



SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Sous la direction de :
F. Lichère, F. Melleray et E. Muller

RAPPORT
JANVIER
2026

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon 3 grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

Statut des biens dans les contrats publics, 2025

Répartition et traitement des risques dans la commande publique, 2024

Digitalisation de la commande publique, 2023

Modification des contrats de la commande publique, 2023

Environnementalisation des marchés publics, 2022

Prévention de la corruption et contrats publics, 2022

Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics, 2021

Crise sanitaire et contrats publics, 2021

Chroniques

L'Essentiel du droit de la commande publique dans la Newsletter

Chronique semestrielle de jurisprudence de droit européen comparé des contrats publics, BJCP

Pour suivre les activités de la Chaire en ligne

Site internet

<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

LinkedIn

<https://www.linkedin.com/company/chairedcp/>



□

SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

□

Sous la direction de :
F. Lichère, F. Melleray et E. Muller

RAPPORT
JANVIER
2026

**SOUS LA DIRECTION DES PR. FRANÇOIS LICHÈRE,
FABRICE MELLERAY ET ÉTIENNE MULLER**

AVEC LES CONTRIBUTIONS D'ALICE LASSALE, ROSALIE LE MOING
ET CÉDRIC BERNARD, CHERCHEURS À LA CHAIRE DE DROIT DES
CONTRATS PUBLICS

* * * * *

Ce rapport a été codirigé par le directeur François Lichère, professeur agrégé de droit public, et Fabrice Melleray et Étienne Muller, professeurs agrégés de droit public, membres du comité scientifique de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3.

Ce rapport a été rédigé par les chercheurs de la Chaire grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire et des participants aux enquêtes de terrain.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

Date : Janvier 2026.

L'ensemble des photographies du rapport proviennent de : Adobe Stock, 2026.

REMERCIEMENTS

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours de l'année universitaire 2025-2026 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de 21 acteurs du droit des contrats publics lors d'entretiens, et de 1 109 grâce à des sondages en ligne.

À ce titre, les participants aux 21 entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer. Les juristes ayant participé au questionnaire en ligne sont également chaleureusement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

La direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances est également remerciée pour sa participation à l'élaboration du questionnaire du sondage en ligne, ainsi qu'à son relai auprès des acteurs du droit de la commande publique.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent, notamment, le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions, par ailleurs, l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialement la Professeure Hélène HOEPPFNER, ainsi que l'Université Paris-Dauphine et particulièrement Arnaud RAYNOUARD d'avoir organisé avec nous une réunion présentant l'avancement des recherches pour le présent rapport en juillet 2025, et un séminaire de discussion en novembre 2025 autour de notre projet de recommandations, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

SOMMAIRE

Synthèse du rapport..... 18

INTRODUCTION..... 18

MÉTHODOLOGIE DE L'ÉTUDE..... 20

Enquête qualitative : 21 entretiens.....20

Enquête quantitative : 657 participations21

SYNTHÈSE GÉNÉRALE DES RÉSULTATS..... 22

Définition de la simplification.....22

Bilan des mesures positives de simplification22

Analyse des mesures prospectives.....23

PRÉSENTATION DU PLAN DU RAPPORT..... 24

Partie 1 : État du droit et de la doctrine 28

INTRODUCTION..... 28

SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE SIMPLIFICATION DU DROIT 34

§I. La simplification du droit : une notion en quête de définition 34

§II. La simplification du droit, un remède à sa complexité 36

A. L'irréductible complexité du droit36

B. La complexité malade du droit41

§III. La définition positive fonctionnelle 47

A. La simplification organique48

B. La simplification formelle.....52

1. La consolidation des textes52

2. L'allègement des formalités administratives55

3. La réforme des procédures juridictionnelles58

C. La simplification substantielle du droit.....59

1. La réglementation ou la précision du régime juridique59

2. Le renforcement de la sécurité juridique.....61

3. La mise en conformité du droit interne.....66

§IV. Les éléments exclus de la définition 68

SECTION 2 : LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE 72

§I. Au stade de la passation 72

A. L'harmonisation relative des procédures de passation.....74

1. L'essai d'harmonisation des règles applicables aux différentes procédures74

2.	La réduction mineure du nombre de procédures de passation des marchés publics	76
B.	L'allègement minime des formalités résultant des procédures de passation	80
1.	Les allègements bénéfiques aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques	80
2.	Les allègements à destination des opérateurs économiques	86
C.	Le maintien d'une incertitude source de complexité	89
§II.	Au stade de l'exécution	93
A.	L'exécution financière des contrats	93
B.	L'exécution du contrat par des tiers	96
1.	La sous-traitance	96
2.	La sous-concession	99
C.	La modification des contrats	101
D.	La résiliation des contrats	104
§III.	Au stade contentieux	106
A.	La rationalisation inachevée des voies de droit	106
B.	L'unification avortée des compétences juridictionnelles	109

Partie 2 : Synthèse des entretiens..... 116

INTRODUCTION	116
SECTION 1 : L'APPROCHE PRATIQUE DE L'IDENTIFICATION DE LA SIMPLIFICATION ET DE SES ENTRAVES	119
§I. Le regard des praticiens sur la définition de la notion de simplification du droit de la commande publique	119
§II. Le regard des praticiens sur les facteurs de complexité du droit de la commande publique	129
SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	138
§I. Les mesures transversales	139
A. La codification	140
B. La jurisprudence	143
C. La digitalisation	144
§II. Au stade de la passation	146
A. Le rehaussement des seuils	146
B. La dérogation à l'intangibilité des groupements	150
C. Le DUME	153
D. Les autres mesures de simplification de la passation	154
§III. Au stade de l'exécution	155
SECTION 3 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES PROSPECTIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	162
§I. Les mesures transversales	162
§II. Au stade de la passation	168

§III. Au stade de l'exécution	175
§IV. Au stade du contentieux	177
§V. Propositions isolées	181

Partie 3 : Synthèse des sondages..... 186

INTRODUCTION	186
---------------------------	------------

SECTION 1 – LE REGARD DES PRATICIENS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	190
--	------------

§I. Le regard des sondés sur la définition positive de la simplification du droit de la commande publique	194
--	------------

A. La perception contrastée de la simplification du droit de la commande publique	195
1. L'a priori négatif de la simplification du droit de la commande publique	196
2. Le renforcement souhaité de la simplification du droit de la commande publique	198
3. La nécessité de la simplification du droit de la commande publique	200
4. La nature réalisable de la simplification du droit de la commande publique	201
5. La professionnalisation des acteurs et simplification du droit de la commande publique	203
B. Les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique	204
1. Les divergences entre souplesse et sécurisation	204
2. La responsabilisation des autorités contractantes en demi-teinte	220
3. La recherche d'un équilibre	221
4. L'efficacité du droit de la commande publique	224
5. La réévaluation des normes existantes	227
6. L'évolution du nombre de normes	230
7. Les principes fondamentaux de la commande publique	235
8. La diminution du risque	236
9. La définition du besoin	237
10. L'amélioration des relations et de l'exécution des contrats	238
C. Les composantes liées à l'évolution du contenu des normes	239
1. L'allègement du formalisme administratif	239
2. La facilitation de l'accès à la commande publique	245
3. La lisibilité des procédures et des pratiques	247
4. Le degré variable d'harmonisation des règles et des outils	249
5. La réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats	254
6. L'assouplissement du recours à la négociation	255
7. L'assouplissement des procédures ou des techniques d'achat	257
8. Les seuils	259
D. Les outils de simplification du droit de la commande publique	260
1. Les modalités de création et de rédaction des normes	261

2.	Les sources des normes de simplification	261
3.	La perception nuancée de la simplification par la codification.....	263
4.	Le renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique...	265
5.	La simplification des outils de la commande publique.....	272

§II. Les facteurs de complexité du droit de la commande publique identifiés par les sondés273

A.	Les facteurs « croisés »	274
1.	La multiplication des objectifs assignés à la commande publique.....	276
2.	L'inflation normative.....	280
3.	Le formalisme	285
4.	La surtransposition des directives européennes	294
5.	L'existence de plusieurs niveaux normatifs	296
6.	La multiplicité des procédures de passation.....	309
7.	La jurisprudence	314
B.	Les facteurs « spontanés »	316
1.	Le manque de clarté et de lisibilité des textes.....	317
2.	L'inaccessibilité des règles de droit	322
3.	L'inadaptation des règles à la pratique.....	323
4.	La rigidité des règles.....	325
5.	Le facteur humain et le manque de formation.....	327
6.	La définition du besoin et le sourcing.....	331
7.	L'analyse des candidatures et des offres	332
8.	Le suivi et l'exécution financière des contrats	333

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE335

§I. Les évolutions simplificatrices récentes spontanément relevées par les sondés336

A.	L'absence de simplification récente relevée par plusieurs sondés.....	337
B.	La reconnaissance majoritaire d'un mouvement de simplification	338

§II. L'évaluation par les sondés d'une sélection de mesures simplificatrices.....348

A.	La reconnaissance d'un mouvement de simplification par les sondés.....	348
B.	L'analyse approfondie des résultats pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques.....	357
1.	L'adoption du Code de la commande publique	358
2.	La structure du Code de la commande publique.....	360
3.	La réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique.	362
4.	Le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros	365
5.	L'augmentation du taux des avances à 30 %.....	373
6.	La suppression de la borne de fin de remboursement des avances.....	375
7.	L'abaissement de la retenue de garantie à 3 %	377
8.	La constitution et la modification des groupements avant la signature du marché	379

SECTION 3 : LES ATTENTES DES PRATICIENS EN MATIÈRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....383**§I. L'unification du contentieux de la commande publique384**

A. Les vertus simplificatrices de l'unification du contentieux 384

B. Les limites à l'unification du contentieux 389

§II. La réduction du nombre de procédures de passation393

A. Les vertus simplificatrices de la réduction du nombre de procédures 393

B. L'inefficacité d'une réduction du nombre de procédures 399

§III. La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs.....402**§IV. La généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens.....406****§V. La clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros .409****§VI. La réinstauration du marché public simplifié.....419****§VII. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures.....422****§VIII. La réduction du nombre de normes.....425****Partie 4 : Propositions de recommandations.....435****§I. La réduction du nombre de normes435****§II. Les exigences applicables aux marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence préalables.....437****§III. Harmoniser les supports de publication pour l'ensemble des marchés publics entre les seuils de procédure adaptée et les seuils européens.....440****§IV. Le contrôle des pièces justificatives444****Bibliographie.....452****§I. Le concept de simplification du droit.....452**

A. Ouvrages généraux..... 452

B. Articles et contributions 453

C. Autres (rapports, études, dossiers etc.) 457

§II. La simplification du droit de la commande publique458

A. Ouvrages généraux..... 458

B. Articles et contributions 458

C. Autres (dossiers etc.) 465

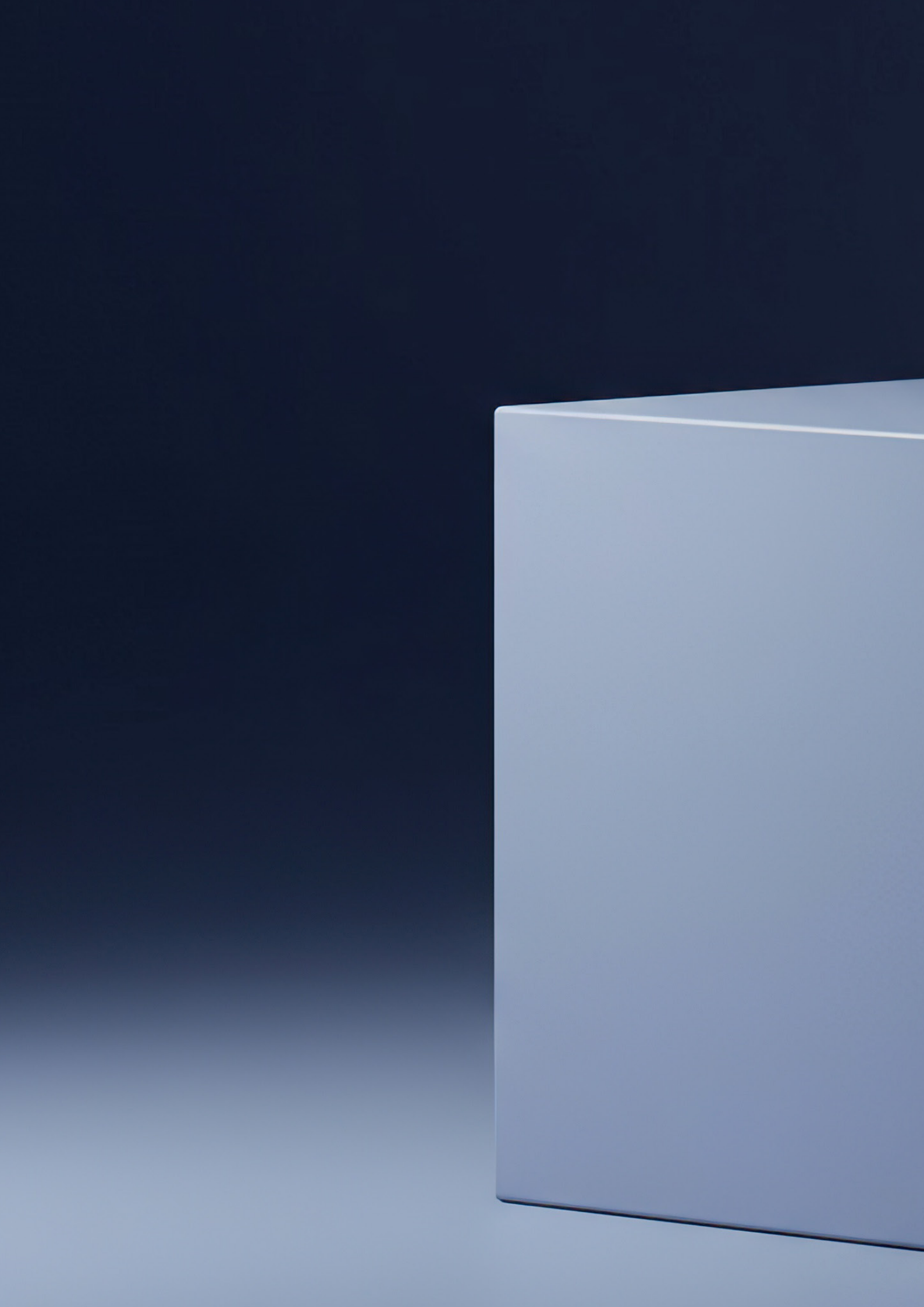
LISTE DES FIGURES

Figure 0.01	Dates des entretiens
Figure 2.01	Dates des entretiens
Figure 2.02	Profil des interviewés
Figure 3.01	Panel des répondants au sondage
Figure 3.02	Répartition par catégorie des autorités contractantes sondées
Figure 3.03	Répartition des opérateurs économiques sondés en fonction du nombre de personnes employées
Figure 3.04	Répartition par structures conseillées des avocats sondés
Figure 3.05	Éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique spontanément identifiés par les sondés
Figure 3.06	Perception du degré de réalisation de la simplification du droit de la commande publique spontanément fournie par certains sondés
Figure 3.07	Comparatif sommaire entre la perception spontanée de la simplification du droit de la commande publique des sondés et leurs réponses à des questions fermées relatives aux caractères nécessaire et réalisable de la simplification
Figure 3.08	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre souplesse, sécurisation et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.09	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre assouplissement normatif et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.10	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre clarification des normes et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.11	Comparatif sommaire des réponses des sondés s'agissant des liens entre stabilité des normes et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.12	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre sécurité juridique et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.13	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre recherche d'un équilibre et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.14	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre efficacité et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.15	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre évolution du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.16	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre réduction du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.17	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre allègement du formalisme administratif et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.18	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre facilitation de l'accès à la commande publique et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.19	Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique

Figure 3.20	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses aux questions fermées s'agissant des liens entre harmonisation/uniformisation et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.21	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre sources des normes et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.22	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre accompagnement des acteurs et simplification du droit de la commande publique
Figure 3.23	Tableau comparatif des réponses au questionnaire à choix multiples relatif aux facteurs de complexité du droit de la commande publique
Figure 3.24	Graphique comparatif des réponses des sondés au questionnaire à choix multiples relatif aux facteurs de complexité du droit de la commande publique
Figure 3.25	Tableau comparatif des réponses relatives à « <i>la multiplication des objectifs assignés à la commande publique</i> » par catégorie de sondés
Figure 3.26	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>la multiplication des objectifs assignés à la commande publique</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.27	Tableau comparatif de réponses relatives à l'« <i>inflation normative</i> » par catégorie de sondés
Figure 3.28	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>l'inflation normative</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.29	Comparatif des réponses des sondés et des interviewés relatives à l'inflation normative
Figure 3.30	Répartition proportionnelle des réponses des sondés sur l'origine du formalisme
Figure 3.31	Tableau comparatif de réponses relatives au « <i>formalisme exigé par la pratique</i> »
Figure 3.32	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>le formalisme exigé par la pratique</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.33	Tableau comparatif de réponses relatives au « <i>formalisme exigé par les textes</i> »
Figure 3.34	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>le formalisme exigé par les textes</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.35	Tableau comparatif de réponses relatives la « <i>surtransposition des directives européennes</i> »
Figure 3.36	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>la surtransposition des directives européennes</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.37	Tableau comparatif de réponses relatives à l'« <i>existence de plusieurs niveaux normatifs</i> »
Figure 3.38	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>l'existence de plusieurs niveaux normatifs</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.39	Répartition proportionnelle entre les réponses positives et négatives à la question « <i>identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?</i> »
Figure 3.40	Tableau comparatif de réponses positives relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes
Figure 3.41	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « oui » à la question « <i>identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?</i> »
Figure 3.42	Tableau recensant les réponses relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes
Figure 3.43	Tableau comparatif de réponses relatives la « <i>multiplicité des procédures de passation</i> »
Figure 3.44	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>la multiplicité des procédures de passation</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.45	Tableau comparatif de réponses relatives à la « <i>jurisprudence</i> »

Figure 3.46	Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « <i>la jurisprudence</i> » dans le questionnaire à choix multiples
Figure 3.47	Tableau comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité
Figure 3.48	Graphique comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité
Figure 3.49	Réponses spontanées des sondés sur les évolutions récentes du droit de la commande publique perçues comme simplificatrices
Figure 3.50	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant non simplificatrices les mesures législatives et réglementaires récentes
Figure 3.51	Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leur évaluation du caractère simplificateur de mesures présélectionnées
Figure 3.52	Reconnaissance par les sondés du caractère simplificateur de mesures législatives et réglementaires récentes
Figure 3.53	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'adoption du Code de la commande publique
Figure 3.54	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Adoption du CCP]
Figure 3.55	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la structure du Code de la commande publique
Figure 3.56	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Structure du CCP]
Figure 3.57	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite des directives de 2014
Figure 3.58	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Régime des modifications]
Figure 3.59	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur le rehaussement du seuil des marchés de travaux
Figure 3.60	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Rehaussement du seuil]
Figure 3.61	Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré auprès des structures sondées
Figure 3.62	Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré selon les principales catégories d'autorités contractantes et d'opérateurs économiques sondés
Figure 3.63	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'augmentation du taux des avances à 30 % pour les marchés publics de l'État
Figure 3.64	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Augmentation du taux des avances]
Figure 3.65	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la suppression de la borne de fin de remboursement des avances
Figure 3.66	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Suppression de la borne de fin de remboursement des avances]
Figure 3.67	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur l'abaissement de la retenue de garantie à 3 %
Figure 3.68	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Abaissement de la retenue de garantie]

Figure 3.69	Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché
Figure 3.70	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Constitution et modification d'un groupement avant la signature du marché]
Figure 3.71	Opinion de la vertu simplificatrice de l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif
Figure 3.72	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Unification du contentieux]
Figure 3.73	Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de procédures de passation
Figure 3.74	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de procédures de passation]
Figure 3.75	Opinion de la vertu simplificatrice de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs
Figure 3.76	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Supprimer les conditions de recours à la procédure avec négociation]
Figure 3.77	: Opinion de la vertu simplificatrice de la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens
Figure 3.78	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Généralisation de la publicité]
Figure 3.79	Opinion de la vertu simplificatrice de la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros
Figure 3.80	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Marchés inférieurs à 40 000 euros]
Figure 3.81	Opinion de la vertu simplificatrice de la réinstauration du marché public simplifié
Figure 3.82	: Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Marché public simplifié]
Figure 3.83	Opinion de la vertu simplificatrice de la centralisation des documents et attestations
Figure 3.84	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Centralisation des documents et attestations]
Figure 3.85	Préférence pour une centralisation numérique des documents et attestations
Figure 3.86	Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de normes
Figure 3.87	Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de normes]





SYNTHÈSE DU RAPPORT

Aperçu général du rapport sur la simplification
du droit de la commande publique

SYNTHÈSE DU RAPPORT

INTRODUCTION

Focus sur la simplification. Pour son neuvième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur la *simplification du droit de la commande publique*.

La simplification du droit est une arlésienne de la scène juridique : plus de 400 normes nationales s'en revendiquent depuis le début du XX^e siècle. Parmi elles, nombreuses s'intéressent au droit de la commande publique qui fait ainsi figure de véritable « *laboratoire d'expérimentation* »¹. La reprise, courant 2025, des débats parlementaires autour du *projet de loi relatif à la simplification de la vie économique* – dont certaines dispositions concernent directement le droit de la commande publique – témoigne en outre de toute l'actualité de ce sujet.

Dans cette perspective, la Chaire de droit des contrats publics ne pouvait faire l'économie d'une étude approfondie sur la simplification du droit de la commande publique.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations au premier rang desquelles celle de la définition de la notion de simplification tant celle-ci est polysémique, ainsi que celle des obstacles qui se dressent face aux démarches tendant à simplifier le droit. Par ailleurs, la question des remèdes à la complexité jugée parfois malade du droit de la commande publique se pose également avec une acuité particulière.

Attentes de l'étude. L'objectif de la recherche est d'identifier les facteurs de complexité du droit, de proposer une définition de la notion de simplification du droit. Cette

¹ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *RD Publ.* 2003, p. 1531.

démarche doit permettre de déterminer quelles mesures adoptées ou projetées dans le domaine de la commande publique relèvent effectivement de la simplification du droit.

MÉTHODOLOGIE DE L'ÉTUDE

État du droit et de la doctrine. Les présents travaux reposent sur la méthode empirique du droit classiquement mobilisée pour l'élaboration des précédents rapports de la Chaire de droit des contrats publics². Ils débutent par une étude des textes – en l'occurrence l'analyse de plus de 400 normes françaises dites de simplification – ainsi que de la doctrine.

Enquêtes. Après cette étude des textes et de la doctrine, ont été successivement conduites une enquête qualitative et une enquête quantitative auprès d'acteurs du droit de la commande publique interrogés sur des thématiques similaires.

Enquête qualitative : 21 entretiens

Panel des interviewés. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur la simplification du droit de la commande publique récoltées auprès de 6 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 8 autorités contractantes et de 6 opérateurs économiques, ainsi que d'une équipe de juristes et financiers d'un *think tank*, tous interviewés en mai 2025.

Figure 0.01 : Dates des entretiens³

	OE1	OE2	AV1	AV2	AC1	OE3	AC2
Date de l'entretien	05/05	05/05	05/05	06/05	07/05	07/05	12/05
	AV3	AV4	AV5	AV6	AU	AC3	OE4
Date de l'entretien	12/05	12/05	15/05	15/05	19/05	19/05	19/05
	AC4	AC5	OE5	AC6	AC7	OE6	AC8
Date de l'entretien	19/05	20/05	20/05	20/05	20/05	20/05	21/05

² Pour retrouver l'ensemble des rapports thématiques publiés par la Chaire de droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

³ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; AU : autre.

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui d'un guide d'entretien établi en avril 2025 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Dans le cadre de ces recherches, un unique guide d'entretien a été réalisé. L'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel *Webex*®.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Enquête quantitative : 657 participations

Présentation des sondages. Dans la continuité de l'enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques ainsi qu'aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique afin d'éprouver auprès d'un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens.

Si 1109 personnes ont ouvert le sondage, 657 ont répondu à un moins une question et 495 ont traité l'intégralité.

Modalités. Les sondages étaient accessibles du 19 juin au 14 juillet 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances, certains partenaires et des organismes tiers. À l'instar des entretiens, les sondages débutaient par un état des lieux de la notion de simplification dans le but d'identifier ses composantes et ses obstacles. Ils se poursuivaient par un bilan des mesures de simplification déjà adoptées en droit positif et se concluait enfin par l'évaluation du potentiel simplificateur de mesures prospectives préalablement identifiées dans la grille de sondages.

SYNTHÈSE GÉNÉRALE DES RÉSULTATS

Principaux constats. Les enquêtes de terrain ont permis de conforter les principaux constats dressés lors de l'état du droit et de la doctrine tant sur la définition fonctionnelle de la simplification, que le bilan des mesures adoptées et l'évaluation des mesures prospectives.

Définition de la simplification

L'état du droit ainsi que les enquêtes de terrain ont permis d'identifier plusieurs composantes de la simplification du droit, comme la consolidation des textes, l'allègement des formalités administratives, la sécurisation juridique ou la réduction des conflits de normes. Les enquêtés ont également visé huit facteurs principaux de complexité du droit de la commande publique. Certains étaient envisagés dans l'état du droit et de la doctrine, à l'image de la spécialisation des règles de droit applicables à la commande publique, de l'instabilité normative, de la dispersion des normes ou encore des divergences d'interprétation. D'autres, en revanche, ressortent seulement de la pratique comme le formalisme administratif et la mauvaise définition de son besoin par l'autorité contractante.

Bilan des mesures positives de simplification

Les praticiens nuancent en partie le bilan des mesures de simplification adoptées en droit positif qui avait été dressé par la doctrine. En ce sens, la portée simplificatrice de la codification est relativisée par la pratique, en particulier s'agissant de la structure du Code qui pourrait être révisée pour davantage de lisibilité. Plus encore, les résultats des entretiens révèlent des divergences entre les enquêtés. Il en est ainsi de l'harmonisation, voire de l'uniformisation, des règles (entre les contrats, les échelons européen et nationaux, ou entre autorités contractantes). En effet, une partie des enquêtés estime que l'harmonisation fait partie de la simplification ou souligne l'effet simplificateur de l'unification des règles applicables aux modifications par exemple. À rebours, d'autres l'excluent de la simplification, jugeant, par exemple, qu'une harmonisation entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne serait pas opportune. En

tout état de cause, le degré de rapprochement des règles ne fait pas consensus entre les interviewés, certains plaidant pour une harmonisation et d’autres pour une uniformisation. Dès lors, il n’est pas surprenant que seulement certains praticiens appellent à une mise en cohérence des normes nationales et européennes, à l’harmonisation *ratione materiae* et *ratione personae* des règles applicables aux contrats de la commande publique, ainsi qu’à la révision du Code de la commande publique. Au-delà de ces mesures transversales, les praticiens émettent des propositions touchant plus spécifiquement à la passation, à l’exécution ou au contentieux, ou se déclarent favorables à de telles propositions dans le cadre du sondage. À cet égard, la définition positive des praticiens avait permis d’établir que la passation constitue un élément essentiel de simplification du droit de la commande publique. Cette affirmation est confirmée par l’analyse des mesures prospectives qui touchent majoritairement au processus de passation des contrats de la commande publique.

Analyse des mesures prospectives

Dans l’ensemble, les enquêtés réclament plus de souplesse au stade de la passation, qu’il s’agisse de promouvoir la négociation, de réduire les formalités administratives et / ou de rehausser les seuils de dispense et de mise en concurrence. En ce sens, les mesures prospectives les plus plébiscitées par les sondés relèvent, pour une partie d’entre elles, de l’assouplissement du formalisme de la passation, en particulier la proposition portant sur la centralisation par l’État des documents et attestations nécessaires au dossier de candidature ainsi que celle reposant sur la réinstauration du marché public simplifié (permettant une réponse avec un numéro SIRET). Les propositions spontanées des interviewés tendant à simplifier l’exécution des contrats de la commande publique sont moins nombreuses – clarifier le régime des modifications et simplifier l’exécution financière – et consensuelles. Elles font toutefois écho aux constats dressés au stade de l’état du droit et de la doctrine. Le contentieux peut également apparaître comme un levier de simplification du droit de la commande publique, pour le juge, le législateur, mais aussi les praticiens. Une majorité d’enquêtés s’est dite favorable à l’unification des compétences juridictionnelles ainsi qu’à une réduction des risques contentieux et pénaux.

Dans ce cadre, la Chaire émet quatre propositions de recommandations.

PRÉSENTATION DU PLAN DU RAPPORT

Cadrage théorique. Tout d’abord, le cadre théorique et juridique permet d’esquisser une définition fonctionnelle de la simplification du droit – par ses composantes – et d’identifier ses obstacles. Cette grille de lecture doit permettre d’inclure ou d’exclure du champ de l’étude une série de mesures se revendiquant de la simplification du droit de la commande publique et d’éprouver le potentiel simplificateur de réformes projetées (**Partie 1**).

Synthèse des enquêtes. Par la suite, l’attention est portée sur les résultats des enquêtes de terrain menées par les chercheurs de la Chaire à travers 21 entretiens semi-directifs et 657 participations aux sondages en ligne auprès de professionnels du secteur en vue de recenser et d’analyser les retours d’expérience de la pratique (**Partie 2**).

Recommandations. C’est au regard à la fois des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain que la Chaire peut, enfin, dresser une liste de 4 propositions de recommandations en matière de simplification du droit de la commande publique, mais aussi évoquer des mesures d’ores et déjà adoptées ou abandonnées par le pouvoir législatif ou réglementaire (**Partie 3**).

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 435 et suivantes.

Recommandations principales

Recommandation n° 1

Mettre en place un groupe de travail pour identifier les normes du droit de la commande publique à supprimer dans un objectif de simplification.

Recommandation n° 2

Reformuler les articles R. 2122-8, R. 2122-9 et R. 2122-9-1 du Code de la commande publique pour clarifier les exigences applicables aux dispenses de publicité et de mise en concurrence liées aux seuils.

Recommandation n° 3

Imposer la publication de l'avis de marché sur un site unique national pour l'ensemble des marchés publics entre les seuils de procédure adaptée et les seuils européens (c'est-à-dire abaisser le seuil actuel de 90 000 € de publicité formalisée).

Recommandation n° 4

Reformuler les articles R. 2144-1, R. 2144-3, R. 2144-5 et R. 2144-6 du Code de la commande publique pour limiter l'obligation de produire certaines pièces du dossier de candidature à l'attributaire (procédure fermée) ou aux candidats sélectionnés (procédure ouverte).

Recommandations déjà formulée ou adoptées

Recommandation n° 5

Instaurer un dispositif analogue au marché public simplifié.
[Recommandation adoptée par voie réglementaire]

Recommandation n° 6

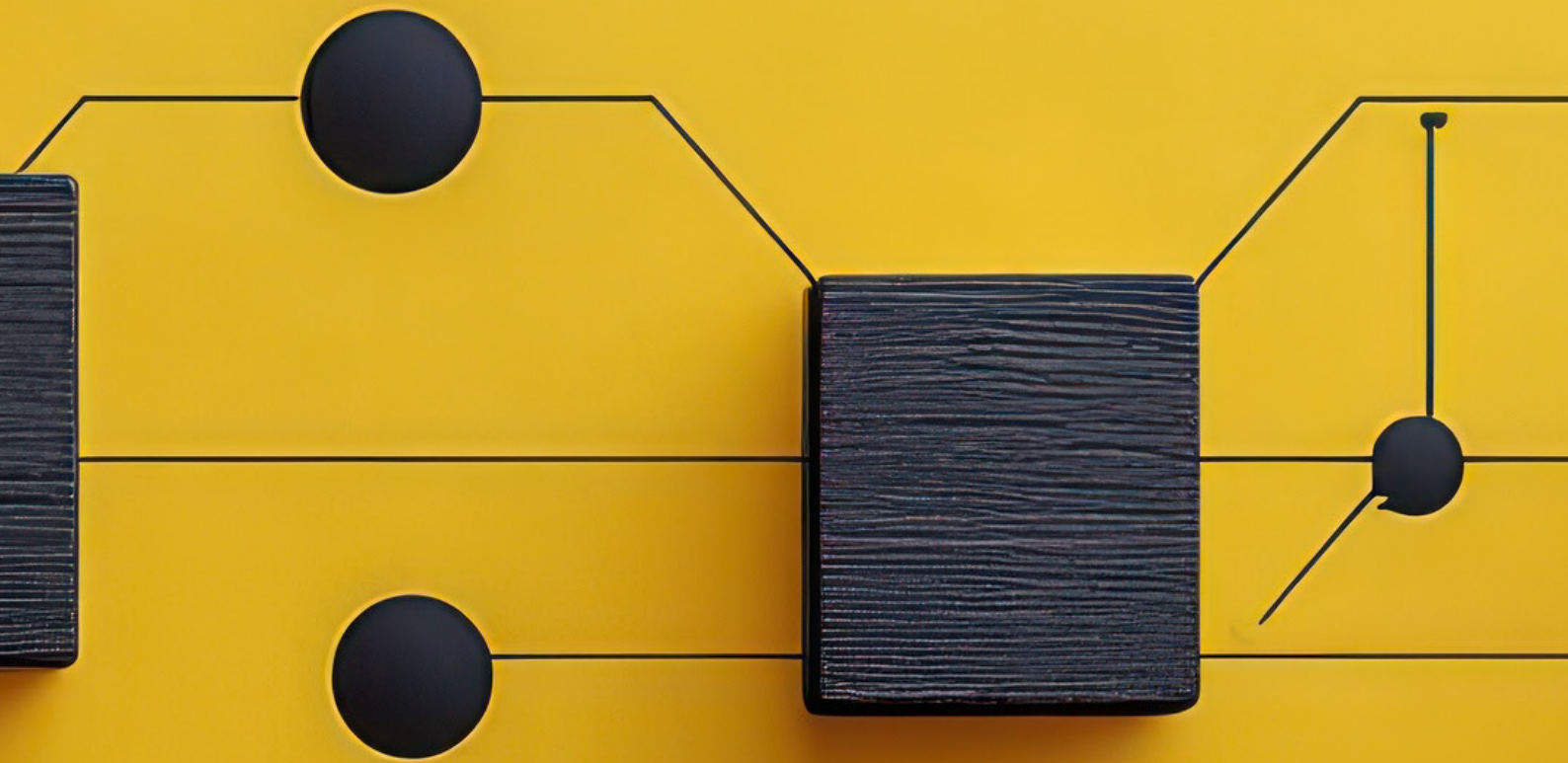
Centraliser les données relatives aux condamnations pénales et à l'auto-apurement des opérateurs économiques.
[Recommandation formulée par d'autres rapports de la Chaire]

Recommandation n° 7

Supprimer les conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs.
[Recommandation formulée par d'autres rapports de la Chaire]

Recommandation n° 8

Unifier le contentieux de la commande publique autour de la compétence des juridictions administratives.
[Recommandation abandonnée à l'occasion des débats parlementaires autour du projet de loi de simplification de la vie économique]





PARTIE 1

ETAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

Présentation et analyse du cadre théorique et juridique
de la simplification du droit de la commande publique

PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

INTRODUCTION

Pour son neuvième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur la simplification du droit de la commande publique. La simplification du droit est une thématique ancienne, ô combien d'actualité, comme en atteste la reprise des débats parlementaires autour du *projet de loi relatif à la simplification de la vie économique*⁴. Véritable « *mantra de la communication publique* »⁵, la simplification du droit fait bien souvent figure, au sein des travaux de la doctrine, d'« *illusion* »⁶ – « *démagogique* »⁷, sinon « *dangereuse* »⁸ – d'« *utopie* »⁹, de « *vœu pieux* »¹⁰, de « *rêve inaccessible* »¹¹, de « *fantasme* » ou de « *mirage* »¹², de « *mythe* »¹³, d'« *idée diffuse* »¹⁴, de « *slogan* »¹⁵, sinon d'« *alibi dont nos législateurs se repaissent pour mieux satisfaire leur appétit de normes* »¹⁶.

⁴ Pour un regard critique sur ce projet : P. VILLENEUVE, « Simplification de la commande publique, le renouveau d'une idée déjà ancienne », *JCP Adm.* 2024, act. 249.

⁵ M. de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *Le Débat* 2019, n° 206, p. 157.

⁶ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, étude annuelle n° 57, 2006, p. 273.

⁷ A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC* 2007, n° 21.

⁸ J.-M. PONTIER, « La simplification, illusion dangereuse », *AJDA* 2005, p. 345.

⁹ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » in M. CHAGNY, A. CONSTANTIN et D. BERT (dir.), *Simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 24.

¹⁰ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *RD Publ.* 2003, p. 1529.

¹¹ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » *op. cit.*, p. 25.

¹² *Ibid.*, p. 34.

¹³ *Ibid.*, p. 21 ; M. CHAGNY, A. CONSTANTIN et D. BERT, « Avant-propos », in M. CHAGNY, A. CONSTANTIN et D. BERT (dir.), *simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 7 ; J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », in *Mél. J. Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 533.

¹⁴ A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », *LPA* 24 mai 2007, n° 104, p. 9 et suiv.

¹⁵ J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 536.

¹⁶ N. MOLFESSIS, « La simplification : encore, toujours...jamais », *JCP Adm.* 2024, act. 616.

Il faut dire que cette fascination, pour ne pas dire cette « *obsession* »¹⁷, pour la simplification du droit plonge ses racines dans une histoire ancienne qui remonte à l'Antiquité la plus reculée, par exemple dans le code d'Hammourabi rédigé en 1750 avant notre ère¹⁸. Elle se poursuit sous l'Ancien Régime et jusqu'à la Révolution de 1789¹⁹. La codification napoléonienne n'a pas mis fin aux aspirations simplificatrices des décideurs publics, comme le figure l'institution par un décret du 10 mai 1948²⁰ de la Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des lois ainsi que des règlements²¹.

