas, ce qu'il ne partage pas et ce qu'il ne peut établir à temps. L'étude montre que ces fragilités entravent la détection des ententes et appellent un saut qualitatif fondé sur la donnée, la coopération institutionnelle et l'intelligence artificielle. En aval, l'action de l'Autorité de la concurrence et du juge administratif agit comme un instrument de reconstruction : leurs décisions sanctionnent mais, surtout, structurent, en offrant aux acheteurs publics un levier probatoire et dissuasif. Entre prévention et réparation, le contrôle devient ainsi un art d'équilibre : éclairer la concurrence sans la consumer.

I - L'intensification de la concurrence dans la commande publique pourrait passer par le renforcement des contrôles. Or, ces contrôles peuvent procéder soit du droit de la commande publique, soit plus spécifiquement du droit de la concurrence, entendu ici comme le droit des pratiques anticoncurrentielles.

Le contrôle de la concurrence dans la commande publique se joue ainsi en deux temps, et sur deux terrains différents, ce qui fait naître une première difficulté : la doctrine a longtemps envisagé le droit de la commande publique et le droit de la concurrence comme relevant de champs disciplinaires différents. De fait, d'un point de vue historique, le droit de la concurrence « pour le marché » et le droit de la concurrence « sur le marché » menaient, selon la formule de Laurent Richer, « des vies parallèles »<sup>1</sup>. Initialement, tout portait à les étudier séparément, sans mettre en valeur ce qui était susceptible de les unir. Sans doute parce que, du point de vue du droit interne d'abord, les règles de la concurrence et celles de la mise en concurrence sont longtemps demeurées étrangères. De fait, les règles de la commande publique ont largement préexisté aux règles de la concurrence, ces dernières n'étant pleinement intégrées au Code de commerce qu'à compter de la publication de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>2</sup>. Ajoutons par ailleurs que ces deux corps de règles poursuivaient des objectifs qui, sans paraître antinomiques, n'en étaient pas moins différents : les premières visaient à assurer la probité et le bon usage

des deniers publics quand les secondes tendaient à lutter contre l'accumulation de la puissance privée, en s'assurant du maintien de l'ordre public concurrentiel.

Ensuite, et de manière particulièrement surprenante, les rédacteurs des traités européens ne donnèrent pas de compétence particulière aux institutions européennes afin de réglementer la commande publique des États membres. De son côté, la répression des atteintes à la libre concurrence fut confiée dès 1957 à la Commission, chargée de faire la chasse aux infractions concurrentielles que constituent l'abus de position dominante<sup>3</sup> et l'entente<sup>4</sup>. Cela étant, l'attention de la Commission ne pouvait que se tourner, *in fine*, vers les procédures par lesquelles les autorités publiques attribuent les contrats destinés à répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services, car elles sollicitent des entreprises présentes sur le marché intérieur et elles sont susceptibles de fausser la concurrence que ces dernières s'y livrent. En réalité et, comme le rappelle Isabelle Hasquenoph<sup>5</sup>, du point de vue du droit de l'Union européenne, le droit de la concurrence et le droit de la mise en concurrence sont unis dans le creuset de la réalisation du marché intérieur ; ce n'est donc pas un hasard si la base juridique des directives européennes en matière de commande publique, adoptées à partir de 1992 seulement, se

1. L. Richer, Un objectif, deux systèmes : CP-ACCP, mai 2010, n° 99, p. 26.

2. Ord. n° 86-1243, 1<sup>er</sup> déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence : JO 9 déc. 1986.

3. TFUE, art. 102.

4. TFUE, art. 101.

5. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence : Dalloz, 2021, n° 255, p. 127.

trouve dans les articles du traité relatifs aux différentes libertés de circulation.

Ce faisant, le lien inextricable entre ces deux corps étrangers apparaît évident. L'Autorité de la concurrence rappelle d'ailleurs à l'envi que « les ententes entre entreprises soumissionnant à des appels d'offres [...] figurent parmi les infractions les plus graves au droit de la concurrence, car elles entravent la fixation des prix par le libre jeu du marché et trompent la personne publique sur la réalité de la concurrence [...], portant préjudice à la fois aux finances publiques et aux contribuables »<sup>6</sup>.

Lors d'une audition au Sénat le 29 avril 2025, l'Autorité de la concurrence a précisé sa conception de la répartition des rôles entre les règles du droit administratif et celles du droit de la concurrence, qu'elle a décrites comme poursuivant des objectifs « complémentaires »<sup>7</sup>. Selon cette institution, « le droit administratif vise à garantir l'égalité d'accès et la transparence des procédures, dont le contrôle incombe au juge administratif », tandis que « le droit de la concurrence veille à l'exercice d'une concurrence effective entre les offreurs, au bénéfice des finances publiques ». Cette présentation, classique et largement partagée, met utilement en lumière la complémentarité des deux branches du droit. Elle pourrait également être complétée par la référence à d'autres principes fondamentaux du droit administratif, tels que la liberté d'accès à la commande publique et le principe d'impartialité, qui participent eux aussi à la garantie d'une concurrence équitable. Au-delà de cette distinction, qui conserve toute sa pertinence, on observe toutefois une évolution vers une approche plus transversale des problématiques de collusion dans la commande publique. La lutte contre ces pratiques tend désormais à être envisagée de manière globale, en s'appuyant sur la complémentarité des instruments relevant à la fois du droit administratif et du droit de la concurrence.

Comment peut-on l'affirmer ? D'une part, parce que la violation des règles de droit administratif en amont a un effet évident sur la compétition que se livrent les entreprises en aval ; si les règles de la commande publique n'ont pas nécessairement un objet concurrentiel, elles ont indiscutablement un effet concurrentiel. Et en miroir, la violation des règles de la concurrence par les entreprises soumissionnaires réduit à néant, pour l'acheteur, « la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public »<sup>8</sup>, selon les mots du Conseil de la Concurrence. D'autre part, car les contrôles en matière de droit de la concurrence ont considérablement progressé ces vingt dernières années. Ce faisant, ils permettent désormais aux pouvoirs adjudicateurs de faire valoir leurs intérêts en aval de la procédure de mise en concurrence *via* le contentieux de la réparation des dommages concurrentiels occasionnés par des troubles dans la mise en concurrence. Or, ces progrès doivent nous encourager à voir encore plus loin. L'on en vient à se demander si, de son côté, le droit de la commande publique ne pourrait pas permettre à son tour un renforcement du contrôle pour une meilleure protection de l'ordre concurrentiel. Pour le dire autrement, peut-être est-il désormais temps de penser les contrôles tirés du droit de la commande publique et ceux qui procèdent du droit de la concurrence sous l'angle de la complémentarité.

6. Aut. conc., 29 avr. 2025, Audition devant la commission d'enquête du Sénat sur les coûts et les modalités effectifs de la commande publique et la mesure de son effet d'entraînement sur l'économie française, p. 2. – Ou encore Cons. conc., 28 juill. 2006, n° 06-D-25, relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, § 68.

7. Aut. conc., Audition devant la commission d'enquête du Sénat sur les coûts et les modalités effectifs de la commande publique et la mesure de son effet d'entraînement sur l'économie française, préc.

8. Cons. conc., 28 juill. 2006, n° 06-D-25, relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, § 68, préc.

L'un des enjeux principaux relatifs à l'intensification de la concurrence par les contrôles est donc le suivant : la recherche de la meilleure articulation possible entre les règles de droit administratif relatives à l'attribution des contrats de la commande publique, d'un côté, et les règles *antitrust* destinées à garantir que la concurrence que se livrent les entreprises sur le marché intérieur soit libre et non faussée, de l'autre.

Mais cet espoir pourrait se révéler vain : si les règles de la commande publique ne peuvent pas être mobilisées afin d'éviter, par le contrôle, que la concurrence soit faussée avant la signature du contrat de la commande publique, sans doute serait-il temps d'imaginer de nouvelles solutions devant permettre aux acheteurs et aux autorités concédantes de contribuer à la protection de l'ordre concurrentiel, en apportant leur concours aux autorités de concurrence. Car c'est sans doute en amont, sur la rive de la prévention de l'infraction concurrentielle, que les gains pourraient être les plus élevés (1) ; en effet, en aval, le contrôle s'est sans doute déjà suffisamment renforcé pour assurer une correction suffisante des éventuelles atteintes au marché (2).

## 1. Des contrôles en amont perfectibles

2 - Les contrôles en amont soulèvent deux problématiques distinctes ; d'abord, celle de l'inadaptation du droit de la commande publique à la prévention des atteintes à la libre concurrence (A) ; ensuite, celle de la difficulté, pour les autorités de concurrence, de détecter les pratiques anticoncurrentielles dont la dissimulation complique à la fois l'identification et l'établissement probatoire (B).

### A. - L'inadaptation des contrôles issus du droit de la commande publique

3 - Disons-le d'emblée : si les contrôles *ex post* ont progressé de manière significative ces dernières années, les contrôles *ex ante* – ceux qui pourraient permettre d'éviter la réalisation du dommage anticoncurrentiel pour les acheteurs et les autorités concédantes – demeurent encore perfectibles ; c'est donc ici que se situe la marge de progression la plus importante.

L'on soutient d'ordinaire que le droit de la concurrence contribue à assurer « l'efficacité de la mise en concurrence »<sup>9</sup>, en luttant contre les pratiques de l'abus de position dominante et surtout de l'entente anticoncurrentielle. Mais en miroir se pose immédiatement la question de l'efficacité du droit de la commande publique pour prévenir les pratiques anticoncurrentielles. Et l'on peut avancer sans prendre trop de risques que cette efficacité est, à ce jour, très relative. Ce constat se manifeste particulièrement s'agissant des principes de la commande publique.

Certes, le respect du principe de l'égalité de traitement des candidats (CCP, art. L. 3) est « mobilisé (...) afin de garantir une concurrence effective aux différents stades de la procédure »<sup>10</sup>. Il a donc des effets pro-concurrentiels évidents ; la Cour de justice a d'ailleurs admis que le principe d'égalité de traitement serait violé « s'il était admis que (...) soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées »<sup>11</sup> sans même qu'il soit nécessaire d'examiner si la présentation des offres pouvait réellement être qualifiée d'entente. De la

9. O. Guézou, Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de de mise en libre concurrence : CP-ACCP, mars 2003, n° 20, p. 43.