L'adoption depuis 2003 d'une série de « *lois de simplification* »²² – un pavillon recouvrant toute sorte de marchandises – révèle cependant un changement « *de nature* » de la simplification du droit²³. Auparavant limitée aux procédures administratives et aux textes réglementaires²⁴, elle est devenue l'*alpha* et l'*oméga* ou, selon, l'« *objectif de toute activité normative* »²⁵, sans que l'on sache ce qu'elle recouvre exactement. Pour autant, les méthodes employées pour procéder à la simplification constituent un indicateur des fonctions qu'elle remplit. La simplification résulte de l'allègement à la fois quantitatif et qualitatif des normes, de leur clarification, de leur assouplissement ou encore de leur adaptation²⁶. En ce sens, la simplification peut notamment être opérée « *par des suppressions institutionnelles ou procédurales* » ou « *par optimisation* »²⁷. La loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à

¹⁷ M. CHAGNY, A. CONSTANTIN et D. BERT, « Avant-propos », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸ J. VIGUIER, « La codification constitue-t-elle une simplification du droit ? » in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 81 et suiv.

¹⁹ Pour une étude détaillée : C. GAU-CABÉE, « Dimension historique de la simplification » in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 17 s.

²⁰ Décret n° 48-800 du 10 mai 1948 instituant une commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires.

²¹ Cette institution est remplacée en 1989 par la Commission supérieure de la codification : décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification.

²² On ne dénombre pas moins de 8 lois dites de « simplification » : loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit ; loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ; loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives ; loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

²³ N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155 et suiv.

²⁴ « *La simplification administrative est un instrument d'amélioration de la qualité de la réglementation utilisé pour réexaminer et rationaliser les règlements administratifs, autrement dit la paperasse et les formalités au moyen desquelles les gouvernements recueillent des informations et interviennent dans les décisions économiques individuelles* » (OCDE, *Pourquoi la simplification administrative est-elle si compliquée ? Perspectives au-delà de 2010*, 16 mai 2011, p. 13).

²⁵ N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *op. cit.*, p. 155 et suiv.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Ces deux citations sont du même auteur qui les a employées concernant la loi *ASAP* du 7 décembre 2020 (loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique) : S. HOURSON, « La

simplifier le droit²⁸ est susceptible d'en constituer une illustration : elle comporte deux aspects : « [l]e premier consiste à nettoyer les dispositions inusitées et devenues obsolètes. Le second implique le recours à la codification et à l'adaptation des dispositions existantes »²⁹. Cette réforme reflète également, par son aspect formel, un outil fréquent de simplification du droit en France depuis de nombreuses années : le recours aux ordonnances. Bien que cette méthode de simplification du droit ne fasse pas l'unanimité, tant à l'égard de la légitimité de l'auteur de ces normes que du contenu non nécessairement adapté des mesures ainsi adoptées³⁰, le recours aux ordonnances n'en est pas moins devenu un « *instrument privilégié de la simplification du droit* »³¹. Ainsi, forte de son histoire, la simplification du droit s'est progressivement « *construit un empire, avec ses démiurges, ses gourous, ses officines* »³².

Cet empire s'étend bien au-delà des frontières métropolitaines, bien qu'en la matière la France fait néanmoins figure de mauvaise élève selon les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale³³. Les organisations internationales, à l'image de l'Union européenne³⁴, comme les États expérimentent diverses méthodes allant de la simplification du langage juridique³⁵, en

simplification décomplexée », *Dr. adm.* 2020, alerte 157. Cette expression s'entend de la rationalisation des compétences administratives (« transfert au niveau inférieur d'habilitation juridique à prendre des actes de nature individuelle ») ainsi que d'allègement des formalités administratives et de libéralisation des activités.

²⁸ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

²⁹ P. JAN, « La simplification du droit », *RD. publ.* 2003, p. 1511.

³⁰ En ce sens : B. DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *LPA* 24 mai 2007, n° 104, p. 20 et suiv. ; P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652 et suiv. Pour une opinion inverse : J.-E. SCHOETTL, « Simplification du droit et Constitution », *LPA* 20 déc. 2004, p. 6 et suiv.

³¹ *Idem.*

³² N. MOLFESSIS, « La simplification : encore, toujours...jamais », *op. cit.*

³³ Sur ces rapports : B. DU MARAIS, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale » in Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit, préc.*, p. 377 ; M. de SAINT-PULGENT, « Simplifier le droit pour libérer l'économie : la réforme est-elle possible ? », *Communication devant l'Académie des sciences morales et politiques, prononcée le 16 octobre 2017*. Voy. par exemple le dernier rapport *Doing Business* : World Bank, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies, 2020*, disponible en ligne : <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/75ea67f9-4bcb-5766-ada6-6963a992d64c/content> [consulté le 23/06/2025].

³⁴ Pour des études détaillées : D. BLANC, « La simplification législative en droit de l'Union européenne », p. 83 et suiv. ; E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? » in Fabienne PERALDI-LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, 2012, p. 81 et suiv. ; P.-Y. MONJAL, « Simplifiez, simplifiez... il en restera toujours quelque chose », *RDUE* 2003, n° 2, p. 343 et suiv. ; E. SAULNIER-CASSIA, « La simplification de l'intégration et de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le droit français » in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 35 et suiv. ; M. VAN DE KERCHOVE, « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit », in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 105 et suiv.

³⁵ N. FERNBACH, « La simplification de la langue du droit en contexte anglo-saxon » in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 275.

passant par le *legal design*³⁶, la réglementation intelligente (« *smart regulation* »)³⁷, la promotion de dispositifs d'évaluation des effets de la norme et de la qualité de la réglementation (études d'impact, audits et indicateurs, etc.), l'adoption de la règle du « *one in, one out* » (une loi votée, une loi abrogée)³⁸, la déréglementation de certains secteurs d'activité³⁹, la délégalisation de certains textes⁴⁰, jusqu'à la théorisation de deux niveaux de lecture du droit : « un “*étage*” accessible à tous les citoyens, leur offrant les réponses aux problèmes juridiques quotidiens et un second qui s'adresserait aux techniciens du droit, avec un traitement en profondeur »⁴¹.

Il faut dire que l'idée de simplifier le droit a de quoi séduire, compte tenu des « *coûts* » élevés engendrés par la complexité du droit. Cette dernière constitue, au premier chef, une sérieuse menace pour l'État de droit et la démocratie⁴². À ce sujet, le Conseil d'État s'alarme :

« Cette adhésion [des citoyens aux règles de droit que pose l'État] et le respect qui en découle ne peuvent toutefois se porter sur un droit que sa complexité tient éloigné de l'ensemble des citoyens, au point de leur devenir étranger. La maxime “Nul n'est censé ignorer la loi”, qui est un des fondements de l'État de droit, n'a plus aujourd'hui de portée réelle. »⁴³

³⁶ V. sur ce point : S. LAPISARDI, « Commande publique : pourquoi et comment intégrer le Legal Design ? », *Weka*, 6 févr. 2025, disponible en ligne : https://www.weka.fr/actualite/commande-publique/article_juridique/commande-publique-pourquoi-et-comment-integrer-le-legal-design-194203/ [consulté le 10/06/2025] ; B. DONDERO, « Legal design. Parler de design à propos du droit a-t-il un sens ? », *La semaine de la doctrine. La vie des idées*, Le club des juristes, disponible en ligne : <https://think-tank.leclubdesjuristes.com/legal-design/> [consulté le 10/06/2025] ; M. ELIE, Avec le « legal design », le droit à la portée de tous, *La Gazette des communes*, 23 oct. 2023, disponible en ligne : <https://www.lagazettedescommunes.com/892026/avec-le-legal-design-le-droit-a-la-portee-de-tous/> [consulté le 10/06/2025].

³⁷ D. MOCKLE, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA* 2015, p. 1225 ; J. CHEVALLIER, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *RFAP* 2016, n° 157, p. 205.

³⁸ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 79.

³⁹ J. BELL, « La loi britannique et la sécurité juridique », Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 341 et suiv.

⁴⁰ Constit. 4 oct. 1958, art. 37 §2. En Italie, on parle de « délégification » : L. BALESTRA, « La simplification du droit en Italie », in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 269.

⁴¹ J.-B. POINTEL, « Les deux niveaux du droit : le modèle scandinave de simplification du droit », in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 262.

⁴² V. par ex. Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.* ; Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle n° 67, 2016, 256 p. ; D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, 2002, 139 p. ou plus réc. : J.-D. COMBREXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, Odile Jacob, 2024, 198 p. ; A. LAMBERT et J.-C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 2013, 116 p. ; H. PAULIAT, « Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique », *JCP Adm.* 2016, act. 732 ; J.-M. PONTIER, « La simplification du droit, illusion dangereuse », *AJDA* 2005, p. 45 et suiv.

⁴³ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 87.

En effet, le phénomène creuse les inégalités entre les sujets de droit, en pénalisant ceux qui manquent de moyens pour « *se tenir informés des changements de règles incessants, [...] faire face aux coûts des mises en conformité ou simplement de recourir à des conseils pour comprendre ce que sont leurs obligations* »⁴⁴ et suscite, en définitive une véritable défiance des citoyens envers les institutions⁴⁵. Pis encore, la complexité est devenue « *l'un des premiers facteurs d'exclusion* » des publics les plus vulnérables puisqu'elle « *contribue à écarter les personnes fragiles, ou celles dont la situation est précaire, des dispositifs d'assistance requérant un minimum de démarches administratives que ne maîtrisent pas les intéressés, surtout lorsqu'ils sont étrangers* »⁴⁶.

À ce coût démocratique s'ajoute un coût économique⁴⁷, difficile à évaluer avec précision⁴⁸, mais qui avoisinerait 3-4% du PIB national, selon l'OCDE et 3 % du PIB européen, selon la Commission européenne⁴⁹. En effet, parce qu'elle entrave l'innovation et la croissance, non sans augmenter les coûts de production, de transaction et la dépense publique, la complexité fait baisser la compétitivité du pays par rapport aux systèmes *anglo-saxons*⁵⁰. On comprend dès lors pourquoi la thématique de simplification du droit – qui ambitionne de réduire ces coûts économiques – soit parfois suspectée de n'être qu'un « *alibi* »⁵¹ pour promouvoir des idéaux néo-libéraux de dérégulation⁵². Cela étant dit, la Cour des comptes européenne a pu nuancer ce constat en soulignant, de manière presque contre intuitive, que la simplification du droit de la commande publique peut produire une incidence négative sur la concurrence au sein du marché unique⁵³.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ V. par ex. *ibid.*, p. 27 et p. 87 ; D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 87.

⁴⁷ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 83 et suiv. ; Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 276 et suiv. ; L. MARGUERITE, A. IZARD, Ph. BOLO, A.-C. VIOLLAND et N. HAVET, *Rendre des heures aux français. 14 mesures pour simplifier la vie des entreprises*, Rapport sénatorial, 2014, 30 p. ; v. égal. J.-D. COMBEXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, *op. cit.*, p. 149 et suiv. ; B. du MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique », *RFAP* 2016, n° 157, p. 183 et suiv. ; B. du MARAIS, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale » in Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 377 et suiv. ; M. de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *op. cit.*, p. 156 et suiv.

⁴⁸ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 44 et suiv.

⁴⁹ *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, La documentation française*, 2008, p. 182.

⁵⁰ En ce s. Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 276.

⁵¹ V. Par ex. D. BLANC, « La simplification législative en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 86.

⁵² Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 57 ; v. égal. M. de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *op. cit.*, p. 157 ; B. du MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique », *op. cit.*, p. 189.

⁵³ Pour étayer ses propos, la Cour souligne : « à titre d'exemple, certaines mesures de simplification, comme la possibilité de recourir davantage aux attributions directes, ont en effet pour inconvénient de limiter d'emblée le

Enfin, la complexité soulève des enjeux strictement juridiques sur le plan de l'efficacité du droit, dans la mesure où « *la multiplication des normes, leur instabilité, leur excessive complexité faite de sédiments successifs pas ou peu cohérents, rend presque impossible un respect scrupuleux du droit* »⁵⁴. À cet égard, la reconnaissance, en 2018, d'un « *droit à régularisation en cas d'erreur* » au bénéfice des citoyens constitue une sorte d'aveu d'impuissance du législateur à enrayer ce phénomène de complexité du droit⁵⁵. Véritable « *nécessité à l'heure de la dématérialisation et de la démultiplication de l'information* »⁵⁶ et érigée à ce titre en priorité gouvernementale⁵⁷, la simplification du droit se présente comme « *l'une des composantes essentielles de la restauration de l'autorité de l'État, de sa crédibilité et de l'efficacité de son action* »⁵⁸.

Pour renforcer l'efficacité de cette politique publique, encore faudrait-il être en mesure de définir la simplification du droit. Partant, le présent rapport se propose de l'identifier en négatif, et par ses composantes (**Section 1**), avant d'envisager ses implications dans le droit de la commande publique qui, dans ce domaine, fait figure de « *laboratoire d'expérimentation* »⁵⁹. On en veut pour preuve l'adoption précoce, en 1954, d'un décret portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État⁶⁰, ou celle, très récente, des décrets du 28 décembre⁶¹ et du 30 décembre 2024⁶² relatifs à la simplification de la commande publique (**Section 2**).

nombre de soumissionnaires potentiels et donc la concurrence » : Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, Rapport n° 28/2023, p. 37 et suiv.

⁵⁴ B. SEILLER, « La reconnaissance d'un droit au droit », in *L'accès au droit*, Publication de l'Université François Rabelais, 2002, p. 42 et suiv.

⁵⁵ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

⁵⁶ P. JAN, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 1513.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1511.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.*, p. 1531.

⁶⁰ Décret n° 54-516 du 11 juin 1954 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État. Selon Laurent Richer, l'« *entreprise* [de simplification des marchés publics] [...] a débuté au moins avec le décret du n° 54-516 du 11 juin 1954 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État » (L. RICHER, « Simplification(s) », *Le Moniteur – Contrats publics* 2015, n° 150, p. 3).

⁶¹ Décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux.

⁶² Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE SIMPLIFICATION DU DROIT

Il est impensable de traiter de la simplification du droit – dépourvue de toute définition matérielle (§I) – sans évoquer la complexité à laquelle elle entend remédier (§II), tant ces phénomènes sont aussi indissociables que l'« ombre » et la « lumière »⁶³. Cette approche négative doit enfin être complétée par une définition positive de la simplification du droit, appréhendée par ses composantes (§III).

§I. La simplification du droit : une notion en quête de définition

Il est unanimement admis que la simplification du droit souffre d'un défaut originel de conceptualisation puisque « *derrière le terme aux atouts séduisants, on peut tout viser ... et l'on vise tout* »⁶⁴. Cette « *ambiguïté profonde, génératrice de nombreuses méprises* »⁶⁵ qui caractérise la simplification du droit est d'ailleurs alimentée par son utilisation intensive, sinon abusive, dans les discours politiques, institutionnels, voire doctrinaux.

Dans ce contexte, on ne saurait s'étonner que nul ne parvienne à définir la simplification du droit, ni les fonctionnaires chargés de la simplification, ni le législateur, ni les juges, ni la doctrine. À cet égard, le *rapport Warsmann*, de même que l'étude annuelle du Conseil d'État relative à la simplification du droit, soulignent sans ambages que la simplification du droit est une « *politique mal comprise en quête d'une redéfinition* »⁶⁶ ou bien « *une réalité qui n'est pas conceptualisée* »⁶⁷. D'autres auteurs parviennent à la même conclusion :

« *La notion de simplification du droit souffre d'une absence de définition juridique précise. Or, cette définition s'impose si l'on veut éviter que la simplification n'aboutisse à un résultat opposé à ses intentions affirmées de clarification des règles de droit. À ce jour, un effort de définition de la simplification est identifiable d'un point de vue formel à travers ses*

⁶³ J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 535.

⁶⁴ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même » in Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 396.

⁶⁵ J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 533.

⁶⁶ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2009, p. 57.

⁶⁷ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 39.

procédures de mise en œuvre et la qualification de ses auteurs. L'ébauche d'une définition matérielle reste en revanche difficile à établir. »⁶⁸

Nonobstant, on tente çà et là de faire émerger une définition de la notion de simplification du droit, à l'image de celle, négative, extraite du *rapport Blanc* qui souligne que « *la simplification ne saurait ni être synonyme de déréglementation, de contractualisation des normes, ni être assimilée à la réduction drastique du nombre de textes* »⁶⁹. On peut également mentionner la définition finaliste du *rapport Warsmann* précité selon lequel la simplification du droit consiste à « *réduire le fardeau administratif qui pèse sur les citoyens et les entreprises* » et à « *renforcer la sécurité et la cohérence juridiques* »⁷⁰ ou celle, formelle, proposée dans le *rapport Saugey* : « *la simplification peut être définie comme consistant à assurer que les règles et dispositifs juridiques seront compris par tous les citoyens* »⁷¹.

La doctrine universitaire n'est guère plus à l'aise avec le concept de simplification du droit qu'elle juge « *flou* »⁷², « *ambigu* », « *complexe* »⁷³ et « *polysémique* »⁷⁴. Force est pour elle d'admettre que « *matière caméléon, en ce qu'elle adopte la couleur de l'objet juridique à simplifier, la notion de simplification du droit ne possède pas de contenu propre* »⁷⁵. Il faut dire que les lois de simplification – que d'aucuns qualifient d'« *ode[s] à l'inintelligibilité* »⁷⁶ – ne sont pas d'une grande utilité à qui veut dégager une définition matérielle de la simplification, ainsi que le souligne Nicolas Molfessis :

« La simplification nous est désormais servie en toutes occasions, sans même que l'on sache ce que recouvre le pavillon : s'agit-il que le droit soit compris par tous sous prétexte de vouloir un "droit pour les usagers" – mission impossible ? Escompte-t-on moins de règles ou bien des règles autrement écrites ? Ou bien encore, la simplification implique-t-elle une réduction des catégories et des régimes juridiques – moins de cas de divorce, un alignement

⁶⁸ A. MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA* 2005, p. 303.

⁶⁹ E. BLANC, *Rapport de la Commission des lois sur le projet de loi portant habilitation du Gouvernement à simplifier le droit*, Assemblée nationale, n° 752, 2003, p. 15.

⁷⁰ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, préc., p. 61.

⁷¹ B. SAUGEY, *Rapport de la Commission des lois sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Sénat, n° 266, 2003, p.

⁷² B. DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *op. cit.*, p. 20 et suiv.

⁷³ M. VAN DE KERCHOVE, « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit », *op. cit.*, p. 113.

⁷⁴ A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », *op. cit.*, p. 9 et suiv.

⁷⁵ A. MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *op. cit.*, p. 307.

⁷⁶ G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *RFDA* 2013, p. 715.

du statut des enfants naturels et légitimes ? Est-ce “l’efficacité” de la règle qui est en jeu ? »⁷⁷

Pour sortir de cette incertitude, il est possible de partir du constat, unanime du reste, selon lequel la simplification est systématiquement envisagée comme un remède à la complexité du droit.

§II. La simplification du droit, un remède à sa complexité

La complexité du droit est une notion pour le moins ambivalente : il existe « *une bonne et une mauvaise complexité, l’une naturelle, l’autre artificielle* »⁷⁸. Si la simplification du droit apparaît impuissante à résorber la première (A), elle peut, en revanche, constituer un remède à la seconde (B).

A. L’irréductible complexité du droit

En matière de simplification du droit, il faut se garder de tout raisonnement simpliste. La simplification du droit ne vise pas l’émergence d’un droit simple – objectif qui serait parfaitement illusoire⁷⁹ –, ni même le bannissement de toute forme de complexité. Il est unanimement reconnu qu’« *on ne peut pas tout simplifier* »⁸⁰, ou, pour le dire autrement, qu’il existe une sorte de complexité inhérente au droit⁸¹. On comprend dès lors que plusieurs des facteurs de complexité du droit identifiés dans les travaux relatifs à la simplification du droit, en particulier dans l’étude du Conseil d’État en date de 2016, paraissent insurmontables.

⁷⁷ N. MOLFESSIS, « Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », *op. cit.*, p. 396.

⁷⁸ X. LAGARDE, « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le Débat*, nov-déc. 2003, p. 133.

⁷⁹ S. HOURSON, « La simplification décomplexée », *op. cit.*.

⁸⁰ B. SEILLER, « Les limites de la simplification », *LPA* 24 mai 2007, n° 104, p. 28 et suiv.

⁸¹ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » *op. cit.*, p. 21 et suiv. ; D. BLANC, « La simplification législative en droit de l’Union européenne », *op. cit.*, p. 105 et suiv. ; F. BURDEAU, « La complexité n’est-elle pas inhérente au droit administratif ? » in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 419 et suiv. ; J. CHEVALLIER, « La simplification de l’action publique et la question du droit », *op. cit.*, p. 205 et suiv. ; B. DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *op. cit.*, p. 20 et suiv. ; M. VAN DE KERCHOVE, « Rien n’est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit », *op. cit.*, 105 et suiv. ; B ; du MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l’horticulture juridique », *op. cit.*, p. 183 et suiv. ; Conseil d’État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 123 et suiv.

● L'autonomie des concepts juridiques

Un premier facteur irrémédiable de complexité se situe dans l'autonomie et la spécificité des concepts mobilisés par le droit et les juristes. Il est tentant d'objecter que le langage du droit peut être simplifié, tant sur le plan quantitatif (réduction du nombre de mots) que qualitatif (modernisation des termes juridiques), comme cela se pratique en France ou ailleurs⁸². Pour autant, il faut bien reconnaître que l'entreprise de simplification du langage du droit, et peut-être même le *legal design*, paraissent, à bien des égards, s'assimiler à la « *quête du Graal* »⁸³, parce que le droit ne saurait se défaire de la spécificité et de la précision de ses concepts, pas davantage que la biologie, la médecine ou l'architecture. En effet, l'« *usage des termes propres à cette science constitue plus une garantie qu'un danger* »⁸⁴.

À rebours, la vulgarisation excessive du langage du droit peut générer de la complexité, de l'illisibilité, voire susciter une certaine insécurité juridique pour les sujets de droit, placés face à une indétermination préjudiciable⁸⁵. Pour ne prendre qu'un exemple, le *Lexique administratif* réalisé sous l'autorité du Comité d'Orientation pour la Simplification du Langage Administratif (COSLA) assimile la juridiction administrative aux tribunaux administratifs, au risque d'induire en erreur les justiciables. Sous cet angle, il semble préférable, pour rendre compte d'une réalité complexe, d'opter pour « *une formule également complexe* » qui a « *plus de chances de lui être fidèle qu'une simplification nécessairement arbitraire* »⁸⁶.

Le droit de la commande publique n'échappe évidemment pas à ce facteur de complexité : outre l'emploi d'un jargon peu compréhensible des profanes, cette branche du droit mobilise abondamment les standards, tels que la transparence, la loyauté, l'équilibre, le substantiel, etc.⁸⁷ À cela s'ajoute des « *interférences dans le langage* »⁸⁸ entre les normes juridiques relatives aux contrats de la commande publique, soit qu'une terminologie unique

⁸² V. sur ce point : N. FERNBACH, « La simplification de la langue du droit en contexte anglo-saxon », *op. cit.*, p. 275.

⁸³ D. GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 73.

⁸⁴ B. SEILLER, « Arrêtons de décoder ! », *ADJA* 2005, p. 801.

⁸⁵ Pour une critique des excès de la simplification du langage administratif : *ibid.*, p. 801 et suiv. ; D. CHABANOL, « Tkitoi, Du principe de lisibilité aux SMS », *AJDA* 2005, p. 1921 et suiv. ; P. GONOD, « Vous avez validé ??? », *AJDA* 2005, p. 2145 et suiv.

⁸⁶ J. RIVERO, « Existe-il un critère du droit administratif ? », *RD Publ.* 1953, p. 292.

⁸⁷ D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, Thèse, Lyon 3, 2015, p. 170.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 89 et suiv.

renvoie à des réalités diverses⁸⁹, soit qu'il existe plusieurs terminologies pour désigner un même phénomène⁹⁰.

● Le progrès technique

L'accélération du progrès technique constitue un autre facteur inévitable de complexité du droit, qu'il s'agisse du développement du numérique, par exemple de l'intelligence artificielle – qui constitue paradoxalement une piste sérieuse de simplification du droit⁹¹ –, de la diversification des sources d'approvisionnement énergétique ou encore de l'émergence de nouvelles activités, à l'image des voitures sans chauffeur. L'ensemble de ces phénomènes réclament de créer de nouveaux cadres juridiques qui viendront mécaniquement complexifier le droit positif.

Ce facteur de complexité n'épargne pas, loin s'en faut, le droit de la commande publique. Il est indéniable, à cet égard, que la digitalisation de la commande publique soulève d'importants enjeux que les « législateurs » européen et français ne sauraient ignorer⁹². Demain, ces problématiques se poseront avec acuité s'agissant du développement de la commande publique algorithmique⁹³. Dans un autre registre, la consécration, par la *loi ENR*⁹⁴, des contrats de vente à long terme d'électricité et leur soumission au droit de la commande publique⁹⁵ n'ont pas manqué de susciter un certain nombre de difficultés, parfaitement mises en lumière par la doctrine⁹⁶. Il en va particulièrement ainsi de la longue durée de ces montages, difficilement conciliable avec le principe de remise en concurrence périodique des contrats de la commande publique.

⁸⁹ Par exemple le terme européen de « *concession* » est polysémique en droit interne puisqu'il désigne les concessions de services ou plus précisément les délégations de service public, les concessions d'aménagement, les concessions funéraires, les concessions de plages etc.

⁹⁰ Par exemple l'expression d' « *accord-cadre à bons de commande* » usitée en droit français est inconnue du droit européen, qui lui préfère celle d' « *accord-cadre sans remise en concurrence* ».

⁹¹ Sur ce point : J.-D. COMBEXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, op. cit., p. 183 et suiv.

⁹² En ce sens : C. BERNARD, A. MEYNIER-POZZI et R. MICALÉF, sous la direction de F. LICHÈRE, *Digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, 260 p.

⁹³ I. HASQUENOPH, « L'intelligence artificielle et la commande publique », *AJDA* 2024, p. 76 ; I. HASQUENOPH « Commande publique : quels enjeux au lendemain du règlement européen sur l'intelligence artificielle ? », *AJCT* 2025, p. 147.

⁹⁴ Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables.

⁹⁵ Code de l'énergie, art. L. 331-5.

⁹⁶ G. CLAMOUR, « Contrats et marchés publics dans l'accélération de la production d'énergies renouvelables », *CMP* 2023, comm. 96 ; C. FONTAINE et F. LOUSTAU, « La commande publique à l'épreuve des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie », *CMP* 2023, étude 2 ; R. MICALÉF, « Les interrogations suscitées par le nouveau *Power Purchase Agreement* “à la française” au regard des exigences du droit de la commande publique », *Rev. Adm.* 2023, p. 13 et suiv.

● La complexité des rapports sociaux

La complexité inhérente au droit « *est le reflet de la complexité des rapports sociaux que le droit a pour fonction de réguler* »⁹⁷. Cette dernière est d'ailleurs alimentée par des interactions sociales qui ne sont plus seulement « *bilatérales* »⁹⁸. Dans son étude de 2016, le Conseil d'État illustre son propos en s'appuyant sur les règles en matière de traitement des difficultés des entreprises, qui doivent concilier les intérêts de ces entreprises et de leurs salariés, des actionnaires, des créanciers, des sous-traitants, des clients ainsi que des repreneurs potentiels.

Le droit de la commande publique n'échappe évidemment pas à cette complexité, ainsi que l'illustrent les règles relatives aux contrats de sous-traitance⁹⁹ – par exemple en matière de paiement direct, de responsabilité solidaire ou encore de la modification du contrat en cours d'exécution – qui tendent à ménager les intérêts du maître d'ouvrage, du titulaire du contrat, des divers sous-traitants dans le cas d'une sous-traitance en chaîne ou encore des fournisseurs.

● L'ouverture des frontières

Un autre facteur de complexité qui ne peut être résorbé est celui de l'ouverture des frontières qui « *impose de repenser les textes et la jurisprudence avec un regard davantage extraterritorial* »¹⁰⁰. Dans le prolongement de cette idée, « *l'ouverture à la concurrence, qui oblige à démanteler les monopoles d'État et à mettre en place une régulation des marchés par la puissance publique, nécessite un encadrement normatif complexe* »¹⁰¹.

L'on devine aisément le poids de ce facteur pour le droit de la commande publique qui, depuis la première *directive Marchés* de 1993, se présente comme un droit de compromis, sinon le fruit d'âpres négociations entre des États aux cultures juridiques et aux langues fort diverses. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler les vifs débats suscités lors du processus d'adoption de la *directive Concessions* de 2014¹⁰² entre des États soucieux de préserver la spécificité des contrats de concessions et ceux en faveur de leur assimilation aux marchés publics. Dans un

⁹⁷ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » *op. cit.*, p. 21 et suiv. ; J. CHEVALLIER, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *op. cit.*, p. 209 et suiv.

⁹⁸ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit, préc.*, p. 47.

⁹⁹ Pour une étude détaillée : H. PIELBERG, « Sous-traitance », *JCl Adm.* 2024, fasc. 790.

¹⁰⁰ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit, préc.*, p. 47.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² A. FRIBOULET, « Éclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et concessions », *CMP* juin 2014, dossier 2 ; S. de la ROSA, « Enjeux et négociation de la directive 2014/ 23/UE sur l'attribution de contrats de concessions », *JCP Adm.* 2014, étude 2136.

autre registre, le maintien d'un régime particulier pour les « *secteurs spéciaux* » et, ce faisant, pour les entités adjudicatrices¹⁰³ représente également un facteur de complexité du droit de la commande publique lié à l'ouverture des frontières.

- **Les contraintes accrues de la hiérarchie des normes**

La complexité liée aux contraintes accrues de la hiérarchie des normes renvoie aussi bien à l'augmentation des normes de référence qu'à leur effectivité croissante, imputable aux progrès du contrôle juridictionnel. Ce faisant, les producteurs de normes, en particulier le législateur, sont conduits à anticiper ces exigences pour se prémunir contre les risques de censure.

À cet égard, le droit de la commande publique n'est pas épargné, les principes fondamentaux qui régissent la matière étant consacrés au plus haut de la hiérarchie des normes. En effet, par son célèbre arrêt *Telaustria*, la Cour de justice affirmait l'assujettissement de l'ensemble des contrats publics aux « *règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* », lequel « *implique, notamment, une obligation de transparence* » qui « *consiste à garantir [...] un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché [...] à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »¹⁰⁴. Fort de ce précédent, le Conseil constitutionnel rattachait, trois ans plus tard, les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures aux articles 6 et 4 de la Déclaration de 1789 dans sa décision du 26 juin 2003¹⁰⁵.

Les facteurs de complexité du droit précédemment identifiés sont irrémédiables – qui prétendrait faire cesser la complexification du monde, la mondialisation des échanges et les progrès du contrôle juridictionnel –, tandis que d'autres semblent pouvoir être, sinon endigués, à tout le moins contenus par une entreprise de simplification.

¹⁰³ Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

¹⁰⁴ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*.

¹⁰⁵ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. Pour une étude détaillée : L. RICHER, « Constitution, contrats et commande publique », *NCCC* oct. 2012, n° 37.

B. La complexité malade du droit

La métaphore de la maladie est répandue lorsqu'il s'agit d'évoquer la complexité du droit. On diagnostique, çà et là, une « *pathologie de la loi* »¹⁰⁶, un « *développement métastatique* »¹⁰⁷ ou une « *maladie de la norme* »¹⁰⁸, un « *droit malade* »¹⁰⁹, un « *État malade de sa complexité* »¹¹⁰, « *un corps malade de son enflure* »¹¹¹ ou atteint de « *paralysie* »¹¹². Ce champ lexical laisse entendre qu'il existe une complexité pathologique du droit, un développement anormal de certaines de ses cellules.

Cette complexité excessive encourt d'ailleurs la censure du Conseil constitutionnel, à tout le moins lorsqu'elle n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général. Elle s'est vu conférer un « *statut constitutionnel* »¹¹³ à la faveur de la décision du 29 décembre 2005¹¹⁴ dans laquelle les juges de la rue Montpensier censuraient un dispositif fiscal excessivement complexe, au motif que l'égalité des citoyens devant l'impôt et la garantie des droits prévus par la Déclaration de 1789 ne seraient pas effectives « *si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée* ».

Le rapport Warsmann insistait également sur ce que la simplification tend seulement à bannir la « *complexité inutile, celle qui survient par facilité, par empilement des textes au fil des années, ou bien encore par un insuffisant mûrissement des nouvelles normes* »,¹¹⁵ mais encore « *celle qui résulte de l'insuffisante maîtrise, de la paresse intellectuelle ou de l'oubli des effets pratiques du droit* »¹¹⁶. C'est à ces facteurs pathogènes de complexité que la simplification du droit entend s'attaquer.

¹⁰⁶ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique », *op. cit.*, p. 22 ; A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *op. cit.*

¹⁰⁷ J.-D. COMBEXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁸ C. BELOT, *La maladie de la norme*, Rapport d'information fait au nom de la délégation des collectivités territoriales, Sénat n° 317, 2011, 47 p.

¹⁰⁹ E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁰ M. de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *op. cit.*, p. 156 et suiv.

¹¹¹ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », *op. cit.*, p. 391.

¹¹² A. LAMBERT et J.-C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹³ J.-É. SCHOETTL, « La loi de finances pour 2006 devant le Conseil constitutionnel », *LPA* 6 janv. 2006, n° 5, p. 32.

¹¹⁴ Cons. constit., déc. n° 2005-530 DC du 29 déc. 2005, *Loi de finances pour 2006*.

¹¹⁵ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *préc.*, p. 60.

¹¹⁶ S. LASVIGNES, « Éditorial », in *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, juin 2008, p. 5.

- **L'attente sociale**

« *Au pays de la nomophilie, il n'est pas facile de moins légiférer* »¹¹⁷ tant la société civile ou certaines de ses catégories aspirent à davantage de normes. Ces dernières sont conçues comme les réponses à chaque problème ou événement. Dit autrement, « *chaque crise [...] suscite une forte demande sociale de réglementation supplémentaire pour prévenir et conjurer des risques nouveaux* »¹¹⁸. Selon les observateurs :

« *Il existe un besoin partagé par toute la société civile de certitude et de sécurité juridique. Or les mêmes qui contestent le trop-plein de normes sont aussi ceux qui, dans leur champ d'activité, vont, en permanence, demander que des précisions soient apportées dans les normes qui les concernent.* »¹¹⁹

En somme, la complexité du droit se présente comme le prix à payer pour davantage de sécurité juridique. On comprend, dès lors que, dans une société du « *risque zéro* » favorable à l'interventionnisme de l'État et au principe de précaution, la simplification du droit, qui suppose d'accepter une part d'incertitude, soit considérée comme subversive¹²⁰. Le droit de la commande publique n'échappe pas à ce constat. En effet, les acteurs de la commande publique n'ont de cesse de manifester un besoin de sécurité juridique, soit qu'ils fassent preuve de frilosité à mobiliser les assouplissements offerts par le droit, soit qu'ils appellent des suppléments de réglementation pour écarter tout risque contentieux, financier ou pénal.

Cette boulimie normative n'a cependant rien d'inextinguible, un changement de « *culture normative* » permettrait d'y remédier¹²¹.

- **L'inflation normative**

L'augmentation des producteurs de normes, d'ailleurs irrépressible, conduit presque mathématiquement à l'inflation normative. Cette « *prolifération* »¹²² ou ce « *pullulement* »¹²³ de normes représente un facteur de complexification du droit particulièrement influent pour le

¹¹⁷ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 5^e éd., LexisNexis, 2024, p. 40.

¹¹⁸ D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁹ J.-D. COMBEXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁰ M. de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *op. cit.*, p. 159.

¹²¹ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit, préc.*, p. 89 s. ; A. LAMBERT et J.-C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, *op. cit.*, p. 8 et 81 et suiv.

¹²² F. BURDEAU, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », *op. cit.*, p. 418 et suiv. ; S. DYENS, « La simplification : actualité d'une vieille idée », *AJCT* 2015, p. 62 et suiv.

¹²³ J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » *op. cit.*, p. 21.

droit de la commande publique, à tout le moins avant la rationalisation opérée par la codification. En la matière :

*« On ne répertorie pas moins de trois générations d'accords internationaux sur les marchés publics, cinq générations de directives européennes sur les marchés publics, une sur les concessions, quatre générations de codes nationaux sur les marchés publics, deux générations de textes nationaux sur les marchés publics non soumis à ce code, une génération de textes nationaux sur les délégations de service public, trois générations de textes nationaux sur les contrats de partenariat public-privé, deux sur les concessions d'aménagement et deux sur les concessions de travaux publics. »*¹²⁴

À ce problème s'ajoute celui de la transposition, et parfois même de la « *surtransposition* » des directives européennes. Pour ne citer qu'un exemple, les dispositions de l'article 73 de la *directive Marchés* relatives à la résiliation ont fait l'objet d'une double surtransposition en droit français. En effet, tandis que ce texte envisage la résiliation dans la seule hypothèse où le cocontractant se trouvait, « *lors de l'attribution du contrat* », visé par un motif d'exclusion de plein droit, le Code de la commande publique prévoit, pour sa part, que la résiliation peut être prononcée pour tout motif d'exclusion (obligatoire ou facultatif), et cela même s'il survient en cours d'exécution¹²⁵.

Sur ce point, on peut toutefois souligner que la politique nationale de gestion des « *stocks* » et des « *flux* » normatifs commence à porter ses fruits, ainsi qu'en témoignent certains des indicateurs de suivi de l'activité normative fournis par le Secrétariat général du gouvernement¹²⁶. À cet égard, on observe une relative stabilité du nombre de lois promulguées (hors article 53 de la Constitution)¹²⁷ et de décrets réglementaires publiés¹²⁸, par contraste avec le nombre d'ordonnances publiées¹²⁹. Enfin, il convient de noter, s'agissant spécifiquement du droit de la commande publique, que l'entreprise de codification, et celle de rationalisation qui

¹²⁴ D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, op. cit., p. 44.

¹²⁵ « Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif » (CCP, art. L. 2195-4).

¹²⁶ SGG, *Indicateurs de suivi de l'activité normative*, 2024, disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme> [consulté le 10/06/2025].

¹²⁷ Il se situe entre un minimum de 41 (en 2004) et un maximum de 67 (en 2021). Il convient, par ailleurs, de souligner qu'on dénombre autant de lois promulguées en 2023 qu'en 2003, à savoir 56 : *ibid.*, p. 3.

¹²⁸ Il se situe entre un minimum de 1425 (en 2023) et un maximum de 2408 (en 2005) : *ibid.*, p. 12.

¹²⁹ Il se situe entre un minimum de 15 (en 2007) et un maximum de 125 en 2020 : *ibid.*, p. 7.

l'a précédée, ont permis, dans une certaine mesure d'unifier et d'harmoniser ces textes épars¹³⁰. Un dernier remède pourrait être envisagé à l'échelle nationale : celui d'adopter une politique plus ambitieuse de lutte contre la surtransposition, sans aller jusqu'à suivre la stratégie anglaise de « *copy-out* » (copier-coller) des directives qui prévalait jusqu'au *Brexit*¹³¹.

● Les objectifs contradictoires

La tradition légicentriste française, ainsi que l'érosion d'autres leviers classiques comme la dépense publique, font de la norme le vecteur privilégié de l'action publique. Cet état de fait permet aisément d'expliquer que la norme fixe parfois des objectifs contradictoires¹³². Cette évolution des objectifs assignés touche tout particulièrement le droit de la commande publique¹³³. Ce droit, initialement pensé pour la satisfaction des besoins des donneurs d'ordres, a servi de levier pour maîtriser la dépense publique, la rendre plus efficace et renforcer la concurrence européenne. Désormais, le développement durable¹³⁴, l'innovation¹³⁵, l'accès des PME¹³⁶, la lutte contre la corruption¹³⁷, ainsi que l'égalité salariale entre les femmes et les hommes¹³⁸ s'ajoutent à la liste déjà longue des objectifs assignés à la commande publique. Cette consécration formelle d'objectifs « *sociétaux communs* »¹³⁹ constitue l'un des « *apports les plus remarquables* » du paquet de directives de 2014¹⁴⁰, cependant qu'elle inscrit le droit de la commande publique dans une « *nouvelle complexité* »¹⁴¹, tant la conciliation de ces objectifs peut s'avérer délicate.

¹³⁰ Sur les réussites et les limites de cette entreprise de codification : Dossier au *BJCP* 2019, n° 125 ; v. égal. G. ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique », *CMP* janv. 2019, repère 1 ; J. MARTIN, « Codification du droit et unification des règles : un rendez-vous manqué ? », *Cahiers du droit de l'entreprise*, nov-déc. 2019, dossier 35.

¹³¹ Sur ce point : A. SANCHEZ-GRAELLS, « The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit », *PPLR* 2019, n° 5, p. 186.

¹³² V. Par ex : J.-L. BERGEL, « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique » *op. cit.*, p. 21 ; Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *préc.*, p. 232 ; J.-D. COMBEXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, *op. cit.*, p. 83 ; M. GAST-MEYER, « La simplification du droit », *RRJ* 2005, n° 3, p. 1183.

¹³³ En ce s. D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, *op. cit.*, p. 44 et s.

¹³⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 C, cons. 2 et 91 ; directive 2014/23 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cons. 3 et 65.

¹³⁵ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, cons. 47 et 95 ; Dir. 2014/23, *préc.*, cons. 3 et 73.

¹³⁶ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, cons. 2, 78-80, 83 et 84 ; Dir. 2014/23, *préc.*, cons. 4 et 63.

¹³⁷ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, cons. 126.

¹³⁸ Dir. 2014/23, *préc.*, cons. 65.

¹³⁹ L'expression est employée par la directive 2014/24/UE, *préc.*, cons. 2 qui évoque des « *objectifs sociétaux communs* ».

¹⁴⁰ F. LLORENS et W. ZIMMER, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *CMP* juin 2014, repère 6.

¹⁴¹ G. ECKERT, « La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales » in E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 2.

Le remède à ce facteur de complexité résiderait avant tout dans la hiérarchisation de ces objectifs par les législateurs européen et français¹⁴².

- **La multiplication et la spécialisation des producteurs de normes**

Dans son étude consacrée à la simplification du droit, le Conseil d'État soulignait le rôle des producteurs de normes dans la complexification du droit. En effet, la puissance des moyens dont ils disposent leur permet de répondre à la demande, même « *déraisonnable* », tandis que leur spécialisation croissante conduit à une « *sophistication excessive des dispositifs* »¹⁴³. Cette spécialisation, ou plus exactement la multiplication de « *formes de contrats inédites [...]* empruntées au droit privé pour les unes, issues de la pure imagination des parties pour les autres, presque toujours complexes et ne répondant quasiment jamais aux canons des modèles classiques »¹⁴⁴, constitue probablement le principal facteur de complexité du droit de la commande publique. Ainsi que le soulignent bon nombre de spécialistes, la « *frénésie contractuelle* »¹⁴⁵ débouche sur une « *complexification [...] pathologique* »¹⁴⁶ du droit de la commande publique, parfois qualifié de « *grand désordre* »¹⁴⁷, de « *maquis* »¹⁴⁸ ou de « *millefeuille [...] illisible* »¹⁴⁹. On souligne, à cet égard :

« Les qualificatifs utilisés par la doctrine pour dépeindre l'évolution contemporaine du droit des contrats administratifs témoignent d'un certain malaise. Même si le mot "crise" n'est pas prononcé, il est dans tous les esprits. »¹⁵⁰

C'est pour guérir le droit de la commande publique de cette complexité malade que les différentes réformes entreprises depuis une quinzaine d'années sont placées sous le sceau de la simplification, que l'on songe à celles des directives européennes de 2014 visant à

¹⁴² Cour des comptes européenne, *Les marchés publics dans l'UE. Recul de la concurrence pour les contrats de travaux, de biens et de services passés entre 2011 et 2021*, préc., p. 57.

¹⁴³ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, préc., p. 50.

¹⁴⁴ F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *CMP* mai 2005, étude 7.

¹⁴⁵ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 16.

¹⁴⁶ M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 22.

¹⁴⁷ Y. GAUDEMET, « La commande publique et le partenariat public-privé : quelques mots de synthèse », *RD. Imm.* 2003, p. 534.

¹⁴⁸ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Pour un Code de la commande publique », *CMP* févr. 2006, repère 2.

¹⁴⁹ A. CABANES, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *Le Moniteur – Contrats publics*, n° 34, 2004, p. 68.

¹⁵⁰ F. BRENET, « Les contrats administratifs » in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, 2011, p. 264.

uniformiser le régime de l'achat public dans les ordres juridiques des États membres, ou à l'adoption maintes fois espérée par la doctrine¹⁵¹ d'un Code de la commande publique.

- **La fragmentation du contenu des normes**

La complexité du droit est accentuée par la fragmentation et la variabilité du contenu des normes. En effet, loin des grandes maximes applicables à tous, en tout temps et en tout lieu, souhaitées par les révolutionnaires français, les normes contemporaines varient en fonction des personnes, des circonstances, des territoires et / ou de leur période d'application.

Ce facteur de complexité n'épargne pas le droit de la commande publique où l'on constate une « *forte spécialisation des règles* »¹⁵² selon la nature des contrats (marché public ou concession), la qualité (pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice) et la nature publique ou privée de l'autorité contractante¹⁵³, ainsi qu'en fonction des circonstances, ce dont témoigne parfaitement l'élaboration d'un « *droit spécial de la commande publique* » par la loi du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)¹⁵⁴. Initialement destinés à répondre aux défis posés par la lutte contre l'épidémie de Covid-19, au moyen notamment de la hausse des seuils de dispense de procédures de mise en concurrence, ces « *régimes dérogatoires* » n'ont cessé de se multiplier ou de se pérenniser, contribuant ainsi « *à l'affaiblissement du régime général de la commande publique* »¹⁵⁵.

Il peut sembler difficile de remédier à ce facteur de complexité, sinon en préconisant un retour à des normes générales et abstraites.

La complexité du droit est sans doute plus facile à appréhender que son remède. Pour autant, la simplification du droit peut faire l'objet d'une définition fonctionnelle, c'est-à-dire par ses composantes.

¹⁵¹ D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, *op. cit.* ; G. CLAMOUR, « Vers le Code de la commande publique », *CMP* févr. 2015, comm. 29 ; H. DELZANGLES, « La codification du droit de la commande publique est possible : les enseignements du droit espagnol », *Dr. adm.* 2009, étude 8 ; G. ECKERT, « Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? », in *Mél. G. Weiderkehr*, Dalloz, 2009, p. 267 et suiv. ; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Pour un Code de la commande publique », *op. cit.* ; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Une ordonnance chasse l'autre : après les marchés publics, place aux concessions », *CMP* août-septembre 2015, étude 1 ; J. MAÏA, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? comment ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 143, p. 3 et suiv.

¹⁵² M. UBAUD-BERGERON, « Le choix des textes et principes codifiés », *BJCP* 2019, n° 125, p. 240.

¹⁵³ V. sur ce point : F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.*, p. 1529 et suiv.

¹⁵⁴ G. CLAMOUR, « Les modifications ASAP du droit de la commande publique », *CMP* janv. 2021, comm. 1.

¹⁵⁵ P. VILLENEUVE, « Simplification ou aménagement de la commande publique ? », *JCP Adm.* 2025, act. 2.

§III. La définition positive fonctionnelle

L'absence de définition opérationnelle de la simplification conduit la doctrine comme les institutions à mobiliser les finalités ou les fonctions des mesures dites de simplification pour cerner ce phénomène¹⁵⁶. L'étude de la doctrine et des constats dressés par les institutions permet ainsi une première esquisse de la simplification du droit, à travers ses différentes fonctions et composantes. De manière générale, la simplification est envisagée comme corrélée à la qualité de la loi et même à son effectivité (la complexité d'une loi pouvant nuire à sa bonne application)¹⁵⁷. Dans le même sens, la simplification est fréquemment associée à d'autres notions, au premier rang desquelles la sécurité juridique. Ainsi, les composantes de la sécurité juridique – la lisibilité, la clarté, l'accessibilité et la précision – ont pu être qualifiées, à l'aune de la jurisprudence européenne et française, de « *notions voisines* »¹⁵⁸ de la simplification. L'intelligibilité, entendue comme recouvrant la lisibilité ainsi que l'accessibilité à la fois matérielle et intellectuelle, est même élevée par certains auteurs au rang d'objectif primordial de la simplification du droit en général¹⁵⁹ ou de certains textes précis de simplification¹⁶⁰.

L'étude du droit positif permet de conforter et de compléter, dans une certaine mesure, les composantes de la simplification. L'approche empirique adoptée au sein des présents travaux repose sur l'étude des textes français dits de simplification, c'est-à-dire des textes législatifs et réglementaires dont l'intitulé inclut la simplification¹⁶¹, en se restreignant néanmoins aux textes ayant un champ d'application national (et non local) et disponibles sur *Légifrance*¹⁶². À défaut d'une définition positive à la fois synthétique et opérationnelle, l'objectif poursuivi est de proposer une définition positive fonctionnelle de la simplification du droit – à travers les fonctions et ainsi les composantes des mesures dites de simplification.

¹⁵⁶ Voy. par exemple : N. LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en questions », *LPA* 24 mai 2007, n° 104, p. 4 et suiv.

¹⁵⁷ Voy. en ce sens : A. LEMAIRE et C. VEROT, « Une loi de bonne qualité est avant tout une loi démocratiquement fabriquée », *JCP Adm.* 2013, act. 613 ; P. DEUMIER, « Les qualités de la loi », *RTD Civ.* 2005, p. 93.

¹⁵⁸ E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *op. cit.*, p. 81.

¹⁵⁹ N. LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en questions », *op. cit.*

¹⁶⁰ S'agissant de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, de la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, et de la circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation, Pascal Jan estime qu'ils sont tous trois dotés d'un but commun : « *renforcer l'État et la lisibilité des politiques gouvernementales* » (P. JAN, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 1512).

¹⁶¹ L'étude a également inclus les textes dont l'intitulé comporte le terme « simplifiant » et non « simplification ».

¹⁶² La présente étude repose sur 431 textes, en excluant les circulaires ainsi que les textes de nominations au sein de l'exécutif ou d'organismes de simplification (comme la nomination des membres du Conseil de la simplification pour les entreprises).

Semblable à une typologie, cette définition positive repose sur trois pans complémentaires : la simplification *organique* destinée à rationaliser les compétences des institutions ainsi que leur fonctionnement (A), la simplification *formelle* reposant non seulement sur l'accessibilité matérielle des normes, mais également sur l'allègement et le renforcement de l'efficacité de leur mise en œuvre (B), et la simplification *substantielle* résultant de la précision, de la sécurisation ou encore de la cohérence des normes (C).

A. La simplification organique

Principalement destinée aux personnes publiques, la simplification organique prend plusieurs formes permettant une rationalisation des modalités d'édiction ou de mise en œuvre d'une norme à travers les institutions prenant part à ces processus normatifs.

Ainsi, et en premier lieu, la réforme de certaines institutions peut participer à la simplification du droit en limitant le nombre d'institutions impliquées dans une procédure. Cette entreprise peut passer par la fusion¹⁶³, la suppression d'instances¹⁶⁴ ou d'intermédiaires (par exemple dans la transmission de documents¹⁶⁵). Cette démarche peut sembler, de prime abord, contre-intuitive dans la mesure où de nouveaux organismes ont précisément pu être créés pour procéder à la simplification du droit, à l'image du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), devenu la direction interministérielle de la transformation publique (DITP), ou du Conseil de la simplification pour les entreprises. Le succès de ces créations est toutefois relatif, le Conseil d'État dressant « [u]n bilan décevant »¹⁶⁶ en 2016, en raison tant des modifications successives des institutions ou des agents dédiés à la simplification que du manque de coordination conduisant à une « *dispersion des initiatives* »¹⁶⁷.

¹⁶³ Voy. par exemple à ce sujet : S. HOURSON, « La simplification décomplexée », *op. cit.*

Exemples de suppression de certaines commissions consultatives, de la fusion d'autres commissions/missions, ou d'habilitation à procéder à de telles suppressions/fusions : loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 93 ; loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 46 ; ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations ; loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 1 à 24.

¹⁶⁴ Il en est également ainsi de l'habilitation législative à réduire le nombre de commissions administratives (ex : loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 2).

¹⁶⁵ Par exemple, décret n° 2002-275 du 20 février 2002 modifiant les décrets n° 85-885 et n° 85-886 du 12 août 1985 et portant simplification de procédures administratives.

¹⁶⁶ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, préc., p. 73.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 74.

La simplification peut également résulter du renforcement du rôle de certaines institutions, ce qui permet d'accroître la rapidité d'une démarche, de l'édiction d'une norme ou encore de limiter les risques de décisions ou d'avis contraires¹⁶⁸. Dans le même sens, les textes peuvent préciser le mode de création d'une institution, fixer ou modifier le contenu des règles qui lui sont applicables (comme ses statuts, sa composition, ses compétences/missions, ou encore son fonctionnement). Si certaines de ces mesures sont susceptibles de contribuer à la sécurisation juridique (qui relève de la simplification substantielle dans la définition proposée au sein des présents travaux), d'autres sont étrangères à celle-ci, lorsqu'il ne s'agit pas de préciser des compétences ou des règles. Il en est ainsi de l'allègement du fonctionnement ou des missions de certaines institutions¹⁶⁹ permettant d'accroître l'efficacité d'une démarche ou d'une prise de décision.

La simplification organique par la réforme de certaines institutions repose également sur la répartition des compétences entre les collectivités publiques, qu'il s'agisse de transférer des compétences de manière générale soit pour centraliser la prise de décision, soit pour la déconcentrer¹⁷⁰ (par exemple en remplaçant un décret en Conseil d'État par un arrêté préfectoral

¹⁶⁸ Il en est ainsi du renforcement du rôle des directeurs des agences régionales de l'hospitalisation (ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation).

¹⁶⁹ Voy. : décret n° 2020-1632 du 21 décembre 2020 portant diverses mesures de simplification dans le domaine de l'éducation ; décret n° 2019-918 du 30 août 2019 portant diverses mesures de simplification pour le ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse ; décret n° 2019-854 du 20 août 2019 portant diverses mesures de simplification dans les domaines de la santé et des affaires sociales ; ordonnance n° 2016-1406 du 20 octobre 2016 portant adaptation et simplification de la législation relative à l'établissement français du sang et aux activités liées à la transfusion sanguine ; décret n° 2015-1002 du 18 août 2015 portant diverses mesures de simplification et d'adaptation dans le secteur du tourisme.

¹⁷⁰ Voy. par exemple : loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, art. 9 ; loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 25 à 33 ; décret n° 2021-145 du 10 février 2021 relatif à la déconcentration et à la simplification des procédures dans le domaine des services funéraires ; décret n° 2020-88 du 5 février 2020 relatif à la déconcentration de décisions administratives individuelles et à la simplification de procédures dans les domaines du travail et de l'emploi ; décret n° 2019-1330 du 10 décembre 2019 portant mesures de déconcentration et de simplification relatives aux cultes catholique, protestants et israélite dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ; ordonnance n° 2019-501 du 22 mai 2019 portant simplification de la procédure d'élaboration et de révision des schémas de raccordement au réseau des énergies renouvelables ; ordonnance n° 2005-1091 du 1er septembre 2005 portant simplification des conditions d'exercice de la profession de courtier en vins dit « courtier de campagne » ; ordonnance n° 2005-1039 du 26 août 2005 portant modification du régime de reconnaissance de la capacité professionnelle des transporteurs routiers et simplification des procédures d'établissement de contrats types ; Décret no 97-503 du 21 mai 1997 portant mesures de simplification administrative ; décret n°71-756 du 10 septembre 1971 de modification des art. 1er et 8 et abrogation de l'article 2 du décret 5937 du 05-01-1959 relatif à la déconcentration et la simplification de l'administration communale (procédures d'approbation des délibérations sur le budget communal ; Décret n°54-1300 du 24 décembre 1954 relatif à la simplification des procédures pour les constructions scolaires, universitaires et sportives ; décret du 21 avril 1939 relatif à des simplifications administratives en matière d'offices ; décret n° 2024-295 du 29 mars 2024 simplifiant les procédures de mise en œuvre des obligations légales de débroussaillage ; décret n° 2021-1905 du 30 décembre 2021 pris en application de l'ordonnance n° 2021-1325 du 13 octobre 2021 réformant l'évaluation des biotechnologies et simplifiant la procédure applicable aux utilisations confinées d'organismes génétiquement

soumis à approbation ministérielle préalable¹⁷¹). À titre d'exemple, la simplification du droit en Italie résulte notamment de la « *délégification* »¹⁷² de certains domaines (c'est-à-dire de la délégalisation), autrement dit du transfert de compétences du pouvoir législatif au pouvoir réglementaire. L'objectif poursuivi est de faciliter et d'accélérer la procédure d'adoption des normes. La doctrine a par ailleurs pu souligner que la proximité de l'administration – et ainsi le transfert de compétence à un échelon inférieur – peut constituer une mesure de simplification « *par optimisation* »¹⁷³.

La détermination du *contenu* d'une décision publique peut également être simplifiée. Ceci apparaît en particulier au sein de la recherche d'une meilleure adéquation de la mesure avec les difficultés rencontrées en pratique. Ainsi, la promotion de l'expérimentation territoriale peut faciliter l'identification des mesures les plus appropriées au regard des résultats de l'expérimentation, au même titre que les études d'impact *ex ante* ou des bilans *ex post*. Ces différentes évaluations constituent probablement l'aspect le plus saillant de la simplification formelle au sein des travaux doctrinaux et des études du Conseil d'État. Par exemple, le Conseil d'État classe, parmi les « *dispositifs pérennes* »¹⁷⁴ de simplification, diverses mesures d'évaluation en France révélant « *[u]n effort de rationalisation des procédures normatives* »¹⁷⁵. La démarche inclut aussi bien des évaluations en amont, à l'image de l'obligation d'étude d'impact des projets de loi¹⁷⁶, qu'en aval, à l'occasion par exemple de bilans d'application de

modifiés présentant un risque nul ou négligeable ; ordonnance n° 2021-1325 du 13 octobre 2021 réformant l'évaluation des biotechnologies et simplifiant la procédure applicable aux utilisations confinées d'organismes génétiquement modifiés présentant un risque nul ou négligeable ; décret n° 2007-57 du 12 janvier 2007 simplifiant le minimum vieillesse et modifiant le code de la sécurité sociale (troisième partie : Décrets) ; décret n°55-608 du 20 mai 1955 simplifiant les règles de constatation des taxes et des produits perçus par les communes et les établissements publics locaux et modifiant en conséquence les art. 140 al. 1, 152 al. 2 et 154 al. 1 de la loi du 05-04-1884 relative à l'organisation municipale.

¹⁷¹ Voy. par exemple : décret-loi du 28 décembre 1926 relatif à la simplification de la procédure de répartition des frais d'entretien des ouvrages de navigation utilisés en commun avec des tiers.

Il est également possible d'inclure l'élargissement des possibilités de délégation de signature ou de compétences (ex : décret n° 2023-980 du 23 octobre 2023 portant simplification de la mission d'accompagnement du service public de la performance énergétique de l'habitat et de sa mise en œuvre ; décret n° 89-679 du 18 septembre 1989 modifiant le décret 85899 du 21-08-1985 modifié relatif à la déconcentration de certaines opérations de gestion du personnel relevant du ministère de l'éducation nationale et portant simplification de la gestion des personnels enseignants, d'éducation et d'orientation ; Arrêté du 28 juillet 1964 simplification et déconcentration des procédures d'élaboration et d'approbation des programmes des fonds d'action sanitaire et sociale des départements d'outre-mer ; loi du 31 mars 1923 simplifiant la procédure suivie pour la délivrance des permissions de voirie et des alignements individuels sur la grande voirie et sur les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun).

¹⁷² L. BALESTRA, « La simplification du droit en Italie », *op. cit.*, p. 269.

¹⁷³ S. HOURSON, « La simplification décomplexée », *op. cit.*

¹⁷⁴ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 63.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ Obligation créée par l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

certaines normes. L'attention portée aux évaluations *ex ante* et *ex post* dans le cadre de la simplification n'est d'ailleurs pas surprenante, compte tenu de leur importance croissante au sein des outils de simplification de nombreux droits étrangers. L'approche la plus complète en la matière semble être celle adoptée au Canada¹⁷⁷, au regard notamment de l'ampleur des facteurs pris en considération pour l'étude d'impact. L'évaluation réalisée au sein de l'étude d'impact n'est pas cantonnée, dans ce système juridique, aux risques environnementaux ou juridiques d'une norme, mais prend également en compte d'autres aspects comme ceux relevant du bien-être social et économique de la population¹⁷⁸. Le modèle canadien n'est en revanche pas le seul incluant la consultation des organisations concernées ou des administrés en amont de l'adoption d'une norme, pour recueillir leur avis¹⁷⁹. Il ne s'agit pas non plus du seul système d'évaluation préalable comportant une étude efficace et développée de solutions alternatives à l'adoption de la norme envisagée¹⁸⁰. Un tel dispositif peut utilement être complété par une évaluation *ex post* (ou *a posteriori*), par exemple en modifiant des normes afin de déréglementer comme au Royaume-Uni¹⁸¹, ou en faisant un bilan de l'efficacité des normes pour les ajuster si nécessaire. Le bilan français des évaluations, en particulier celles *ex ante*, apparaît bien plus nuancé que dans ces systèmes juridiques. Il a ainsi pu être souligné que le champ d'application des études d'impact est trop limité, notamment en ce que ces études s'imposent principalement aux projets de loi¹⁸² et ne sont pas nécessairement suffisantes dans leur contenu (au regard par exemple d'alternatives à l'adoption de la norme envisagée). La nature tardive de ces études est également critiquée¹⁸³, dans la mesure où elles sont réalisées « *le plus souvent pendant la phase d'arbitrage du texte au niveau interministériel, ou même au moment de sa transmission au Conseil d'État* »¹⁸⁴. La simplification du droit au moyen des évaluations (préalables ou *a*

¹⁷⁷ Pour l'ensemble des éléments relatifs ci-dessous relatifs à l'étude d'impact au Canada, voy. : D. MOCKLE, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *op. cit.*

¹⁷⁸ Voy. par exemple à ce sujet : *idem*.

¹⁷⁹ Tel est également le cas au Danemark, en Norvège et en Suède ou encore au Royaume-Uni par exemple : J.-B. POINTEL, « Les deux niveaux du droit : le modèle scandinave de simplification du droit », *op. cit.* ; J. BELL, « La loi britannique et la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 341.

¹⁸⁰ Sans prétention à l'exhaustivité, il en est ainsi également au Royaume-Uni : J. BELL, « La loi britannique et la sécurité juridique », *op. cit.*

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Il importe de souligner que des évaluations préalables sont également imposées pour d'autres textes. En attestent par exemple l'obligation d'étude d'impact pour les « *projets de loi ayant des conséquences sur les missions ou l'organisation des services déconcentrés de l'État* » (décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration, article 8, alinéa 1^{er}), et l'obligation d'une « *fiche d'impact faisant apparaître les incidences techniques et les incidences financières* » pour les « *projets de textes réglementaires créant ou modifiant des normes [applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics]* » (respectivement article R. 1213-27 alinéa 1^{er} du Code général des collectivités territoriales, et article L. 1212-2 I alinéa 1^{er} du Code général des collectivités territoriales).

¹⁸³ Voy. par exemple : Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, pp. 75-76 ; B. STIRN, « La dispersion des normes », *RD Publ.* 2017, p. 5.

¹⁸⁴ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, *préc.*, p. 76.

posteriori) de la pertinence du contenu d'une norme semble ainsi grandement perfectible en France.

Au-delà de l'aspect organique, la simplification du droit revêt une dimension formelle particulièrement vaste, tant il est vrai que la simplification du droit commence par celle des textes et des procédures.

B. La simplification formelle

Dans son volet formel, la simplification du droit dispose de plusieurs facettes, puisqu'elle renvoie aussi bien à la consolidation des textes (1), à l'allègement des formalités administratives (2) et / ou la rationalisation des procédures juridictionnelles (3).

1. La consolidation des textes

La simplification formelle du droit correspond d'abord à l'opération de consolidation des textes¹⁸⁵, qui renvoie aussi bien à des rectifications formelles qu'au rassemblement de textes portant sur un même objet dans un *corpus* unique, généralement un code.

Cette consolidation tend, en premier lieu, à améliorer la qualité formelle des textes juridiques et leur cohérence rédactionnelle par l'abrogation de dispositions obsolètes, l'actualisation de certains termes ou expressions, la correction des « *malfaçons* » de tous ordres¹⁸⁶ ou encore l'ajout de définitions. Pour ne prendre qu'un exemple, la loi du 20 décembre 2014 habilitait le Gouvernement à prendre diverses mesures législatives pour simplifier le droit de la commande publique, en apportant les modifications qui seraient rendues nécessaires afin, notamment, d'« *assurer [...] la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés* », ou encore de « *remédier aux éventuelles erreurs* »¹⁸⁷. Pour ce faire, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics¹⁸⁸ consolide la valeur législative des règles régissant les marchés

¹⁸⁵ Pour une étude détaillée : H. MOYSAN, « La loi, en quelques maux », *JCP Adm.* 2018, doct. 261.

¹⁸⁶ Pour une liste : H. MOYSAN, « Choc de simplification et poids de la pratique. Quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture », *JCP Adm.* 2014, 770. Pour un exemple récent : le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique (rectificatif) : « *au deuxième alinéa de l'article 7, au lieu de lire : "Les dispositions du premier alinéa du présent article sont applicables aux marchés publics [et aux contrats de concession] conclus par l'État et ses établissements publics", lire : "Les dispositions de l'article 6 et du premier alinéa du présent article sont applicables aux marchés publics conclus par l'État et ses établissements publics" ».*

¹⁸⁷ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 42.

¹⁸⁸ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

publics, la qualification des contrats administratifs, le champ d'application du droit de la commande publique à travers un certain nombre de définitions (marchés publics, accords-cadres, marché de partenariat, etc.) et d'exclusions. Enfin, en réunissant les dispositions régissant les marchés soumis à l'ancien Code des marchés publics, celles s'appliquant aux marchés « *hors code* » relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, ainsi que les règles applicables aux marchés de défense ou de sécurité, le texte de 2015 a permis de préparer l'élaboration du futur Code de la commande publique. Dans le prolongement de la première, l'ordonnance du 29 janvier 2016¹⁸⁹ opère également une salutaire « *simplification* » du droit des concessions¹⁹⁰. D'abord parce qu'elle abroge plusieurs réglementations spécifiques¹⁹¹ ou les réduit¹⁹² à « *leur plus simple expression* »¹⁹³. Ensuite parce qu'elle offre un « *socle juridique commun* »¹⁹⁴ aux contrats concessifs et, ce faisant, une base solide au futur code de la commande publique.

Le regroupement de normes dans un texte unique vise, en deuxième lieu, à améliorer l'accessibilité formelle au droit. En France, on observe une tendance naturelle à associer la codification et la simplification du droit¹⁹⁵ eu égard à la dimension symbolique que revêt la première dans l'imaginaire juridique national.

Pourtant, il ne faut pas se laisser abuser par cette « *portée mythique* »¹⁹⁶ : la codification vise avant tout une simplification formelle du droit, en particulier lorsqu'elle s'effectue à droit constant¹⁹⁷. En d'autres termes, « *les normes ne deviennent pas plus simples du fait de la codification* »¹⁹⁸. Pis, la codification peut être source de rigidité¹⁹⁹, sinon de complexité, lorsqu'elle fige des imperfections, contradictions, incertitudes, ou qu'elle réveille de dispositions abrogées²⁰⁰. Pour que la codification rime véritablement avec simplification, elle doit s'accompagner de certains aménagements. On parle alors de « *codification*

¹⁸⁹ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

¹⁹⁰ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 4^e édition, Dalloz, 2024, p. 220.

¹⁹¹ Voy, par exemple : ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

¹⁹² Voy, par exemple les articles du code de l'urbanisme relatifs aux concessions d'aménagement.

¹⁹³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁹⁴ C. FRACKOWIAK et G. DELALOY, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *BJCP* 2014, n° 95, p. 242.

¹⁹⁵ Pour une étude détaillée des liens entre codification et simplification : A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », *op. cit.*, p. 9 et s.

¹⁹⁶ C. LECOMTE, « De la difficulté de codifier », *LPA* 13 nov. 2003, n° 227, p. 4 et suiv.

¹⁹⁷ En ce s. P. DEUMIER, « La simplification par codification à droit constant », in F. RUEDA et J. POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, p. 53.

¹⁹⁸ G. BRAIBANT, « La problématique de la codification », *RFDA* 1997, p. 168.

¹⁹⁹ B. du MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique », *op. cit.*, p. 189.

²⁰⁰ J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », *op. cit.*, p. 537.

intelligente »²⁰¹, à l'image de celle qui a présidé à l'élaboration du Code de la commande publique. On le sait, l'élaboration de ce code a été précédée d'un important travail de simplification²⁰², ou selon de « *restructuration* »²⁰³ du droit de la commande publique. La transposition des directives européennes de 2014 a en effet offert l'opportunité de rationaliser « *l'architecture du droit de la commande publique* »²⁰⁴, désormais articulé autour des deux grandes catégories européennes : les marchés publics et les concessions. Cette réforme a également permis de fondre, au sein de ces catégories, d'autres contrats comme les anciens partenariats public-privé, désormais baptisés « *marchés de partenariat* ». La doctrine majoritaire a réservé un accueil favorable à cette évolution, non sans souligner les résultats parfois contradictoires auxquels elle aboutit²⁰⁵. À cet égard, certains soulignent que :

« [m]ême si l'œuvre réalisée ne saurait être exempte de toute critique, la clarification des règles, la simplification de leur usage et l'amélioration de la sécurité juridique doivent être soulignées. »²⁰⁶

D'autres insistent sur le fait que cette codification a permis une « *consolidation des sources du droit de la commande publique* » et qu'elle a apporté « *de nombreuses améliorations rédactionnelles* » des règles qui le composent²⁰⁷.

L'amélioration de la rédaction des textes constitue une des facettes de la simplification formelle du droit, l'allègement des formalités administratives venant la compléter.

²⁰¹ P. DEUMIER, « La simplification par codification à droit constant », *op. cit.*, p. 62.

²⁰² Voy. par exemple J.-M. PASTOR, « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », *AJDA* 2014, p. 538.

²⁰³ F. BRENET, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1784.

²⁰⁴ C. FRACKOWIAK et G. DELALOY, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *op. cit.*

²⁰⁵ En ce s. M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2024, p. 59.

²⁰⁶ G. ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique », *op. cit.*

²⁰⁷ *Idem.* Sur les réussites et les limites de cette entreprise de codification : Dossier au *BJCP* 2019, n° 125 ; J. MARTIN, « Codification du droit et unification des règles : un rendez-vous manqué ? », *op. cit.*

2. L'allègement des formalités administratives

La « *simplification administrative* »²⁰⁸ est supposée mettre fin à des « *tracasseries inutiles et encombrantes* »²⁰⁹ trop souvent rencontrées par les usagers et les entreprises. La démarche passe par des moyens extrêmement variés allant de l'allègement des procédures, l'unification des démarches, la dématérialisation des échanges avec les usagers, la réduction des pièces exigées, jusqu'à la rationalisation des délais.

Dans le détail, l'allègement des procédures peut reposer sur l'harmonisation, la suppression d'une procédure ou sa substitution par une formalité moins contraignante, le renforcement de leur efficacité, ainsi que la réduction du champ d'application des procédures plus contraignantes. En ce sens, laisser au préfet le choix d'une enquête publique ou d'une consultation en ligne du public²¹⁰, supprimer un régime d'autorisation²¹¹ ou une obligation de consultation²¹², substituer un régime d'autorisation par un régime de déclaration²¹³ ou un régime d'agrément par une procédure d'accréditation²¹⁴, réduire le nombre de procédures de modification des documents d'urbanisme²¹⁵, augmenter les seuils de dispense de publicité et de

²⁰⁸ Pour des études détaillées : Ph. BÉZES, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009, 530 p. ; J. CHEVALLIER, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *op. cit.*, p. 205 et s. ; F. COLIN, « La régulation de la simplification administrative », *RFAP* 2016, n° 157, p. 171 et suiv. ; P. GONOD, « La simplification administrative : questions sur la méthode », *AJDA* 2004, p. 409 et suiv. ; P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *op. cit.*, p. 1652 et suiv. ; S. HOURSON, « La transition administrative. *Lost in translation* », *Dr. adm.* 2013, 10 ; OCDE, *Pourquoi la simplification administrative est-elle si compliquée ? Perspectives au-delà de 2010*, préc. ; S. DYENS, « La simplification : actualité d'une vieille idée », *Dossier AJCT* 2015, p. 62 et suiv.

²⁰⁹ P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *op. cit.*, p. 1652.

²¹⁰ Voy. par exemple pour certains projets soumis à une procédure d'autorisation, mais pas à une évaluation environnementale : loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP), art. 44.

²¹¹ Voy. par exemple le régime d'autorisation pour l'exercice public d'un culte non statutaire ou l'ouverture d'une chapelle est supprimé par le décret n° 2019-1330 du 10 décembre 2019 portant mesures de déconcentration et de simplification relatives aux cultes catholique, protestants et israélite dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

²¹² Voy. par exemple pour la procédure d'autorisation environnementale : décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 portant diverses dispositions de simplification de la procédure d'autorisation environnementale.

²¹³ Voy. par exemple l'autorisation préalable requise pour la vente en ligne des médicaments par les pharmaciens est remplacée par une simple déclaration d'ouverture de site internet par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 89.

²¹⁴ Voy. par exemple en matière d'installation de certains dispositifs médicaux : décret n° 2018-436 du 4 juin 2018 relatif à la simplification de la procédure de maintenance et de contrôle de qualité de certains dispositifs médicaux. V. également en ce qui concerne le régime des associations et des fondations : ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations.

²¹⁵ Voy. par exemple le nombre de procédures de modification des schémas de cohérence territoriale est réduit : ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012 portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme.

mise en concurrence des marchés publics²¹⁶, fusionner les procédures applicables à la délivrance aux exploitants de débits de boissons des licences II et III²¹⁷ ou bien créer une carte électorale unique au bénéfice des ressortissants de l'Union européenne en matière d'élections municipales et des députés européens²¹⁸, sont autant de mesures relevant de cette catégorie.

Dans le prolongement de cette idée, la simplification des procédures peut également résulter d'une harmonisation ou d'une unification des démarches aux moyens d'un guichet unique²¹⁹, d'un outil unique de planification²²⁰, d'une enquête unique²²¹, d'une obligation unique de déclaration²²² ou d'une décision unique²²³ ou encore de l'harmonisation des informations à communiquer²²⁴. De ce point de vue, la dématérialisation constitue une piste féconde d'allègement des formalités administratives²²⁵, qu'il s'agisse généralement

²¹⁶ Voy. par exemple le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés de travaux est rehaussé à 100 000 € : loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 142.

²¹⁷ Voy. par exemple les licences 2 et 3 délivrées aux débits de boisson sont fusionnées : ordonnance n° 2015-1682 du 17 décembre 2015 portant simplification de certains régimes d'autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels, art. 12.

²¹⁸ Voy. par exemple : le décret n° 2006-1244 du 11 octobre 2006 portant mesures de simplification en matière électorale.

²¹⁹ Voy. par exemple la création des centres de formalités des entreprises et d'un document unique de déclaration pour les démarches administratives, juridiques, fiscales, sociales et statistiques des entreprises par le décret n°81-257 du 18 mars 1981 création des centres de formalités des entreprises. À cet égard, la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives habilite le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure destinée à « *favoriser le développement des dispositifs de titres simplifiés et de guichets uniques* de déclaration et de paiement des cotisations et contributions de protection sociale » (art. 1).

²²⁰ Voy. par exemple en matière de création des établissements et des services médico-sociaux : ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

²²¹ Voy. par exemple pour les documents d'urbanisme : décret n° 2013-142 du 14 février 2013 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012 portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme. En ce s. dès 2004, le gouvernement était habilité à « *regrouper* les différentes procédures d'enquête publique » : loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, art. 60.

²²² Voy. par exemple : l'élaboration d'un document unique destiné aux entreprises souhaitant bénéficier de crédits ou déductions d'impôt par le décret n° 2016-395 du 31 mars 2016 portant simplification des obligations déclaratives relatives à certains crédits et réduction d'impôt.

²²³ Voy. par exemple le représentant de l'État dans le département est autorisé à délivrer aux porteurs de projets une décision unique pour certaines installations de production d'énergie ou de raccordement : loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 18.

²²⁴ Voy. par exemple : le décret n° 2001-452 du 25 mai 2001 relatif aux simplifications des démarches et formulaires administratifs.