10. I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence, préc., n° 448, p. 227.

11. CJUE, 17 mai 2018, aff. C-531/16, *Siaulijų regiono atliekų tvarkymo centras et « Ecoservice projektai UAB »*, § 28 et 29 : Europe 2018, comm. 271, S. Cazet ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 154, M. Ubaid-Bergeron.

même manière, le principe d'impartialité<sup>12</sup> peut conduire à isoler et à sanctionner des pratiques qui, sans pouvoir être qualifiées d'ententes, emportent des effets anticoncurrentiels tout à fait notables<sup>13</sup>. Cela étant, et inversement, le principe d'égalité de traitement pourrait tout à fait se satisfaire d'une prescription qui assurerait un traitement égalitaire des candidats, mais qui serait néanmoins potentiellement constitutive d'une entente, comme la mesure imposant aux candidats de se grouper<sup>14</sup>. Globalement, si les principes de la commande publique ont *a priori* des effets pro-concurrentiels, ils ne permettent pas toujours de prévenir la réalisation de pratiques anticoncurrentielles de la part des entreprises.

Et si l'on se concentre dorénavant sur la question des contrôles tirés du droit de la commande publique, les travaux doctrinaux disponibles sur ce sujet<sup>15</sup> mettent le doigt sur certaines limites, qui apparaissent à ce jour indépassables.

En premier lieu, le contrôle juridictionnel de l'offre anormalement basse<sup>16</sup> apparaît peu adapté pour la sanction de prix prédateurs (une pratique relevant de l'abus de position dominante) comme pour la prévention des ententes, pour deux raisons. D'abord, parce que le juge se limite à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ensuite, parce que la charge probatoire est très exigeante ; d'une manière générale, certains auteurs estiment que le juge administratif « ne se laisse pas aisément convaincre du caractère anormalement bas de l'offre »<sup>17</sup>, et « la défiance du juge pour cette qualification [apparaît] désormais telle que les praticiens savent qu'ils doivent renoncer à écarter une offre anormalement basse »<sup>18</sup>. Enfin, parce que l'entente neutralise en partie le contrôle de l'offre anormalement basse et que ce dernier n'est, en tout état de cause, pas prévu en matière de concessions<sup>19</sup>.

En second lieu, deux autres mécanismes de contrôle pourraient dissuader les entreprises de s'entendre en amont de la mise en concurrence : l'on vise ici l'allotissement et les motifs d'exclusion. Le premier, le recours à l'allotissement, est d'ailleurs parfois identifié par l'Autorité de la concurrence comme un levier de stimulation de la concurrence. En matière de transports urbains de voyageurs, lequel constitue un marché dominé par trois opérateurs<sup>20</sup>, l'Autorité a ainsi rappelé, dernièrement, que l'allotissement « est susceptible d'augmenter la concurrence et de limiter la dépendance des [autorités organisa-

trices de la mobilité] vis-à-vis de quelques très gros opérateurs ». Car ces derniers sont susceptibles de s'entendre en se répartissant, par exemple, les différents appels d'offres<sup>21</sup>. À Lyon, le nouvel allotissement de la concession des transports en commun aura, par exemple, permis de décadencer la concession historiquement attribuée à Kéolis au profit d'un nouvel entrant, RATP Dev. Le second mécanisme, les motifs d'exclusion, est de nature dissuasive. L'article L. 2141-9 du Code de la commande publique prévoit que « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ». Il y a sans doute là un élément intéressant, même si, parce qu'il demeure une simple option pour les acheteurs et autorités concédantes, il ne constitue pas un motif d'exclusion obligatoire. En dépit de ce caractère facultatif, il reste que, bien exploité, et combiné à une éventuelle sanction de l'Autorité de la concurrence et à une potentielle action en réparation du dommage concurrentiel devant le juge administratif, la perspective d'une exclusion de procédures d'attribution à venir peut jouer comme un élément particulièrement dissuasif à l'égard d'entreprises susceptibles de s'entendre pour fausser une mise en concurrence.

Comme d'autres avant nous, l'on constate donc que les contrôles issus du droit de la commande s'avèrent assez insuffisants, mais qu'ils demeurent des pistes intéressantes pour l'intensification de la concurrence par les contrôles.

## B. - La délicate détection des pratiques

4 - Après avoir dressé un panorama général du contrôle en amont (1°), notre étude mettra en lumière plusieurs pistes d'évolution qui pourraient faire du contrôle un levier d'intensification de la concurrence dans la commande publique, en s'inspirant notamment d'expériences internationales (2°).

### 1° Le diagnostic d'ensemble

5 - Conçu comme un vecteur d'efficience concurrentielle, le contrôle en amont se heurte encore à trois fragilités structurelles : les acheteurs publics peinent, d'une part, à percevoir les signaux de collusion (a), d'autre part, à les partager (b), et enfin, à les établir en temps utile (c). La conjugaison de ces limites affaiblit ainsi la portée de ce contrôle en amont, le rendant dans la pratique souvent aveugle, sourd et tardif.

#### a) Une détection aveugle

6 - Structurellement, les pratiques faussant la concurrence dans la commande publique demeurent largement invisibles. En effet, l'acheteur public, enfermé dans le périmètre de son propre marché, ne dispose pas de la vision d'ensemble nécessaire pour repérer les comportements collusifs. La dispersion des acteurs – collectivités, hôpitaux, administrations, établissements publics etc. – empêche toute appréhension globale, si bien que les ententes les plus subtiles échappent à la détection. Les signaux de collusion, tels que l'homogénéité des offres, la rotation des adjudicataires ou la stabilité anormale des écarts de prix, passent alors inaperçus.

Les ententes les plus fréquentes consistant en une répartition géographique ou temporelle, des offres de couverture ou un alignement méthodique des prix obéissent toutes à la même logique : donner l'apparence d'une concurrence réelle tout en la neutralisant, comme une pièce d'improvisation où la spontanéité ne serait en réalité que pure illusion.

12. CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam : JCP A 2015, act. 869, L. Erstein ; JCP A 2016, 2228, comm. J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 279, note G. Eckert ; BJCP 2016, p. 24, concl. G. Pellissier.

13. CAA Bordeaux, 12 juin 2018, n° 16BX00656, SARL Convergences Publics-Privé : JCP A 2018, act. 548, M. Eude ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 204, H. Hoepffner.

14. Aut. conc., déc. n° 09-D-18, 2 juin 2009, relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille. – Aut. conc., déc. n° 16-D-0227, janv. 2016, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le secteur du Bas-Rhin.

15. I. Hasquenoph, L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : JCP A 2022, 2317.

16. CCP, art. L. 2152-5 : « une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

17. F. Linditch, note ss CE, 18 févr. 2022, n° 457578, Toulouse Métropole : JCP A 2022, 2173, comm. F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 155, J. Diethoeffner.

18. F. Linditch, note sur CE, 2 mars 2022, n° 458019, Sté Formateurs de Bourbon : JCP A 2022, 2116, comm. F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 158, E. Muller.

19. CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Cne Saint-Julien-en-Genevois : JCP A 2020, act. 149, L. Erstein ; JCP A 2020, 2115, comm. S. Hul ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 158, G. Eckert.

20. Aut. conc., avis n° 23-A-18, 29 nov. 2023, relatif au secteur des transports terrestres de personnes, p. 5.

21. Aut. conc., avis n° 23-A-18, 29 nov. 2023, relatif au secteur des transports terrestres de personnes, p. 129, § 628.

Conçues pour laisser peu de traces, elles ne produisent que des indices ambigus et dépourvus de portée probante lorsqu'ils sont pris isolément. Ainsi, l'acheteur public, limité à son périmètre d'action, n'est pas en mesure d'inférer l'existence d'une entente ni d'anticiper la qualification juridique. Il se trouve confronté à un véritable aveuglement structurel – non par inertie, mais du fait même de la fragmentation du système et de la nature diffuse des signaux de collusion auxquels il est confronté.

#### b) Un partage d'informations sourd et fragmenté

7 - Lorsqu'un acheteur public perçoit un signal, il lui est souvent difficile de le mettre en relation avec ceux détectés par d'autres acheteurs, faute d'un cadre informationnel intégré et d'une coordination suffisante entre acteurs institutionnels. Cette surdité informationnelle résulte d'un enchevêtrement de facteurs : la fragmentation des données, les angles morts documentaires, les freins juridiques au partage et l'ambivalence des dispositifs de transparence.

En effet, les données permettant de comprendre le fonctionnement concurrentiel d'un marché demeurent silotées et peu structurées : réparties entre une multitude d'acheteurs, de plateformes de dématérialisation, de services internes et d'autorités de contrôle, elles empêchent toute vision d'ensemble et rendent difficile la corrélation des signaux de collusion à l'échelle nationale. S'y ajoutent des angles morts documentaires : les informations les plus révélatrices d'un comportement anticoncurrentiel se trouvent souvent dans les offres non retenues, rarement accessibles en dehors du cercle restreint de la procédure, ce qui limite toute analyse comparative sur plusieurs marchés.

Les freins juridiques et institutionnels accentuent ce cloisonnement : la protection du secret des affaires, le secret de l'instruction ou encore la segmentation des compétences entre institutions freinent la circulation d'informations exploitables en temps utile.

Enfin, la dématérialisation, la transparence et la communication permanente entre acteurs publics et secteurs économiques, censées éclairer le jeu concurrentiel, en accroissent paradoxalement la prévisibilité : les opérateurs disposent de plus en plus d'une connaissance fine des calendriers, de lots et des exigences techniques, ce qui facilite la surveillance mutuelle et la coordination entre opérateurs économiques.

Ainsi, même lorsqu'un signal de collusion est perçu, il demeure isolé, non corrélé aux autres et difficilement exploitable. Le contrôle en amont se heurte alors à la dernière de ses limites : celle de ce qui ne peut être établi à temps.

#### c) Une preuve tardive

8 - Même lorsqu'un signal est détecté et que des indices de collusion apparaissent, encore faut-il pouvoir les transformer en preuve juridiquement établie. Or, la temporalité du contrôle et l'exigence probatoire rendent cette tâche particulièrement ardue.

La charge de la preuve, tout d'abord, demeure élevée. Le simple parallélisme de prix, fût-il récurrent, ne saurait suffire : il faut établir l'existence d'un accord ou d'une concertation, par nature discrets et rarement documentés. Les indices, aussi nombreux soient-ils, peinent ainsi à franchir le seuil de la démonstration juridique.