²²⁵ Voy. par exemple : la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit habilitait le Gouvernement à simplifier le droit, par voie d'ordonnance, à « *permettre les échanges d'informations par voie électronique* dans le cadre des contrôles ou encore « *permettre et favoriser* » la signature électronique (art. 3).

d'encourager le dépôt²²⁶ et la collecte électroniques²²⁷ des pièces, d'autoriser la signature électronique de certains documents, ainsi que la notification et la publication en ligne de certaines décisions administratives²²⁸, mais encore d'aménager des téléservices, par exemple avec le site *service-public.fr*.

Dans le même ordre d'idées, les pièces exigées à l'appui de certaines démarches ou les délais peuvent servir de leviers de simplification. À cet égard, la promotion du dispositif du « *Dites-le-nous une fois* »²²⁹, de même que la communication des pièces entre les administrations, permettent d'alléger les contraintes pesant sur les usagers. Dans cette catégorie de mesure, on songe également à l'harmonisation de dossier de candidatures ou à la simplification de formulaires administratifs. Enfin, cette simplification formelle peut consister à réduire le nombre de pièces à fournir, par exemple en supprimant l'exigence d'un justificatif de domicile pour l'obtention d'une pièce d'identité²³⁰. La simplification des procédures peut aussi découler de l'aménagement des délais, notamment lorsque celui-ci conditionne la formation ou les effets d'une décision, comme c'est le cas de l'approbation implicite²³¹ (par exemple la règle du « *silence vaut acceptation* »²³² (qui constitue un bel exemple de « fausse simplification ») ou la reconnaissance du caractère automatiquement exécutoire d'une décision à l'issue d'un délai préalablement déterminé²³³. Plus spécifiquement, la modification des délais peut aller dans le sens de leur augmentation ou de leur réduction²³⁴. Certains textes procèdent, en ce sens, à la réduction des délais de traitement d'une demande, à la réduction ou à

²²⁶ Voy. par exemple pour la procuration de vote des français à l'étranger : décret n° 2015-1206 du 30 septembre 2015 portant simplification de la procédure de transmission des procurations de vote établies hors de France.

²²⁷ Voy. par exemple pour certains documents fiscaux : ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités

²²⁸ Voy. par exemple certaines décisions de l'Autorité de la concurrence : décret n° 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence.

²²⁹ Le principe de non redondance des informations demandées aux usagers est posé depuis 2001 : décret n° 2001-452 du 25 mai 2001 relatif aux simplifications des démarches et formulaires administratifs.

²³⁰ S'agissant de la suppression de l'exigence d'un justificatif de domicile, voy. : loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, *préc.*, art. 67.

²³¹ Voy. par exemple pour certaines décisions administratives d'autorisation : décret n° 97-503 du 21 mai 1997 portant mesures de simplification administrative.

²³² La règle selon laquelle le silence de l'Administration vaut accord est issue de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. La règle est conçue, dans son principe, comme une mesure de simplification. Cependant, dans ses effets, la mesure et ses nombreuses exceptions ont vraisemblablement complexifié l'état du droit. En ce s. : A. DESPRAIRIES, *La décision implicite d'acceptation en droit administratif*, Mare et Martin, 2022, 604 p. ; B. SEILLER, « Le silence de l'administration », *RFDA* 2014, p. 35 et suiv.

²³³ Voy. par exemple les délibérations du Conseil municipal : ordonnance n°59-33 du 5 janvier 1959 relative à la décentralisation et à la simplification de l'Administration communale, modifiant l'art. 7 de l'ordonnance n° 45993 du 17 mai 1945 relative aux services publics des départements et communes et de leurs établissements publics, concernant les indemnités attribuées aux fonctionnaires et agents de l'État.

²³⁴ En ce sens, le Gouvernement était habilité à réduire les délais de traitement des demandes par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 2.

l'augmentation des délais de transmission ou de dépôt des pièces exigées²³⁵, ou encore à l'augmentation du délai de validité d'une décision administrative²³⁶ permettant ainsi d'espacer davantage les procédures d'une nouvelle décision ou de renouvellement d'une décision.

La simplification du droit passe non seulement par l'allègement des formalités administratives, mais aussi parfois par une réforme des procédures juridictionnelles.

3. La réforme des procédures juridictionnelles

La simplification formelle peut enfin reposer sur la réforme des procédures juridictionnelles, qui dispose de plusieurs facettes.

Elle peut, par exemple, recouvrir un certain nombre de réformes dans le but de faciliter les démarches contentieuses des justiciables, comme l'unification des compétences juridictionnelles²³⁷ ou des procédures de contestation²³⁸, l'extension ou la promotion des règlements amiables²³⁹, l'instauration des télécommunications audiovisuelles²⁴⁰, de même que l'allègement du ministère d'avocat obligatoire²⁴¹. D'autres évolutions, manifestement moins favorables aux justiciables, tendent néanmoins à la simplification du droit de la procédure, qu'il s'agisse de la réduction des griefs recevables contre une décision²⁴², la restriction des

²³⁵ Voy. par exemple pour certains documents comptables : décret n° 2014-1063 du 18 septembre 2014 relatif à la simplification de certaines obligations comptables applicables aux commerçants et de diverses mesures du droit des sociétés.

²³⁶ Il en est ainsi pour les droits relatifs au handicap : décret n° 2018-1222 du 24 déc. 2018 portant diverses mesures de simplification dans le champ du handicap.

²³⁷ En ce sens, le projet de loi de simplification de la vie économique du 24 avril 2024 projetait d'unifier le contentieux des contrats de la commande publique. Sur l'opportunité d'une telle mesure et son caractère potentiellement simplificateur : G. CLAMOUR, « Faudrait-il administrativiser l'ensemble des contrats de la commande publique ? », *CMP* août-sept. 2024, repère 8 ; G. ECKERT, « Faut-il "administrativiser" les contrats privés de la commande publique ? » : *CMP* 2020, repère 1 ; J. MARTIN, « Juge administratif, juge judiciaire, et contrats de la commande publique : un fauteuil pour deux ? », *JCP Adm.* 2024, 2176 ; N. SYMCHOWICZ, « Une réforme inopportune », *AJDA* 2024, p. 1197 et suiv.

²³⁸ Voy. par exemple les procédures de contestation des décisions de nature médicale sont unifiées : décret n° 2019-1506 du 30 décembre 2019 relatif à la simplification du contentieux de la sécurité sociale.

²³⁹ Voy. par exemple le décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024 portant diverses mesures de simplification de la procédure civile et relatif aux professions réglementées ; décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

²⁴⁰ Voy. par exemple le décret n° 2024-799 du 2 juillet 2024 pris pour l'application du titre VII de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, relatif à la simplification des règles du contentieux.

²⁴¹ Voy. par exemple les parties sont autorisées à se défendre elles-mêmes ou à se faire représenter devant le TGI par diverses personnes qui ne sont avocates « dans certaines matières, en raison de leur nature, ou en considération de la valeur du litige » : loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, art. 2.

²⁴² Voy. par exemple les griefs recevables à l'appui du recours *Tarn-et-Garonne* : F. MELLERAY, « Les moyens dans le cadre de la jurisprudence *Tarn et Garonne* », *AJDA* 2024, p. 964 et suiv.

ordonnances pouvant faire l'objet d'un recours²⁴³, ou encore la modification des délais de recours contentieux²⁴⁴.

Les mesures précédemment étudiées relèvent de la simplification « formelle » du droit. Cette approche, aussi ancienne et essentielle soit-elle, fut utilement complétée, ces dernières années, par une simplification « substantielle » du droit.

C. La simplification substantielle du droit

Au-delà d'aspects essentiellement procéduraux ou de l'accessibilité matérielle et de la lisibilité des normes, la simplification peut également porter sur le contenu matériel des normes et leurs interactions entre elles. La simplification s'adresse, dans un tel cas de figure, aussi bien aux autorités publiques qu'aux administrés, qu'il s'agisse d'appréhender une situation ou de clarifier les règles qui lui sont applicables (1), ou, plus généralement, de renforcer la sécurité juridique (2), ou encore d'harmoniser les normes potentiellement contradictoires ou incomplètes (3).

1. La réglementation ou la précision du régime juridique

À l'instar des autres composantes de la simplification, la simplification de l'appréhension juridique d'une situation peut prendre plusieurs formes. Il s'agit, dans tous les cas de figure, de faciliter l'identification et la compréhension du contenu des normes régissant la situation tant par les administrés que par les autorités publiques. Ainsi, la simplification résulte de la création d'un régime juridique – donc de la création d'une réglementation – mais également de la précision d'un régime juridique préexistant. Ceci concerne aussi bien le contenu d'obligations que les conditions d'octroi ou d'exercice de certains droits.

Cette composante de la simplification recouvre naturellement la création de nouveaux statuts ou qualifications juridiques, qui induit l'instauration de règles afférentes. Il en est ainsi

²⁴³ Voy. par exemple le décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024 portant diverses mesures de simplification de la procédure civile et relatif aux professions réglementées.

²⁴⁴ Voy. par exemple le décret n° 2023-1391 du 29 décembre 2023 portant simplification de la procédure d'appel en matière civile.

de la création d'un mécanisme de préemption des autorisations de travaux²⁴⁵ ou d'un mécanisme d'authentification de certaines pièces²⁴⁶.

La simplification peut également résulter d'un dispositif non pleinement novateur, en précisant des régimes juridiques préexistants. S'inscrit dans ce pan de la simplification la précision des règles applicables au versement de subventions²⁴⁷, à l'octroi d'agrément²⁴⁸, à la régularisation anticipée de certaines cotisations sociales²⁴⁹, aux conditions de demande de dérogation à certaines normes d'urbanisme²⁵⁰, aux déclarations des soumissionnaires dans le cadre des marchés publics²⁵¹, ou aux différents droits afférents au traitement informatisé d'informations²⁵².

La simplification peut également être recherchée par l'allègement des obligations substantielles applicables à certains professionnels – comme les acteurs de la santé²⁵³ ou les organismes de formation professionnelle²⁵⁴.

Sans nécessairement conduire à un allègement des obligations, le rapprochement de règles applicables à plusieurs situations différentes – donc l'harmonisation – peut conduire à la simplification. En effet, un tel procédé facilite l'identification du droit applicable – les mêmes

²⁴⁵ Décret n° 2014-1314 du 31 octobre 2014 portant simplification du régime des travaux sur les immeubles adossés aux monuments historiques ou situés dans leur champ de visibilité et adaptation de l'organisation administrative dans le domaine du patrimoine.

²⁴⁶ Pour les pièces justificatives de domicile voy. : décret n° 2013-629 du 16 juillet 2013 modifiant le décret n° 2000-1277 du 26 décembre 2000 portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil.

²⁴⁷ Voy. par exemple : ordonnance n° 2005-1027 du 26 août 2005 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux qui leur sont rattachés.

²⁴⁸ Voy. par exemple : décret n° 2016-1890 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions d'adaptation et de simplification dans le domaine de la prévention et de la gestion des déchets.

²⁴⁹ Voy. par exemple : décret n° 2012-1550 du 28 décembre 2012 relatif à la simplification des procédures applicables aux cotisations et contributions sociales dues par les travailleurs indépendants.

²⁵⁰ Décret n° 2015-908 du 23 juillet 2015 relatif à la simplification des règles d'urbanisme applicables à certains projets de construction de logements.

²⁵¹ Un décret de simplification a ainsi créé une liste exhaustive des documents et pièces exigibles des soumissionnaires aux marchés publics de l'État, ainsi que des sanctions applicables en cas de déclaration inexacte (décret n° 54-596 du 11 juin 1954 simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés d'État).

S'agissant en particulier de l'harmonisation des informations relatives à la nationalité de l'entreprise, voy. par exemple : lettre-circulaire du 31 juillet 1954 application des textes portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État.

²⁵² L'organisme compétent pour les droits d'accès et de rectification des informations ainsi que le champ d'application du droit d'opposition ont par exemple été précisés (arrêté du 21 février 1994 modifiant l'arrêté du 7 août 1985 relatif à la création d'un traitement informatisé pour la simplification des procédures d'imposition).

²⁵³ Voy. par exemple : décret n° 2019-854 du 20 août 2019 portant diverses mesures de simplification dans les domaines de la santé et des affaires sociales.

²⁵⁴ Ordonnance n° 2005-731 du 30 juin 2005 relative à la simplification et à l'adaptation du droit dans les domaines de la formation professionnelle et de l'emploi.

règles régissant désormais des situations diverses – et ainsi sa « bonne » application par les administrés ou la vérification de son respect par les autorités. Il en est ainsi de l’harmonisation de dispositifs d’exonération²⁵⁵, des règles d’exercice de certaines professions – comme celle d’expert-comptable²⁵⁶ –, des règles d’entrée en vigueur et de publication des lois, ordonnances et actes administratifs²⁵⁷, ou encore des règles de retrait des actes administratifs²⁵⁸. Cette simplification peut même reposer sur un degré plus élevé d’harmonisation, par l’unification de régimes juridiques, à l’image de la fusion de régimes juridiques de polices administratives²⁵⁹ ou de plusieurs régimes suspensifs d’imposition²⁶⁰.

Cet aspect de la simplification substantielle conduit naturellement à une autre exigence fondamentale du droit, concordant partiellement avec la simplification : celle de la sécurité juridique.

2. Le renforcement de la sécurité juridique

La doctrine porte une attention particulière aux liens entretenus entre simplification du droit et sécurité juridique. Ceci peut s’expliquer par l’importance consensuellement reconnue à la sécurité juridique dans le cadre de la qualité des normes. En ce sens, la sécurité juridique s’oppose aux « *dérèglements du système juridique* »²⁶¹, car elle est au cœur de la rationalisation du droit²⁶². Il en résulte qu’à l’instar de la simplification du droit, la sécurité juridique semble être instrumentalisée et devenir un « *slogan* »²⁶³ dont la réalisation nécessiterait une profonde transformation du système²⁶⁴.

²⁵⁵ Pour l’harmonisation de dispositifs d’allègement de cotisations sociales, voy. : ordonnance n° 2003-1213 du 18 décembre 2003 relative aux mesures de simplification des formalités concernant les entreprises, les travailleurs indépendants, les associations et les particuliers employeurs ; ordonnance n° 2004-281 du 25 mars 2004 relative à des mesures de simplification en matière fiscale.

²⁵⁶ Voy. par exemple : ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 portant simplification et adaptation des conditions d’exercice de certaines activités professionnelles.

²⁵⁷ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 4.

²⁵⁸ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, art. 2.

²⁵⁹ Il en est ainsi de l’unification des polices administratives spéciales prévues par le Code de l’environnement (ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l’environnement).

²⁶⁰ Voy. par exemple pour la TVA : décret n° 2010-1397 du 12 novembre 2010 portant simplification des régimes d’entrepôts fiscaux suspensifs de taxe sur la valeur ajoutée.

²⁶¹ N. MOLFESSIS, « Les “avancées” de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 660.

²⁶² Voy. en ce sens : *idem* ; N. MOLFESSIS, « Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », *op. cit.*, p. 395.

²⁶³ N. MOLFESSIS, « Les “avancées” de la sécurité juridique », *op. cit.*

²⁶⁴ « *l’essor, autrement que formel, du principe de sécurité juridique, commanderait une mutation profonde de notre système de sources, un bouleversement de notre ordre juridique* » (*idem*).

Il ne s'agit pas des seules similitudes entre la simplification du droit et la sécurité juridique. En ce sens, les facteurs d'insécurité juridique semblent partiellement concorder avec les facteurs de complexité, comme « *l'inflation normative* », « *l'instabilité des règles* », le « *déclin de l'art de légiférer* »²⁶⁵, ou encore, dans la continuité de l'inflation, « *[l]a profusion des normes et la complexité croissante qui en découle* »²⁶⁶ issue notamment de la multiplication des engagements internationaux. Le Conseil constitutionnel établit expressément un lien entre la complexité et la sécurité juridique, estimant que la première porte atteinte à la seconde²⁶⁷. La corrélation entre simplification et sécurité juridique est encore plus flagrante en droit de l'UE²⁶⁸. D'aucuns soulignent en conséquence que « *[l]a concomitance des deux phénomènes [la volonté de simplification et l'émergence de l'objectif d'intelligibilité de la loi qui constitue un pan de la sécurité juridique] n'est donc pas due au hasard* »²⁶⁹.

Plus encore, la définition positive de la sécurité juridique est entravée au même titre que celle de la simplification. La doctrine relève ainsi que la sécurité juridique est « *protéiforme, plurivoque, parfois contradictoire, et les auteurs s'accordent pour admettre que les tentatives de définition de la sécurité juridique se heurtent à de sérieuses difficultés* »²⁷⁰. Il s'ensuit que la démarche de définition fonctionnelle (définition par les composantes), démarche adoptée au sein des présents travaux pour la simplification, est également privilégiée pour la sécurité juridique. Cette dernière est ainsi généralement définie par un triptyque : stabilité, accessibilité

²⁶⁵ Pour ces trois citations : N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », *op. cit.*, p. 391.

S'agissant du changement répété de normes comme facteur de complexité, voy. : F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.*, p. 1529.

²⁶⁶ R. MARILLER, « La sécurité juridique : un concept européen multiforme », *Revue du notariat* 2008, vol. 110, n° 2, p. 466, disponible en ligne : <https://www.erudit.org/fr/revues/notariat/2008-v110-n2-notariat03643/1045547ar.pdf> [consulté le 11/03/2025].

²⁶⁷ Il en est ainsi du Conseil constitutionnel : « *Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux* » (Cons. constit., déc. n° 2005-530 DC du 29 déc. 2005, *Loi de finances pour 2006*, §84).

Dans le même ordre d'idée, le Conseil constitutionnel souligne que « *cette double finalité [simplifier le droit et poursuivre la codification] répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* » (Cons. constit., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, §5).

²⁶⁸ Voy. à ce sujet : A. MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *op. cit.*, p. 303.

²⁶⁹ G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *op. cit.*, p. 713.

²⁷⁰ S. CALMES, « Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français », *Revue du notariat* 2008, vol. 110, n° 2, p. 303, disponible en ligne : <https://www.erudit.org/fr/revues/notariat/2008-v110-n2-notariat03643/1045539ar.pdf> [consulté le 11/03/2025].

et prévisibilité²⁷¹. En ce sens, le Conseil d'État affirme, dans le cadre de son étude annuelle de 2006 :

« Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles [accessibilité], et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes [stabilité], ni surtout imprévisibles [prévisibilité]. »²⁷²

La jurisprudence française confirme partiellement l'approche fonctionnelle de la sécurité juridique, puisque les juges français privilégiaient initialement la consécration de certaines composantes de la sécurité juridique plutôt que de la sécurité juridique elle-même²⁷³. L'approche adoptée par le Conseil constitutionnel est particulièrement révélatrice à cet égard²⁷⁴, et est d'ailleurs fréquemment associée à la simplification par la doctrine²⁷⁵. Le Conseil constitutionnel a exigé la clarté et la précision de la loi sur le fondement de l'article 34 de la Constitution²⁷⁶, avant de consacrer l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁷⁷ – soit l'une des composantes de la sécurité juridique (accessibilité matérielle et intellectuelle).

Le renforcement de la sécurité juridique apparaît ainsi comme l'une des fonctions essentielles de la simplification du droit. La loi de simplification du 2 juillet 2003 déjà citée en

²⁷¹ Voy. par exemple : Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, 635 p., pp. 18-57.

²⁷² Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 281.

²⁷³ Le Conseil d'État a expressément reconnu la sécurité juridique en 2006 (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, *Rec.* p. 154), comme la Cour de cassation à partir de 2009 (Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 08-16.914 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 07-14.932).

Les juges européens ont reconnu bien plus tôt la sécurité juridique. Voy. par exemple à ce sujet : R. MARILLER, « La sécurité juridique : un concept européen multiforme », *op. cit.*, p. 463 ; E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *op. cit.*, p. 81.

²⁷⁴ Pour une analyse plus détaillée de l'approche du Conseil constitutionnel s'agissant de la sécurité juridique, voy. : O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », *in* Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 369.

²⁷⁵ Voy. par exemple : F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *op. cit.* ; A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *op. cit.*, p. 74 ; N. LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en questions », *op. cit.* ; N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *op. cit.*, p. 155 ; E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *op. cit.*, p. 81 ; A. MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *op. cit.*, p. 303.

²⁷⁶ Cons. constit., déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, §10.

²⁷⁷ Cons. constit., déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, §13.

constitue une illustration en droit des contrats publics ou, du moins, opère une reconnaissance – même artificielle – entre simplification et sécurité juridique :

« [...] la loi du 2 juillet 2003 prétend rendre le droit des contrats publics plus intelligible en habilitant le gouvernement à instituer une nouvelle catégorie de contrats de la commande publique, les contrats de partenariat public-privé. La création de ces derniers répondait à un besoin, les formes existantes de contrats étant inadaptées à la passation de contrats de longue durée confiant au cocontractant privé un ensemble complexe de tâches. »²⁷⁸

L'intelligibilité a également pu être mobilisée par le Conseil constitutionnel pour censurer une disposition législative relative aux marchés publics, dont la rédaction était incohérente et aurait ainsi généré de la complexité²⁷⁹. De manière plus générale, de nombreuses précisions sont apportées par des normes dites de simplification pour sécuriser l'application des normes par les administrés et les autorités publiques. Ces précisions prennent plusieurs formes et sont susceptibles de porter sur des aspects divers. Sans prétention à l'exhaustivité, cette simplification par la sécurisation peut résulter du développement des règles régissant des cas de figure particuliers²⁸⁰, du renforcement de la délimitation du champ d'application d'une

²⁷⁸ G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *op. cit.*

²⁷⁹ « Dans la décision n° 2008-567 DC, le législateur avait entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés. Il avait, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au-dessus d'un seuil défini par décret. Le texte était cependant entaché d'une erreur matérielle. En effet, le dernier alinéa relatif à cette procédure négociée simplifiée mentionnait "supérieur" au lieu de mentionner "inférieur". Il en résultait un dispositif incohérent de par sa contradiction interne, deux procédures supposées exclusives l'une de l'autre pouvant s'appliquer ensemble, en méconnaissance d'ailleurs de l'intention du législateur et du droit communautaire. Le risque de contentieux était réel. Le texte a été jugé inintelligible et censuré » (J.-L. DEBRÉ, « Constitution et qualité de la loi », in D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 17).

²⁸⁰ Il en est ainsi par exemple en droit des marchés publics, où la liste des pièces susceptibles d'être exigées en-dehors de celles déjà prévues par d'autres textes a été édictée par une norme de simplification (décret n°57-693 du 8 juin 1957 simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés des départements, des communes des syndicats de communes et des établissements publics départementaux et communaux).

Dans le même sens, des précisions ont pu être apportées par des normes de simplification en droit du travail concernant le passage au temps partiel ou les contrats de remplacement (ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015 relative à la simplification et à la sécurisation des modalités d'application des règles en matière de temps partiel issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi), ou concernant la sécurisation de la procédure de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai (ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail).

La même démarche a pu être adoptée s'agissant des cotisations sociales des travailleurs indépendants, avec la mise en place d'une taxation d'office progressive en cas de non-déclaration (décret n° 2012-1550 du 28 décembre 2012 relatif à la simplification des procédures applicables aux cotisations et contributions sociales dues par les travailleurs indépendants).

norme²⁸¹ ou des modalités de sa mise en œuvre²⁸², de la clarification de la distinction entre certaines qualifications²⁸³, ou encore de dispositions transitoires²⁸⁴.

Le bilan de la simplification par la sécurisation est toutefois nuancé, en raison de la nature partiellement irréaliste de la sécurité juridique comme de la simplification. Par exemple, la pratique des « *dispositions-balais* »²⁸⁵ en droit français, pourtant généralement destinée à assurer l’accessibilité et l’intelligibilité de la loi (donc la sécurité juridique), peut paradoxalement être « *source d’insécurité juridique : elle contribue à la dégradation de la qualité de la norme et des conditions de sa connaissance* »²⁸⁶. Plus généralement, l’accessibilité du droit est qualifiée de « *rêve fou* »²⁸⁷, la clarté du droit de « *rêve idéaliste* »²⁸⁸, et la simplification « *est probablement, comme la transparence, trop séduisante pour être claire* »²⁸⁹, sinon utopique²⁹⁰. L’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi est même critiqué à l’aune d’un « *droit au droit* »²⁹¹ : il s’agit de « *l’exemple paroxystique de l’emballement de la machine normative : tout problème appelle une réponse normative, toute norme appelle une nouvelle norme* »²⁹². Plus encore, le contenu

²⁸¹ Il a par exemple pu être précisé par un décret qu’une disposition d’une ordonnance de simplification en matière fiscale s’appliquait aux déclarations de revenus de l’année 2005 (décret n° 2006-345 du 17 mars 2006 pris pour l’entrée en vigueur de l’article 7 de l’ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l’harmonisation et l’aménagement du régime des pénalités).

²⁸² En droit des marchés publics par exemple, des précisions ont été apportées sur les modalités d’application d’une réforme des marchés publics d’État, notamment au regard de la nature obligatoire ou non des renseignements susceptibles d’être demandés aux soumissionnaires ou s’agissant de la liberté dont dispose l’administration dans certains domaines (au regard par exemple de l’appréciation des notions de dirigeant et d’exploitant faute de définition textuelle de ces notions, ou s’agissant de l’exclusion d’entreprises) (lettre-circulaire du 31 juillet 1954 application des textes portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l’État).

²⁸³ Il en est ainsi de la clarification de la distinction entre certaines infractions, par l’habilitation donnée au Gouvernement de définir l’une d’entre elle et d’en préciser d’autres (loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d’amélioration de la qualité du droit, art. 199).

²⁸⁴ Voy. par exemple : décret n° 2024-268 du 25 mars 2024 relatif à la simplification de la mise en œuvre de la réforme des autorisations d’activités de soins ; décret n° 2023-891 du 21 septembre 2023 relatif à l’indemnité compensatrice temporaire des routes attribuée à certains agents du ministère en charge des transports affectés au sein des services concernés par la mise en œuvre de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l’action publique locale ; décret n° 2015-1888 du 30 décembre 2015 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité.

²⁸⁵ H. MOYSAN, « L’accessibilité et l’intelligibilité de la loi, des objectifs à l’épreuve de la pratique », *AJDA* 2001, p. 428.

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ G. NICOLAU, « Inaccessible droit ! », *RRJ* 1998, n° 1, p. 16.

²⁸⁸ G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *op. cit.*

²⁸⁹ G. NICOLAU, « Inaccessible droit ! », *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁰ G. EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *op. cit.*

Dans le même sens s’agissant de la clarté de la loi, voy. par exemple : A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l’ambiguïté d’un idéal », *op. cit.*

²⁹¹ B. SEILLER, « La reconnaissance d’un droit au droit », *op. cit.*, p. 41.

²⁹² *Ibid.*, p. 43.

même de cet objectif est incertain – au-delà du fait « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »²⁹³ – et, dès lors, difficilement atteignable²⁹⁴.

En sus des entraves à la réalisation pleine et entière de la simplification par la sécurisation, la simplification suppose l'absence de contradiction ou d'incohérence entre les normes.

3. La mise en conformité du droit interne

La mise en conformité des normes facilite, tant pour les administrés que pour les autorités publiques, l'identification du droit applicable, mais sous l'angle, cette fois, de la réduction des conflits de normes.

Ainsi, la simplification repose tout d'abord sur les mesures tendant à assurer le respect de la hiérarchie des normes au niveau interne²⁹⁵. Ceci recouvre naturellement l'intégration des normes supranationales, au premier rang desquelles le droit de l'UE. L'un des exemples les plus emblématiques en la matière tient à la transposition de directives européennes, à l'image des *deux directives de 2014 relatives aux marchés publics* – dont l'objectif affiché était notamment la simplification²⁹⁶ et dont la transposition a pu être réalisée par voie d'ordonnance

²⁹³ CC, déc. n° 2005-514 DC du 28 avr. 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, §14. Ces propos du Conseil constitutionnel concernant à la fois « le principe de clarté de la loi » et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

²⁹⁴ « Mais l'intelligibilité recherchée comme un objectif est ambiguë. Intelligibilité soit. Mais pour qui ? Selon le critère de référence retenu, la contrainte qu'elle représente sera plus ou moins forte. Le standard sera-t-il le citoyen moyen ou le juriste moyen ? » (B. SEILLER, « La reconnaissance d'un droit au droit », *op. cit.*, p. 46).

Voy. également en ce sens : A. ZARADNY, « L'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, lecture croisée », in D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 53-66.

²⁹⁵ Pour une habilitation législative donnée au Gouvernement afin, de manière générale, d'« assurer le respect de la hiérarchie des normes [...] [et] harmoniser l'état du droit [...] », voy. par exemple : loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, art. 28 I 1°.

²⁹⁶ Le Conseil de l'UE le souligne lui-même dans son communiqué de presse relatif à l'adoption des directives de 2014 que la « [s]implification et [l']assouplissement des procédures de passation de marché » fait partie des objectifs poursuivis par ces textes (Conseil de l'UE, « Le Conseil adopte des directives pour réformer les procédures de passation des marchés publics », Communiqué de presse, Bruxelles, 11 février 2014, 6337/14, disponible en ligne : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%206337%202014%20INIT/FR/pdf> [consulté le 26/03/2025]).

Voy. par exemple à ce sujet : Y. MARTINET, « L'alibi de la simplification », *L'Observateur de Bruxelles* 2012/2, n° 88, p. 5 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Une ordonnance chasse l'autre : après les marchés publics, place aux concessions », *op. cit.*

Plus généralement, la doctrine a pu souligner l'importance des liens entre le droit de l'UE et la simplification : cette dernière « est intrinsèquement liée au projet européen dans la mesure où la constitution d'un marché commun, formé d'un espace sans frontières et gouverné par des règles harmonisées voire uniques participe à l'évidence d'une simplification du droit » (D. BLANC, « La simplification législative en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 85).

sur habilitation législative²⁹⁷. Il est également possible d'inclure la transposition de décisions-cadres européennes²⁹⁸ ainsi que la mise en conformité avec des accords internationaux sans nécessairement transposition de ces derniers²⁹⁹.

La simplification résulte également de mesures assurant la cohérence entre les différentes branches du droit, y compris entre normes de même valeur juridique (donc indépendamment de lien avec la hiérarchie des normes). Il en est ainsi de la mise en conformité des conditions d'exercice d'une profession avec le droit de la concurrence³⁰⁰, de la mise en cohérence de codes³⁰¹, ou, en ce qui concerne le droit de la commande publique, de l'intégration des mesures écologiques dans le cadre du rejet d'une offre³⁰². L'harmonisation de la définition ou de l'emploi d'une notion au sein de différents textes ou branches du droit participe de la même dynamique, comme l'illustre l'harmonisation de la notion de travail de jour³⁰³.

Les différents pans de la simplification substantielle s'avèrent ainsi complémentaires, en renforçant la précision et la clarté du droit. En revanche, certaines normes nationales de simplification ne répondent pas aux différentes fonctions de simplification identifiées dans les présents travaux et sont ainsi exclues de la définition ici retenue.

En revanche, l'incorporation du droit de l'UE au sein du droit français peut être source de complexité. Voy. par exemple : E. SAULNIER-CASSIA, « La simplification de l'intégration et de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le droit français », *op. cit.*, pp. 35-52.

²⁹⁷ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, *préc.*, art. 42.

²⁹⁸ Voy. par exemple : ordonnance n° 2011-1069 du 8 septembre 2011 transposant la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne.

²⁹⁹ Voy. par exemple en ce qui concerne la mise en conformité du droit français avec les accords internationaux portant sur l'immersion des déchets : ordonnance n° 2005-805 du 18 juillet 2005 portant simplification, harmonisation et adaptation des polices de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets.

³⁰⁰ Il en est ainsi de la profession de courtiers en vins et spiritueux (selon l'ancienne dénomination) dont les conditions d'exercices ont évolué pour être conformes au droit de la concurrence (ordonnance n° 2005-1091 du 1er septembre 2005 portant simplification des conditions d'exercice de la profession de courtier en vins dit « courtier de campagne »).

³⁰¹ Voy. par exemple : décret n° 2020-1573 du 11 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation et de simplification dans le domaine de la prévention et de la gestion des déchets ; Décret n° 2021-1744 du 22 décembre 2021 relatif à la simplification de la procédure d'habilitation des structures d'accueil, d'inscription et d'affectation sur les postes de travail d'intérêt général.

³⁰² Il en est ainsi d'un décret contenant des mesures d'application de la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte, créant la possibilité pour une entité adjudicatrice de rejeter une offre contenant des produits provenant de certains pays tiers à l'UE (décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique).

³⁰³ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 2.

SIV. Les éléments exclus de la définition

De nombreuses mesures prévues par des textes dits de simplification ne réduisent pas la complexité du droit et sont dès lors écartées du champ d'analyse. Le nombre de mesures concernées et la diversité de leurs objectifs conduisent à un certain éclectisme. Il est ainsi peu aisé de les analyser à la fois ensemble et très succinctement. L'approche ici retenue repose par conséquent sur la distinction de ces normes selon l'objectif qu'elles poursuivent, qui ne correspond pas aux fonctions de la simplification.

Il en est ainsi tout d'abord des mesures tendant – souvent implicitement – au renforcement de l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics. Ces mesures ne participent pas nécessairement à la simplification *du droit* et constituent, en tout état de cause, un objectif distinct de celle-ci, puisqu'il s'agit de faciliter l'action des pouvoirs publics, notamment pour prévenir d'éventuelles erreurs de calcul dans le cadre d'aides ou de contributions³⁰⁴. En ce sens, certaines mesures prévoient la suppression de dispositifs provisoires (comme des allocations³⁰⁵). D'autres instaurent des adaptations du recouvrement de recettes fiscales ou de cotisations, comme la mensualisation³⁰⁶ ou le réajustement du montant de prélèvement en cas de fluctuation des revenus³⁰⁷.

D'autres mesures sont similaires : celles ayant trait à la réduction du nombre d'experts devant une juridiction³⁰⁸. Cette réduction peut participer à l'efficacité (en contribuant à la rapidité et à la réduction du nombre de saisines), mais n'aboutit pas nécessairement ni directement à la simplification du droit.

Dans le même sens, les mesures destinées à faciliter l'accès des PME à la commande publique ne participent pas nécessairement ni directement à la simplification du droit *stricto*

³⁰⁴ La doctrine a pu en revanche souligner que le renforcement de l'efficacité de l'action administrative est l'un des enjeux économiques de la simplification (D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, *op. cit.*, p. 10).

³⁰⁵ Il en est ainsi de l'allocation provisoire d'attente pour les pensions militaires d'invalidité : décret n° 2002-74 du 11 janvier 2002 portant simplification administrative en matière de pensions militaires d'invalidité.

³⁰⁶ Voy. par exemple : ordonnance n° 2003-1235 du 22 décembre 2003 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et supprimant le droit de timbre devant les juridictions administratives.

³⁰⁷ Voy. par exemple : *idem* ; ordonnance n° 2003-1213 du 18 décembre 2003 relative aux mesures de simplification des formalités concernant les entreprises, les travailleurs indépendants, les associations et les particuliers employeurs ; ordonnance n° 2004-281 du 25 mars 2004 relative à des mesures de simplification en matière fiscale ; ordonnance n° 2005-1127 du 8 septembre 2005 relative à diverses mesures de simplification dans le domaine agricole.

³⁰⁸ Décret-loi du 30 octobre 1935 simplifiant les expertises devant les conseils de préfecture.

*sensu*³⁰⁹. La confusion opérée par le législateur s'explique par le fait que la simplification du droit de la commande publique tend généralement à favoriser l'accès des PME. Or, la simplification des règles de la commande publique ne procède pas à une simplification pour tous les acteurs de la commande publique, et renforce la complexité issue de la diversité de règles applicables selon les entreprises ou contrats concernés. Sont ainsi exclues du champ d'analyse du présent rapport les mesures telles que la limitation du chiffre d'affaires annuel exigible des candidats³¹⁰, la part minimale confiée aux PME pour certains contrats de la commande publique³¹¹, l'abaissement du montant maximum de retenue de garantie pour certains marchés publics conclus avec des PME³¹², ou, plus généralement, les mesures visant à assouplir des règles de la commande publique pour les PME³¹³.

Certaines mesures contenues dans des normes nationales de simplification ont trait à la création de missions, services ou organismes spécifiquement dédiés à la simplification³¹⁴. De telles créations organiques sont susceptibles de conduire à l'adoption de mesures de simplification du droit, *via* les normes proposées par ces services ou organismes. Toutefois, ces créations ne sont pas, par elles-mêmes, simplificatrices du droit et sont ainsi également exclues du champ d'analyse.

De manière assez similaire, certaines mesures contenues dans des normes dites de simplification ne constituent pas, *per se*, de la simplification du droit. Il en est ainsi des mesures procédant à la rectification d'erreurs. Contrairement aux aspects de simplification formelle reposant sur la rédaction et la consolidation des textes, certains textes se contentent de corriger des erreurs opérées par des textes antérieurs. Il en est ainsi du rétablissement d'un droit ou d'une formalité supprimé(e) par erreur (comme un justificatif de domicile exigé par une disposition

³⁰⁹ À l'instar du renforcement de l'efficacité de l'action des pouvoirs publics, la facilitation de l'accès des PME à la commande publique a pu être qualifiée par la doctrine de l'un des enjeux sociétaux de la simplification (D. BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, *op. cit.*, p. 12).

³¹⁰ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics ; Décret n° 2025-1383 du 29 décembre 2025 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 2, 1°.

³¹¹ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

³¹² *Idem.*

³¹³ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, *préc.*, art. 131 et 132.

³¹⁴ Voy. par exemple : décret n° 2015-817 du 6 juillet 2015 relatif aux attributions déléguées à la secrétaire d'État chargée de la réforme de l'État et de la simplification ; loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 1 ; décret n° 2019-699 du 3 juillet 2019 portant création d'une mission interministérielle relative à la simplification et à la modernisation des formalités des entreprises et de publicité légale ; décret n° 2014-11 du 8 janvier 2014 instituant le conseil de la simplification pour les entreprises ; décret n° 98-1083 du 2 décembre 1998 relatif aux simplifications administratives.

abrogée, mais qui demeure exigible³¹⁵), ou de la rectification d'erreurs exclusivement formelles (à l'image des erreurs terminologiques³¹⁶ ou des répétitions³¹⁷).

Certaines mesures de modernisation sont également étrangères à la simplification, car se bornant à de simples mises à jour des taux ou de montants (d'aide³¹⁸, de cotisation³¹⁹, d'imposition³²⁰ ou encore d'amendes³²¹), sans clarification des conditions de ces dispositifs ni harmonisation de ceux-ci.