À cette difficulté intrinsèque s'ajoute un décalage structurel entre le rythme de la commande publique et celui de la sanction. Le délai moyen d'instruction devant l'Autorité de la concurrence – 3 à 5 ans selon son rapport annuel 2022 – contraste fortement avec la durée d'exécution des marchés publics, généralement de douze à vingt-

quatre mois<sup>22</sup>. En pratique, le dommage concurrentiel est souvent consommé avant même toute décision.

L'exemple du cartel du linoléum<sup>23</sup> illustre avec force : entre 1990 et 2013, plusieurs fabricants se sont entendus pour stabiliser les prix et retarder l'innovation. La révélation n'est pas venue des acheteurs publics, mais d'une procédure de clémence. Ce n'est qu'en 2017, après plus de 20 ans d'entente, qu'une sanction de 302 millions d'euros d'amendes a été infligée, alors que les marchés étaient depuis longtemps exécutés.

Tant que perdurent ces fragilités, le contrôle en amont demeurera incomplet. L'enjeu est désormais d'envisager des pistes d'amélioration pour rendre les signaux lisibles, l'information fluide et la preuve rapide.

### 2° Les pistes d'amélioration

9 - L'observation des pratiques internationales met en évidence la possibilité d'un contrôle en amont plus efficace, fondé sur la transparence, la mutualisation des données, la coordination des acteurs publics, mais aussi sur l'utilisation d'outils technologiques et de l'intelligence artificielle.

Aux États-Unis, la lutte contre les ententes dans la commande publique s'est en effet institutionnalisée avec la création, en 2019, du Procurement Collusion Strike Force (PCSF) par le département de la justice. Ce groupe interministériel, qui associe la Division *antitrust*, le FBI et plusieurs services fédéraux, a pour mission de détecter, enquêter et sanctionner les pratiques collusives. Le dispositif repose sur deux leviers complémentaires : l'exploitation de données massives (Data Analytics Project) et un guichet de signalement centralisé (Tip Center). Cette double approche permet d'intervenir en amont, avant que les ententes ne se consolident. La transparence s'en trouve renforcée grâce au Federal Procurement Data System, qui centralise la quasi-totalité des marchés fédéraux.

En Corée du Sud, la plateforme unique *KONEPS* (Korea ON-Line E-Procurement System) dématérialise et centralise l'ensemble du cycle de la commande publique – de la publication à l'exécution des contrats. Cette architecture intégrée assure une traçabilité totale et un audit permanent, tout en générant d'importantes économies. La Korean Fair Trade Commission complète ce dispositif par des outils d'intelligence artificielle capables de repérer automatiquement des schémas de collusion, grâce au croisement des données issues de *KONEPS* avec d'autres bases gouvernementales.

Au sein de l'Union européenne, la coopération progresse également. Le Réseau européen de la concurrence (ECN) facilite les échanges d'informations et les enquêtes transfrontalières. Plusieurs États expérimentent par ailleurs des initiatives de transparence et de détection algorithmique : la Suède publie désormais les prix non seulement des adjudicataires, mais aussi des soumissionnaires non retenus ; l'Espagne teste le projet *BRAVA* (Bid Rigging Automatic Veto Algorithm), destiné à repérer précocement des indices de collusion par l'analyse de données multi-marchés ; en Italie, la Guardia di Finanza collabore avec l'autorité de concurrence pour identifier des corrélations suspectes entre lots simultanés. En France, la DGCCRF développe une base centralisant les données issues des contrats publics publiés au BOAMP. Ce progrès reste toutefois tributaire du croisement de ces données avec d'autres sources pour détecter d'éventuels signaux d'entente. Plus globalement, la révision en cours des directives sur la commande publique pourrait être l'occasion de mettre en place des conditions de collecte de données structurées qui

22. Observatoire économique de la commande publique (OECB), Rapp. économique 2022, min. Économie, Finances et Souveraineté industrielle et numérique, direction des affaires juridiques (DAJ), déc. 2022.

23. Aut. conc., déc. n° 17-D-20, 18 oct. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

permettraient de faciliter la détection des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des contrats publics.

Enfin, l'OCDE pilote actuellement un projet visant à renforcer la vigilance des acheteurs publics dans la détection d'anomalies concurrentielles, en s'appuyant sur la mutualisation d'expériences nationales (France, Portugal, Pologne, République tchèque, Irlande, Lettonie). L'objectif est de doter les acheteurs d'outils analytiques et de compétences renforcées, afin qu'ils deviennent de véritables acteurs du contrôle concurrentiel.

En définitive, ces expériences internationales confirment qu'un contrôle préventif efficace permettant de limiter les risques de collusion repose sur trois leviers : la visibilité des signaux (grâce à la centralisation et la publication des données), la circulation de l'information (via la coordination inter-agences) et la rapidité de la preuve (par l'usage d'outils algorithmiques et de sanctions automatisées).

Ces améliorations n'auraient de portée que si elles ne trouvaient, en aval, un prolongement juridictionnel assurant la cohérence d'ensemble. Ainsi, l'analyse peut désormais se tourner vers les contrôles en aval, véritables moteurs de concurrence : tout d'abord à travers les sanctions de l'Autorité de la concurrence, puis par le développement du *private enforcement* (actions privées).

## 2. Des contrôles en aval efficaces

**10** - Si les contrôles en amont conservent une importante marge de progression, sans doute faut-il se réjouir du degré de sophistication des contrôles en aval. L'imbrication du *public* (A) et du *private enforcement* (B) permet aujourd'hui une sanction efficace des atteintes à la concurrence commises dans le cadre de la commande publique.

### A. - La sanction des pratiques par l'Autorité de la concurrence (le *public enforcement*)

**11** - La concurrence ne s'impose pas d'elle-même : elle se cultive comme un jardin délicat, qu'il faut à la fois protéger des désordres et réguler pour qu'il conserve son harmonie. C'est tout l'objet du contrôle « *juridictionnel* » en aval, exercé par l'Autorité de la concurrence, dont l'action contribue à restaurer et à structurer durablement les marchés publics. Par son pouvoir de sanction (1°) et par l'effet normatif de ses décisions (2°), elle modèle les comportements économiques et consolide l'intégrité concurrentielle de la commande publique.

#### 1° Le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence

**12** - Après avoir abordé les particularités des pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique (a), seront développées les pistes d'amélioration pour renforcer l'efficacité du contrôle et la portée dissuasive des sanctions (b).

##### a) Les particularités des ententes et des abus dans la commande publique

**13** - Les pratiques anticoncurrentielles prennent, dans la commande publique, des formes spécifiques selon qu'il s'agisse des ententes ou des abus de position dominante.

###### i - Le cas des ententes

Les pratiques anticoncurrentielles revêtent, dans la commande publique, une physionomie singulière. Elles prospèrent en effet dans un environnement structurellement propice à la collusion, marqué par la récurrence des contrats, la transparence des procédures, l'allocation, agrémenté d'un ancrage territorial prononcé.

Dès lors, les entreprises s'accordent aisément sur des rotations temporelles – chacun « *son tour* » –, sur une répartition territoriale des marchés – chacun « *sa zone* » –, ou encore sur des offres de couverture, où l'un feint de concurrencer l'autre. De telles pratiques ont été

sanctionnées à plusieurs reprises, notamment dans les marchés de collecte et de gestion des déchets en Haute-Savoie<sup>24</sup> ou dans ceux de la restauration du patrimoine bâti<sup>25</sup>, où l'Autorité de la concurrence a mis au jour des schémas de répartition systématique entre entreprises.

Plus insidieusement, la transparence et la prévisibilité, pensées comme les garantes du bon fonctionnement de la commande publique, peuvent en altérer la vitalité concurrentielle. En effet, la publicité des appels d'offres, la diffusion des critères de sélection et des résultats, ou encore la périodicité prévisible des procédures favorisent la surveillance réciproque et la stabilisation d'équilibres collusifs, sans qu'il soit besoin d'échanges explicites ni de concertations formalisées.

Enfin, certains mécanismes de coopération licite, tels que les groupements momentanés d'entreprises ou la sous-traitance, peuvent devenir les vecteurs d'une coordination déguisée. Derrière la complémentarité technique affichée, se dissimulent parfois des accords de partage de marchés. La Commission européenne a d'ailleurs souligné ce risque, notamment dans le secteur des travaux publics, invitant les pouvoirs adjudicateurs à une vigilance accrue.

###### ii - Le cas des abus de position dominante

Au-delà des ententes, certains comportements unilatéraux d'entreprises dominantes peuvent également verrouiller la concurrence dès la passation des marchés publics. Moins visibles, ces abus exploitent la position acquise sur un contrat antérieur ou des asymétries d'information pour décourager toute entrée effective. Ils prennent souvent la forme d'offres globales et indivisibles couvrant plusieurs lots, ou de l'exploitation d'avantages structurels hérités d'un contrat précédent – tels que l'accès privilégié à des données, la maîtrise d'infrastructures ou l'insertion de clauses restrictives dans les cahiers des charges.

L'affaire SNCM<sup>26</sup> en offre une belle illustration : l'opérateur historique avait soumis une offre globale couvrant toutes les lignes entre la Corse et le continent, empêchant toute concurrence ligne par ligne, tout en recourant à des subventions croisées. Le Conseil de la concurrence y a vu un abus de position dominante et imposé le dégroupement des offres pour rétablir la concurrence.

Ces affaires révèlent une tension structurelle : un cadre conçu pour sécuriser la dépense publique peut paradoxalement devenir un levier d'entrave à la concurrence. Les exigences de prévisibilité, de stabilité contractuelle et de continuité du service public, loin d'être neutres, peuvent ainsi favoriser la reconduction d'opérateurs dominants et la fermeture des marchés. Envisageons dès lors les pistes d'amélioration pour y remédier.

##### b) Les pistes d'amélioration

**14** - Partant de ce constat, plusieurs pistes d'amélioration peuvent être considérées afin de renforcer l'efficacité du contrôle concurrentiel dans la commande publique.

Une première piste consisterait à accorder un traitement prioritaire aux affaires de commande publique, afin d'éviter que les ententes ne soient sanctionnées qu'après l'exécution des contrats. L'instauration d'une procédure accélérée spécifique à ces

24. Aut. conc., déc. n° 22-D-08, 3 mars 2022, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte des déchets en Haute-Savoie.