La dépénalisation du droit des sociétés³²² présente un lien encore plus distendu avec la simplification et ne contribue pas à la réduction de la complexité du droit.

Plus encore, certaines mesures sont susceptibles d'accentuer la complexité du droit et, ainsi, de contrevenir à la simplification – malgré leur présence dans des textes dits de simplification. Il en est tout d'abord ainsi de l'encadrement du pouvoir de « sanction » (par exemple pour des fautes de syntaxe aux concours et examens³²³), de l'édiction des conséquences de l'absence de certains documents pour le paiement d'aides³²⁴, de la possibilité d'adoption par l'administration d'une prise de position qui lui soit opposable³²⁵, ou de l'établissement du degré de proportionnalité requis pour une sanction³²⁶. De telles mesures

³¹⁵ Décret n° 2003-748 du 31 juillet 2003 modifiant le décret n° 2000-1277 du 26 décembre 2000 portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil.

³¹⁶ Décret n° 2006-383 du 30 mars 2006 portant simplification et adaptation de diverses dispositions dans le domaine de la formation professionnelle et modifiant le code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

³¹⁷ Ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

³¹⁸ Voy. par exemple : décret n°70-679 du 30 juillet 1970 portant modification des taux de calcul des allocations familiales (simplification).

³¹⁹ Voy. par exemple : arrêté du 15 avril 1961 abroge et remplace les dispositions de l'art. 31 de l'arrêté du 05-01-1955 portant simplification de l'organisation de la sécurité sociale minière (taux de l'ensemble des cotisations et contributions destinées à la couverture des charges des fonds gérés par la caisse autonome) ; arrêté du 12 décembre 1960 modification des dispositions de l'art. 35 de l'arrêté du 05-01-1955 portant simplification de l'organisation de la sécurité sociale dans les mines en Algérie.

³²⁰ Voy. par exemple : ordonnance n° 45-2674 du 2 novembre 1945 mettant des ressources nouvelles à la disposition des départements et des communes et portant simplification des procédures d'autorisation en matières de finances locales.

³²¹ Voy. par exemple : ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités.

³²² Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises.

³²³ Arrêté du 26 février 1901 relative à la simplification de la syntaxe adressée par le ministre de l'instruction publique et des beaux-arts aux recteurs.

³²⁴ Décret n° 2002-1564 du 23 décembre 2002 relatif à la simplification de démarches administratives et modifiant le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

³²⁵ Le Parlement a habilité le Gouvernement par voie d'ordonnance à « *permettre à une autorité administrative [...] d'adopter une « prise de position formelle, opposable à l'administration, sur l'application d'une norme à sa situation de fait ou à son projet* » (loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, art. 9).

³²⁶ Ordonnance n° 2005-554 du 26 mai 2005 relative à diverses mesures de simplification dans le domaine agricole.

tendent davantage à alourdir la prise de décision publique qu'à simplifier le droit applicable, quand bien même elles partagent avec cette dernière la finalité d'accorder des garanties supplémentaires aux administrés. D'autres mesures semblent encore plus contradictoires avec la simplification, car contribuant directement à un alourdissement formel ou substantiel du droit. Il en est ainsi de la création de dispositifs ou de procédures plus lourds, qui complexifient le droit. À titre d'exemples, une alternative à une formalité unique a pu être créée³²⁷, il a pu être indiqué que les pièces requises pour un dossier n'étaient que les pièces minimales (ouvrant ainsi la possibilité à l'exigence de pièces supplémentaires)³²⁸, de nouveaux contrats plus complexes de la commande publique ont pu être créés (comme le partenariat public-privé³²⁹ ou le partenariat d'innovation³³⁰), et un régime simplifié a pu être remplacé³³¹. S'inscrivent également dans cette dynamique les mesures créant des contrôles³³², ou tendant à ajouter des conditions pour l'exercice d'un droit ou d'une fonction³³³.

La définition (à la fois négative et positive) de la simplification dressée ci-dessus permet de s'interroger sur les éléments de simplification du droit de la commande publique et notamment de déterminer si certaines mesures de simplification sont absentes ou insuffisantes au sein de ce droit.

³²⁷ Décret n° 70-548 du 22 juin 1970 pris pour l'application des art. 1er à 6 de la loi 69-1168 du 26 décembre 1969 portant simplifications fiscales.

³²⁸ Arrêté du 28 septembre 2012 portant mesure de simplification en matière de demande d'aide dans le cadre d'un programme de développement rural.

³²⁹ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *préc.*, art. 6.

³³⁰ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics. Laurent Richer souligne en ce sens que « *la nouvelle procédure de partenariat d'innovation [...] est, certainement utile, mais ne peut être considérée comme un élément de simplification* » (L. RICHER, « Simplification(s) », *op. cit.*).

³³¹ Décret n° 98-1022 du 10 novembre 1998 portant simplification de certains régimes d'imposition et dates de dépôt de déclarations fiscales et modifiant l'annexe II au code général des impôts ainsi que la partie Réglementaire du code de la construction et de l'habitation.

³³² Voy. l'instauration de contrôles des revenus pour certaines pensions avant le 65^{ème} anniversaire du pensionné : décret n°80-349 du 13 mai 1980 simplification du contrôle des revenus professionnels des titulaires de pensions de vieillesse substituées à des pensions d'invalidité ou accordées au titre de l'incapacité au travail des salariés agricoles ; décret n°80-126 du 8 février 1980 simplification du contrôle des revenus professionnels des titulaires de pensions de vieillesse substituées à des pensions d'invalidité ou accordées au titre de l'incapacité au travail. (nouvelles dispositions du dernier al. de l'art. 76-a du décret 451079 du 29-12-1945 relatif à l'application des dispositions du livre III du code de la sécurité sociale).

³³³ Il en est ainsi de l'ajout d'obligations (comme celle du secret professionnel) pour les fonctionnaires élèves ou stagiaires (décret n° 2006-383 du 30 mars 2006 portant simplification et adaptation de diverses dispositions dans le domaine de la formation professionnelle et modifiant le code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État), de l'ajout d'une obligation de signalement de risque grave pour la santé ou la sécurité par les établissements d'activités physiques et sportives (décret n° 2016-281 du 8 mars 2016 relatif à la simplification des mesures administratives applicables aux établissements d'activités physiques et sportives) ou de conditions pour le bénéfice de certaines prestations sociales (arrêté du 12 décembre 1960 modification des dispositions de l'art. 35 de l'arrêté du 05-01-1955 portant simplification de l'organisation de la sécurité sociale dans les mines en Algérie).

SECTION 2 : LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le droit de la commande publique ne se lasse pas de servir de « *laboratoire d'expérimentation* » à la simplification du droit³³⁴. À cet égard, les décrets adoptés en décembre 2024³³⁵, véritables « *antichambre[s] de la simplification* »³³⁶, contiennent un ensemble de corrections et de règles éparses dont il paraît impossible de dégager une vision d'ensemble. L'actuel *projet de loi de simplification de la vie économique* souffre des mêmes maux. Par son objet d'abord – l'allègement des contraintes pesant sur les entreprises –, ce texte renonce d'emblée à simplifier le droit de la commande publique pour l'ensemble de ses acteurs. Par son contenu ensuite, il démontre, une fois encore, que la « *vacuité de la notion de simplification* »³³⁷ permet d'inclure les dispositions les plus hétéroclites et transversales. Dans cette perspective, une classification exempte d'ambiguïté et de redondance semble compromise. Cependant, la distinction des mesures de simplification du droit de la commande publique fondée sur les différentes étapes de la vie du contrat – retenue au sein des présents travaux – présente l'avantage de la clarté. Il s'ensuit que les mesures de simplification du droit de la commande publique peuvent porter sur la passation des contrats (§I.), sur leur exécution (§II.), ou encore sur le contentieux dont ils peuvent faire l'objet (§III.).

§I. Au stade de la passation

Le bilan relativement nuancé de la simplification du droit des marchés publics – et probablement de la commande publique de manière plus générale³³⁸ – dressé par la doctrine repose sur plusieurs éléments ayant en grande partie trait à la passation de ces contrats. Une partie des auteurs estime même que l'efficacité des procédures de passation est l'un des aspects

³³⁴ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.*, p. 1531.

³³⁵ On vise ici le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux et le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

³³⁶ G. CLAMOUR, « Dans l'antichambre de la simplification », *CMP* févr. 2025, comm. 31.

³³⁷ G. ECKERT, « Le retour de la réforme ? », *CMP* mars 2025, repère 3.

³³⁸ Les propos des auteurs cités ci-après portent sur le droit des marchés publics mais le bilan qu'ils dressent semblent également transposable aux concessions, comme l'ont fait d'autres auteurs ultérieurement (ex : F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le choc de simplification et la commande publique », *CMP* avr. 2014, étude 1).

essentiels de la simplification de ce droit³³⁹. La majorité des critiques adressée au Code des marchés publics (à l'époque) se concentrait en outre sur la passation³⁴⁰, en particulier le formalisme excessif des procédures de passation combiné à l'insuffisance des règles écrites pour identifier précisément les comportements légaux ou obligations légales³⁴¹. Ceci explique certains bilans doctrinaux de la simplification au stade de la passation. Il a par exemple été souligné que l'« *aspect quantitatif* »³⁴² de la simplification du droit de la commande publique serait plus abouti que son « *aspect qualitatif* »³⁴³. D'un point de vue quantitatif, la réduction du nombre de procédures semble effectivement simplificatrice³⁴⁴. Du point de vue qualitatif, des aspects paraissent grandement perfectibles malgré des efforts louables, à l'image de la définition des procédures, de la dématérialisation, des « *procédures moins formalisées* »³⁴⁵ incluant par exemple le relèvement des seuils des procédures formalisées³⁴⁶.

Simplification et passation ne vont toutefois pas nécessairement de pair. Il s'avère en effet que les textes dits de simplification ne contiennent pas systématiquement des mesures simplificatrices de la passation. Surtout, et à l'inverse, de telles mesures figurent régulièrement dans des textes ne relevant pas officiellement de la simplification. Par exemple, l'intégration, au sein de la catégorie des marchés publics, des partenariats public-privé, préconisée par certains en 2014³⁴⁷, a été réalisée en 2015 par un texte ne portant pourtant pas la dénomination « simplification »³⁴⁸. Dans le même sens, les relèvements des seuils de dispense de publicité et de mise en concurrence des marchés publics ne résultent pas nécessairement d'un texte dit de simplification³⁴⁹.

³³⁹ Voy. par exemple : C. BOVIS, « Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level », *EPPPL* 2012, n° 4, p. 227.

³⁴⁰ Ceci pourrait, de prime abord, s'expliquer par le nombre peu élevé de dispositions dans le Code des marchés publics (et même aujourd'hui du Code de la commande publique) s'agissant de l'exécution, par contraste avec la passation. En réalité, le manque de dispositions relatives à l'exécution pourrait également être fortement critiqué. Cet argument ne saurait dès lors expliquer que les critiques portent majoritairement sur la passation.

³⁴¹ Voy. par exemple à ce sujet : G. ECKERT, « Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? », in *Mélanges Georges Weidenker*, Dalloz, 2009, p. 267.

³⁴² F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *op. cit.*, p. 1531.

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ Pour l'ensemble de ces éléments, voy. : *ibid.*, pp. 1531-1532.

S'agissant spécifiquement de la portée simplificatrice du relèvement des seuils des marchés publics, compte tenu du gain de temps et de moyens résultant des marchés sans publicité ni mise en concurrence, voy. par exemple : F. JOURDAN, « Relèvement des seuils : une bouffée d'air pour les marchés publics », *JCP Adm.* 2019, act. 577.

³⁴⁷ C. FRACKOWIAK et G. DELALOY, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *op. cit.*

³⁴⁸ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 4.

³⁴⁹ Par exemple, le relèvement des seuils de 25 000 euros à 40 000 euros pour les marchés publics en 2019 résulte d'un décret ne comportant pas l'intitulé « simplification » ou « simplifiant » (décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances, art. 1).

Deux aspects de la passation semblent principalement visés par les mesures de simplification : d'une part, la multiplicité des procédures de passation et ainsi des règles applicables et, d'autre part, la charge importante résultant des formalités intrinsèques auxdites procédures. Les effets bénéfiques des évolutions normatives semblent toutefois limités en la matière, l'harmonisation des procédures de passation étant insuffisante (A.) et les formalités n'ayant que peu diminué (B.). Au maintien de ces difficultés s'ajoute la complexité résiduelle ou même créée par certaines normes dites de simplification (C.).

A. L'harmonisation relative des procédures de passation

La « *multiplicité des formules contractuelles* » est identifiée comme une « *source de complexité et d'insécurité juridique* »³⁵⁰. Les différences entre les nombreuses procédures de passation apparaissent en effet comme un facteur de complexité³⁵¹ à plusieurs égards. Elles sont susceptibles d'entraver l'identification à la fois de la procédure la plus idoine et des règles applicables une fois la procédure de passation déterminée. La simplification des procédures de passation donne lieu à un bilan mitigé : si la convergence des règles applicables aux différentes procédures de passation a pu être recherchée (1.), le nombre de procédures de passation n'a pas réellement été restreint (2.), entravant ainsi le potentiel simplificateur de l'harmonisation.

1. L'essai d'harmonisation des règles applicables aux différentes procédures

L'existence de plusieurs procédures de passation des contrats de la commande publique ne constitue pas inéluctablement un facteur de complexité. Tel n'est le cas qu'en présence de

À l'inverse, un décret récent de simplification proroge l'augmentation du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés de travaux (augmentation du seuil à 100 000 €) : décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux.

³⁵⁰ Pour ces deux citations : J. MAÏA, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? comment ? », *op. cit.*

³⁵¹ Il a ainsi pu être souligné, avant l'adoption du Code de la commande publique, que ce code révélerait la complexité du droit de la commande publique et que l'un des exemples emblématiques de la complexité tiendrait aux procédures de passation des marchés publics : « [I] 'instrumentum que constituera le Code de la commande publique sera peut-être unique, mais les règles qu'il comportera atteindront un degré de diversité et – il faut le craindre – de complexité jamais atteint [les auteurs soulignent]. Le phénomène n'est pas nouveau. Il n'est pas davantage imputable au juriste national. Il est le fruit d'une évolution constante depuis une quinzaine d'années à laquelle a puissamment contribué le droit de l'Union européenne. Mais, paradoxalement, c'est au moment où les règles applicables se trouvent matériellement unifiées – et devraient l'être davantage encore dans un proche avenir – que l'on en prend – ou que l'on en reprend – la pleine mesure. Un exemple vient immédiatement à l'esprit, à la lecture du projet de décret : celui des procédures de passation des marchés » (F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur droit des marchés publics : entre unité et complexité », *CMP* déc. 2015, repère 11).

différences marquées entre les règles applicables à chaque procédure et, partant, en présence d'une harmonisation insuffisante.

Il est possible de noter des améliorations dans l'harmonisation des règles applicables aux différentes procédures de passation, en particulier depuis dix ans. La plus significative d'entre elles tient probablement au rapprochement des règles applicables à la passation des concessions et à celles des marchés publics. Il est ainsi communément admis que « *la jurisprudence puis les textes ont eu tendance à opérer un rapprochement entre les règles applicables aux marchés et aux concessions* »³⁵², en particulier sous l'impulsion des directives européennes de 2014. S'esquisse en conséquence une forme de « *“marchéisation” des contrats de concessions* »³⁵³, dans la mesure où le rapprochement est opéré au profit du régime plus contraignant de la passation des marchés publics. Par exemple, « *le même équilibre* »³⁵⁴ régit les concessions et les marchés publics s'agissant des conditions de participation des candidats ou des soumissionnaires, et les motifs d'exclusion des procédures de passation des marchés publics et des concessions ont été fortement harmonisés à défaut d'une uniformisation intégrale³⁵⁵.

Il ne s'ensuit pas pour autant que l'harmonisation opérée entre les marchés publics et les concessions soit absolue et ait permis de gommer l'ensemble des marqueurs de distinction entre ces deux catégories de contrat. Bien au contraire, il demeure une différence essentielle : « *des procédures nettement plus contraignantes existent en matière de marchés publics au regard de celles prévues pour les concessions où la préservation d'une certaine liberté de choix demeure* »³⁵⁶. Cette différence se décline à travers plusieurs aspects des procédures de passation des marchés publics et des concessions, au premier rang desquels la possibilité systématique de négociation dans le cadre de la passation d'une concession (contrairement aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs). Des différences plus ponctuelles persistent également, à l'image de l'allotissement ou de la dématérialisation – qui demeurent tous deux une faculté pour les

³⁵² H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 408.

³⁵³ *Ibid.*, p. 442, §457.

³⁵⁴ J. MARTIN, « Codification du droit et unification des règles : un rendez-vous manqué ? », op. cit.

³⁵⁵ La doctrine a pu souligner que le motif d'exclusion fondé sur la participation d'un candidat au *sourcing* ne s'applique qu'aux marchés publics (ex : *idem*).

Les similitudes entre les concessions et les marchés publics sont d'ailleurs apparentes dans la structure de certains manuels, qui procèdent d'abord à l'étude des règles communes aux marchés publics et aux concessions avant d'analyser les règles propres à chacune de ces deux catégories de contrats. Voy. par ex : F. LICHÈRE et L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 13^{ème} édition, LGDJ, 2024, 880 p.

³⁵⁶ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 282.

concessions mais qui sont en principe obligatoires pour les marchés publics³⁵⁷. L'harmonisation est donc relative, comme le laissaient déjà présager les débats relatifs aux directives européennes de 2014 : « [l]a perspective d'une éventuelle unification pouvait même sembler assez largement faussée par les tentatives avortées de la Commission européenne de mettre en œuvre un droit des concessions trop largement inspiré du droit des marchés publics »³⁵⁸.

Le même mouvement semble s'opérer entre certaines procédures de passation des marchés publics, notamment entre les procédures adaptées et les procédures formalisées. Un alignement progressif des premières sur les secondes est réalisé, en particulier par la jurisprudence. Il a ainsi pu être souligné que, dans le cadre d'une procédure adaptée, l'autorité contractante est désormais soumise à plusieurs obligations issues des procédures formalisées, comme l'information des candidats s'agissant des critères de sélection et s'agissant de la faculté que se réserve (ou non) l'autorité contractante de négocier, ou encore comme la nécessaire notification du rejet des offres³⁵⁹. Il est également possible de noter « l'unité » des règles de publicité des marchés amorcée en France en 1992³⁶⁰ : « “[l]’avis d’appel public à la concurrence” – vaut pour toutes les procédures (adjudications, appel d’offres...) appelées – elles aussi peut-être – à l’unité. En outre, il n’existe plus qu’un seuil unique de publicité au-delà duquel la publication au BOAMP est obligatoire »³⁶¹.

Ainsi, le rapprochement des règles applicables aux différentes procédures de passation est indéniablement poursuivi ces dernières années, sans parvenir à une réelle harmonisation. La simplification de la passation peut être entravée dès lors qu'un grand nombre de procédures différentes – et donc de règles différentes – de passation existe, comme le démontre actuellement le droit des marchés publics.

2. La réduction mineure du nombre de procédures de passation des marchés publics

L'enjeu relatif à l'identification de la procédure ou des procédures applicable(s) n'est pas négligeable, tant la procédure de passation emporte des conséquences relatives à la marge

³⁵⁷ Voy. par exemple à ce sujet : *ibid.*, p. 279, §481, et p. 281, §488 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, respectivement p. 409 et pp. 423-425.

³⁵⁸ J. MARTIN, « Codification du droit et unification des règles : un rendez-vous manqué ? », *op. cit.*

³⁵⁹ Voy. par exemple à ce sujet : M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 286.

³⁶⁰ Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, art. 15 à 17.

³⁶¹ F. LLORENS et P. TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *RDI* 1993, p. 215 et suiv.

de manœuvre de l'autorité contractante mais également, dans une moindre mesure, de celle des candidats. À première vue, les difficultés d'identification des procédures pourraient sembler minimales. En effet, la structure actuelle du Code de la commande publique permet d'identifier aisément les trois principales catégories de procédures de passation des marchés publics : la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables, la procédure adaptée, et les procédures formalisées. Cette dernière catégorie recouvre trois procédures : l'appel d'offres, la procédure avec négociation et le dialogue compétitif – la mobilisation de la procédure avec négociation et du dialogue compétitif étant restreinte à certaines hypothèses, à l'instar des deux autres catégories de procédure de passation (l'absence de publicité et de mise en concurrence préalables, ainsi que la procédure adaptée). L'identification de la procédure applicable ou idoine semble en outre facilitée par les différences importantes entre ces procédures. En ce sens, les procédures se différencient selon le degré de liberté reconnu au pouvoir adjudicateur. Cette potentielle liberté est double : elle tient à la fois au degré de liberté laissée dans la mise en œuvre de la procédure, et au degré de liberté de choix de la procédure. Ceci vaut particulièrement pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices ayant le choix entre deux procédures mobilisables sans condition (l'appel d'offres et la procédure avec négociation), contrairement aux pouvoirs adjudicateurs. Ainsi, plus le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre dans le déroulement de la procédure de passation et les règles applicables, plus la procédure de passation est dérogatoire et ainsi mobilisable à certaines conditions seulement. À l'inverse, la procédure de droit commun (pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs d'une valeur supérieure aux seuils) est celle imposant le plus grand carcan juridique au pouvoir adjudicateur dans les étapes et les règles applicables à la procédure de passation : il s'agit de l'appel d'offres. Il en résulte une « [h]étérogénéité des procédures » ainsi qu'une « “[é]chelle” de concurrence »³⁶² selon le degré de contrainte imposé à l'acheteur.

De prime abord, la diversité des procédures de passation pourrait sembler simplificatrice, car porteuse d'un équilibre entre souplesse et formalisme. Cette diversité semble en effet permettre de remédier à la rigidité de la procédure d'appel d'offres lorsque des dérogations ne mettent pas en danger la bonne utilisation des deniers publics ou que la concurrence est au demeurant inexistante. Cette diversité est pourtant génératrice de complexité :

³⁶² Pour ces deux citations : *ibid.*, p. 282, p§§489-490.

« L'intention qui a conduit à cet état du droit est peut-être louable. À la faveur de ses réformes successives, il s'est agi de prendre en compte un nombre de plus en plus élevé de situations particulières aux fins de leur appliquer des règles les mieux adaptées possibles. En cela, le mouvement décrit rejoint celui de la spécialisation des contrats publics. Mais, à multiplier les hypothèses, les catégories, les règles et les exceptions aux règles, on risque de finir par perdre le fil. »³⁶³

Cette diversité implique en outre d'identifier si les conditions de mobilisation des procédures autres que l'appel d'offres sont remplies. Or, certaines de ces conditions semblent encore empreintes d'incertitude, ce qui peut fortement réduire l'utilisation de ces procédures « dérogatoires » et ainsi l'utilité d'un nombre si élevé de procédures. Ceci semble d'autant plus regrettable que la discussion, absente de la procédure d'appel d'offres mais présente dans d'autres procédures de passation comme la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif, apparaît vertueuse à plusieurs égards. Il est en ce sens souligné :

« Ces procédures [le partenariat d'innovation, la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et la procédure sans publication préalable] sont, par nature, beaucoup moins antiéconomiques que la procédure ouverte (appel d'offres ouvert) ou la procédure restreinte (appel d'offres restreint), car elles facilitent un meilleur ajustement de l'offre aux besoins tout en respectant les exigences minimales. »³⁶⁴

Un frein supplémentaire à la mobilisation des procédures autres que celles de l'appel d'offres semble résulter de la crainte de ne pas respecter le cadre légal des règles applicables à ces procédures. Or, moins ces procédures sont mobilisées, moins les acteurs sont susceptibles d'en maîtriser le cadre légal.

Malgré ces constats majoritairement négatifs s'agissant du nombre de procédures de passation, la réduction de leur nombre ne semble pas réellement avoir été poursuivie dans le cadre des mesures de simplification. Celle-ci n'est plus guère mentionnée actuellement. D'ailleurs, les mesures plus anciennes de simplification du droit des marchés publics se sont révélées être des réductions en trompe-l'œil du nombre de procédures de passation. Par

³⁶³ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur droit des marchés publics : entre unité et complexité », *op. cit.*

³⁶⁴ D. ADDA, « L'évolution des procédures de discussion dans la directive 2014/24/UE », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 143, pp. 36-37.

exemple, la procédure d'adjudication – qui constituait la procédure de droit commun, basée uniquement sur le prix – a été supprimée en 2001 dans le Code des marchés publics au profit de la procédure de l'appel d'offres permettant de « *choisir le candidat le mieux-disant, c'est-à-dire celui dont l'offre présente le meilleur rapport qualité-prix* »³⁶⁵ au lieu du candidat le moins-disant (« *présentant l'offre la moins chère* »³⁶⁶). S'il s'est réellement agi de supprimer une procédure de passation fortement mobilisée en pratique par les autorités contractantes, le nombre de procédures de passation n'a pas réellement diminué. D'où l'idée selon laquelle « *l'effet d'annonce de la suppression de l'adjudication a laissé place à un constat : de nouvelles procédures naissent, à l'image de la mise en concurrence...simplifiée* »³⁶⁷.

Ce sentiment est aujourd'hui exacerbé, les normes plus récentes dites de simplification procédant à l'inverse à la création de nouvelles procédures de passation. Il en est ainsi du partenariat d'innovation créé en 2014³⁶⁸ ou, plus récemment, du marché public global sectoriel créé en 2020 pour « *[l]a conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'État, hors bâtiments* »³⁶⁹.

Il convient ainsi de souscrire à l'idée selon laquelle « *ces combinaisons variables d'éléments relatifs à la qualité de l'acheteur, à sa soumission ou non à la loi MOP, au montant du marché, à son objet, à sa forme ou encore aux conditions dans lesquelles il est passé, ont de quoi donner le tournis. Encore, ne constituent-elles qu'une illustration parmi d'autres de la complexité croissante du droit des marchés publics* »³⁷⁰.

Apparaît ainsi une forme de kaléidoscope du droit de la commande publique – et en particulier des marchés publics – s'agissant de l'identification des procédures de passation susceptibles d'être mobilisées dans un cas de figure donné ainsi que, corrélativement, des règles applicables à la passation selon la procédure appliquée.

Cette complexité substantielle est renforcée par des aspects plus formels car relevant plutôt des démarches administratives nécessaires aux procédures de passation. Bien que ces

³⁶⁵ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 430.

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », op. cit., p. 1531.

³⁶⁸ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, art. 7.

³⁶⁹ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 143.

Voy. par exemple à ce sujet : G. CLAMOUR, « Les modifications ASAP du droit de la commande publique », op. cit.

³⁷⁰ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur droit des marchés publics : entre unité et complexité », op. cit.

charges administratives soient indéniablement « ciblées » par les normes dites de simplification, le succès des évolutions est hautement relatif.

B. L'allègement minime des formalités résultant des procédures de passation

Les différentes démarches nécessaires aux procédures de passation – en particulier celles des procédures formalisées – constituent sans conteste une charge administrative conséquente et, ce faisant, une source de complexité. Ceci explique que l'objectif « *d'all[è]ge[ment] des procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales* » apparaisse par exemple dès la loi de simplification de 2003³⁷¹. De nombreuses mesures de simplification, y compris les plus anciennes, semblent ainsi s'être attelées, sans grand succès, à réduire ces formalités. Il est possible de distinguer les évolutions selon qu'elles bénéficient à l'ensemble des « acteurs » (1.) ou sont, au contraire, principalement destinées à une catégorie d'entre eux : les opérateurs économiques (2.).

1. Les allègements bénéfiques aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques

L'un des premiers aspects d'allègement – et ainsi de simplification – des formalités inhérentes aux procédures de passation tient naturellement à l'élargissement des procédures non formalisées de passation des marchés publics, notamment la moins formaliste d'entre elles – c'est-à-dire les dispenses de publicité et de mise en concurrence (marchés « de gré à gré »). L'ampleur du champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence est en effet fréquemment critiquée par la doctrine et ainsi mise en exergue comme objet de simplification de la passation. La restriction des procédures formalisées ou même, plus spécifiquement, des procédures soumises à une obligation de publication et de mise en concurrence préalables, semble bénéfique au regard de la simplification tant pour les autorités contractantes que les opérateurs économiques. Elle réduit en effet mécaniquement les étapes et les nombreuses démarches administratives nécessaires à la procédure de passation, qu'il s'agisse des documents nécessaires au dossier de candidature (opérateurs économiques) ou,

³⁷¹ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *préc.*, art. 5.

pour les autorités contractantes, des étapes préalables de publicité puis de contrôle et d'analyse des nombreux documents composant les candidatures et offres.

L'élargissement des dispenses de publicité et de mise en concurrence peut être opéré par différents dispositifs, dont l'extension d'un motif de recours à cette procédure³⁷² ou l'ajout d'un nouveau motif, à l'image de l'institution en 2020 du motif d'intérêt général par la *loi ASAP*, même si ce motif suppose l'intervention d'un décret au préalable³⁷³. La manifestation la plus courante – et même récurrente – de l'élargissement des dispenses de publicité et de mise en concurrence porte sur un autre motif de dispense de publicité et de mise en concurrence : le montant du marché. Si le rehaussement des seuils ne constitue pas systématiquement la voie privilégiée³⁷⁴, force est de constater de nombreux rehaussements des seuils des marchés sans publicité ni mise en concurrence (ou de certains d'entre eux)³⁷⁵ ces dernières années³⁷⁶ par le biais de normes de simplification. En ce sens, la *loi ASAP* a rehaussé le seuil des marchés de travaux passés sans publicité ni mise en concurrence à 100 000 € (jusqu'à fin 2022)³⁷⁷, ce qui

³⁷² Il en est ainsi du décret du 15 décembre 1992, qui étend la dispense de publicité et de mise en concurrence préalable à l'ensemble des marchés de prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition, alors que cette hypothèse était auparavant réservée aux marchés d'études faisant suite à plusieurs marchés de définition (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, art. 63).

Voy. à ce sujet : F. LLORENS et P. TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *op. cit.*

³⁷³ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 131, I, 1°.

La mise en œuvre de ce nouveau motif n'est pas dénuée de difficulté et n'est pas aussi générale qu'il pourrait sembler de prime abord. Voy. à ce sujet : G. CLAMOUR, « Les modifications ASAP du droit de la commande publique », *op. cit.*

³⁷⁴ Par exemple, la doctrine a pu relever qu'un décret du 25 août 2011 (décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique) se contentait de prévoir deux exceptions aux obligations de publicité et de mise en concurrence alors que les collectivités territoriales appelaient de leurs vœux un relèvement des seuils des procédures formalisées.

Ces deux exceptions sont les suivantes : « [...] si ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré » (Code des marchés publics, édition 2006, art. 28, al. 5 ; tel que modifié par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *préc.*, art. 9).

Voy. à ce sujet : F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La réforme permanente du droit des marchés publics : un nouvel épisode », *CMP* oct. 2011, repère 1.

³⁷⁵ Pour un rapide historique du relèvement des seuils des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence, voy. par exemple : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 436 ; P. VILLENEUVE, « Une histoire de seuils, l'ombre d'un doute pour les achats publics », *JCP Adm.* 2020, act. 548.

Il importe toutefois de souligner que les rehaussements des seuils des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence ne sont pas nécessairement opérés par des normes dites de simplification. Il en est ainsi du décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales, art. 1, I.

³⁷⁶ Cette démarche de simplification n'est pas nouvelle, comme le démontre le décret du 15 décembre 1992 procédant au rehaussement des seuils des « marchés négociés sans mise en concurrence préalable » (terminologie de l'article 104 du Code des marchés publics de l'époque) à 700 000 francs TTC, qu'il s'agisse de travaux, de services ou de fournitures (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, art. 63).

³⁷⁷ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 142.

fut prorogé en 2022 (jusqu'à fin 2024)³⁷⁸ puis à nouveau en 2024 (jusqu'à fin 2025)³⁷⁹ avant d'être pérennisé fin 2025³⁸⁰. Dans le même sens, le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés innovants de défense ou de sécurité a été porté depuis peu à 300 000 €³⁸¹ et, encore plus récemment, celui des marchés de fournitures et de services a été rehaussé à 60 000 €³⁸².

Les relèvements successifs des seuils des procédures, en particulier des seuils des dispenses de publicité et de mise en concurrence, ne sont pas sans soulever de difficulté. Il est par exemple souligné que *« le droit de la commande publique et donc celui des achats publics est un droit très instable pour les entreprises mais aussi pour les acheteurs publics. La question des seuils des achats publics est en effet celui d'un éternel recommencement »*³⁸³. En outre, l'ampleur de l'allègement formel (suscité par l'élargissement des dispenses de publicité et de mise en concurrence ainsi réalisé) appelle à la relativisation. En effet, le rehaussement des seuils ne permet pas, en pratique, une forte mobilisation de la dispense fondée sur le montant et, de manière plus générale, le recours aux marchés dits de gré à gré n'est pas dénué d'entrave. Ainsi, *« [b]ien que les textes se livrent à une longue énumération des hypothèses concernées, ces cas restent assez limités en pratique, la dérogation à la mise en concurrence ne pouvant que difficilement être admise ; il incombe en outre au pouvoir adjudicateur de démontrer que les conditions de recours à cette procédure sont réunies »*³⁸⁴.

Une proposition a toutefois pu émerger pour accroître les conséquences vertueuses du rehaussement des seuils. Cette mesure permettrait, d'une part, une uniformisation partielle du droit de l'UE et du droit français et, d'autre part, une réduction des procédures formalisées en France afin d'alléger les contraintes administratives de passation, en relevant les seuils français de procédures formalisées aux seuils européens. L'auteur de cette proposition concède toutefois que *« [c]ela ne paraît pas d'actualité »*³⁸⁵, et la seule avancée récente en la matière – l'amendement adopté récemment dans le cadre du projet de loi de simplification de

³⁷⁸ Décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique, art. 6.

³⁷⁹ Décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux, art. 1, 1°.

³⁸⁰ Décret n° 2025-1386 du 29 décembre 2025 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, art. 1, 1°, a).

³⁸¹ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 3, 1°.

³⁸² Décret n° 2025-1386 du 29 décembre 2025 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, art. 1, 1°, b).

³⁸³ P. VILLENEUVE, « Une histoire de seuils, l'ombre d'un doute pour les achats publics », *op. cit.*

³⁸⁴ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 283.

³⁸⁵ L. RICHER, « Simplification(s) », *op. cit.*

la vie économique visant à uniformiser les seuils européen et français pour les marchés de services et de fourniture³⁸⁶ – est à relativiser. Au-delà des incohérences³⁸⁷ de cet amendement et de l'absence de certitude quant à la présence de cet amendement dans la loi qui sera finalement adoptée, le rehaussement est minime, puisqu'il s'agit de relever le seuil français de 100 000 € au seuil européen de 143 000 €. La différence de montant est donc faible.

Au-delà de la dispense de publicité et de mise en concurrence, la simplification de la passation à destination aussi bien des autorités contractantes que des opérateurs économiques peut résulter de la suppression d'un concours, à l'image de la suppression de l'obligation du concours de maîtrise d'œuvre pour les marchés ne contenant pas de mission de conception³⁸⁸. Semble également s'inscrire dans cette catégorie une mesure issue du dernier décret de simplification, bien qu'elle ne supprime pas *stricto sensu* une procédure et semble plus limitée : celle accordant davantage de marge de manœuvre à l'acheteur en cas d'impossibilité de l'attributaire d'exécuter le marché. Une telle mesure permet à l'acheteur de « *solliciter le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après [...] [et] [s]i nécessaire, cette procédure peut être reproduite auprès des autres soumissionnaires dans l'ordre du classement des offres* »³⁸⁹. Cette possibilité est toutefois restreinte *ratione materiae* et *ratione temporis* : l'impossibilité de l'attributaire d'exécuter le marché doit résulter « *d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure* », et doit apparaître entre l'attribution du marché et la notification aux candidats évincés (lesquels ne sont plus tenus par leur offre après notification de leur évincement)³⁹⁰.

La standardisation de certains documents de passation – comme les avis d'appels d'offres ou d'attribution (pour les autorités contractantes), ou de certains documents composant les dossiers de candidature (pour les opérateurs économique) – pourrait constituer un axe plus fructueux de simplification que le relèvement des seuils ou les suppressions ponctuelles d'obligations. L'idée poursuivie est de simplifier, tant pour les opérateurs économiques que les autorités contractantes, la transmission des informations légalement requises, *a minima* par la

³⁸⁶ Amendement n° 713 au projet de loi de simplification de la vie économique (texte n° 481 rectifié), déposé par Laurent CROIZIER et Anne BERGANTZ le 3 avril 2025, et adopté le 30 avril 2025.

³⁸⁷ L'amendement opère seulement deux modifications de montant (deux remplacements de 100 000 € par 143 000 €) en indiquant, dans l'exposé sommaire de l'amendement, qu'il s'agit des marchés de fournitures et de services. Toutefois, la disposition visée par l'amendement (l'article 4 bis du projet de loi de simplification de la vie économique tel que déposé à l'Assemblée nationale), vise uniquement les marchés de travaux et non les marchés de fournitures et de services.

³⁸⁸ F. LLORENS et P. TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *op. cit.*

³⁸⁹ Décret n° 2025-1383 du 29 décembre 2025 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 2, 2°.

³⁹⁰ *Idem.*

réduction des divergences ou redondances entre les documents exigés ou communiqués, sinon par l'émission de modèles.

Les premières mesures en la matière ont porté sur les candidatures. Des modèles de déclaration de renseignements ont ainsi été établis à partir de 1961³⁹¹ conformément au souhait exprimé dès 1954³⁹². Ce dispositif a été complété par la création de formulaires en France à l'initiative du Ministère de l'économie et des finances³⁹³. Actualisés notamment en 2010³⁹⁴, ces formulaires, conçus pour être « *simplifiés et opérationnels* »³⁹⁵, sont dédiés de manière générale à la déclaration du candidat (et sont ainsi dénommés DC pour une partie d'entre eux). Ils incluent en ce sens les différents éléments d'identification des candidats ainsi que les attestations et autres informations exigées. Plus encore, différentes étapes de la passation sont visées par ces formulaires, comme la réponse à de la demande de précisions ou de compléments sur l'offre (désormais intitulée OUV7). L'exemple le plus récent – et le plus simplificateur *a priori* – tient au document unique de marché européen (DUME) créé par la *directive 2014/24/UE*³⁹⁶. L'objectif poursuivi est de centraliser au sein d'un seul document, « *en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers* »³⁹⁷, certaines informations du candidat. Le DUME consiste ainsi en une déclaration sur l'honneur par laquelle le candidat atteste qu'il n'est pas concerné par un motif d'exclusion et qu'il répond aux critères de sélection du marché public. S'il a pu être affirmé initialement que ce document « *pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques* »³⁹⁸, il apparaît en pratique qu'il déplace le poids de la complexité, sinon qu'il renforce cette dernière. En effet, le DUME tend à reporter certaines

³⁹¹ Deux modèles de déclaration figurent en annexe d'un arrêté du 17 juillet 1961 : un modèle de déclaration à souscrire par les entreprises individuelles soumissionnant aux marchés de l'État, et un modèle de déclaration à souscrire par les sociétés soumissionnant aux marchés de l'État (arrêté du 17 juillet 1961 pris en application du décret n° 61-732 du 10 juillet 1961 modifiant le décret n° 54-596 du 11 juin 1954 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État).