25. Aut. conc., déc. n° 23-D-06, 14 juin 2023, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la rénovation de couvertures et des charpentes pour les bâtiments du patrimoine public ou privé dans la région des Hauts-de-France.

26. Aut. conc., déc. n° 06-MC-03, 11 déc. 2006, relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. – Et Aut. conc., déc. n° 09-D-10, 27 févr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent.

dossiers permettrait de préserver plus efficacement les deniers publics et de renforcer la portée dissuasive de l'action répressive. Une deuxième piste consisterait à instaurer un avis accéléré, permettant aux acheteurs publics de saisir l'Autorité en cas d'indices d'entente, afin d'obtenir une expertise rapide sur la possibilité d'exclure une offre en application de l'article L. 2141-9 du Code de la commande publique.

Ces deux évolutions supposeraient une réforme législative ciblée du Code de commerce, complétée par un décret d'application et une adaptation du règlement intérieur de l'Autorité pour en garantir la mise en œuvre effective.

La troisième piste consisterait à diversifier les sanctions. L'amende, souvent perçue par les grands groupes comme un simple coût d'exploitation (« *coût du business* »), pourrait être complétée par des mesures structurelles : exclusion temporaire des marchés publics, injonctions de cession ou de dégroupement en cas d'abus. Leur mise en œuvre supposerait une modification du Code de commerce pour habiliter l'Autorité à les prononcer et la création d'un registre national des entreprises exclues, sur le modèle américain ou allemand.

La quatrième piste consisterait à renforcer la visibilité et l'exemplarité des sanctions. La publication des décisions pourrait être relayée plus largement – par les préfetures, chambres de commerce ou associations d'acheteurs publics – afin d'amplifier leur effet dissuasif. Les entreprises condamnées pourraient en outre être tenues d'en assurer la diffusion, notamment dans la presse locale, à l'image du droit de la consommation. De tels aménagements seraient pour leur part d'ampleur législative modeste.

La cinquième piste appellerait à mieux articuler le contrôle juridictionnel et celui des autres autorités publiques. Les juridictions pourraient coopérer plus étroitement avec la Cour des comptes, les chambres régionales des comptes et la DGCCRF, notamment *via* la transmission automatique des décisions pour permettre des suites budgétaires ou disciplinaires. Une telle coordination pourrait être simplement obtenue au moyen d'accords de coopération entre institutions, ce qui ne nécessiterait pas de bouleversement normatif majeur.

Enfin, la sixième piste nécessiterait de renforcer la preuve numérique. Les collusions laissant peu de traces écrites, le juge gagnerait à s'appuyer davantage sur des indices économiques et statistiques (alignement des offres, rotations, stabilité des prix). Le recours à la preuve algorithmique, déjà pratiqué en Corée du Sud ou au Chili, pourrait être encadré en droit français, *via* une réforme ciblée et le renforcement, au sein de l'Autorité, des moyens techniques et humains dévolus aux services d'instruction.

Étudions désormais la manière dont les décisions de l'Autorité façonnent la concurrence.

## 2° Le rôle structurant de la concurrence des décisions de l'Autorité

**15** - Les décisions de l'Autorité de la concurrence n'ont pas seulement une portée répressive : elles offrent aussi un levier concret aux acheteurs publics, d'une part, dans la gestion quotidienne de leurs procédures (a) et, d'autre part, devant le juge administratif dans le but de parvenir à une concurrence plus qualitative et plus efficace (b).

### a) Devant l'acheteur public : un outil d'exclusion et de responsabilisation

**16** - Le Code de la commande publique (CPP, art. L. 2141-7 à L. 2141-11) confère aux acheteurs la possibilité d'exclure un opérateur en cas de manquement grave ou soupçon d'entente. Toutefois, ces mesures sont rarement appliquées, l'acheteur craignant une censure judiciaire faute de preuves suffisantes.

C'est ici que les décisions de l'Autorité de la concurrence jouent un rôle primordial, en objectivant la preuve et en sécurisant la décision

administrative. En effet, elles offrent tout d'abord à l'acheteur une grille d'analyse objectivée (CPP, art. L. 2141-9), fondée sur des indices typiques de collusion lui permettant ainsi d'identifier, dans ses propres marchés, un faisceau d'indices révélateurs d'une entente. La décision n° 22-D-08 relative aux marchés de collecte des déchets en Haute-Savoie susmentionnée, révélant des rotations d'adjudicataires, des offres de couverture et des sous-traitances croisées en fournit une illustration éclairante. Ce schéma probant permet à l'acheteur de justifier l'exclusion d'un candidat sur la base d'éléments établis par une autorité indépendante. Elles offrent également un cadre d'évaluation du *self-cleaning* (CPP, art. L. 2141-11). Lorsqu'une entreprise condamnée se prévaut d'un programme de conformité, d'un renouvellement de sa direction ou d'un audit externe, l'acheteur doit apprécier la sincérité et la crédibilité de ces mesures correctrices. En décrivant avec précision la nature des manquements passés, les décisions permettent de distinguer la réforme réelle d'une simple opération de communication. Enfin, elles peuvent fonder le refus d'un avenant ou la résiliation d'un contrat (CPP, art. L. 2141-7). Lorsqu'une entente a généré un surcoût ou biaisé l'exécution, la décision de l'Autorité constitue un élément de preuve suffisant pour justifier la rupture du lien contractuel.

Ainsi, les décisions de l'Autorité confèrent à l'acheteur public une véritable capacité d'action concurrentielle. En sécurisant juridiquement l'exclusion, la résiliation ou l'exigence de garanties, elles en font un acteur à part entière du rétablissement de la concurrence.

### b) Devant le juge administratif : un amplificateur de concurrence

**17** - La signature du contrat ne grave pas dans le marbre la distorsion de concurrence survenue lors de la passation. Des voies de recours demeurent ouvertes aux acheteurs publics, notamment devant le juge administratif, où les décisions de l'Autorité de la concurrence déploient alors toute leur portée.

Bien que non contraignantes, les décisions de l'Autorité présentent une valeur probatoire décisive, fournissant au juge administratif un socle factuel solide sur les irrégularités (atteinte à l'égalité, fraude, vice de consentement). Elles nourrissent les argumentaires en référé, objectivent le vice d'attribution dans les recours Tarn-et-Garonne, et sécurisent les décisions de résiliation ou exclusion en contentieux d'exécution, selon les dispositions du Code de la commande publique. Les décisions de l'Autorité jouent aussi un rôle essentiel dans la sécurisation des décisions unilatérales de l'acheteur. En cas de résiliation pour faute, de refus d'avenant ou d'exclusion ultérieure, elles permettent de démontrer que la mesure repose sur l'intérêt général – loyauté de l'exécution, prévention d'un surcoût, ou restauration de la fiabilité contractuelle. Elles offrent enfin un appui précieux pour le chiffrage du dommage concurrentiel. En évaluant les surcoûts, l'éviction d'offres ou les effets d'enfermement du marché, les décisions de l'Autorité fournissent aux acheteurs et aux concurrents un socle économique permettant de justifier des pénalités, une résiliation ou une action indemnitaire. La fraude cesse ainsi d'être une abstraction : elle devient un préjudice objectivé, mesurable et réparable.

En somme, les décisions de l'Autorité de la concurrence ne constituent pas seulement des sanctions : elles prolongent leur effet devant le juge en dotant la commande publique d'une véritable crédibilité juridictionnelle, qui sécurise à la fois l'action de l'acheteur et renforce l'office du juge.

## B. - La maturité du contrôle juridictionnel en aval de l'aval : le *private enforcement*

**18** - Le contrôle juridictionnel en aval de l'aval, c'est-à-dire le contentieux du *private enforcement*, apparaît désormais suffisamment mature.

D'une manière générale, le contrôle juridictionnel des atteintes à la concurrence dans la commande publique concerne le juge admi-

nistratif depuis la décision Million et Marais de 1997<sup>27</sup>, dans laquelle le Conseil d'État a intégré le principe de l'opposabilité du droit de la concurrence aux décisions publiques, y compris celle de signer un contrat public, comme c'était le cas en l'espèce. Il en résulte, globalement, une interdiction faite à l'Administration de générer une pratique anticoncurrentielle : concrètement, « l'autorité publique ne doit pas placer un opérateur en situation de méconnaître le droit de la concurrence en lui accordant un avantage concurrentiel ou en restreignant l'accès de ses concurrents à un marché »<sup>28</sup>. Pour révolutionnaire qu'elle fût, cette contribution à un « droit public de la concurrence »<sup>29</sup> conduit rarement à des annulations contentieuses, la jurisprudence l'ayant entourée de conditions assez strictes : l'acte administratif doit être directement et nécessairement à l'origine de la pratique<sup>30</sup>.

Au-delà de la question de l'opposabilité, l'office du juge administratif se prolonge désormais sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles elles-mêmes, car il peut intervenir, après l'intervention de l'Autorité de la concurrence, sur le fondement d'une action en réparation du dommage concurrentiel. L'office du juge administratif est ici pensé de manière complémentaire à celui de l'Autorité de la concurrence. Cette symbiose s'explique par la circonstance que les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence ont pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre public économique et non de réparer le préjudice des victimes. La sanction du *public enforcement* a donc une vocation répressive et dissuasive, alors que le volet réparatoire est servi par le contentieux de la responsabilité devant les juridictions nationales. Par leur combinaison, *public* et *private enforcement* ont donc pour ambition d'éliminer les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle affectant la commande publique ; ce faisant, ils visent à restaurer l'ordre public concurrentiel, comme si la distorsion de concurrence n'était en fait jamais intervenue.