³⁹² Lettre-circulaire du 31 juillet 1954 relative à l'application des textes portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État.

³⁹³ Le premier arrêt du Conseil d'État mentionnant ces formulaires (les formulaires DC4 et DC5 en l'occurrence) date de 2006 (CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644). Deux auteurs font état de l'apparition de ces formulaires en 1996 (F. OLIVIER et L. ALLIER, « Accès aux marchés publics », *JCI Contrats et marchés publics* 2025, Fasc. 60-40, §73).

³⁹⁴ Certains de ces formulaires ont fait l'objet de révisions plus récentes, comme le DC2 (mis à jour le 21 novembre 2023) et le DC4 (applicable à partir du 1^{er} janvier 2024).

³⁹⁵ Ministère de l'économie, Direction des affaires juridiques, *Formulaires « Déclaration du candidat »*, Fiche explicative, 4 novembre 2011, p. 1, §1, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/formulaires/DC/Fiche-nouveaux-formulaires-DC.pdf [consulté le 26 mai 2025].

³⁹⁶ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 59.

³⁹⁷ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 59, §1.

³⁹⁸ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, cons. 84.

formalités et charges des opérateurs économiques vers les pouvoirs adjudicateurs, et les difficultés pour remplir ce document sont telles que rares sont les opérateurs économiques qui le mobilisent³⁹⁹.

S’agissant de la standardisation à destination des autorités contractantes cette fois, *via* les documents de lancement et de clôture de la passation, les mesures adoptées sont plus récentes et impulsées notamment par l’Union européenne, sans pour autant résulter nécessairement de normes relevant officiellement de la simplification (c’est-à-dire comportant « simplification » dans leur intitulé). En effet, de nombreux modèles ont été établis, qu’il s’agisse par exemple des avis de préinformation (pour les pouvoirs adjudicateurs) ou des avis périodiques indicatifs (pour les entités adjudicatrices) établis par la Commission européenne, des avis de marché (dont les modèles figurent dans des arrêtés ministériels ou un règlement européen selon le montant du marché concerné) ou des avis de concession (dont le modèle résulte d’un règlement européen)⁴⁰⁰. L’ensemble de ces documents – y compris ceux relatifs à l’attribution et ainsi à la clôture de la procédure de passation – apparaît désormais sous la dénomination d’*eForms* dont les modèles ont été modifiés par différents règlements européens successifs depuis les directives européennes de 2004 relatives à la commande publique⁴⁰¹. L’instabilité ainsi constatée des modèles pourrait s’avérer contreproductive. Elle est en effet susceptible de constituer un facteur de complexité, car conduisant à ce que les autorités contractantes doivent régulièrement « *approvers* » les nouveaux modèles.

En définitive, la simplification par l’ouverture des procédures moins formalistes ou la standardisation des documents exigés semble donner lieu à un bilan nuancé. Les mesures de simplification paraissent en revanche plus nombreuses s’agissant de l’allègement des contraintes pesant sur les opérateurs économiques spécifiquement.

³⁹⁹ Pour ces deux critiques, un rapport de la Chaire dédié au bilan et à la réforme des directives européennes de 2014 sera prochainement publié : C. BERNARD, A. LASSALE, R. LE MOING, A. MEYNIER-POZZI, et F. YÉO, sous la direction de F. LICHÈRE, M. UBAUD-BERGERON et L. RICHER, *Bilan et réforme des directives*, Chaire de droit des contrats publics, Partie 1, Thématique n° 7, §II, B ; Partie 2, Axe n° 3, Thématique n° 7 ; Partie 3, Thématique n° 5, §II, Recommandation n° 10.

⁴⁰⁰ Voy. par exemple à ce sujet : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 427-428.

⁴⁰¹ Règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d’avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil ; Règlement d’exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d’avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005 ; Règlement d’exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d’avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d’exécution (UE) no 842/2011 ; Règlement d’exécution (UE) 2019/1780 de la Commission du 23 septembre 2019 établissant les formulaires types pour la publication d’avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d’exécution (UE) 2015/1986 (« formulaires électroniques »).

2. Les allègements à destination des opérateurs économiques

Il convient de souligner d'emblée que les allègements des formalités imposées aux opérateurs économiques se distingue des mesures de standardisation déjà mentionnées, en ce que l'allègement ne s'applique ici qu'aux opérateurs économiques – alors que les modèles (donc la standardisation) se sont également développés pour les autorités contractantes.

L'allègement des formalités administratives des opérateurs économiques semble constituer un objectif récurrent, sinon primordial, des mesures de simplification de la passation. Il a pu être souligné en ce sens que la simplification a surtout visé l'allègement « [d]es obligations de production des pièces imposées aux candidats »⁴⁰². Il s'est en effet agi, dès 1954, de limiter les documents demandés aux candidats dans le cadre de leurs candidatures à des marchés. Un premier décret a ainsi prévu une liste exhaustive des documents susceptibles d'être exigés des candidats aux marchés (d'abord à ceux de l'État⁴⁰³, puis à ceux des départements⁴⁰⁴). Dans la continuité, la communication de certains documents a été fortement limitée, en privilégiant des déclarations plutôt que des certificats ou documents délivrés par l'administration⁴⁰⁵ ou en supprimant plus généralement la production de certains certificats⁴⁰⁶. Cette voie de simplification ne fut toutefois pas constante, le décret de simplification du code des marchés publics de 1992⁴⁰⁷ exigeant, à l'inverse, « la production préalable [par les candidats] d'attestations annuelles délivrées par les services concernés » en matières fiscale et sociale, afin d'« assure[r] un meilleur contrôle de l'admissibilité des candidats »⁴⁰⁸.

La démarche actuellement poursuivie repose sur la restriction des obligations, à la charge des candidats, de fournir certains documents. Ceci s'est manifesté, d'une part, par

⁴⁰² L. RICHER, « Simplification(s) », *op. cit.*

⁴⁰³ Décret n° 54-596 du 11 juin 1954 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État, art. 1^{er}.

⁴⁰⁴ Décret n° 57-693 du 8 juin 1957 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés des départements, des communes des syndicats de communes et des établissements publics départementaux et communaux.

⁴⁰⁵ Apportant notamment des explications au décret n° 54-596 susmentionné, la lettre-circulaire du 31 juillet 1954 indique que les mesures de simplification issues notamment de ce décret « consistent, d'une part, à limiter le nombre de renseignements demandés au soumissionnaires, d'autre part, à poser le principe d'une "déclaration" excluant la production de certificats ou d'extraits de documents délivrés par divers services ou organes administratifs (mairie, greffe du tribunal de commerce, etc.) » (lettre-circulaire du 31 juillet 1954 relative à l'application des textes portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État).

⁴⁰⁶ Il en est ainsi du certificat de constitution de cautionnement provisoire (instruction du 4 septembre 1961 sur la simplification des formalités imposées aux sociétés et entreprises soumissionnant aux marchés de l'État (décret 61732 du 10 juillet 1961 et arrêté du 17 juillet 1961)).

⁴⁰⁷ Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, art. 29.

⁴⁰⁸ Pour ces deux citations : F. LLORENS et P. TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *op. cit.*

l'absence d'obligation de communication de documents directement accessibles par l'autorité contractante par un autre moyen (organisme officiel ou espace de stockage numérique). En effet, le décret de simplification des marchés publics du 26 septembre 2014 prévoit :

*« Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit. »*⁴⁰⁹

D'autre part, le droit a progressivement restreint la répétition des documents exigés. Cette évolution, résumée par l'expression *« dites-le-nous une fois »*, ne semble pas pleinement nouvelle⁴¹⁰ mais se concrétise avec le décret de simplification des marchés publics du 26 septembre 2014. Ce dernier formalise en effet la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de prévoir *« que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables »*⁴¹¹. Cette faculté est désormais ouverte même en cas de silence de l'autorité contractante, c'est-à-dire lorsqu'elle n'apparaît pas dans les documents de consultation ou l'avis d'appel à la concurrence⁴¹².

Dans les deux cas de figure – dispense de communication de document accessible par un autre moyen et dispense de communication de document à jour déjà transmis lors d'une précédente procédure de passation –, la charge est reportée sur l'acheteur⁴¹³, à l'image du DUME déjà évoqué. La doctrine regrette ainsi cet objet restrictif des mesures de simplification

⁴⁰⁹ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, art. 5, 2°.

⁴¹⁰ En ce sens, une instruction du 4 septembre 1961 invitait déjà *« à n'exiger que les pièces et documents strictement indispensables pour apprécier la capacité des soumissionnaires »*, en particulier pour les *« sociétés ou [...] entreprises connues qui traitent habituellement avec l'administration »* pour lesquelles l'exigence de production des statuts des sociétés devrait être limitée (instruction du 4 septembre 1961 sur la simplification des formalités imposées aux sociétés et entreprises soumissionnant aux marchés de l'État (décret 61732 du 10 juillet 1961 et arrêté du 17 juillet 1961)).

⁴¹¹ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, art. 5, 2°.

⁴¹² Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 53, II.

⁴¹³ *« Ce dispositif de dispense comporte deux mécanismes qui allègent les obligations des opérateurs en termes de production de documents et font peser sur l'acheteur la charge de l'établissement des informations relatives aux candidatures des entreprises »* (F. LOMBARD, « Communication et échanges d'informations », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, 13/03/2019, §2.2.2).

de la commande publique, soulignant que ceci limite nécessairement la portée de la simplification ainsi opérée⁴¹⁴, notamment pour les autorités contractantes devant étudier les dossiers de candidature⁴¹⁵.

Un dispositif adopté en France de 2014 à 2019 semblait plus prometteur s'agissant de la simplification : le dispositif des marchés publics simplifiés (MPS)⁴¹⁶. Fréquemment associé au DUME (notamment car il fut remplacé par le DUME et car ils sont tous deux associés à la mise en œuvre du « dites-le-nous une fois »), le MPS s'en distingue pourtant fortement. En effet, contrairement au DUME, le MPS permettait la candidature d'une entreprise par la seule communication de son numéro SIRET et d'une attestation sur l'honneur⁴¹⁷, au lieu de remplir un formulaire, même standardisé (comme l'est le DUME). La simplification opérée était ainsi de bien plus grande ampleur. La réinstauration de ce dispositif est d'ailleurs actuellement envisagée (sans nécessairement que la dénomination de MPS apparaisse), *via* le remplacement de la communication de certaines informations et documents des candidats par la communication de leur numéro SIRET. Intégrée au plan gouvernemental d'action « Simplification ! »⁴¹⁸, cette idée figure dans l'actuel projet de loi de simplification de la vie économique tel qu'adopté à l'Assemblée nationale⁴¹⁹. La motivation repose précisément sur « *l'efficacité et la simplification [...] reconnues* »⁴²⁰ du MPS.

D'autres pistes de simplification sont également suggérées par la doctrine, comme la généralisation du « *dispositif "Dites-le nous (vraiment) une fois !" [avec] un accès*

⁴¹⁴ Voy. par exemple : L. RICHER, « Simplification(s) », *op. cit.*

⁴¹⁵ Voy. en ce sens : F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le choc de simplification et la commande publique », *op. cit.*

⁴¹⁶ Ce dispositif facultatif a été créé par le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique pour une expérimentation à partir d'avril 2014 puis une généralisation au 1^{er} novembre de la même année (P. LABAYLE-PABET, « Appréciation des capacités et des compétences des candidats », *JCI Contrats et marchés publics* 2019, mis à jour le 21 mars 2023, Fasc. 60-45, §14).

⁴¹⁷ Il est ainsi souligné que le candidat est de ce fait « *dispensé de la communication des formulaires de déclaration de candidature DC et autorise le pouvoir adjudicateur à récupérer les données relatives à son identité et à sa capacité (capacité sociale, fiscale, chiffre d'affaires...) auprès des services publics partenaires (DGFIP, pour les attestations fiscales)* » (P. VILLENEUVE, « Égalité femmes-hommes et collectivités – Promotion de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes et marchés publics simplifiés : un mariage délicat et imparfait ? », *AJCT* 2015, p. 16).

Voy. également la page de la DAJ dédiée à ce dispositif : <https://www.economie.gouv.fr/daj/acheteurs-publics-10-conseils-pour-reussir/sites-et-partenaires> [consulté le 28/05/2025].

⁴¹⁸ Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Plan d'action : simplification ! », *Dossier de presse*, avril 2024, p. 21.

⁴¹⁹ Ceci résulte d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale (Amendement n° 1449 au projet de loi de simplification de la vie économique (texte n° 481 rectifié), déposé par Vincent DESCOEUR, Fabrice BRUN, Nicolas RAY et Ian BOUCARD le 4 avril 2025, et adopté le 30 avril 2025).

⁴²⁰ Exposé sommaire de l'amendement n° 1449 au projet de loi de simplification de la vie économique (texte n° 481 rectifié), *préc.*

dématérialisé aux éventuelles sanctions pénales de l'entreprise afin de faciliter l'examen des exclusions facultatives ou obligatoires pour les acheteurs publics »⁴²¹.

Aux limites des dispositifs actuels de simplification s'ajoute l'existence d'ambiguïtés, maintenant ainsi de la complexité.

C. Le maintien d'une incertitude source de complexité

La lutte contre l'incertitude constitue sans conteste une composante de la simplification au titre de la sécurisation juridique⁴²². Ceci explique que différentes normes dites de simplification se soient attelées à la réduction de l'incertitude, notamment en précisant les règles applicables à certains cas de figure. Tel fut particulièrement le cas des plus anciennes normes de simplification, comme celles indiquant les sanctions applicables en cas de déclaration inexacte de renseignements d'un candidat à un marché public⁴²³. Il en est de même de précisions terminologiques ou définitionnelles, comme celles portant sur les marchés conclus « *pour les besoins de la défense nationale* »⁴²⁴ ou, au contraire, de normes reconnaissant l'absence de définition textuelle de certaines notions – et, ce faisant, la liberté dont disposent les administrations pour apprécier ces notions ou qualifications⁴²⁵.

En revanche, certaines incertitudes sont maintenues malgré les normes dites de simplification, lorsqu'elles ne sont pas créées par ces normes. Ce constat peut être illustré par plusieurs exemples, sans prétention à l'exhaustivité.

⁴²¹ P. VILLENEUVE, « Simplification de la commande publique, le renouveau d'une idée déjà ancienne », *op. cit.*

⁴²² Cf. *supra*, Partie 1, Section 1, §III, C, 2.

⁴²³ Ceci fut d'abord prévu pour les marchés de l'État avant d'être étendu aux marchés locaux (décret n° 54-596 du 11 juin 1954 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés d'État ; décret n° 57-693 du 8 juin 1957 portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés des départements, des communes des syndicats de communes et des établissements publics départementaux et communaux).

Les sanctions sont les mêmes pour les deux catégories de marchés, la seule différence portant sur l'autorité pouvant décider de l'exclusion temporaire ou définitive de l'entreprise concernée pour les prochains marchés locaux ou de l'État (décision du préfet pour les marchés locaux, et décision d'un ministre pour les marchés de l'État). La seconde catégorie de sanction relève en revanche de l'autorité contractante concernée, qui peut décider « *sans mise en demeure préalable et aux frais et risques du déclarants : [s]oit l'établissement d'une régie ou la passation d'une nouvelle adjudication à la folle enchère ; [s]oit la résiliation pure et simple du marché, suivie ou non de la passation d'un autre marché* ».

⁴²⁴ Cette expression « *doit être entendue comme s'appliquant à tous les marchés destinés à la réalisation de travaux ou de fournitures intéressant la défense, que ces marchés soient conclus par les départements militaires ou les départements civils* » (lettre-circulaire du 31 juillet 1954 relative à l'application des textes portant simplification des formalités imposées aux entreprises soumissionnant aux marchés de l'État).

⁴²⁵ Il en est ainsi des notions d'exploitant ou de dirigeant d'une entreprise : « *[a]ucun texte législatif ou réglementaire ne donnant une définition de l'exploitant ou du dirigeant d'une entreprise, les administrations ont toute liberté pour dresser, suivant la forme que revêt l'entreprise, la liste des personnes pour lesquelles les*

S'agissant de la première catégorie (les incertitudes résiduelles malgré les normes de simplification), il apparaît que certaines notions ou distinctions demeurent nébuleuses. Bien que non créées par des normes dites de simplification, ces zones d'ombre n'ont pas été dissipées par elles. Il en est ainsi de certaines catégories d'offres en marchés publics qui peuvent ou doivent être rejetées par l'autorité contractante : les offres irrégulières, inacceptables, inappropriées, ou anormalement basses. D'origine européenne et relativement anciennes⁴²⁶, ces notions ne sont pas toutes dotées d'une définition et leur distinction n'est pas toujours aisée. S'agissant par exemple des offres anormalement basses, dont la définition jurisprudentielle est désormais codifiée⁴²⁷, la doctrine regrette l'absence de méthode de détection de telles offres⁴²⁸. Il est également possible de souligner que « [l]a principale difficulté tient [...] à la distinction, parfois délicate à opérer, entre offre irrégulière et inappropriée » et que les précisions textuelles ne « [sont] pas de nature à beaucoup éclairer les praticiens en réalité »⁴²⁹. Des questions similaires apparaissent s'agissant, cette fois, du lien entre l'objet du marché et les conditions d'exécution imposées par l'autorité contractante. En effet, la méthode d'évaluation de ce lien et le degré de connexité exigé ne sont pas clairement établis, en particulier concernant les « conditions d'exécution du marché liées à des objectifs environnementaux ou sociaux : jusqu'à quel point les conditions d'exécution peuvent-elles intégrer de telles exigences, dont le lien direct avec l'objet du marché sera nécessairement plus ténu ? »⁴³⁰.

S'agissant de la seconde catégorie – les incertitudes créées par les normes de simplification –, la dématérialisation et, corrélativement, la limitation des informations exigées des candidats aux marchés publics peuvent être citées car non exemptes d'ambiguïté. Il en est ainsi de la notion précédemment citée d'« organisme officiel » auprès duquel l'autorité

renseignements doivent être obtenus. Cependant, ces renseignements doivent être exigés au moins pour les personnes habilitées à engager l'entreprise vis-à-vis de l'administration-cliente. Mais ils pourront, si besoin est, être demandés pour les personnes occupant dans l'entreprise l'une des situations visées à l'article 50 de la loi n° 52-401 du 14 avril 1952 » (idem).

⁴²⁶ La plus ancienne d'entre elles est la notion d'offre anormalement basse apparaissant dès la directive de 1971 (dir. du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, art. 29, §5). Les offres inacceptables et irrégulières résultent en revanche de la directive de 2004 dédiée aux secteurs « classiques » (dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 30, §1, a)).

⁴²⁷ Voy. à ce sujet : F. LICHÈRE, « Examen des offres en marché public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023, §3.1.1.

⁴²⁸ *Ibid.*, §3.1.3.

⁴²⁹ Pour ces deux citations : *ibid.*, §2.1.3.

⁴³⁰ M. UBAUD-BERGERON, « Contenu du marché public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 23/03/2023, §2.3.

Voy. également à ce sujet : C. BERNARD, A. LASSALE, R. LE MOING, A. MEYNIER-POZZI, et F. YÉO, sous la direction de F. LICHÈRE, M. UBAUD-BERGERON et L. RICHER, *Bilan et réforme des directives*, op. cit., Partie 1, Axe 3, Thématique n° 6 et Thématique n° 7.

contractante peut obtenir certains documents des candidats, exemptant ainsi ces derniers de l'obligation de communiquer eux-mêmes lesdits documents⁴³¹. La doctrine relève que « [l]e texte n'indique pas ce que sont les "organismes officiels" qu'il vise. La principale question posée est celle de savoir s'il doit impérativement s'agir d'organismes administrés par des services gouvernementaux. La jurisprudence ne s'est pas prononcée pour l'instant sur cette question »⁴³². Il ne s'agit naturellement pas des seules incertitudes entourant la dématérialisation de la commande publique, comme en attestent de précédents travaux de la Chaire de droit des contrats publics⁴³³. Des évolutions se dessinent, notamment dans l'optique de lever la complexité issue de « la multiplication des plateformes d'achats publics ou profils d'acheteurs »⁴³⁴. La généralisation de la plateforme PLACE figure ainsi dans le *projet de loi de simplification de la vie économique*, conduisant à l'obligation progressive d'utilisation de cette plateforme (au plus tard le 31 décembre 2030) par les autorités contractantes, sauf les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics et groupements⁴³⁵. Une mesure plus récente confirme la corrélation ponctuelle entre norme de simplification et création de complexité : les nouvelles dispositions applicables aux groupements d'opérateurs économiques dans le cadre de certaines procédures de passation – les « *procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue* »⁴³⁶. Le décret du 30 décembre 2024 apporte deux modifications d'ampleur inégale. Il accentue légèrement la liberté s'agissant de la forme juridique des groupements d'opérateurs économiques. L'exigence d'une forme juridique déterminée était déjà interdite au stade de la présentation de la candidature ou de l'offre des groupements, et était autorisée après l'attribution du marché « *dans la mesure où cela [était] nécessaire à sa bonne exécution* »⁴³⁷. Le décret du 30 décembre 2024 restreint davantage cette exigence de forme juridique déterminée en indiquant expressément que la corrélation avec la bonne exécution du marché est l'unique hypothèse dans laquelle une forme juridique déterminée peut être exigée par l'acheteur⁴³⁸. Cette légère clarification est en revanche adjointe

⁴³¹ Cf. *supra*, Partie 1, Section 2, §I, B, 2.

⁴³² F. LOMBARD, « Communication et échanges d'informations », *op. cit.*, §2.2.2.

⁴³³ C. BERNARD, A. MEYNIER-POZZI et R. MICALET, sous la direction de F. LICHÈRE, *Digitalisation de la commande publique*, *op. cit.*

⁴³⁴ P. VILLENEUVE, « Rapport sur la simplification administrative, quelques pistes (encore) à confirmer », *JCP Adm.* 2024, act. 105.

⁴³⁵ Projet de loi de simplification de la vie économique (texte n° 481 rectifié), déposé à l'Assemblée nationale le 27 mars 2025, art. 4.

⁴³⁶ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 1.

⁴³⁷ Art. R. 2142-22 du Code de la commande publique, dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2025.

⁴³⁸ La nouvelle rédaction est la suivante : « [l]'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché que lorsque cela est

de nouvelles règles plus ambiguës. Le décret du 30 décembre 2024 crée la possibilité de constituer un groupement d'opérateurs économiques ou de changer la composition d'un tel groupement « *entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché* ». Outre l'autorisation de l'autorité contractante, cette possibilité est soumise à deux conditions cumulatives :

« 1° *Le groupement dispose des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure ; 2° La constitution d'un groupement ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre eux-ci.* »⁴³⁹

Si cet assouplissement au principe d'intangibilité des groupements « *présente un intérêt évident [pour les candidats] qui leur permettra de poser leur candidature, alors même que le groupement n'est pas formalisé* »⁴⁴⁰, elle semble toutefois « *donne[r] quelque peu le vertige, car on imaginait difficilement, jusqu'à présent, que l'attributaire puisse être différent du signataire* »⁴⁴¹. Surtout, la deuxième condition – l'absence d'atteinte à l'égalité de traitement des candidats et à l'effectivité de la concurrence – semble imprécise. La doctrine indique que l'« *on n'aperçoit pas encore ce qu'elle est censée éviter. Peut-être, la disparition de candidatures individuelles qui viendraient se fondre dans un groupement ?* »⁴⁴². Si tel est le cas, il semblerait opportun d'indiquer que le groupement ne peut pas inclure des candidats à la même procédure de passation.

Ces quelques exemples confirment le constat initial mitigé s'agissant de la simplification de la passation. Si de nombreuses mesures ont effectivement porté sur la passation, la simplification est encore largement perfectible. L'exécution des contrats de la commande publique n'a, en revanche, été intégrée que tardivement au sein des normes dites de simplification. Le bilan est toutefois également nuancé s'agissant de l'effectivité de la simplification opérée.

nécessaire à sa bonne exécution [nous soulignons] » (décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 1).

⁴³⁹ *Idem.*

⁴⁴⁰ F. LINDITCH, « Décrets de décembre 2024 : les dernières mesures de simplification du droit de la commande publique », *JCP Adm.* 2025, 2027.

⁴⁴¹ *Idem.*

⁴⁴² *Idem.*

§II. Au stade de l'exécution

La thématique de l'exécution des contrats de la commande publique a suscité l'intérêt croissant des producteurs de normes depuis le *Code des marchés publics* de 1964 jusqu'à l'adoption du paquet de directives européennes de 2014 et l'entrée en vigueur du Code de la commande publique. Pour davantage de sécurité juridique, et parfois de simplicité, ces textes encadrent le régime financier des marchés publics et des concessions (A.), celui de leur exécution par des tiers (B.), de leur modification (C.), ainsi que de leur résiliation (D.).

A. L'exécution financière des contrats

La simplification du droit de l'exécution financière des contrats de la commande publique apparaît limitée à bien des égards.

Dans son champ d'intervention d'abord, puisque l'entreprise de simplification vise uniquement les marchés publics, et plus spécifiquement le régime des avances et de la retenue sur garantie. À rebours, l'exécution financière des contrats de concession fut ponctuellement réformée par des textes qui ne relèvent pas formellement de la simplification⁴⁴³. La simplification est ensuite circonscrite dans ses effets, au sens où les dispositions relatives à l'exécution financière des marchés publics ne sont pas applicables à tous les acheteurs publics, mais logiquement aux seuls gestionnaires de deniers publics⁴⁴⁴. Dans son contenu, enfin, la simplification est partielle, tant il est vrai que les mesures adoptées à cette fin, d'ailleurs

⁴⁴³ Voy. par exemple la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022 qui a réformé deux articles du Code de la commande publique relatifs à la facturation électronique en matière de concessions. Désormais, l'ensemble des « titulaires de contrats de concession conclus avec les personnes morales de droit public transmettent leurs factures sous forme électronique » et ces dernières sont tenues de les accepter. Auparavant, le champ d'application de ces dispositions était limité aux seuls titulaires de contrats conclus avec l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics. De manière plus générale, le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique a-t-il modifié l'article R. 3131-1 du Code de la commande publique qui précise désormais que la publication, par l'autorité concédante, des données essentielles du contrat de concessions, a lieu « avant le début d'exécution du contrat ou dans les deux mois suivant sa modification ».

⁴⁴⁴ En vertu des articles L. 2191-1 et R. 2191-1 du Code de la commande publique, sont exclus de leur champ d'application la Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie nationale de médecine, l'Académie des sciences morales et politiques, les offices publics de l'habitat, Pôle emploi et la Caisse des dépôts et consignations.

contenues dans un texte réglementaire, s'analysent comme de simples « *aménagements* »⁴⁴⁵ ou des évolutions sans révolution des régimes des avances et de la retenue sur garantie.

Cette démarche de simplification n'est, au demeurant, pas nouvelle. À ce titre, le décret du 15 décembre 1992⁴⁴⁶ relatif à la simplification du code des marchés publics avait, disait-on, « *profondément repensé* »⁴⁴⁷ le régime des garanties exigibles auprès des titulaires de marchés publics. L'effet simplificateur de ce décret apparaissait d'ores et déjà douteux dès lors qu'il supprimait le cautionnement pour lui substituer trois modes de garantie alternatifs (la retenue de garantie, la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire), chacun soumis à des conditions spécifiques⁴⁴⁸.

En ce qui concerne les avances, le régime fixé par les dispositions du Code des marchés publics de 2006 n'a pas été « *fondamentalement* » bouleversé par le Code de la commande publique⁴⁴⁹. Si plusieurs textes sont intervenus depuis pour le modifier⁴⁵⁰, seul le décret du 30 décembre 2024 prétend le faire dans le but de simplifier le droit de la commande publique⁴⁵¹, avec plus ou moins de succès⁴⁵². À ce titre, il supprime la borne de fin de remboursement des avances pour les marchés publics classiques⁴⁵³, les marchés à tranches⁴⁵⁴, les accords-cadres à bons de commande⁴⁵⁵ et les marchés de défense ou de sécurité⁴⁵⁶.

Dans la mesure où ce décret harmonise les modalités de remboursement des avances pour l'ensemble de ces contrats on peut dire qu'il simplifie effectivement le droit, non sans accorder davantage de « *souplesse* » aux acheteurs⁴⁵⁷. En effet, les modalités de remboursement des avances sont désormais uniquement régies par les dispositions de l'article

⁴⁴⁵ Pour reprendre l'expression de Pierre VILLENEUVE, « Simplification ou aménagement de la commande publique ? », *op. cit.*

⁴⁴⁶ Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics.

⁴⁴⁷ F. LLORENS et P. TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *op. cit.*

⁴⁴⁸ Pour une analyse détaillée : *idem*.

⁴⁴⁹ A. TAILLEFAIT, « Financement du marché public », *JCI Adm.* 2023, fasc. 760.

⁴⁵⁰ Décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique ; décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics.

⁴⁵¹ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

⁴⁵² Les commentateurs du décret jugent que la simplification opérée par ce texte est « *inaboutie et imparfaite* » (P. VILLENEUVE, « Simplification ou aménagement de la commande publique ? », *op. cit.*) ou qu'elle est « *loin d'être achevée* » (F. LINDITCH, « Décrets de décembre 2024 : les dernières mesures de simplification du droit de la commande publique », *op. cit.*).

⁴⁵³ CCP, art. R. 2191-12.

⁴⁵⁴ CCP, art. R. 2191-14.

⁴⁵⁵ CCP, art. R. 2191-19.

⁴⁵⁶ CCP, art. R. 2391-7.

⁴⁵⁷ DAJ, *Synthèse de la consultation ouverte sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique*, 20/12/2024, §3.2.6.

R. 2191-11 du Code de la commande publique, d'ailleurs formellement précisées par un récent décret de simplification en date du 29 décembre 2025⁴⁵⁸.

Ce texte fixe, par ailleurs, le taux minimal des avances à 30 % au lieu de 20 % pour les marchés publics de l'État et à 10 % pour les marchés publics passés par les établissements publics administratifs de l'État – autres que les établissements publics de santé –, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements dont les dépenses ou les charges de fonctionnement sont supérieures à 60 millions d'euros⁴⁵⁹. La mesure étant formellement destinée à améliorer l'accès des PME à la commande publique⁴⁶⁰, elle ne sera pas commentée dans le présent rapport, au sens où cet objectif complète celui de simplification, sans toutefois s'y confondre⁴⁶¹. Dans cet ordre d'idées, on ne voit pas davantage en quoi le relèvement de 10 à 20 % de la part minimale que le titulaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans dans le cadre des marchés de partenariat⁴⁶² et des marchés globaux⁴⁶³ aurait pour effet de simplifier le droit de la commande publique.

Le décret du 30 décembre 2024 précité entend enfin simplifier le droit de la commande publique en abaissant le taux de la retenue de garantie – laquelle est destinée à « *couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie* »⁴⁶⁴ – de 5 à 3 % du montant initial du marché. La mesure s'adresse uniquement à l'État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics dont les dépenses de fonctionnement sont supérieures à 60 millions d'euros⁴⁶⁵, une façon pour le pouvoir réglementaire de contenir le risque qu'elle ferait courir aux acheteurs publics. Principalement destinée à améliorer l'accès des PME à la commande publique et d'ailleurs saluée par elles⁴⁶⁶, cette disposition est jugée insuffisante par certains commentateurs qui invitent à infléchir, sinon à supprimer cette règle qualifiée de « *vétuste* »⁴⁶⁷.

458 Décret n° 2025-1383 du 29 décembre 2025 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 2 : après les mots : « *des prestations exécutées* » sont insérés les mots : « *par le titulaire* » et après la seconde occurrence des mots : « *toutes taxes comprises* » sont insérés les mots : « *de sa part* ».

459 CCP, art. R. 2191-7.

460 Selon l'article précité, elle s'applique dans l'hypothèse où « *le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite ou moyenne entreprise* ». En ce s. également : P. VILLENEUVE, « *Simplification ou aménagement de la commande publique ?* », *op. cit.*

461 Cf. *supra* (Partie 1, Section 1, §IV).

462 CCP, art. R. 2213-5.

463 CCP, art. R. 2171-23.

464 CCP, art. 2191-32.

465 CCP, art. R. 2191-33.

466 DAJ, *Synthèse de la consultation ouverte sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique*, *préc.*, §3.2.5.

467 F. LINDITCH, « *Décrets de décembre 2024 : les dernières mesures de simplification du droit de la commande publique* », *op. cit.*

Si le régime de l'exécution financière des contrats de la commande publique a été simplifié à la marge, il en va autrement des sous-contrats.

B. L'exécution du contrat par des tiers

L'existence de sous-contrats⁴⁶⁸ – les sous-traités (1.) et les sous-concessions (2.) – constitue, on l'a vu précédemment⁴⁶⁹, un facteur de complexité du droit de la commande publique. Les difficultés proviennent aussi bien de leur identification que de leur articulation avec les autres contrats de cet « *ensemble contractuel complexe* »⁴⁷⁰. Ce facteur de complexité semble, par ailleurs, inévitable tant ce phénomène est répandu⁴⁷¹ et même « *encouragé* » par les pouvoirs publics pour des raisons tenant à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique⁴⁷².

1. La sous-traitance

La sous-traitance peut se définir de la façon suivante :

« [1] *'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur* », étant entendu que « *le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.* »⁴⁷³

Elle est réservée par le Code de la commande publique « *aux marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation* »⁴⁷⁴, soit ceux qui comportent une obligation de faire⁴⁷⁵.

⁴⁶⁸ Pour des études détaillées : P. BLANQUET, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif*, Dalloz, 2022, vol. 214 ; M. GUÉNOU AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA* 2018, p. 915 et suiv.

⁴⁶⁹ Cf. *supra* (Partie 1, Section 1, §II).

⁴⁷⁰ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 17.

⁴⁷¹ D'après l'INSEE, « *en 2021, 38 % des entreprises des secteurs marchands non agricoles et non financiers ont recours à la sous-traitance, pour un montant estimé à 372 milliards d'euros* » et « *la moitié des entreprises interviennent dans une chaîne de sous-traitance* » (INSEE Première, n° 1985, février 2024, accessible en ligne).

⁴⁷² P. BLANQUET, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif*, op. cit., p. 12.

⁴⁷³ CCP, art. L. 2193-2.

⁴⁷⁴ CCP, art. L. 2193-1.

⁴⁷⁵ CE, 26 sept. 2007, *Office départemental des HLM du Gard*, n° 259809, T., p. 942.

Les *directives Marchés* de 2014 contiennent quelques dispositions, fort peu détaillées, relatives à la sous-traitance⁴⁷⁶. Leur transposition⁴⁷⁷ a néanmoins offert au législateur français l'opportunité de simplifier le régime de la sous-traitance par sa codification partielle⁴⁷⁸.

L'on concèdera cependant que la « *simplification n'est pas totale* », eu égard à l'« *éclatement* »⁴⁷⁹, ou selon, à l'« *éparpillement* »⁴⁸⁰ des règles contenues dans la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance⁴⁸¹. En effet, ces dernières continuent à s'appliquer aux contrats de droit privé, ainsi qu'à certains marchés publics. Les dispositions relatives aux modalités de paiement du sous-traitant cristallisent les difficultés suscitées par cette nouvelle articulation des textes⁴⁸². En ce sens, si le régime du paiement direct du sous-traitant pour les marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs publics ou privés est désormais organisé par le Code de la commande publique, il en va différemment pour les marchés des entreprises publiques qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, lesquels obéissent aux dispositions de la loi relative à la sous-traitance⁴⁸³. Enfin, relèvent du régime de l'action directe prévu par ce texte, et non du régime du paiement direct du Code de la commande publique, les « *autres marchés publics* »⁴⁸⁴, les marchés publics inférieurs à un montant de 600 euros⁴⁸⁵ et les *marchés publics des services de la Défense dont le montant est inférieur à 10% du montant total du marché public*⁴⁸⁶.

L'existence d'un droit à sous-traiter constitue, elle aussi, une source d'incertitude qui a fait l'objet de vifs débats doctrinaux⁴⁸⁷. Ces discussions se sont apaisées, notamment en raison de l'évolution de la jurisprudence européenne⁴⁸⁸, de la *directive Marchés publics* et des dispositions de l'article L. 2193-4 du Code de la commande publique. Ces derniers semblent, en effet, reconnaître un authentique droit à la sous-traitance, qu'ils ne manquent toutefois pas d'encadrer. En premier lieu, la régularité du recours à la sous-traitance est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives : d'une part l'acceptation du sous-traitant par la

⁴⁷⁶ V. not. Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 63 et 71.

⁴⁷⁷ En ce s. W. SALAMAND, « Sous-traitance, plus qu'une transposition, une petite révolution », *Le Moniteur – Contrats publics*, oct. 2015, n° 158, p. 76.

⁴⁷⁸ CCP, art. L. 2193-1 et suiv. et art. R. 2193-1 et suiv.

⁴⁷⁹ M. UBAUD-BERGERON, « Le choix des textes et principes codifiés », *op. cit.*, p. 240.

⁴⁸⁰ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁸¹ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁴⁸² En ce s. M. UBAUD-BERGERON, « Sous-traitance (marchés publics) », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 17/04/2023, §§1.2.1 à 1.2.3.

⁴⁸³ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, art. 4.

⁴⁸⁴ CCP, art. L. 2521-1.

⁴⁸⁵ CCP, art. L. 2193-10-2.

⁴⁸⁶ CCP, art. L. 2193-10 et R. 2193-10.

⁴⁸⁷ Sur ce point : F. MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995, n° 87.