Devant les juridictions administratives, il est globalement admis, depuis la décision Campenon-Bernard du 19 décembre 2007<sup>31</sup>, que la personne publique victime d'une entente anticoncurrentielle à l'occasion de la passation d'un contrat administratif puisse disposer d'une double option : elle peut, d'une part, choisir entre engager une action en nullité du contrat<sup>32</sup>, ou engager une action en réparation de son préjudice sur le terrain quasi-délictuel<sup>33</sup>. D'autre part, c'est la seconde option, elle peut décider de mener les deux actions de front. En revanche, à l'égard de son cocontractant, l'Administration ne pourra pas engager une action en responsabilité si elle a poursuivi l'annulation du contrat. Car dans cette dernière hypothèse, l'annulation du contrat vicié lui ouvre droit à une restitution de l'intégralité des sommes qu'elle aurait versées, à l'exclusion des dépenses engagées par le cocontractant et qui lui ont été utiles (le juge de préciser qu'il ne pouvait prétendre à sa marge bénéficiaire). En outre la personne publique pourra demander réparation « des autres préjudices qui lui aurait causés le comportement du cocontractant »<sup>34</sup>. Allant bien au-delà

de l'indemnisation des seuls surcoûts liés à l'entente, cette action en annulation/restitution apparaît particulièrement favorable à la victime, et dissuasive à l'égard des entreprises qui seraient tentées de s'entendre.

Concernant, par ailleurs, l'action en responsabilité dirigée contre les membres de l'entente, il faut souligner à quel point les textes et la jurisprudence l'ont calibrée afin qu'elle puisse utilement succéder au contrôle de l'Autorité de la concurrence. Cela ressort nettement des considérants de la directive *Damages* du 26 novembre 2014, dans lesquelles on peut lire que : « Pour garantir des actions de mise en œuvre effective sur l'initiative de la sphère privée en vertu du droit civil et une mise en œuvre effective par la sphère publique à travers les autorités de concurrence, il est nécessaire que ces deux outils interagissent afin d'assurer une efficacité maximale des règles de concurrence. Il est nécessaire de régler la coordination de ces deux formes de mise en œuvre de façon cohérente [...] »<sup>35</sup>. Il en résulte une action en réparation assez favorable aux pouvoirs adjudicateurs, au moins à quatre niveaux.

D'abord, et si la chose fut contestée – car elle est contestable<sup>36</sup> – ils bénéficient d'un « *guichet unique* » : le juge administratif se reconnaît une compétence pleine et entière dès lors que le litige puise sa source (de près ou de loin) dans la passation d'un contrat administratif. En effet, la personne publique pourra attirer devant son prétoire les membres de l'entente qui n'ont pas signé le contrat administratif, mais qui, par leur comportement, ont altéré les conditions de formation du contrat. Cela concerne les membres du cartel ayant participé à la procédure comme ceux s'en étant tenus éloignés. Inversement, mais peut-être plus logiquement, le juge administratif pourrait encore être compétent pour connaître d'une action en annulation/restitution dirigée contre un cocontractant, dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait pas participé à l'entente : ce serait une application de la théorie de l'effet d'ombrelle<sup>37</sup>.

Ensuite, les règles de prescription s'avèrent assez favorables aux acheteurs. La durée de la prescription est aujourd'hui globalement de 5 ans, à plus forte raison lorsque le fait dommageable sera intervenu après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 transposant la directive *Damages*<sup>38</sup>. Ce délai peut paraître court, mais la date de son déclenchement peut le décaler très loin dans le temps. Ce faisant, il « ne peut commencer à courir avant la date à laquelle la personne publique a eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles »<sup>39</sup>. En outre, dans l'hypothèse où les organes dirigeants de la personne publique « victime » auraient eu connaissance de la pratique du fait de leur propre implication fautive, le délai ne commencera à courir qu'à compter du jour où ses nouveaux organes dirigeants auront acquis une connaissance suffisamment certaine de la cause<sup>40</sup>. Mis à part ce cas particulier, en raison de la clandestinité des opérations constitutives d'une entente, l'étendue de ces détails n'est généralement connue qu'à la date de la décision d'une autorité de concurrence la

27. CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169907, Sté Million et Marais : Lebon, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; GAJA, Dalloz, 25<sup>e</sup> éd., 2025, n° 88, p. 680.

28. S. Nicinski, Droit public des affaires : LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2025, n° 583, p. 348.

29. Pour une étude précise, V. not. B. Delaunay, Droit public de la concurrence : LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2023, p. 232 et s.

30. B. Delaunay, Droit public de la concurrence : LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2023, n° 587, p. 349.

31. CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Sté Campenon-Bernard : JCP A 2008, act. 14, M.-C. Rouault ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 56, G. Eckert.

32. Not. F. Lichère, Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs : Contrats-Marchés publ. 2020, étude 8.

33. Not. P. Levallois, Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement : Contrats-Marchés publ. 2020, étude 9.

34. CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Sté Lacroix Signalisation : JCP A 2020, act. 432, L. Erstein ; JCP A 2020, 2238, comm. J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 254, M. Ubaud-Bergeron.

35. PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : JOUE n° L 349, 5 déc. 2014, p. 1.

36. P. Levallois, Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement, préc.

37. CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen : JCP A 2020, act. 584, L. Erstein ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 320, M. Ubaud-Bergeron ; AJDA 2021, p. 455, note I. Hasquenoph.

38. CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 48, obs. É. Muller ; JCP A 2020, 2072, note J. Martin ; BJCP 2020, p. 63, concl. M. Le Corre.

39. *ibid.*

40. CE, 9 mai 2023, n° 451710, Sté Gespace France : RDI 2023, p. 679, note I. Hasquenoph.

révéant au grand jour, ce qui s'avère de nature à protéger les intérêts de la victime en retardant le déclenchement du délai.

En outre, la victime est encore confortée sur le terrain de l'administration de la preuve. En effet, la directive *Damages* introduit un régime probatoire bien spécifique, lequel repose sur une double présomption reprise par le Code de commerce : celles de l'existence du fait générateur et de l'imputabilité de la faute, d'une part, et celle du lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice subi par la victime d'une entente, d'autre part. L'article L. 481-2 du Code de commerce prévoit d'abord qu'une entente est présumée établie de manière irréfragable dès lors que son existence et son imputation ont été constatées par une décision de l'Autorité de la concurrence ou de la juridiction de recours, à condition qu'elle soit devenue définitive. C'est bien d'une présomption à deux branches dont il s'agit : l'une tenant à l'existence du fait générateur, l'autre à son imputation. Cette dernière présomption est évidemment loin d'être anecdotique, puisqu'elle permet à la personne publique d'identifier les personnes dont elle peut rechercher la responsabilité devant le juge administratif. L'acheteur public a donc tout intérêt à attendre que les investigations soient terminées sur le terrain du *public enforcement* avant d'introduire son action indemnitaire en *private enforcement*. Ajoutons que l'article L. 481-7 du Code de commerce pose une troisième présomption, réfragable cette fois-ci : « *il est présumé jusqu'à preuve du contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice* ».

Enfin, l'action en réparation de la personne publique victime d'une pratique anticoncurrentielle se trouve facilitée sur le terrain de l'imputation du dommage. Pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2017, les décisions Société Lacroix Signalisation et Société Girod du 27 mars 2020<sup>41</sup> ont posé le principe d'une responsabilité solidaire des membres de l'entente. Issu de l'ordonnance, l'article L. 481-9 du Code de commerce pose la même règle pour les infractions commises à compter de son entrée en vigueur. En tout état de cause, l'entente appelle d'elle-même la solidarité de ses auteurs, car elle est, par définition, une œuvre commune. Comme l'avait vu Mickaël Karpenschif, la solidarité ne peut être que « *bienvenue* »<sup>42</sup> lorsque, près d'une dizaine d'années après la décision de l'Autorité de la concurrence et parfois plus de 20 ans après les faits,

l'attributaire ou d'autres membres du cartel ont pu être restructurés, mettre fin à leur activité ou faire l'objet d'une liquidation judiciaire.

Le régime du *private enforcement* est donc favorable aux personnes publiques victimes d'une pratique anticoncurrentielle dans la passation d'un contrat de la commande publique. L'ordre public concurrentiel est ainsi rétabli en deux temps, d'abord par l'Autorité de la concurrence, la dernière pièce du puzzle étant entre les mains du juge administratif de la réparation.

En définitive, le contrôle, dans la commande publique, agit sur la concurrence comme la lumière d'un rayon de soleil : s'il arrive trop tard, il n'éclaire que les ruines après l'orage ; s'il arrive trop tôt, il éblouit, paralyse et empêche d'avancer ; mais s'il arrive à temps, il éclaire le chemin, permettant à la concurrence de jouer pleinement et de conserver toute sa vitalité. Comme l'écrivait Paul Valéry, « *Ce qui est simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable* ». Pour devenir un véritable levier de concurrence, le contrôle dans la commande publique doit trouver ce point d'équilibre : rester suffisamment clair et opérationnel sans sombrer dans une complexité qui le rendrait inapplicable. Dans le contexte budgétaire français actuel, où la dette publique dépasse 115 % du PIB – soit près de 3 416 milliards d'euros<sup>43</sup> –, le renforcement de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles constitue un levier d'économies indispensable. Chaque défaillance du contrôle en amont ouvre la voie à des ententes qui renchérissent le coût des marchés, alourdissent la charge du contribuable et restreignent d'autant les capacités d'action publique. Penser l'intensification de la concurrence n'est donc plus seulement un impératif de bonne gestion ou d'efficacité juridique : c'est une urgence. Les expériences internationales démontrent qu'en mobilisant la donnée, en renforçant la coopération institutionnelle et en utilisant l'intelligence artificielle, il est possible de détecter plus tôt les pratiques anticoncurrentielles et de préserver des ressources précieuses. Sachant que le surcoût induit par la collusion est estimé entre 10 et 30 % du montant total des marchés, la France pourrait économiser chaque année plusieurs milliards d'euros si ces pratiques étaient mieux anticipées et neutralisées. Albert Camus affirmait que « *la vraie générosité envers l'avenir consiste à tout donner au présent* ». Ce colloque nous invite précisément à cette générosité : agir dès aujourd'hui pour renforcer la concurrence au service d'une économie publique plus intégrée, durable et responsable. ■

41. CE, 27 mars 2020, n° 421758, Sté Lacroix : JCP A 2020, act. 213, L. Erstein ; JCP A 2020, 2153, comm. J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2020, M. Ubaud-Bergeron. – CE, 27 mars 2020, n° 421833, Sté Signaux Girod : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 197, M. Ubaud-Bergeron.

42. M. Karpenschif, Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles : Contrats publ., Le Moniteur, sept. 2020, p. 56, spéc. 62.

43. INSEE, « À la fin du deuxième trimestre 2025, la dette publique s'établit à 3 416,3 milliards d'euros, soit 115,6 % du PIB », Statistiques économiques, 24 sept. 2025 ([www.insee.fr/fr/statistiques/8644919](http://www.insee.fr/fr/statistiques/8644919)).

## 2091 L'intensification de la concurrence par le contrôle

**Anna Maria SMOLINSKA,**

*avocat au Barreau de Lyon, spécialiste en droit public, docteur en droit, chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3*



*Comment la concurrence est-elle, littéralement, présente dans les textes régissant la commande publique ? « Nuire à la concurrence », « fausser la concurrence », « créer une distorsion à la concurrence » sont les termes présents dans la directive n° 2014/24/UE. Mais la directive contient également les expressions telles que « accroître la concurrence » ou « renforcer la concurrence ». La première de ces deux familles d'expressions reflète la volonté de créer des règles de la commande publique qui permettront d'éviter des effets négatifs sur la concurrence, la seconde traduit le souhait d'aller au-delà : créer un cadre dans lequel la concurrence pourra s'épanouir et s'intensifier.*

*Les participants au 3<sup>e</sup> atelier du Colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics, consacré à l'intensification de la concurrence dans la commande publique, ont débattu et échangé sur un point spécifique de ce vaste sujet : l'intensification par le contrôle.*

**1** - En ouverture des échanges, il a été observé que le contrôle « de la commande publique » ou le contrôle « dans la commande publique » ne sont pas nécessairement vecteurs de la concurrence. Deux exemples concrets illustrent ce constat et semblaient assez largement partagés par les praticiens et chercheurs participants à l'atelier.

En premier lieu, le contrôle des conditions de mise en œuvre d'une procédure formalisée avec négociation a été identifié comme un frein à la concurrence. Ce constat n'est pas dénué d'ambiguïté, dans la mesure où la négociation est aussi parfois identifiée par les praticiens comme un risque pour la concurrence<sup>1</sup>.

Pour rappel, comme relevé par Laurent Richier lors du 1<sup>er</sup> colloque de la Chaire : « si l'on se réfère à la littérature économique assez abondante sur ce sujet, la négociation serait conseillée dans trois cas principaux : quand la concurrence est faible, l'appel d'offres fonctionnant d'autant mieux qu'il y a plus de concurrence ; quand l'acheteur a

*peu d'expertise, négociateur lui permettant de s'instruire et quand le contrat est complexe ».*

Cette année, lors des débats la négociation a été identifiée comme un moyen permettant de stimuler la concurrence (et donc de l'accroître lorsqu'elle est faible), amenant les participants à faire le vœu de la suppression du contrôle du recours à cette procédure pour les pouvoirs adjudicateurs, à l'instar du régime applicable aux entités adjudicatrices (CCP, art. R. 2124-3 et R. 2124-4).

Pour autant, le recours systématique à la procédure avec négociation ne semble pas préconisé par les participants qui considèrent qu'un contrôle devrait bien avoir lieu, afin que cette procédure, plus longue et lourde à porter pour les acheteurs mais aussi pour les opérateurs ne crée pas d'effets pervers. Finalement ce n'est donc pas l'absence de contrôle qui était revendiquée mais changement de périmètre de celui-ci avec un déplacement allant des conditions de recours (régime actuel) vers les modalités de mise en œuvre (objet de la négociation, déroulé plus précis de la procédure, etc.).

En second lieu, les exigences de contrôle pesant lourdement sur les acheteurs et, en miroir, les exigences de preuve pesant tout autant sur les opérateurs en matière des exclusions de procédure, ces exigences ont été citées comme un exemple de contrôle avec un impact négatif sur la concurrence (CCP, art. L. 2141-1 et s.). Les difficultés pratiques ont été soulignées par tous, notamment dans des cas de certaines exclusions dites « à l'appréciation de l'acheteur » (CCP, art. L. 2141-7 à L. 2141-11), pour lesquelles l'acheteur doit arbitrer sur l'exclusion ou non, selon qu'il estime que les preuves d'autocontrôle réalisés par

1. Sur ce point les conclusions se font écho des constats (« un frein " psychologique " est décelable chez certains acheteurs publics, qui affirment ne pas vouloir risquer de fausser les conditions initiales de la mise en concurrence en allant trop loin dans la négociation ») et recommandations (« le recours à la négociation (procédure négociée ou dialogue compétitif) pourrait être ouvert, s'agissant des procédures formalisées lancées par les pouvoirs adjudicateurs, sans condition ») formulées lors du 1<sup>er</sup> colloque de la Chaire, consacré à la discussion dans les contrats publics. V. not. V. Lamy, Les liens entre les règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics. Retour sur la deuxième enquête de la Chaire de droit des contrats publics : JCP A 2021, 2334.

l'opérateur sur les « mesures de nature à démontrer sa fiabilité » sont suffisantes ou pas (CCP, art. L. 2141-11).

Outre ces deux points, l'atelier a permis de faire émerger trois idées principales concernant les rapports entre le contrôle et l'intensification de la concurrence : tout d'abord, ce contrôle serait, en l'état, insuffisant pour jouer un rôle décisif (1), ensuite, des expériences comparées, européennes et non-européennes pourraient fournir des pistes intéressantes pour améliorer ce contrôle, et accroître ses effets positifs en France (2) et, enfin, l'auto-contrôle ou contrôle interne constituerait un axe jugé intéressant (3).

## 1. Constat d'insuffisance du contrôle existant

2 - Un état des lieux des centres de contrôle existant actuellement en France dans le domaine de la commande publique a abouti à en identifier quatre : le contrôle de la légalité, le contrôle juridictionnel sur demande des concurrents, le contrôle financier et le contrôle pénal, ces deux dernières catégories étant souvent considérées comme liées.

Les insuffisances du contrôle de la légalité n'ont pas suscité des débats, le constat étant unanimement partagé et documenté.

Pour mémoire, le rapport de la Commission des finances du Sénat présenté le 9 juillet 2025 fait état du nombre d'actes transmis annuellement au niveau national qui serait passé de 5,15 à 7,72 millions, dont la moitié concerne les trois domaines prioritaires du contrôle de légalité (commande publique, fonction publique territoriale et urbanisme), et ce malgré une politique de réduction des actes obligatoirement transmissibles. Dans ce contexte, le taux de contrôle était de 20,6 % en 2015, et de 19,6 % pour l'année 2024 et, spécifiquement pour les axes prioritaires, il est passé de 89 % en 2015 à 83 % en 2024<sup>2</sup>. Il est en outre spécifiquement souligné que « lors de ses déplacements, la rapporteure spéciale a en effet pu constater l'abandon de pans entiers du contrôle de légalité dans certains territoires, notamment dans le domaine prioritaire de la commande publique, faute d'effectifs suffisants et formés en matière de commande publique »<sup>3</sup>.

L'insuffisance du contrôle juridictionnel a été identifiée dans ses origines mêmes, en ce que ce contrôle relève de la sphère du *private enforcement* ce qui induit nécessairement une stratégie contentieuse (voire non-contentieuse) des opérateurs, guidée par des considérations autres que la conformité légale et réglementaire. En effet, un opérateur économique prend la décision de déclencher le contrôle par le juge en tenant compte de ses propres intérêts et notamment de la « relation commerciale » qu'il entretient avec l'acheteur. L'absence d'un contrôle davantage centralisé a été regrettée et appuyée par des statistiques qui rapporteraient environ 700 référés précontractuels annuels, ce qui au regard du nombre des contrats passés est peu.

Si les contrôles financier et pénal ont été considérés comme efficaces dans le rôle de susciter la crainte de la sanction, ils ont également essuyé plusieurs reproches, notamment au regard du caractère stigmatisant de ces contrôles, notamment celui exercé par la chambre des contentieux de la Cour des comptes, mais également à cause de la non-spécialisation des Chambres régionales des comptes (dont les rapports sont pour autant particulièrement craints pour leurs effets politico-médiatiques) et des juridictions pénales (dont les sanctions peuvent, pour autant, être très sévères).

2. « Des contrôles de légalité et budgétaire annoncés prioritaires : comment passer de la parole aux actes », Rapp. n° 843 (2024-2025), d'information disponible en ligne : [www.senat.fr/notice-rapport/2024/r24-843-notice.html](http://www.senat.fr/notice-rapport/2024/r24-843-notice.html).

3. Rapp. n° 843 (2024-2025), p. 28.

## 2. Apports des expériences comparées

3 - Parmi les expériences comparées évoquées, deux ont été particulièrement développées : l'expérience canadienne et l'expérience italienne.

En amont de ces deux cas, l'action « *Qui Tam* »<sup>4</sup> à l'américaine a été évoquée par le professeur Richer en guise de contre-exemple.

Concernant l'exemple canadien, il consiste en la création d'une Autorité des marchés publics, aux pouvoirs assez larges. Cette entité centrale assure notamment une veille permanente, pratique le « *name & shame* » et peut même interrompre une procédure de passation d'un marché public en cas de constat de violation des règles.

Elle fonctionne principalement avec un processus de plainte, pouvant être déposée par toute personne ou entreprise intéressée qui considère que les documents de la consultation ou le processus d'attribution d'un contrat ne respectent pas les règles en vigueur. La plainte doit, dans ce cas, être précédée par une démarche auprès de l'acheteur concerné. Elle peut avoir pour effet, le report de la date limite de réception des soumissions afin de permettre à l'Autorité d'effectuer les vérifications requises et de rendre une décision. Le principal intérêt de ce mécanisme est donc la prévention des atteintes à la concurrence (alors que les mécanismes français se limitent à leur sanction).

L'Autorité peut également recevoir des renseignements fournis de manière anonyme, ce qui constitue une réponse pertinente aux craintes des opérateurs économiques des conséquences d'un contentieux ouvert avec un acheteur.

Si l'exemple canadien a été assez unanimement apprécié comme l'illustration d'un contrôle en faveur de la concurrence, l'exemple italien a suscité plus de débats. En effet, le contrôle de la qualité d'« acheteur » ayant conduit à la réduction du nombre des personnes publiques pouvant prétendre à cette qualité devrait certes permettre de lutter contre la corruption (et donc favoriser la concurrence) mais risque aussi de conduire à une concentration de l'achat public (à l'instar des centrales d'achat) et, par conséquent, réduire la concurrence.

## 3. Piste du contrôle interne

4 - Le contrôle interne à certains opérateurs (autocontrôle) ou certaines branches d'achat public a suscité un large intérêt et fut considéré comme une piste pertinente pour que le contrôle puisse stimuler la concurrence.