⁴⁸⁸ En ce s. CJUE, 14 juill. 2016, *Wroclaw*, aff. C-406/14 ; CJUE, 5 avr. 2017, *Borta*, aff. C-298/15.

personne publique⁴⁸⁹, et d'autre part l'agrément par cette dernière des conditions de paiement prévues à son égard. En second lieu, le sous-traitant visé par un motif d'exclusion doit être remplacé⁴⁹⁰. En troisième et dernier lieu, l'acheteur peut exiger que « *certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire* »⁴⁹¹. Cette notion, qui donne lieu à une « *appréciation casuistique* »⁴⁹², peut être perçue comme une source d'insécurité juridique. Pis encore, elle « *s'avère suffisamment polysémique pour donner cours à des interprétations extensives préjudiciables des intérêts du sous-traitant* »⁴⁹³. Si le juge national n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question, la Cour de justice a estimé que cette interdiction de sous-traiter des tâches essentielles ne doit pas représenter une part trop conséquente du marché⁴⁹⁴.

Cette « *opération complexe* »⁴⁹⁵ qu'est la sous-traitance soulève, enfin, de sérieuses difficultés dans la répartition du contentieux, selon que le litige oppose le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché⁴⁹⁶, l'entrepreneur principal et son sous-traitant⁴⁹⁷ ou le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant. Sur ce dernier point, et après quelques atermoiements, le Tribunal des conflits a progressivement dégagé un bloc de compétence du juge administratif pour connaître aussi bien des recours touchant au droit au paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage, si celui-ci est une personne publique⁴⁹⁸, que des éventuelles actions en garantie décennale⁴⁹⁹ ou en responsabilité quasi délictuelle exercées par le maître d'ouvrage contre le sous-traitant⁵⁰⁰.

⁴⁸⁹ CCP, art. L. 2193-5.

⁴⁹⁰ CCP, art. L. 2141-14.

⁴⁹¹ CCP, art. L. 2193-3.

⁴⁹² DAJ, *La sous-traitance*, Fiche technique, mise à jour du 01/04, 2019, p. 3.

⁴⁹³ V. CRESSIN, « La sous-traitance dans la réforme des marchés publics : entre flux et reflux ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 166, p. 61 ; v. égal. H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 653 : « *la question de savoir ce que peuvent être ces tâches essentielles reste cependant entière* ».

⁴⁹⁴ CJUE, 26 sept., 2019, *Vitali Spa*, aff. C-63/18 : selon cet arrêt, il n'est pas possible de limiter à 30 % la part du marché que le soumissionnaire est autorisé à sous-traiter à des tiers.

⁴⁹⁵ En ce s. M. UBAUD-BERGERON, « Sous-traitance (marchés publics) », *op. cit.*

⁴⁹⁶ Le litige relève de la compétence des juridictions administratives dès lors que le pouvoir adjudicateur est une personne morale de droit public. En application de la règle de l'accessoire suit le principal, l'appel en garantie exercé entre les membres d'un groupement titulaire d'un marché public relève du juge administratif, quand bien même les membres de ce groupement sont unis par un contrat de droit privé (TC, 9 févr. 2015, *Sté ACE European Group Ltd*, n° 3983, *Rec.*, p. 498).

⁴⁹⁷ Le litige relève en principe des tribunaux judiciaires car le contrat en cause est un contrat de droit privé (TC, 24 nov. 1997, *Sté de Castro*, n° 03060, *Rec.*, p. 540) sauf si l'entrepreneur principal est une personne publique.

⁴⁹⁸ TC, 14 mai 1984, *SA SMAC-Acieroid*, n° 2313, *Rec.*, p. 448.

⁴⁹⁹ TC, 2 juin 2008, *Souscripteurs des Lloyd's de Londres c/ Cne de Dainville*, n° C3621, *Rec.*, p. 555.

⁵⁰⁰ TC, 8 juin 2009, *Communauté de communes du Jura Sud*, n° 3678, *Rec.*, p. 585.

La relative clarté du régime applicable à la sous-traitance contraste avec l'ésotérisme caractéristique du régime des sous-concessions.

2. La sous-concession

L'adoption, puis la transposition en droit français, de la *directive Concessions* a conduit à substituer la notion de sous-concession à celle de subdélégation de service public. La sous-concession désigne un contrat par lequel un concessionnaire confie à un tiers, qui en assume le risque d'exploitation, la gestion d'une partie de l'activité objet du contrat de concession. Dans la mesure où elle n'est définie par aucun texte juridique, elle constitue un « *terrain [...] propice à la confusion* » et ce faisant, un évident facteur de complexité du droit de la commande publique⁵⁰¹.

À cet égard, il convient de relever que la *directive 2014/23* n'évoque jamais la notion de « *sous-concession* », mais seulement la « *sous-traitance* » du contrat de concession⁵⁰². Or, en droit français, ce terme est traditionnellement réservé aux contrats d'entreprise et aux marchés publics, si bien que le législateur lui a préféré une formule plus neutre selon laquelle :

« *Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.* »⁵⁰³

Cette disposition vise aussi bien la sous-concession que l'hypothèse dans laquelle le concessionnaire confie l'exécution d'une partie de son contrat de concession à un tiers par l'intermédiaire d'un marché de travaux ou de services⁵⁰⁴. En pratique, la frontière entre la sous-concession et le marché public ou le sous-traité peut-être tenue, ainsi qu'en témoigne une affaire portée devant les tribunaux judiciaires à propos d'un contrat conclu par une société concessionnaire d'autoroute qui avait pour objet les opérations de dépannage sur une portion de celle-ci. Ce contrat constitue, selon la Cour de cassation, une sous-concession et non un marché, comme il avait été qualifié le juge judiciaire du référé contractuel, dès lors que le

⁵⁰¹ R. LAURET, « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2017, n° 179, p. 27.

⁵⁰² Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 42.

⁵⁰³ Code de la commande publique, art. L. 3134-1.

⁵⁰⁴ H. HOEPFFNER, « Exécution du contrat administratif. Droits et obligations du cocontractant », *JCl Adm.* 2024, fasc. 777.

cocontractant, bien que titulaire d'un monopole territorial, est soumis à un aléa susceptible d'affecter le volume de la demande de dépannage⁵⁰⁵.

Les sous-concessions n'ont, par ailleurs, jamais fait l'objet d'un « *régime juridique identifié et homogène* »⁵⁰⁶. De ce point de vue, le Code de la commande publique constitue une « *avancée* »⁵⁰⁷ puisqu'il est le premier texte⁵⁰⁸ à consacrer expressément la faculté de sous-concéder un contrat de concession⁵⁰⁹, non sans en fixer certaines limites. La première est d'ordre matériel : seule « *une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession* » peut être sous-concédée. La seconde est d'ordre organique au sens où le sous-concessionnaire ne doit pas être visé par un motif d'exclusion, faute de quoi il doit être remplacé⁵¹⁰.

Il convient cependant de souligner le caractère « *limité* » de cette avancée, dès lors que les dispositions du Code sont si peu nombreuses qu'« *il est délicat de tirer un régime général des sous-concessions* »⁵¹¹. À cet égard, on relèvera que la nécessité pour le concessionnaire d'obtenir l'accord de la personne publique pour conclure une sous-concession n'est pas inscrite dans le Code de la commande publique. Elle résulte de la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle « *l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédée par le concessionnaire à une entreprise tierce sans l'accord de l'autorité concédante* »⁵¹². En outre, certaines sous-concessions peuvent être soumises à des règles spécifiques qui se substituent ou complètent les règles du Code de la commande publique, ce qui rend délicate l'identification du régime juridique auxquelles elles répondent. À titre d'exemple, une partie des règles applicables aux *sous-concessions d'autoroute* est fixée par le Code de la voirie routière⁵¹³.

Le régime des sous-contrats peut entrer en interaction avec celui des modifications en cours d'exécution, par exemple en cas de substitution du sous-traitant, non sans générer, une fois encore, de la complexité.

⁵⁰⁵ Cass. Com. 22 juin 2022, *Sté Bernard Dépannage*, n° 19-25.434 ; note G. Eckert, *CMP* oct. 2022, comm. 275

⁵⁰⁶ M. UBAUD-BERGERON, « Exécution du contrat par les tiers (concessions) », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 30/03/2023, §1.1.1.

⁵⁰⁷ *Idem*.

⁵⁰⁸ Dans le même sens : CE, Ass. gén., avis, 16 mai 2002, n° 366305, *EDCE* 2003, n° 54.

⁵⁰⁹ CCP, art. L. 3134-1.

⁵¹⁰ CCP, art. L. 3134-2.

⁵¹¹ M. UBAUD-BERGERON, « Exécution du contrat par les tiers (concessions) », *op. cit.*, §1.1.1.

⁵¹² CE, 4 juin 1999, *Sté Maison Dulac, T.*, p. 664.

⁵¹³ Code de la voirie routière, art. L. 122-23 et suiv.

C. La modification des contrats

Le régime des avenants ou, selon la terminologie actuelle, des modifications contractuelles, a été substantiellement réformé par les directives européennes de 2014. Auparavant, « *l'idéologie concurrentielle* » conduisait à encadrer drastiquement, sinon à combattre la modification des contrats en cours d'exécution⁵¹⁴. La règle qui prévalait était celle de l'interdiction de « *modifier substantiellement un élément essentiel* »⁵¹⁵ du contrat. La notion de « *modification substantielle* » était quant à elle éclairée par la jurisprudence communautaire, en particulier l'arrêt *Presstext*⁵¹⁶ du 19 juin 2008. Aux termes de cette décision :

« La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. [...]

*Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial. »*⁵¹⁷

La formulation n'était guère éloignée de celle employée par la jurisprudence administrative, en vertu de laquelle la modification ne devait pas « *bouleverser l'économie générale du contrat* »⁵¹⁸. Cette jurisprudence stricte, qui s'opposait notamment à la substitution

⁵¹⁴ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 99.

⁵¹⁵ En ce s. H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280.

⁵¹⁶ CJCE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06.

⁵¹⁷ Cette approche de la modification substantielle est reprise *in extenso* dans les directives de 2014 : dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 72, §4 et dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 43 §4.

⁵¹⁸ CE, 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, n° 312354.

du titulaire initial du contrat, ainsi qu'à celle du sous-traitant⁵¹⁹, fut en quelque sorte édulcorée par le législateur européen en 2014⁵²⁰.

Les *directives Marchés et Concessions* de 2014 assouplissent le régime jurisprudentiel en autorisant certaines modifications substantielles, sous réserve qu'elles ne modifient pas la « *nature globale* » du contrat et qu'elles entrent dans l'une des hypothèses énumérées⁵²¹. « *Progrès* »⁵²² pour les uns, ce nouveau régime constitue une source de « *complexité extrême* »⁵²³ pour les autres.

Premièrement, le champ d'application *ratione temporis*⁵²⁴ de ce régime a suscité des difficultés. La *loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)*⁵²⁵ a entendu y remédier en disposant que tous les contrats de la commande publique « *pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016* » sont soumis aux règles du code relatives à la modification.

Deuxièmement, la méthode poursuivie par le législateur européen – celle d'une « *liste à la Prévert* » des modifications autorisées – interroge, tant il est vrai que l'ensemble de ces hypothèses se réduit à une seule question, celle de l'effet novateur ou non de la modification⁵²⁶.

Troisièmement, on souligne, çà et là, que les dispositions relatives à la modification des contrats « *contiennent un luxe de détails, opèrent des renvois entre alinéas, entre articles et entre textes, au point de les rendre difficilement lisibles* »⁵²⁷. Lors de la transposition des directives, le législateur français a néanmoins adopté une rédaction simplifiée qui se borne, pour la partie législative du Code de la commande publique, à une énumération succincte des cas de modification autorisée, étant précisé que toute modification, quelle qu'en soit le motif, ne doit pas « *changer la nature globale du contrat* »⁵²⁸. Il n'est pas anecdotique de relever que le législateur a commis une erreur de rédaction – de celles identifiées dans la première section

⁵¹⁹ CJCE, 13 avr. 2010, *Wall EG*, aff. C-91/08.

⁵²⁰ C. BERNARD, *Développement d'un droit global des marchés publics à travers l'étude comparative France-Québec*, Thèse, Lyon 3, 14 janvier 2025, p. 203. *Contra* N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP* 2014, n° 95, p. 263 s.

⁵²¹ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 72 et dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 43.

⁵²² H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *op. cit.*, p. 282.

⁵²³ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 689.

⁵²⁴ Pour une analyse détaillée : *ibid.*, pp. 691-692.

⁵²⁵ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP), art. 133.

⁵²⁶ N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 272.

⁵²⁷ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 689.

⁵²⁸ CCP, art. L. 2194-1, L. 2394-1 et L. 3135-1.

comme facteur de complexité formelle –, puisque l'article L. 3135-1 du Code de la commande publique, bien que consacré à la modification des contrats de concession, dispose « *qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur [au lieu de « l'autorité concédante »] unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession [nous soulignons]* ». Il faut également mettre au crédit du législateur français d'avoir opté pour une « *simplification par l'uniformité* »⁵²⁹ des règles applicables aux contrats de commande publique, quels que soient leur montant (y compris en dessous des seuils européens) et leur nature (marché public et concession).

Quatrièmement, le régime soulève de nombreuses interrogations⁵³⁰, qu'il s'agisse de l'indétermination de la notion de « *nature globale du contrat* »⁵³¹ ou des hypothèses de modifications autorisées qui, prises individuellement, introduisent « *une série d'incertitudes* »⁵³². On s'interroge, entre autres, sur le degré de précision que doit revêtir la clause de réexamen ou d'option devant figurer dans le contrat⁵³³, sur le mode de calcul des modifications de « *faible montant* »⁵³⁴, sur les conséquences de la substitution du titulaire initial du contrat ou encore sur la définition de la notion de « *modifications non substantielles* »⁵³⁵. À cet égard, le rapport de la Chaire de droit des contrats publics relatif à la modification a démontré comment la transposition de la *directive Marchés* a introduit une incertitude regrettable. En effet, le Code de la commande publique dispose qu'une « *une*

⁵²⁹ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *CMP* nov. 2014, repère 10.

⁵³⁰ En ce s. H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *op. cit.*, p. 280 et suiv.

⁵³¹ Selon Hélène Hoepffner, cette notion désigne « *la contexture du contrat* » (ses caractéristiques, ses éléments essentiels) et non pas sa qualification (marché public/concession) (H. HOEPFFNER, « Exécution des marchés publics », *CMP* janv. 2019, dossier 7).

⁵³² H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *op. cit.*, p. 287.

⁵³³ Selon le Code de la commande publique, le contrat peut être modifié « lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options *claires, précises et sans équivoque* [nous soulignons] » (art. R. 2194-1 et R. 3135-1). Faute de jurisprudence, « *cette question du degré de précision de la clause ainsi que des modalités de sa formulation reste malheureusement intacte* » (H. HOEPFFNER, « Précisions sur les notions de modification substantielle et de clause de révision en cas de circonstances prévisibles », *CMP* févr. 2024, comm. 34).

⁵³⁴ CCP, art. R. 2194-8 à R. 2194-9 et R. 3135-8 à R. 3135-9.

⁵³⁵ Selon le Code de la commande publique, « Une modification est substantielle, *notamment* [nous soulignons], lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;

4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article » (art. R. 2194-7 et R. 3135-7).

modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : [...] »⁵³⁶ tandis que la directive Marchés énonce « lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplies ». En conséquence, aucune autorité contractante française n'ose recourir à la notion de modification non substantielle puisque la liste des exemples de modification substantielle n'est pas exhaustive en droit français⁵³⁷. On déplore également que le décret du 30 décembre 2024 ait renoncé à une « clarification des règles »⁵³⁸ qu'aurait permis la précision selon laquelle la modification du contrat pour des prestations supplémentaires devenues nécessaires est subordonnée à la condition selon laquelle le changement de titulaire « présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur ».

La modification du contrat, lorsqu'elle produit un effet novatoire, devra donner lieu à une résiliation. Le régime de la résiliation apparaît aussi imprécis et simple d'utilisation que celui de la modification est détaillé et complexe.

D. La résiliation des contrats

La résiliation des contrats de la commande publique n'a que tardivement retenu l'attention des producteurs de normes.

En ce sens, les directives européennes de 2014 sont les premières à établir un cadre juridique pour la résiliation des contrats de marché public et de concession⁵³⁹. Ces textes prévoient, assez sagement, trois motifs non-limitatifs de résiliation – identiques du reste –, et renvoient aux législateurs nationaux le soin de prévoir les conditions dans lesquelles les autorités contractantes peuvent mettre fin au contrat.

En France, c'est le Code de la commande publique qui fixe le régime de la résiliation des marchés publics⁵⁴⁰ et des concessions⁵⁴¹, de manière non exhaustive d'ailleurs puisque la jurisprudence administrative le complète pour ce qui est des contrats administratifs de la commande publique. Depuis sa proclamation, ce régime a été modifié à une seule reprise, à

⁵³⁶ CCP, art. R 2194-7.

⁵³⁷ C. BERNARD, A. MEYNIER-POZZI et R. MICALET, sous la direction de F. LICHÈRE, *Digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, p. 225, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

⁵³⁸ G. ECKERT, « Le retour de la réforme ? », *op. cit.*

⁵³⁹ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 73 et dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 44.

⁵⁴⁰ CCP, art. L. 2195-1 à L. 2195-6.

⁵⁴¹ CCP, art. L. 3136-1 à L3136-6.

l'occasion de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020. La simplification opérée à cette occasion apparaît mineure, le législateur étant intervenu pour simplement « *clarifier* »⁵⁴² la portée de l'interdiction faite aux autorités contractantes de prononcer la résiliation d'un contrat de la commande publique au motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. La loi met un terme à l'automatisme de la sanction, en précisant que les autorités contractantes ne peuvent mettre en œuvre leur pouvoir de résilier le contrat pour ce seul motif, « *sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code* »⁵⁴³.

À ce jour, aucune réforme de simplification n'a, en revanche, abordé l'un des facteurs de complexité de ce régime : la « *dualité des normes* »⁵⁴⁴ applicables aux contrats de la commande publique, selon qu'ils relèvent d'un régime de droit public ou du droit privé. Par exemple, lorsque le marché ou la concession relève du droit privé, les titulaires disposent de « *pouvoirs d'action unilatérale [...] renforcés* »⁵⁴⁵, comme la faculté de suspendre le contrat⁵⁴⁶ ou celle de prononcer la résolution du contrat par simple voie de notification en cas d'inexécution suffisamment grave de l'autre partie⁵⁴⁷. À rebours lorsque le contrat de la commande publique est un contrat administratif, seule la personne publique peut décider de sa résiliation, soit pour un motif d'intérêt général, soit pour une faute d'une gravité suffisante du cocontractant⁵⁴⁸, la jurisprudence admettant cependant que :

« *Il est loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles.* »⁵⁴⁹

Désireux de remédier à cet élément majeur de complexité du droit de la commande publique, le projet de loi de simplification de la vie économique présenté au Sénat le 24 avril 2024 visait à unifier le contentieux des contrats de la commande publique autour de la compétence du juge administratif. Il resterait, même dans cette hypothèse, un facteur de

⁵⁴² S. DYENS et M. ROUSSEL, « Le droit de la commande publique dans la loi ASAP », *AJCT* 2021, p. 68.

⁵⁴³ Code de la commande publique, L. 2195-4 et L. 3136-4.

⁵⁴⁴ P. DELVOLVÉ, « La dualité des normes, le cas des contrats », *RD. Publ.* 2017, pp. 21-22.

⁵⁴⁵ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé », *CMP* févr. 2018, repère 2.

⁵⁴⁶ Code civil, art. 1219 et 1220.

⁵⁴⁷ Code civil, art. 1126.

⁵⁴⁸ CCP, art. L. 2195-3 et L. 3136-3.

⁵⁴⁹ CE, 8 oct. 2014, *Sté Grenke location*, n° 370644, *Rec.*, p. 302.

complexité lié au fait que le régime de la résiliation est partiellement fixé par le Code, partiellement par la jurisprudence.

§III. Au stade contentieux

Le contentieux de la commande publique constitue un formidable levier de simplification du droit que le législateur et la jurisprudence n'hésitent pas à actionner lorsqu'ils tendent à rationaliser les voies de droit (A.) ou à unifier les compétences juridictionnelles (B.).

A. La rationalisation inachevée des voies de droit

Le contentieux contractuel est un terreau fertile de complexité, à laquelle les récentes évolutions ont entendu remédier. Nonobstant les louables efforts de la jurisprudence et du législateur, la doctrine déplore encore une « *systématisation [...] inachevée* » des voies de droit⁵⁵⁰, sinon une « *complexification* » croissante qui n'est pas toujours compensée par un gain d'efficacité pour les justiciables⁵⁵¹.

Force est, en effet, de reconnaître que l'ordonnance du 7 mai 2009⁵⁵² transposant la *directive Recours* de 2007⁵⁵³, le décret du 30 décembre 2019⁵⁵⁴ ou encore les jurisprudences *Tropic*⁵⁵⁵-*Tarn-et-Garonne*⁵⁵⁶, *Béziers I*⁵⁵⁷ et *II*⁵⁵⁸ ont abouti à une véritable prolifération des voies de droit, qui sont autant de sources de complexité du paysage contentieux. À l'issue de ces évolutions, on ne dénombre pas moins de dix-huit voies de droit devant les juridictions administratives, mobilisables dans le cadre du contentieux de la commande publique. Certaines d'entre elles sont spécifiques au contentieux contractuel. En ce qui concerne la formation du

⁵⁵⁰ J.-F. LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique », *CMP* juill. 2008, étude 8.

⁵⁵¹ S. BRACONNIER, Ph. DELELIS et A. PELLOUS, « Contentieux des contrats publics : quel référé choisir ? », *CMP* août/sept. 2010, prat. 7.

⁵⁵² Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

⁵⁵³ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

⁵⁵⁴ Décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative.

⁵⁵⁵ CE, Ass., 16 juill. 2007, *Tropic Signalisation Travaux*, n° 291545, *Rec.*, p. 360.

⁵⁵⁶ CE, Ass., 4 avr. 2014, *Département Tarn et Garonne*, n° 358994, *Rec.*, p. 70.

⁵⁵⁷ CE, Ass., 28 déc. 2008, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Rec.*, p. 509.

⁵⁵⁸ CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *Rec.*, p. 117.

contrat⁵⁵⁹, le juge du référé peut ainsi se prononcer à l'occasion d'un référé précontractuel⁵⁶⁰, contractuel⁵⁶¹ ou d'un référé « *secret des affaires* »⁵⁶². Pour sa part, le juge administratif du contrat peut être saisi, par les parties, d'un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat ou d'une de ses clauses⁵⁶³ dit « *Béziers I* », ou, par les tiers, d'un déferé préfectoral⁵⁶⁴ – éventuellement assorti d'une demande de suspension⁵⁶⁵ –, d'un recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat⁵⁶⁶ ou les actes détachables⁵⁶⁷, ainsi que d'un recours « *Tarn-et-Garonne* ».

Au stade de l'exécution du contrat⁵⁶⁸, les tiers peuvent – en l'état de la jurisprudence – former un recours pour excès de pouvoir contre la résiliation du contrat⁵⁶⁹, un recours de plein contentieux contre le refus de le résilier⁵⁷⁰ ; les parties pouvant quant à elles entreprendre un recours de plein contentieux en reprise des relations contractuelles dit « *Béziers II* », un recours en contestation et en réformation des pénalités contractuelles⁵⁷¹, ainsi qu'un recours indemnitaire. Enfin, certaines voies de droit « ordinaires » peuvent être mobilisées, avec plus ou moins succès, sur le terrain contractuel, à l'image des référés-suspension, liberté, mesures-utiles, instruction, constat et provision.

Au-delà de cet aspect quantitatif, on constate également une complexité qualitative du paysage contentieux, tenant à l'existence d'une « *mosaïque de recours différents dont chacun présente des spécificités* »⁵⁷² en termes de conditions d'accès au prétoire et de pouvoirs du juge.

⁵⁵⁹ Pour une étude détaillée : D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Formation du contrat », *JCI Adm.* 2021, fasc. 1126.

⁵⁶⁰ CJA, art. L. 551-1 à L. 551-12.

⁵⁶¹ CJA, art. L. 551-13 à L. 551-23.

⁵⁶² CJA, art. R. 557-3.

⁵⁶³ Le Conseil d'État a récemment précisé que « *dans le cas où l'irrégularité constatée n'affecte que des clauses divisibles du contrat, le juge, saisi d'un recours contestant la validité du contrat, peut prononcer, s'il y a lieu, la résiliation ou l'annulation de ces seules clauses. De même, le juge, saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, peut, le cas échéant, régler le litige sur le terrain contractuel en écartant l'application de ces seules clauses* » (CE, 17 mai 2024, *Sté SMA Energie*, n° 466568, *Rec.*, p. 150).

⁵⁶⁴ CGCT, art. L. 2131-6.

⁵⁶⁵ CJA, art. L. 554-1 à 9.

⁵⁶⁶ CE, Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, n° 138536, *Rec.*, p. 274. Pour une application récente : CE, 9 févr. 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, *Rec.*, p. 34.

⁵⁶⁷ CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec.*, p. 749. La théorie est toujours valable pour les contrats de droit privé de l'Administration (CE, 27 oct. 2015, n° 386595, *T.*, pp. 756-786).

⁵⁶⁸ Pour une étude détaillée : D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Exécution et fin du contrat », *JCI Adm.* 2021, fasc. 1127.

⁵⁶⁹ CE, Ass., 2 févr. 1987, *Société TV6*, n° 81131, *Rec.*, p. 29.

⁵⁷⁰ CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, *Rec.*, p. 209.

⁵⁷¹ CE, 19 juill. 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n° 392707, *Rec.*, p. 265.

⁵⁷² D. POUYAUD, « France – Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011, p. 6.

Il en va ainsi des recours issus de la loi, à l'image des référés précontractuels et contractuels⁵⁷³, ou des recours prétoriens. À cet égard, le recours « *Tarn-et-Garonne* », véritable « *révolution contentieuse en forme de simplification* »⁵⁷⁴, cristallise les critiques doctrinales⁵⁷⁵. Cette jurisprudence a permis, dans une certaine mesure, d'unifier les recours des tiers dans un même délai, devant le même juge et par la même voie contentieuse. En cela, la « *simplification* » opérée par voie jurisprudentielle est « *certaine* »⁵⁷⁶.

Elle n'en est pas moins « *incomplète* »⁵⁷⁷. D'abord, en raison du champ d'application temporel de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* – limité aux contrats conclus après le 4 avril 2014 – qui aboutit à faire coexister plusieurs régimes selon la date de conclusion du contrat ou de l'avenant⁵⁷⁸. Ensuite, parce que le recours *Tarn-et-Garonne* ne s'est pas entièrement substitué au recours *Martin*⁵⁷⁹, ce dernier restant ouvert à l'encontre de certains actes détachables, comme ceux qui approuvent la conclusion du contrat⁵⁸⁰. Enfin, il faut bien reconnaître que le recours *Tarn-et-Garonne*, qui n'est pas ouvert à tous les tiers⁵⁸¹, ne s'illustre pas par son unité : l'appréciation de l'intérêt pour agir⁵⁸², les moyens invocables⁵⁸³, de même

⁵⁷³ Pour une étude détaillée : D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Formation du contrat », *op. cit.*

⁵⁷⁴ S. BRACONNIER, « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », *AJDA* 2014, p. 945.

⁵⁷⁵ V. par ex. le dossier intitulé « *Département Tarn et Garonne : dix ans après, une simplification manquée ?* » publié à l'*AJDA* 2024, p. 941 et s.

⁵⁷⁶ D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Formation du contrat », *op. cit.*

⁵⁷⁷ B. DACOSTA, « Le point de vue du rapporteur public sur l'arrêt Département Tarn et Garonne, Dix ans après », *AJDA* 2024, p. 944.

⁵⁷⁸ Les avenants conclus après cette date doivent être contestée sur la base de la jurisprudence de 2014, même s'ils modifient des contrats conclus avant cette date (CE, 20 nov. 2020, *Association Trans'Cub*, n° 428156).

⁵⁷⁹ En ce s. dans ses conclusions sur l'arrêt *Tarn-et-Garonne*, Bertrand Dacosta mettait en garde : « *l'évolution jurisprudentielle que nous envisageons ne sera une source de simplification que si elle signe la mort de l'acte détachable du contrat administratif et donc l'abandon de la vénérable jurisprudence Martin* » (B. DACOSTA, concl. sur CE, Ass., 4 avr. 2014, *Département Tarn et Garonne*, *RFDA* 2014, p. 429). Pour des études détaillées : C. VAUTROT-SCHWARZ, « Que reste-t-il de la théorie de l'acte détachable ? », *AJDA* 2024, p. 948 et suiv. ; et J. DE LA PORTE DES VAUX, « La recevabilité du recours *Tarn-et-Garonne* et l'unification du contentieux contractuel », *AJDA* 2024, p. 958 et suiv.

⁵⁸⁰ CE, 23 déc. 2016, *Association Études et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon*, n° 392815, *Rec.*, p. 831.

⁵⁸¹ On dénombre trois catégories de tiers recevables à former ce recours : les tiers susceptibles d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou ses clauses (par exemple les concurrents évincés ou les contribuables locaux) ; les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné et le représentant de l'État dans le département.

⁵⁸² L'intérêt pour agir est présumé pour les tiers « privilégiés » (le représentant de l'État et les élus locaux) alors qu'il doit être « caractérisé » pour les tiers « ordinaires » (le concurrent évincés, les contribuables locaux etc.).

⁵⁸³ En ce sens, alors que le représentant de l'État peut invoquer tout moyen à l'appui de son recours, les autres tiers ne peuvent invoquer que deux sortes de vices : ceux en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent et ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Pour une étude détaillée : F. MELLERAY, « Les moyens dans le cadre de la jurisprudence *Tarn et Garonne* », *op. cit.*, p. 964.

que le point de départ du délai de recours⁵⁸⁴ varient en fonction de la qualité du requérant⁵⁸⁵. Il est bien évident que ce « *maquis des conditions d'accès au juge du contrat* » – exposant les tiers à un véritable « *marathon contentieux* »⁵⁸⁶ –, ainsi que la « *sophistication accrue des pouvoirs du juge du contrat* »⁵⁸⁷, n'ont pas permis de simplifier substantiellement l'état du droit. Pour y remédier, on pourrait imaginer « *un instrument unique suffisamment ductile pour intégrer différents usages possibles* », étant entendu que cette unification ne peut être réalisée par la voie prétorienne⁵⁸⁸.

Piste sérieuse de simplification, l'unification peut viser les voies de droit, mais aussi les compétences juridictionnelles, ainsi que le prévoyait le projet de loi de simplification de la vie économique dans sa version initiale.

B. L'unification avortée des compétences juridictionnelles

Le projet de loi de simplification de la vie des entreprises ambitionnait d'unifier le contentieux des contrats de la commande publique au profit de la justice administrative.

Cette mesure, résolument simplificatrice, pouvait se revendiquer de précédents étrangers : la transposition de la *directive Recours* fut l'occasion dans certains États comme le Portugal et l'Italie de transférer aux juridictions administratives l'ensemble du contentieux de la passation des contrats de la commande publique, y compris ceux relevant du droit privé⁵⁸⁹. La mesure projetée s'inscrivait, par ailleurs, dans la continuité de la *loi MURCEF*⁵⁹⁰ et des ordonnances de 2015⁵⁹¹ et 2016⁵⁹² qui procédaient à une « *administrativisation* » progressive des marchés publics relevant du code des marchés publics, puis des contrats de la commande

⁵⁸⁴ Le délai de recours de deux mois débute à la réception du contrat pour le préfet, à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées pour les autres tiers.

⁵⁸⁵ Pour une analyse détaillée : J. DE LA PORTE DES VAUX, « La recevabilité du recours *Tarn-et-Garonne* et l'unification du contentieux contractuel », *op. cit.*

⁵⁸⁶ D. POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Formation du contrat », *op. cit.*

⁵⁸⁷ S. EUSTACHE et L. JANICOT, « Retour sur la transformation contemporaine du contentieux de la validité des contrats administratifs », *Dr. adm.* 2018, 13.

⁵⁸⁸ B. DACOSTA, « Le point de vue du rapporteur public sur l'arrêt Département Tarn et Garonne, Dix ans après », *op. cit.*

⁵⁸⁹ Pour une étude détaillée : dossier « Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011, p. 1 et suiv.

⁵⁹⁰ « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi* » : loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), art. 2.

⁵⁹¹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁵⁹² Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

publique conclus par « *des personnes morales de droit public* »⁵⁹³. Selon les spécialistes cependant, cette mesure a simplifié « *le droit sans guère le bouleverser* »⁵⁹⁴.

À travers ce nouveau projet, le Gouvernement entendait, selon l'exposé des motifs et l'étude d'impact, opérer une « *double simplification* » en uniformisant le contentieux de la commande publique et en renforçant « *la sécurité juridique par une application uniforme des règles de la commande publique pour l'ensemble de ses acteurs* »⁵⁹⁵. Dans son avis émis le 25 avril 2024, le Conseil d'État invitait toutefois à « *ne pas surestimer les avantages* » de cette réforme « *en termes de simplification* ». Inutile de dire que cette réforme, qui n'était « *pas dénuée de paradoxes* »⁵⁹⁶, divisait la doctrine. Certains en rêvaient⁵⁹⁷, d'autres la jugeaient parfaitement « *inopportune* »⁵⁹⁸ ou s'alertaient que cette « *conversion* » ne compromette « *l'intelligibilité et l'efficacité* » du droit des contrats publics⁵⁹⁹ ; les plus modérés soulignant pour leur part qu'elle permettrait probablement moins de résoudre les difficultés liées au dualisme juridictionnel qu'à les déplacer⁶⁰⁰. En définitive, la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner ce projet de loi en première lecture, a adopté, le 10 juin 2024, neuf amendements identiques supprimant cet article. Plusieurs raisons l'y ont conduite.

La réforme était questionnée, en premier lieu, à l'aune de ses fondements, que d'aucuns qualifiaient de « *fragiles* »⁶⁰¹. On pouvait certes saluer la louable intention du Gouvernement de remédier aux difficultés suscitées par l'identification de l'ordre juridictionnel compétent, laquelle constitue un évident facteur de complexité du contentieux de la commande publique. Pour autant, seule une partie des activités des opérateurs privés concernés aurait relevé de la compétence du juge administratif, de sorte que cette réforme devenait, pour eux, une source de « *complications* » nouvelles⁶⁰². Cette objection a manifestement emporté la conviction des sénateurs. Par ailleurs, les risques de divergences entre les deux ordres de juridictions, mis en avant par l'étude d'impact du texte, apparaissaient moins préoccupants dans la mesure où « *le*

⁵⁹³ Code de la commande publique, art. L. 6.

⁵⁹⁴ G. ECKERT, « Faut-il administrativiser les contrats privés de la commande publique ? », *CMP* janv. 2020, repère 1.

⁵⁹⁵ *Étude d'impact, projet de loi de simplification de la vie économique*, art. 5, pt. 1.1., p. 85.

⁵⁹⁶ G. ECKERT, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *CMP* juill. 2024, étude 6.

⁵⁹⁷ P. DELVOLVÉ, « Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011, p. 1 et suiv. et M. KARPENSCHIF, « Haro sur les contrats de droit privé de la commande publique », *AJDA* 2020, p. 2281 et suiv.

⁵⁹⁸ N. SYMCHOWICZ, « Une réforme inopportune », *op. cit.*, p. 1197 et s.

⁵⁹⁹ F. MODERNE, « Faut-il vraiment administrativiser l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA* 2011, p. 707.

⁶⁰⁰ G. ECKERT, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *op. cit.*

⁶⁰¹ *Idem.*

⁶⁰² CE, 25 avr. 2024, avis sur le projet de loi de simplification de la vie des entreprises, n° 408246.

juge judiciaire est un observateur scrupuleux du droit administratif »⁶⁰³. Force était, en outre, de reconnaître que ce risque est « *dans l'ADN du dualisme juridictionnel [...] Il en constitue en quelque sorte le prix à payer* »⁶⁰⁴.

La réforme était interrogée, en second lieu, à la lumière de ses effets potentiels, à commencer par une « *défiguration du contrat administratif* »⁶⁰⁵, ou selon, une « *rupture* » avec la notion⁶⁰⁶. À ce titre, rappelons que la mesure conduisait à s'écarter du critère organique, pourtant central dans la qualification des contrats administratifs. Il est vrai que ce critère a perdu de sa superbe sous l'influence du mouvement d'externalisation⁶⁰⁷ et de l'augmentation du nombre de personnes privées sous influence publique⁶⁰⁸. Néanmoins, l'alternative consistant à fonder l'application du régime des contrats administratifs sur l'objet et/ou le régime du contrat se situerait également « *aux antipodes de la généralité et de la simplification* »⁶⁰⁹. Dans le prolongement de cette idée, une partie de la doctrine s'alertait de l'« *atteinte* » qui risquait d'être portée à l'exorbitance du régime des contrats administratifs⁶¹⁰. Dans son avis du 22 avril 2024, le Conseil d'État lui-même soulignait que :

« *[i]l reviendra[it] à la jurisprudence de préciser, pour les contrats nouvellement qualifiés d'administratifs, les modalités de mise en œuvre des règles générales de la commande publique qui sont énoncées à l'article L. 6 du Code de la commande publique, s'agissant en particulier des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales ou de la théorie de l'imprévision.* »⁶¹¹

On aurait certes pu objecter que la réforme du droit civil des obligations intervenue en 2016 avait d'ores et déjà conduit à « *relativiser l'exorbitance des contrats administratifs* »⁶¹². Mais, l'argument peine à convaincre dès lors que l'insertion de clauses exorbitantes dans les contrats de droit privé, de même que les prérogatives dont disposent les parties, ne constituent

⁶⁰³ J. MARTIN, « Juge administratif, juge judiciaire, et contrats de la commande publique : un fauteuil pour deux ? », *JCP Adm.* 2024, 2176.

⁶⁰⁴ N. SYMCHOWICZ, « Une réforme inopportune », *op. cit.*, p. 1202.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 1198.

⁶⁰⁶ G. ECKERT, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *op. cit.*

⁶⁰⁷ Pour une étude détaillée : P.-M. MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, 2018, 780 p.

⁶⁰⁸ En ce s. F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA* 2002, p. 341 et suiv.

⁶⁰⁹ G. CLAMOUR, « Faudrait-il administrativiser l'ensemble des contrats de la commande publique ? », *CMP* août-sept. 2024, repère 8.