Plusieurs acheteurs seraient déjà dotés d'autorités internes, dotées d'un pouvoir consultatif voire d'émettre des avis conformes sur les procédures de passations des marchés à venir.

La pratique des guides internes, avec l'identification d'un responsable des achats va dans le même sens et différents degrés d'un tel autocontrôle peuvent être instaurés. Le bénéfice de cette pratique paraît croître avec la taille de l'acheteur concerné, les grandes structures pouvant présenter le défaut de cloisonnement et morcellement des pratiques d'achat.

Le contrôle dans le secteur autoroutier offre également une illustration pertinente. L'Autorité de régulation des transports est, dans ce cadre, investie d'un pouvoir étendu<sup>5</sup>. Elle peut ainsi saisir les juridictions en cas de violation par les sociétés privées concessionnaires du réseau autoroutier des règles de publicité et de mise en concurrence. Elle exerce également un contrôle sur les projets de contrats et d'ave-

4. *Qui Tam* Action : procédure de « lanceur d'alerte » rémunérée.

5. Cadre issu de la L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et ses décrets d'application du 1<sup>er</sup> mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes et du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

nants qui doivent lui être transmis par les concessionnaires en amont de leur signature. Elle approuve, enfin, les règles internes de fonctionnement des commissions des marchés publics que les concessionnaires autoroutiers doivent mettre en place.

Ces exemples, bien que pertinents, interrogent cependant sur la capacité des acheteurs à les dupliquer et l'intérêt de multiplier les niveaux de contrôle.

De cette réflexion collective 6 pistes concrètes pour que le contrôle permette d'intensifier la concurrence ont émergé :

- renforcer le rôle de l'Autorité de la concurrence, dont le rôle demeure limité compte tenu notamment de la nature de ses pouvoirs et de ses modalités de saisine ;
- créer une Autorité des marchés publics, suivant l'expérience canadienne ou celle, similaire de la Pologne
- renforcer les contrôles internes ou inter-branche avec un rôle qui pourrait être joué par les Autorités administratives indépendantes ;
- améliorer la maîtrise de la matière par les juridictions pénales et les Chambres régionales des comptes et distinguer, pour ces der-

nières, ce qui relève de l'avis sur la régularité et ce qui relève de l'avis sur la bonne gestion ;

- instaurer un rôle consultatif des juridictions administratives concernant le domaine de la commande publique afin qu'elles éclairent les « *autorités secondaires* » non spécialisées ;
- faire évoluer l'approche des juridictions administratives afin que les opérateurs économiques trouvent un sens à les saisir, notamment sur la question de la lésion (mais sans pour autant remettre totalement en cause les apports de la jurisprudence SMIRGEOMES<sup>6</sup>).

En somme, un beau programme, en complément des évolutions attendues par tous de la réforme des directives européennes. ■

6. CE, 3 oct. 2008, n° 305420, SMIRGEOMES, publié au Recueil : JCP A 2008, act. 878, M.-C. Rouault ; JCP A 2008, 2262, F. Linditch ; JCP A 2022, 40005, comm. F. Linditch ; Dr. adm. 2008, comm. 154, B. Bonnet et A. Lalanne ; RJE 2009, comm. 8, F. Brenet ; Procédures 2008, comm. 346, S. Deygas.

## 2092 Conclusion : agir sur le marché

Laurent RICHER,  
professeur émérite (université Paris I)

**L'intensification de la concurrence doit composer avec d'autres objectifs d'intérêt général ; elle passe par la stimulation du marché dans le respect d'un principe de proportionnalité.**

**I** - Les premières directives européennes sur les marchés publics, dont Isabelle Hasquenoph a rappelé l'historique, visaient la concurrence la plus large possible. En 2023 un auteur affirme : « *The general principle of competition is dead* »<sup>1</sup>. Cette affirmation provocatrice repose sur un double constat.

En premier lieu, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est référée qu'une fois depuis 2014 à un « *principe de concurrence effective* »<sup>2</sup>. En second lieu, l'article 18, § 1 de la directive 2014/24 énonce qu'« *un marché ne peut être conçu dans l'intention de [...] limiter artificiellement la concurrence* », ce qui ne constitue pas véritablement la consécration d'un principe.

Toutefois, le débat sur l'existence d'un principe reste de portée limitée, car personne ne nie que, même s'il n'existe pas de principe général, les règles de passation ont pour finalité d'assurer une concurrence effective.

Dans les faits, la Cour des comptes de l'Union européenne a constaté une insuffisance de concurrence consistant en une diminu-

tion du nombre de candidats. D'où la question de savoir comment intensifier la concurrence, qui a fait l'objet du colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics.

Les réflexions menées au cours des ateliers puis de la journée de colloque ont porté sur la relation entre la commande publique et le marché, mais il est aussi apparu que le renforcement de la concurrence n'est pas le seul objectif d'intérêt général.

### 1. La concurrence mise en perspective

**2** - Comme l'a rappelé Carine Staropoli, rendre obligatoire la mise en concurrence n'est pas assurer la concurrence. Cela renvoie à la distinction faite par Claude Lucas de Leyssac entre concurrence et compétition<sup>3</sup>, ou encore à la fameuse formule du philosophe anglais Michael Oakeshott selon laquelle « *on peut apprendre à cuisiner ou à naviguer non pas en étudiant des livres de recettes ou des manuels de navigation, mais en s'initiant auprès d'un cuisinier ou d'un marin* »<sup>4</sup>.

1. Trygve Gudmund Harlem Losnedahl, The general principle of compe : on is dead : Public Procurement Law Review, 2023, p. 85.  
2. CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20, Cne Lerici : Europe 2022, comm. 235, P. Bruyas ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 227, H. Hoepffner.

3. C. Lucas de Leyssac, Concurrence et compétition : D. 2004, p. 1723.  
4. M. Oakeshott, Rationalism in Politics, 1947, in Rationalism in Politics and Other Essays : Methuen, 1962, p. 15.

nants qui doivent lui être transmis par les concessionnaires en amont de leur signature. Elle approuve, enfin, les règles internes de fonctionnement des commissions des marchés publics que les concessionnaires autoroutiers doivent mettre en place.

Ces exemples, bien que pertinents, interrogent cependant sur la capacité des acheteurs à les dupliquer et l'intérêt de multiplier les niveaux de contrôle.

De cette réflexion collective 6 pistes concrètes pour que le contrôle permette d'intensifier la concurrence ont émergé :

- renforcer le rôle de l'Autorité de la concurrence, dont le rôle demeure limité compte tenu notamment de la nature de ses pouvoirs et de ses modalités de saisine ;
- créer une Autorité des marchés publics, suivant l'expérience canadienne ou celle, similaire de la Pologne
- renforcer les contrôles internes ou inter-branche avec un rôle qui pourrait être joué par les Autorités administratives indépendantes ;
- améliorer la maîtrise de la matière par les juridictions pénales et les Chambres régionales des comptes et distinguer, pour ces der-

nières, ce qui relève de l'avis sur la régularité et ce qui relève de l'avis sur la bonne gestion ;

- instaurer un rôle consultatif des juridictions administratives concernant le domaine de la commande publique afin qu'elles éclairent les « *autorités secondaires* » non spécialisées ;
- faire évoluer l'approche des juridictions administratives afin que les opérateurs économiques trouvent un sens à les saisir, notamment sur la question de la lésion (mais sans pour autant remettre totalement en cause les apports de la jurisprudence SMIRGEOMES<sup>6</sup>).

En somme, un beau programme, en complément des évolutions attendues par tous de la réforme des directives européennes. ■

6. CE, 3 oct. 2008, n° 305420, SMIRGEOMES, publié au Recueil : JCP A 2008, act. 878, M.-C. Rouault ; JCP A 2008, 2262, F. Linditch ; JCP A 2022, 40005, comm. F. Linditch ; Dr. adm. 2008, comm. 154, B. Bonnet et A. Lalanne ; RJE 2009, comm. 8, F. Brenet ; Procédures 2008, comm. 346, S. Deygas.

## 2092 Conclusion : agir sur le marché

Laurent RICHER,  
professeur émérite (université Paris I)

**L'intensification de la concurrence doit composer avec d'autres objectifs d'intérêt général ; elle passe par la stimulation du marché dans le respect d'un principe de proportionnalité.**

**I** - Les premières directives européennes sur les marchés publics, dont Isabelle Hasquenoph a rappelé l'historique, visaient la concurrence la plus large possible. En 2023 un auteur affirme : « *The general principle of competition is dead* »<sup>1</sup>. Cette affirmation provocatrice repose sur un double constat.

En premier lieu, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est référée qu'une fois depuis 2014 à un « *principe de concurrence effective* »<sup>2</sup>. En second lieu, l'article 18, § 1 de la directive 2014/24 énonce qu'« *un marché ne peut être conçu dans l'intention de [...] limiter artificiellement la concurrence* », ce qui ne constitue pas véritablement la consécration d'un principe.

Toutefois, le débat sur l'existence d'un principe reste de portée limitée, car personne ne nie que, même s'il n'existe pas de principe général, les règles de passation ont pour finalité d'assurer une concurrence effective.

Dans les faits, la Cour des comptes de l'Union européenne a constaté une insuffisance de concurrence consistant en une diminu-

tion du nombre de candidats. D'où la question de savoir comment intensifier la concurrence, qui a fait l'objet du colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics.

Les réflexions menées au cours des ateliers puis de la journée de colloque ont porté sur la relation entre la commande publique et le marché, mais il est aussi apparu que le renforcement de la concurrence n'est pas le seul objectif d'intérêt général.

### 1. La concurrence mise en perspective

**2** - Comme l'a rappelé Carine Staropoli, rendre obligatoire la mise en concurrence n'est pas assurer la concurrence. Cela renvoie à la distinction faite par Claude Lucas de Leyssac entre concurrence et compétition<sup>3</sup>, ou encore à la fameuse formule du philosophe anglais Michael Oakeshott selon laquelle « *on peut apprendre à cuisiner ou à naviguer non pas en étudiant des livres de recettes ou des manuels de navigation, mais en s'initiant auprès d'un cuisinier ou d'un marin* »<sup>4</sup>.

1. Trygve Gudmund Harlem Losnedahl, *The general principle of compe : on is dead* : Public Procurement Law Review, 2023, p. 85.  
2. CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20, Cne Lerici : Europe 2022, comm. 235, P. Bruyas ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 227, H. Hoepffner.

3. C. Lucas de Leyssac, *Concurrence et compétition* : D. 2004, p. 1723.  
4. M. Oakeshott, *Rationalism in Politics*, 1947, in *Rationalism in Politics and Other Essays* : Methuen, 1962, p. 15.

Pourquoi faut-il intensifier la compétition ou, en d'autres termes, la concurrence effective ? Cela paraît relever de l'évidence : c'est parce que le libre exercice des « *forces du marché* » permet à l'acheteur d'obtenir la meilleure offre au meilleur prix. À ce postulat libéral s'ajoute la vertu de la transparence qui permet de lutter contre ce que Dubois-Aymé appelait en 1830, les opérations « *sous le manteau de la cheminée* », c'est-à-dire la corruption.

Mais d'autres considérations d'intérêt général interviennent qui vont dans le sens de la restriction de la concurrence, ce qui pose le problème de savoir s'il faut réaliser une conciliation entre ces considérations et la concurrence ou faire prévaloir la concurrence.

On mentionnera d'abord les externalités et les coûts de transaction et, ensuite les considérations de politique, ce qui amène à la question des contrôles.

### A. - Externalités et coûts de transaction

3 - La prise en compte des externalités environnementales et sociales conduit à une définition du besoin qui restreint l'accès à la commande publique. La conciliation avec l'exigence concurrentielle est, ainsi que l'a relevé Olivier Guezou, opérée par la définition d'un cadre qui, pour le moment, consiste seulement à exiger un rapport entre le critère ou la condition et l'objet du contrat, mais ce rapport n'est pas toujours facile à définir.

Est également prise en considération la charge administrative ; il s'agit de respecter ce qu'Olivier Guezou a appelé une « *adéquation concurrentielle* ». À cet égard, le premier atelier, dont Sylvain Salles a synthétisé les travaux, a réfléchi à la possibilité d'apporter une simplification consistant à permettre le remplacement d'un opérateur économique défaillant sans mise en concurrence ou selon une procédure simplifiée.

### B. - Considérations de politique

4 - Il peut s'agir de politique internationale.

On pense ici au dispositif mis en place par l'UE pour inciter les États tiers à négocier des accords de libre-échange. Sujet qui est resté en marge du colloque. Il arrive aussi que la Commission européenne « *panse l'éponge* » sur des manquements à la concurrence en clôturant une procédure en manquement pour des motifs politiques, pour mettre fin à l'affrontement avec un État. Dans les années récentes cela s'est produit pour la procédure contre la Hongrie concernant l'attribution sans mise en concurrence du marché de construction d'une centrale nucléaire à une entreprise russe<sup>5</sup> et pour la procédure contre la France à propos des concessions d'énergie hydro-électrique<sup>6</sup>.

La politique locale tient une place importante. En dessous des seuils de 90 000 € et (pour les travaux) de 100 000 €, ce n'est un secret pour personne que les collectivités locales considèrent qu'il est légitime de pratiquer le « *retour géographique* »<sup>7</sup>. Ce type de préférence locale est, sauf exception, illégal. Faudrait-il aligner le droit sur le fait ?

Il existe aussi une politique jurisprudentielle, dont la dominante au cours des dernières années a été la « *stabilisation des contrats* »<sup>8</sup>, ce qui amène à la question du contrôle.

5. La CJUE a jugé que la décision d'aide reconnaissant la validité de la procédure était insuffisamment motivée (CJUE 11 septembre 2025 République d'Autriche, aff. C-59/23 P : Europe 2025, comm. 347, L. Idot ; Énergie - Env. - Infrastr. 2025, comm. 125, F. Youta). Auparavant, des documents internes de la Commission concluant à l'irrégularité du contrat avaient été diffusés sur internet.

6. Communiqué du Premier ministre (Bayrou) du 28 août 2025.

7. Terminologie employée par l'Agence spatiale européenne (où cette pratique est de plus en plus remise en cause).

8. Pour reprendre le titre de la thèse de Stéphanie Douteaud « La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité » (LGDJ, 2021).

### C. - Concurrence et contrôles

5 - Il a été relevé, notamment par Pierre Levallois, que les contrôles relevant du droit de la commande publique, tels le référé précontractuel et les autres recours au juge administratif n'ont guère d'effet dissuasif et que le contrôle de légalité par le préfet est très peu présent.

Les seuls contrôles redoutés sont ceux des chambres régionales des comptes et du juge répressif. Mais dans les deux cas sont émises des critiques, qui ont été rappelées par Anna-Maria Podlinski, rapportant sur les travaux du troisième atelier.

Les CRC font parfois preuve d'une mauvaise connaissance du droit de la commande publique et, comme nul ne l'ignore, la Cour de cassation a fait prévaloir une conception contestable de l'élément intentionnel du délit de « *favoritisme* ». Un besoin de formation d'une part, de réforme de l'autre se fait donc sentir.

En fin de compte, les meilleurs contrôles sont peut-être les contrôles internes.

A aussi été évoquée l'éventualité de la création d'une autorité de la commande publique. Dans plusieurs États européens existent des autorités des marchés publics et des concessions qui exercent des fonctions d'assistance, de contrôle et, parfois, de règlement des litiges. Il ne serait pas inintéressant de mener une recherche comparative pour tester l'éventuel intérêt d'une telle création, même si, ainsi que l'a observé Carine Staropoli, le contrôle n'est pas forcément vecteur de concurrence.

Reste donc à explorer les vecteurs de concurrence, qui sont dirigés vers le marché ou les marchés pertinents.

## 2. La stimulation des marchés

6 - Comme Olivier Guezou l'a rappelé, la demande de l'acheteur ou du concédant crée un marché. Le marché pertinent est le marché de la procédure de passation. Mais il existe aussi, à l'évidence, un marché du bien ou du service indépendant de tout achat public, que Jean-François Lafaix a dénommé le marché général et extérieur. De la sorte on peut distinguer le marché existant et le marché créé, ou encore *ex ante* et *ex post*. Sur le premier marché l'intensification de la concurrence passe par des mesures générales, sur le second par des initiatives de l'organisme adjudicateur.

### A. - Sur le marché *ex ante*

7 - Il s'agit ici pour le droit de la commande publique d'agir sur la structure du marché par des règles générales. Ainsi faciliter l'accès des PME a pour effet de multiplier le nombre de compétiteurs et par conséquent de stimuler la concurrence. Toutefois il faut distinguer deux types de mesures en faveur des PME. Un premier type de mesures consiste à attribuer des droits de préférence sur le modèle du *Small business Act* des États-Unis. Cette méthode n'a pas pour effet d'augmenter la pression concurrentielle et pour le moment elle n'est pas d'actualité, sauf à ce qu'un SBA européen soit adopté au niveau de l'Union ce qui supposerait de modifier les conditions d'adhésion à l'AMP. L'autre méthode consiste à prendre des mesures de portée générale qui bénéficient aussi bien aux PME qu'aux autres entreprises comme le développement de l'allotissement ou des groupements d'entreprise.

Florence Grosse a également insisté sur les problèmes de trésorerie. La question des délais de paiement est tout à fait fondamentale, or, en dépit des réglementations successives. Les délais de paiement des collectivités publiques restent parfois trop longs. Il est aussi important de proportionner la surface financière de l'entreprise et l'importance du marché.

Sont évidemment directement en rapport avec l'ouverture à la concurrence, les motifs d'exclusion.

Le rapporteur des travaux du premier atelier, Sylvain Salles, a rappelé le débat entre ceux qui veulent plus de motifs d'exclusion et ceux qui estiment nécessaire d'en supprimer. On peut notamment s'interroger sur l'existence de motifs qui sont sans aucun rapport avec la commande publique. Également se pose la question du *selfcleaning*. À l'heure actuelle c'est à l'acheteur qu'il revient d'apprécier si les mesures prises par l'opérateur économique sont suffisantes, ce qui est loin d'être la solution la plus satisfaisante. Enfin, au nombre des souhaits rappelés par Clarisse David, rapportant sur les travaux du deuxième atelier, figure celui de créer une carte d'identité européenne des opérateurs économiques.

## B. - Sur le marché *ex post*

8 - L'acheteur ou le concédant sont, ainsi que l'a rappelé Olivier Guezou, libre de créer ou non ce marché. C'est ce qu'énonce l'article L. 1 du Code de la commande publique, selon lequel « *les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ».

Une fois le marché créé, il constitue le marché pertinent sur lequel s'exerce le contrôle des ententes et exploitation abusive de position dominante.

Benoît Dupuis a insisté sur l'importance de la formation des acheteurs à la détection de ces pratiques. À cet égard, les indicateurs qui ont été rappelés par Karine Staropoli sont très utiles mais l'information reste tout de même insuffisante.

En effet, Alexandra Podlinski a insisté sur le fait qu'il est extrêmement compliqué de détecter une pratique anticoncurrentielle à l'échelle d'un seul marché. Sont nécessaires des échanges d'information – peu pratiqués – ou, mieux, la centralisation des informations sur une plate-forme.

Pourrait également être envisagée la création d'un référé concurrentiel et un renforcement des sanctions par exemple en prévoyant une exclusion des marchés pour 5 ans. Par ailleurs, ainsi que l'a fait valoir Pierre Levallois, le développement du *private enforcement* concourt efficacement au respect des règles de la concurrence.

Florence Grosse a insisté sur la responsabilité de l'acheteur.

D'abord, l'attrait pour les entreprises peut résulter des choix de procédure : la procédure négociée est plus attractive que l'appel d'offres, un cahier des charges fonctionnel est de nature à augmenter la concurrence, de même que le recours aux variantes (ce qui pourrait amener à faire de l'admission de celles-ci, dans le silence du règlement de consultation, le principe).

Ensuite, il revient à l'acheteur de définir le besoin de manière à simuler la concurrence.

Cela ne consiste pas seulement à respecter les interdictions, par exemple celle de ne pas se référer à des marques. Il faut tenir compte des caractéristiques du marché, d'où l'importance du sourçage, ne pas exiger des références inadaptées, ne pas avoir recours à des prestations faisant l'objet de droit exclusif inutilement, ne pas insérer des clauses sociales incompatibles avec le type d'emploi requis, etc.

L'idée générale qui se dégage est, en fin de compte, une exigence de proportionnalité. ■