⁶¹⁰ G. ECKERT, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *op. cit.*

⁶¹¹ CE, *Avis sur le projet de loi de simplification de la vie des entreprises*, 25 avr. 2024, n° 408246.

⁶¹² H. HOEPFFNER, « Résiliation pour motif d'intérêt général d'un marché public de droit privé », *CMP* juill. 2022, comm. 199.

pas moins que « *l'expression de leur liberté contractuelle* »⁶¹³. Ainsi, la réforme projetée allait exposer les opérateurs privés à une « *insécurité juridique importante* » puisqu'elle laissait planer de nombreuses incertitudes relatives au régime juridique auquel allaient être soumis ces néo-contrats administratifs. On ignore, par exemple, si le juge administratif aurait reconnu au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices de droit privé un pouvoir de modification unilatérale ou de résiliation pour motif d'intérêt général, mais encore s'il aurait ouvert le recours *Tarn-et-Garonne* à l'encontre de ces contrats⁶¹⁴.

⁶¹³ N. SYMCHOWICZ, « Une réforme inopportune », *op. cit.*, p. 1200.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 1203.

PARTIE 2

SYNTHÈSE DES ENTRETIENS

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur la simplification du droit de la
commande publique



PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS

INTRODUCTION

Enquêtes de terrain. Pour évaluer l’étendue et l’efficacité de la simplification du droit de la commande publique, la Chaire de droit des contrats publics a procédé à une enquête de terrain qualitative composée d’un panel de 21 enquêtés.

Enquête qualitative. Cette synthèse recense l’ensemble des données relatives aux retours d’expérience sur la simplification du droit de la commande publique récoltées auprès de 6 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 8 autorités contractantes et de 6 opérateurs économiques, ainsi que d’une équipe de juristes et financiers d’un *think tank*, tous interviewés en mai 2025.

Figure 2.01 : Dates des entretiens⁶¹⁵

	OE1	OE2	AV1	AV2	AC1	OE3	AC2
Date de l’entretien	05/05	05/05	05/05	06/05	07/05	07/05	12/05
	AV3	AV4	AV5	AV6	AU	AC3	OE4
Date de l’entretien	12/05	12/05	15/05	15/05	19/05	19/05	19/05
	AC4	AC5	OE5	AC6	AC7	OE6	AC8
Date de l’entretien	19/05	20/05	20/05	20/05	20/05	20/05	21/05

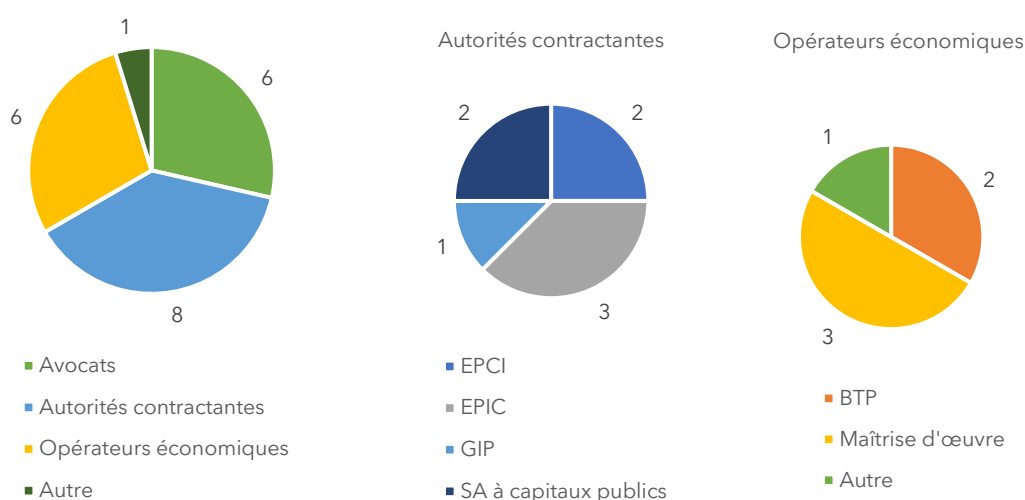
Panel des interviewés. L’échantillon des participants à l’enquête qualitative se compose des trois catégories classiques reprenant les trois qualités des personnes ou organismes interviewés (avocats, autorités contractantes et opérateurs économiques). À celles-ci s’ajoute une quatrième catégorie ne comprenant qu’un seul enquêté : la catégorie autre (*think tank*). En raison de la composition et des activités de cet organisme intéressant tant les autorités

⁶¹⁵ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; AU : autre.

contractantes que les opérateurs économiques, il n'aurait pas été pertinent de le rattacher à une des catégories existantes sauf à créer des confusions dans la présente synthèse. Ainsi, le panel d'interviewés regroupe :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** l'un d'eux conseille principalement les autorités contractantes, deux autres principalement les opérateurs économiques, et trois conseillent autant l'un que l'autre. Leurs dossiers sont principalement constitués de marchés globaux de conception-réalisation, de marchés de partenariat (ou contrat de partenariat), de marchés de travaux et de contrats de concession ;
- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** deux sont des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), trois sont des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) de l'État, deux sont des sociétés anonymes à capitaux publics, et le dernier est un groupement d'intérêt public (GIP) ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** trois interviennent dans le secteur de la maîtrise d'œuvre, deux dans le secteur du BTP et de la construction, et un répond en tant que concessionnaire⁶¹⁶ ;
- **Pour la catégorie « *Think tank* » :** une association relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901 déclarée d'utilité publique dont les adhérents proviennent à la fois de la sphère privée que de la sphère publique.

Figure 2.02 : Profil des interviewés



⁶¹⁶ Les secteurs d'activités ne seront pas précisés pour garantir l'anonymat des opérateurs économiques.

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui d'un guide d'entretien établi en avril 2025 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Dans le cadre de ces recherches, un unique guide d'entretien a été réalisé. L'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel *Webex*®.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Thèmes abordés. Les données récoltées sont ci-après classées dans l'ordre du guide d'entretien afin que la synthèse reste fidèle au déroulement des enquêtes de terrain. Chaque entretien débutait par un état des lieux sur la notion de simplification afin de dresser les composantes principales de celle-ci et les facteurs de complexité apparaissant en pratique au sein du droit de la commande publique (**Section 1**). Les entretiens se poursuivaient par le partage des retours d'expérience des participants s'agissant des mesures adoptées dites de simplification (**Section 2**). Enfin, les entretiens se concluaient par des propos prospectifs sur les mesures qui pourraient ou devraient être adoptées afin de simplifier le droit de la commande publique (**Section 3**)⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Des résumés d'étape sont proposés à la fin de chaque subdivision.

SECTION 1 : L'APPROCHE PRATIQUE DE L'IDENTIFICATION DE LA SIMPLIFICATION ET DE SES ENTRAVES

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux empirique de l'identification de la simplification du droit de la commande publique, il était demandé en début de chaque entretien aux participants de définir la notion de simplification du droit de la commande publique (§I.). Ensuite, les discussions s'orientaient autour des facteurs de complexité entravant cette entreprise (§II.).

§I. Le regard des praticiens sur la définition de la notion de simplification du droit de la commande publique

Absence de définition consensuelle. Les éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique proposés par les 20 interviewés⁶¹⁸ diffèrent, voire divergent, d'un interviewé à l'autre.

Plusieurs interviewés ont, en outre, souligné que la définition de la simplification varie en fonction du point de vue adopté, en particulier selon que l'on se situe du côté des autorités contractantes ou de celui des opérateurs économiques. Par exemple, un opérateur économique interviewé estime que la simplification pour les acheteurs publics repose sur l'« *harmonisation des pratiques* » et la fixation de *règles* claires pour lutter contre l'incertitude, tandis qu'il s'agit de *procédures* claires et facilitées pour l'acteur économique.

Dans le même sens, les réponses de certains interviewés révèlent que la simplification est principalement destinée à certains acteurs de la commande publique. Ceci peut apparaître expressément, en indiquant que l'« [o]n voit la simplification que sous l'angle des entreprises et pas des acheteurs publics, au risque d'ajouter de la complexité »⁶¹⁹. La nature ciblée de la simplification peut également être plus implicite, lorsque la définition donnée de la

⁶¹⁸ 8 AC, 6 AV, 5 OE et 1 AU. Le 21^{ème} interviewé (1 OE) ne donne pas d'élément de définition de la simplification du droit de la commande publique. À la question de savoir comment il définit la simplification du droit de la commande publique, il répond en indiquant uniquement des mesures souhaitables de simplification.

⁶¹⁹ 1 AC.

simplification ne mentionne que certains acteurs. En ce sens, une autorité contractante interviewée fonde sa définition de la simplification sur les bénéficiaires actuellement prioritaires de la simplification – *les opérateurs économiques*⁶²⁰ – et indique que « *les normes de simplification ont plutôt tendance à complexifier le droit, en particulier pour les petits acheteurs publics* ». À l'inverse, une autorité contractante donne une définition identique de la simplification pour les acheteurs et les candidats, en estimant que la simplification repose sur l'allègement du « *carcan* » à leur charge et résultant des nombreuses tâches administratives impliquées par le droit de la commande publique.

La variation de la définition de la simplification du droit de la commande publique peut également reposer sur d'autres éléments que les acteurs de la commande publique. En ce sens, une autorité contractante estime que la définition de la simplification du droit de la commande publique n'est pas tout à fait identique pour les acheteurs publics et pour les universitaires, seuls ces derniers incluent l'harmonisation des règles de passation dans la simplification. Une autre autorité contractante établit une distinction entre la définition de la simplification du point de vue juridique en général et du point de vue de l'acheteur public. Cet interviewé estime que la simplification consiste principalement à « *réduire l'aspect administratif au profit de l'achat* » pour l'acheteur public, alors qu'elle repose sur la réduction « *des textes surabondants et compliqués à mettre en œuvre* » du point de vue juridique ou normatif – pour reprendre les termes de cet interviewé.

Pluralité de composantes de la simplification. À défaut d'une définition générale et consensuelle, les interviewés ont fourni de nombreux éléments relevant selon eux de la simplification – c'est-à-dire des composantes de la simplification. Certaines composantes convergent ou sont, du moins, suffisamment similaires et communes à plusieurs interviewés pour pouvoir être regroupées.

Allègement administratif. La composante de la simplification mise en exergue par le plus grand nombre d'interviewés tient, sans grande surprise, à l'allègement administratif, c'est-à-dire à la diminution des formalités et démarches administratives dans le cadre du droit

⁶²⁰ « *Il faut réfléchir à la cible [de la simplification du droit de la commande publique] : les opérateurs économiques qui répondent aux appels d'offres. [...] La complexité procédurale et l'empilement de normes complexifient cet accès [à la commande publique]. L'objectif de la simplification serait de permettre à n'importe quel opérateur économique d'avoir un accès simplifié à la commande publique : aller sur TED-ex consulter l'avis de marché, ne serait-ce que pour le lire et le comprendre qui demande un certain niveau de compétence, sans parler de constituer un dossier de candidature* ».

de la commande publique. En effet, 7 interviewés⁶²¹ sur 20 soulignent que la simplification inclut la réduction des charges administratives.

Une autorité contractante interviewée affirme que la simplification implique, du point de vue de l'acheteur public, de « *réduire l'aspect administratif au profit de l'achat. L'acheteur est trop mobilisé à devoir procéder à des vérifications et à justifier ses choix procéduraux* ». Une deuxième autorité contractante partage cet avis, en soulignant l'existence d'un « *carcan* » administratif aussi bien pour les acheteurs que les entreprises. Cette autorité contractante développe en affirmant, s'agissant de l'acheteur public, « *qu'il ne fait plus son travail d'acheteur mais un travail plutôt administratif : il a tellement de tâches administratives [...]. Il s'agirait de recentrer son travail sur le bon achat [...]* ». Un opérateur économique interviewé dresse un constat similaire s'agissant, cette fois, des charges administratives des opérateurs économiques, en estimant qu'il faudrait réduire « *le formalisme "idiot"* » au stade de la passation :

« Premièrement, sur la partie candidature, je pense que les collectivités territoriales auraient les outils pour se renseigner sur les candidats. On devrait pouvoir se présenter avec notre SIRET et la collectivité devrait pouvoir se renseigner auprès d'un guichet unique pour les vérifications. On remet toujours les mêmes papiers et cela prend beaucoup de temps de vérifier que nous avons les bons documents, ce qui est du temps en moins sur la préparation de l'offre. Deuxièmement, concernant la présentation des offres, il y a un formalisme qui doit rassurer l'administration mais qui épouvante les entreprises privées compte tenu des enjeux des candidatures. Même si on est sur des concessions, on nous demande de remplir des documents types de marchés publics. [...] Pour vous donner un ordre d'idée, on a 3 personnes uniquement sur les aspects candidatures pour notre part. Il faudrait donc simplifier cette partie des dossiers, et avoir des demandes raisonnables par rapport à ce que les entreprises peuvent faire dans un délai court. »

De manière plus implicite, une troisième autorité contractante interviewée évoque l'allègement des règles de passation de la commande publique s'agissant de la définition de la simplification, tandis qu'une quatrième autorité contractante évoque le problème du formalisme contre lequel la simplification doit lutter. Ceci rejoint les propos d'un avocat interviewé, selon

⁶²¹ 4 AC, 1 AV et 2 OE.

lequel la simplification suppose « *moins de formalisme administratif* », ainsi que ceux d'un opérateur économique évoquant « *une simplification des démarches à opérer* ».

Amélioration de la compréhension immédiate des règles.

7 interviewés – comprenant à parts quasi égales des autorités contractantes, des opérateurs économiques, et des avocats⁶²² – sur 20 évoquent, sous une terminologie variée, le fait que les normes de la commande publique devraient être aisément compréhensibles dans le cadre de la simplification. Cette idée est généralement désignée, y compris en dehors de la simplification et du droit de la commande publique, sous les termes d'intelligibilité, d'accessibilité intellectuelle, ou encore de lisibilité des normes.

Une autorité contractante interviewée estime en ce sens que la simplification recouvre « [d]es règles simples à comprendre / à interpréter et accessibles, même si les juristes en droit public sont aguerris au fait d'aller chercher les règles dans des textes épars, voire des jurisprudences ». Une deuxième autorité contractante évoque, dans le même ordre d'idées, « l'accessibilité intellectuelle des normes », et une troisième autorité contractante affirme qu'il s'agit d'« essayer de ne pas avoir autant de textes qui gravitent autour de la commande publique (des textes surabondants et compliqués à mettre en œuvre) ». Un avocat interviewé souligne également l'importance de normes « lisibles », « “raisonnablement accessibles” pour des personnes “normales” ». Un deuxième avocat confirme en évoquant « une question de lisibilité », ainsi que des normes « accessibles ». De manière plus générale, un opérateur économique interviewé estime que la simplification recouvre notamment « la simplification de la compréhension du droit de la commande publique ». Un deuxième opérateur économique souligne qu'« il faut inclure l'intelligibilité dans la simplification ». Le troisième opérateur économique affirme également, au sujet de la définition de la simplification, que « [c]’est avant tout améliorer la lisibilité des dispositions, notamment pour les PME et TPE », en précisant ensuite que ceci recouvre également « l'accessibilité ».

Clarification des règles. Dans la continuité de la compréhension immédiate des normes, 6 interviewés⁶²³ incluent, au sein de la simplification, la clarification et la possibilité d'application immédiate des normes. Cette composante diffère légèrement de l'intelligibilité des normes : la rédaction d'une norme peut la rendre aisément compréhensible de prime abord (intelligibilité/compréhension immédiate de la norme), sans que sa mise en œuvre pratique ne

⁶²² 2 AC, 3 OE et 2 AV.

⁶²³ 2 AC, 3 AV et 1 OE.

soit aisée, appelant ainsi à une clarification des cas de figure inclus dans la norme ou des comportements précis dictés par cette norme par exemple.

Ainsi, une autorité contractante interviewée évoque, de manière générale, la clarification des règles de la commande publique au sein de la simplification – tant du point de vue de l’acheteur public que du point de vue de la définition universitaire de la simplification. Un avocat interviewé inclut également la clarté au sein de sa définition de la simplification, sans davantage de précision. Un deuxième avocat développe davantage, en affirmant que la simplification recouvre notamment :

« La clarification de certaines notions ou de certaines hypothèses fixées par le Code de la commande publique. Je pense par exemple à l’utilisation de procédures ou de certains montages contractuels, qui ne sont pas forcément faciles d’accès ou explicites (ex : procédure de coopération public-public qui est dans le même chapitre que la quasi-régie et qui prévoit deux hypothèses manquant de clarté – la poursuite d’un but d’intérêt général et moins de 20 % sur le marché économique donné, mais personne n’explique comment calculer ces 20 %, donc personne n’utilise cette hypothèse et donc il n’y a pas de jurisprudence ni de certitude sur le sujet). »

Un opérateur économique souligne que, « [d]u point de vue de l’acteur économique, les procédures plus claires sont plus faciles pour lui (ex : statut d’acheteur public difficile à définir parfois, ce qui donne lieu à des difficultés de qualification de la personne publique pour identifier les règles applicables) ».

Une partie de ces interviewés lie la clarté de la norme à son caractère opérationnel. Une autorité contractante souligne ainsi que « [l]a simplification doit donc être opérationnelle » et suppose d’« avoir des textes plus opérationnels et juridiquement moins flous ». Un avocat abonde dans le même sens, en mettant en exergue le lien entre clarté et caractère opérationnel des normes, sans donner davantage de précision.

Stabilité des règles. L’inclusion de la stabilité des normes au sein des composantes de la simplification émane de 6 interviewés⁶²⁴ sur 20, 5 d’entre eux⁶²⁵ établissent même

⁶²⁴ 3 AC, 1 AU, 1 AV et 1 OE.

⁶²⁵ 3 AC, 1 AV et 1 OE. Seul le *Think tank* (AU) a reconnu que la stabilité relève de la simplification seulement après que lui ait été posée la question de savoir s’il existe une composante de stabilité au sein de la simplification.

spontanément la corrélation entre stabilité des règles de la commande publique et simplification de ce droit en particulier.

Certains de ces interviewés développent les bénéfices de la stabilité. Ainsi, une autorité contractante souligne que « *lorsqu'une norme perdure, cela permet d'avoir des interprétations et des pratiques qui s'instaurent* ». Un *Think tank* affirme le nécessaire temps d'appropriation des règles, et identifie en conséquence les effets contre-productifs de changements normatifs incessants :

« Il faut apprécier toute future modification ou tentative de simplification par rapport à cet objectif ou contrainte de stabilité, d'appropriation des acteurs côté public comme côté privé. La succession des réformes, des aménagements des dispositions, peut induire chez les acteurs ce sentiment de perte de repères, de manque de visibilité et de stabilité. Cela vient brouiller le message, créer un sentiment d'insécurité juridique. »

Harmonisation, voire uniformisation. 5 interviewés⁶²⁶ sur 20 incluent, au sein de leur définition de la simplification du droit de la commande publique, un rapprochement des règles, pratiques, ou dispositifs mobilisables au sein de ce droit⁶²⁷. *A priori*, le degré de rapprochement ne fait pas consensus au sein de ces interviewés : certains évoquent une harmonisation – qui ferait référence à la réduction des disparités plutôt qu'à l'édiction d'un seul corps de règles, pratiques, ou dispositifs – tandis que d'autres évoquent l'uniformisation, voire l'unification – soit un degré plus élevé de rapprochement des règles, en proposant un seul corps de règles.

S'agissant tout d'abord de l'harmonisation, un opérateur économique interviewé inclut l'« *harmonisation des pratiques* » au sein de la simplification, du moins du point de vue des acheteurs publics. Un deuxième opérateur économique semble abonder dans le même sens, en estimant que ceci vaut également pour les entreprises et concerne également des dispositifs (et non uniquement des pratiques). En ce sens, cet interviewé souligne :

« Il faut englober dans cette terminologie [la simplification] [...] surtout l'harmonisation de dispositifs hétérogènes qui ne permettent pas une bonne

⁶²⁶ 2 AC et 3 OE.

⁶²⁷ Ceci contraste avec les propos précédemment cités d'une autorité contractante interviewée, estimant que l'harmonisation ne fait pas partie de la définition de la simplification pour les acheteurs publics (contrairement à la définition universitaire de la simplification).

appréciation et une possibilité pour l'ensemble des entreprises d'appréhender les dispositions en cause. »

Cet opérateur économique poursuit en soulignant que la simplification doit être mobilisée dans « *un objectif d'harmonisation en lissant vers le bas les dispositifs (moins de dérogations)* ».

3 interviewés⁶²⁸ incluent même, au sein de la simplification, l'uniformisation ou l'unification. Selon une autorité contractante, l'uniformisation doit tout d'abord porter sur les règles nationales afin de lutter contre le « *morcellement des règles, la multiplication des exceptions selon les seuils, la taille de l'acheteur, la typologie du titulaire (ex. TPE/PME)* ». Cette même autorité contractante estime également que l'uniformisation devrait être opérée « *à l'échelle européenne, car il y a autant d'application qu'il y a de pays, à tout le moins en dessous des seuils* », ce qui suscite par exemple de la complexité pour les entreprises transfrontalières. La deuxième autorité contractante identifiant l'unification comme composante de la simplification estime que ceci vaut non pas de manière générale pour l'ensemble des règles ou pour les échelons européen et nationaux, mais uniquement pour les « *règles applicables aux concessions (concessions en général, CGCT, urbanisme)* ». Cet interviewé indique en effet que « *[l]a 'marchéisation' du droit de la commande publique, y compris dans la jurisprudence, n'est pas pertinente* ». De manière encore plus radicale, le troisième interviewé évoquant l'unification – un opérateur économique – estime que la simplification du droit de la commande publique inclut l'« *unification des règles qui le composent afin que tout le monde soit sur la même longueur d'onde quant à leur interprétation* », sans autre précision sur l'objet de l'unification⁶²⁹.

L'harmonisation, voire l'uniformisation, des règles, pratiques, ou dispositifs n'est toutefois pas consensuelle au sein des interviewés, certains indiquant à l'inverse et spontanément qu'un tel processus ne serait pas simplificateur⁶³⁰. En ce sens, une autorité contractante estime que, du point de vue de l'acheteur public, la simplification n'inclut « *en aucun cas l'harmonisation* », en particulier l'« *homogénéis[ation] [d]es régimes de passation des entités adjudicatrices et pouvoirs adjudicateurs, à tout le moins si elle va dans le sens d'une rigidité supplémentaire pour les premières* ». Selon cet interviewé, le risque d'une telle

⁶²⁸ 2 AC et 1 OE.

⁶²⁹ Par exemple, cet interviewé ne précise pas s'il s'agit d'unifier les règles seulement entre certaines catégories de contrats, ou de réduire les éventuelles divergences entre les normes européennes et nationales.

⁶³⁰ 3 AC.

harmonisation tient à la restriction de la souplesse actuellement accordée aux entités adjudicatrices. Cette autorité contractante affirme en effet que :

« Le risque en élevant la procédure négociée en procédure de droit commun pour les pouvoirs adjudicateurs est que l'on cherche à leur imposer des contraintes supplémentaires qui finiront par s'appliquer aux entités adjudicatrices, qui ont pourtant besoin de la négociation et d'autres procédures. »

Une deuxième autorité contractante partage cet avis, en indiquant être opposée à *« l'harmonisation des régimes applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, car cela n'est pas porteur de simplification selon nous »*. Cet interviewé développe en indiquant qu'une telle harmonisation *« serait un frein à davantage de liberté pour les entités adjudicatrices »*. De manière plus implicite et moins précise, une troisième autorité contractante interviewée semble rejeter l'harmonisation du droit de la commande publique en soulignant que la simplification du droit de la commande publique *« tient à son adaptation à certains secteurs et à toutes les particularités de certaines personnes publiques et aux impératifs, voire à la création d'un régime sectoriel »*.

Réduction du nombre de règles. Corrélativement à la stabilité des règles ainsi qu'à leur harmonisation, certains interviewés (3 sur 20)⁶³¹ mettent en exergue l'importance de ne pas augmenter le nombre de normes applicables, voire de le réduire. Ainsi, pour une autorité contractante, *« [l]a simplification c'est l'action de supprimer des normes sans les remplacer par d'autres obligations, ce qui arrive très rarement en France »*. Un avocat estime, de manière plus radicale, qu'*« [i]l faut le moins de règles possibles (en tenant compte des objectifs) »* pour simplifier. Dans le même sens, bien que légèrement plus nuancé, un opérateur économique indique voir *« davantage la simplification comme une restriction de règles que comme des ajouts de règles »*.

Cohérence avec les modèles économiques. Seul un des 20 interviewés⁶³² lie directement la simplification à la concordance entre le droit de la commande publique et les modèles économiques :

« De mon point de vue, la simplification de la commande publique est ce qui permet d'écrire des modèles économiques sans avoir à les tordre pour qu'ils

⁶³¹ 1 AC, 1 AV et 1 OE.

⁶³² 1 AU.

rentrent dans les boîtes et en mobilisant les risques juridiques. L'idée est que les contrats soient lisibles. La simplification est donc la capacité à bien transposer dans le droit public le modèle économique. »

Perception isolée de l'importance relative de la simplification. Les questions portant sur la définition de la simplification du droit de la commande publique ont conduit 2 interviewés sur 20 à souligner que la priorité n'est pas nécessairement la simplification du droit de la commande publique. La position du premier de ces 2 interviewés est à relativiser, car cet opérateur économique met en exergue d'autres priorités qui sont en réalité incluses dans la simplification : la clarification et la stabilité des normes. Il indique ainsi :

« Personnellement, j'ai davantage besoin de clarification et la simplification s'inscrit en ce sens plus dans l'explication du droit (ex : efforts de la DAJ qui clarifie l'application de la norme dans des questions/réponses et courtes notes thématiques disponibles sur le site). [...] Je doute même qu'on ait besoin de simplification dans l'absolu. On peut préférer la stabilité, compte tenu du temps d'appropriation des règles de droit. »

Le deuxième interviewé nuanciant l'enjeu de la simplification – une autorité contractante – affirme qu'il faudrait plutôt privilégier la professionnalisation de l'achat :

« Il y a un vrai sujet du métier d'acheteur, donc de professionnalisation et cela me semble être le vrai sujet de la simplification. Il y a un sujet de simplification pour s'adapter aux secteurs qui vont changer et qui impliquent une d'adaptation du droit de la commande publique, mais il y a aussi et peut-être surtout la professionnalisation. On veut simplifier parce qu'il y a de nombreux pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas formés et dont ce n'est pas l'essentiel du métier. L'impact de la simplification serait limité pour des acheteurs non professionnalisés. Plus on avance dans le temps, plus on demande à l'acheteur d'avoir une performance de l'achat (ex : innovation, environnement, social). »

Identification d'un vecteur essentiel de la définition de la simplification : la recherche d'un équilibre entre des enjeux contradictoires. Indépendamment des différentes composantes de la simplification et de l'importance accordée à cette dernière par les

praticiens, certains interviewés⁶³³ insistent sur le fait que la définition et la mise en œuvre de la simplification dépendent de certains facteurs, en particulier de la recherche d'un équilibre entre des éléments *a priori* antinomiques.

Ainsi, un avocat interviewé estime que :

« La simplification consiste à trouver des procédures adaptées pour répondre aux besoins de l'acheteur tout en étant économe des moyens et du temps des candidats. L'idée de simplification vise à trouver l'équilibre entre ces deux enjeux : la satisfaction des besoins de l'acheteur et l'économie d'efforts pour les candidats. »

Un deuxième avocat souligne que l'équilibre est plutôt à rechercher *« entre la sécurité juridique qu'apporte des textes très détaillés et la marge de manœuvre laissée par des textes plus évasifs »*, ce qui n'est pas sans rappeler la volonté d'une autorité contractante interviewée d'accorder davantage de souplesse à l'acheteur public⁶³⁴ et les propos d'un opérateur économique indiquant que *« [s]a boussole est la souplesse tout en sauvegardant la sécurité juridique »*. Dans le même sens, un troisième avocat estime que *« [l]a simplification c'est trouver le bon équilibre entre le formalisme dont on a besoin et les objectifs qu'on se fixe. C'est éliminer toute forme de formalisme / procédure inutile à la satisfaction des objectifs fixés »*.

Synthèse. Malgré certaines différences, sinon des divergences, entre les 20 interviewés ayant donné des éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique, un consensus semble émerger. Celui-ci semble limité à trois éléments. En premier lieu, la simplification ne recouvre pas la facilitation de l'accès des PME à la commande publique : aucun interviewé n'a proposé cet élément au sein de la définition de la simplification du droit de la commande publique, et 2 avocats interviewés l'ont, à l'inverse, expressément rejeté de cette définition. En deuxième lieu, la passation apparaît comme un pan essentiel de simplification du droit de la commande publique. En effet, même si un interviewé mentionne l'exécution s'agissant de la simplification de ce droit⁶³⁵, la majorité des participants à l'enquête qualitative s'intéresse essentiellement à des aspects relevant de la passation – comme

⁶³³ 4 interviewés sur 20 (3 AV et 1 OE).

⁶³⁴ *« Il faudrait donner aux acheteurs la possibilité de prendre des décisions moins encadrées (ex. : limite de durée de huit ans pour les accords-cadres) : il faut reconnaître la maturité de l'acheteur et ainsi lui donner de l'autonomie, de la responsabilité. Parfois, la simplification implique de prendre des règles par peur des responsabilités engendrées par une trop grande liberté, mais je pense qu'il faut au contraire alléger le carcan et redonner de la responsabilité »* (1 AC).

⁶³⁵ *« Pour moi, simplifier la commande publique est la rendre plus accessible à la fois dans la réponse à la commande publique (procédures de mise en concurrence) et dans les règles d'exécution »* (1 AV).

l'allègement administratif ou l'harmonisation des règles de passation entre différents contrats ou différentes autorités contractantes. En troisième et dernier lieu, bien qu'aucune composante n'ait été unanimement citée par les interviewés, certaines d'entre elles semblent suffisamment récurrentes pour constituer un embryon de définition. Il en est ainsi de l'allègement administratif, de l'amélioration de la compréhension des normes ainsi que de leur clarification, et enfin de leur stabilité⁶³⁶, confirmant ainsi l'état du droit et de la doctrine⁶³⁷.

§II. Le regard des praticiens sur les facteurs de complexité du droit de la commande publique

Formalisme. Faisant écho à l'allègement administratif envisagé comme composante de la simplification, le formalisme *lato sensu* constitue l'un des premiers facteurs de complexité du droit de la commande publique identifié par 13 des 21 interviewés⁶³⁸, comprenant à parts quasi égales des autorités contractantes, des opérateurs économiques, et des avocats. L'un d'eux souligne, à cet égard :

« Le formalisme excessif ne sert pas l'acheteur public qui y perd en souplesse, et ne satisfait pas les principes et les objectifs de l'achat public (l'égalité des candidats, la liberté d'accès et la protection des deniers publics). Certes, il faut un cadre, des règles et des procédures pour respecter l'égalité entre les candidats. Cependant le formalisme n'est pas une garantie ultime : une personne publique peut être incompétente ou, au contraire, savoir s'affranchir des règles (respect de façade). »

Au-delà de cet apparent consensus entre les interviewés, certains visent expressément, comme facteur de complexité du droit de la commande publique, le « *formalisme* »⁶³⁹, d'autres emploient des synonymes, comme le « *marasme administratif* »⁶⁴⁰, la « *charge*

⁶³⁶ *A contrario*, bien que l'harmonisation ou l'uniformisation ait recueilli presque autant d'avis favorables que ces composantes, certains interviewés se sont expressément opposés à l'harmonisation ou à l'uniformisation, ce qui conduit à rejeter l'émergence d'un consensus à l'égard de cette composante.

⁶³⁷ En revanche, certaines divergences ou nuances apparaissent entre les réponses des interviewés et l'état du droit et de la doctrine. En ce sens, l'enquête qualitative révèle que l'harmonisation, voire l'uniformisation, n'est pas nécessairement une composante de simplification. Par ailleurs, certaines composantes de la simplification apparaissent expressément au sein des réponses des interviewés mais sont plus implicites au sein de l'état du droit et de la doctrine, comme la réduction du nombre de règles ou la recherche d'un équilibre entre des enjeux potentiellement contradictoires.

⁶³⁸ 5 AC, 4 OE et 4 AV.

⁶³⁹ 2 AC, 2 OE et 2 AV.

⁶⁴⁰ 1 AC.

administrative »⁶⁴¹ pesant sur les entreprises, la « *rigidité* »⁶⁴², « *l'excès de détail* »⁶⁴³ ou le « *manque de souplesse* »⁶⁴⁴ des règles de passation, mais encore l'« *uniformité* » des pièces exigées lors de la constitution des dossiers de candidature des entreprises⁶⁴⁵.

Derrière ces divergences terminologiques un désaccord se dessine entre les personnes interrogées sur l'origine même de ce formalisme. La grande majorité l'impute aux règles de passation, en particulier à la rigidité de certaines procédures comme l'appel d'offres⁶⁴⁶. Une minorité y voit plutôt le reflet d'une surestimation des risques pénaux et contentieux par les autorités contractantes⁶⁴⁷. Sur ce point, un avocat observe :

« Il existe une différence entre le risque réel et le risque perçu par certaines personnes publiques qui internalisent le risque et se montrent ainsi très conservatrices. Dans les faits, une personne publique qui n'est pas outillée en matière de commande publique choisira toujours la voie de la prudence, par exemple la procédure la plus formaliste. »

D'autres considèrent enfin que ces deux facteurs sont conjointement responsables⁶⁴⁸.

Sur ce dernier point, on relèvera utilement que la pénalisation de la commande publique est expressément citée comme un facteur de complexité par 3 des 21 interviewés⁶⁴⁹. Nous l'analysons, pour notre part, comme un facteur indirect de complexité lié au formalisme dès lors que le risque pénal, réel ou surestimé, conduit les autorités contractantes à faire preuve d'une extrême prudence dans le choix des procédures de passation des contrats et les pièces exigées dans les dossiers de candidature des entreprises pour contrôler les motifs d'exclusion. À cet égard, une autorité contractante souligne :

« Il existe un déséquilibre entre le droit des marchés publics et la complexité opérationnelle ; un déséquilibre entre le contenu des notes juridiques insistant toutes les trois lignes sur le risque pénal encouru par l'élu et l'impossibilité pratique d'avoir une procédure [...] parfaite. »

⁶⁴¹ 1 OE.

⁶⁴² 1 AC.

⁶⁴³ 1 AV.

⁶⁴⁴ 1 OE.

⁶⁴⁵ 1 AV.

⁶⁴⁶ 3 AC, 2 OE et 2 AV.

⁶⁴⁷ 1 AC et 1 OE. La surestimation des risques, en particulier par les autres autorités contractantes, a été précédemment évoquée dans le cadre de la synthèse des enquêtes de terrain (cf. *supra*, Section 1, §I.).

⁶⁴⁸ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

⁶⁴⁹ 2 AC et 1 AV.

Si l'excessive prudence des autorités contractantes peut constituer un facteur de complexité de la commande publique, une forme de légèreté dans leur définition du besoin est également regrettée par certains interviewés.

Mauvaise définition du besoin. Un facteur de complexité du droit de la commande publique identifié par les praticiens⁶⁵⁰ réside dans la mauvaise définition de son besoin par l'autorité contractante. Sur ce point, un avocat interviewé observe :

« Le facteur principal de complexité est lié au fait que la personne publique ne sait pas exactement ce qu'elle veut et qu'elle peut avoir des besoins potentiellement divergents de la réalité économique et / ou technique. C'est un facteur lié à la mauvaise définition du besoin par l'autorité contractante. En outre, l'incitation à tenir compte du "mieux-disant environnemental" n'aboutit pas nécessairement à répondre aux besoins de la personne publique. Il existe parfois des antagonismes très forts entre la protection de l'environnement et les besoins de la personne publique, y compris en matière sociale. »

Multiplication des objectifs. Précisément, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique est considérée comme un facteur de complexité par 8 des 21 interviewés⁶⁵¹, dont presque la moitié d'autorités contractantes, qui confirment ainsi le diagnostic posé lors de l'état du droit et de la doctrine.

Parmi les personnes interrogées, certaines visent directement l'émergence d'objectifs stratégiques en lien avec l'amélioration de l'accès des PME à la commande publique, la promotion de l'innovation et des considérations sociales ou encore la protection de l'environnement⁶⁵². D'autres, en revanche, évoquent de manière plus nuancée la délicate articulation de ces objectifs entre eux⁶⁵³ et/ou leur difficile conciliation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique⁶⁵⁴, voire une forme de « *schizophrénie* » normative⁶⁵⁵. Sur ce point, une autorité contractante interviewée déplore :

⁶⁵⁰ 2 OE, et 1 AV.

⁶⁵¹ 3 AC, 3 OE, 1 AV et 1 AU.

⁶⁵² 2 AC, et 2 OE.

⁶⁵³ 1 AV et 1 AU.

⁶⁵⁴ 1 AC.

⁶⁵⁵ 1 AC.

« On fait peser sur l'acheteur une responsabilité qui va au-delà de son cœur de métier. Les objectifs fixés ne sont pas atteignables, à tout le moins sans les outils adéquats pour les articuler avec des principes fondamentaux, principalement l'exigence d'un lien avec l'objet du marché. Ces objectifs, par exemple celui qui veut que 100 % des contrats de marchés publics contiennent une clause environnementale, deviennent alors cosmétiques. »

Une autre personne interrogée vise plus précisément le « *le changement brutal des objectifs* »⁶⁵⁶, opérant ainsi un lien avec l'instabilité normative.

Instabilité normative. En miroir de la stabilité identifiée par une partie des interviewés comme une composante de la simplification⁶⁵⁷, 7 interviewés sur 21⁶⁵⁸, dont une majorité d'opérateurs économiques, estiment que l'instabilité normative constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique. Selon les personnes interrogées, chaque nouveau texte ou nouvelle jurisprudence apporte son lot de complexité. Un avocat constate, en outre, que ce facteur de complexité creuse les inégalités :

« La complexité imputable à l'instabilité des textes n'est pas la même pour tous. Son incidence dépend de la taille et des moyens dont les acheteurs publics et les opérateurs économiques disposent pour s'approprier les nouvelles règles. Ainsi, certaines communes parlent encore du Code des marchés publics... »

Une autorité contractante dresse un constat similaire lorsqu'elle souligne que « *modifier la législation tous les ans (par exemple sur les entreprises innovantes) complexifie le suivi du droit applicable, à plus forte raison pour les petites collectivités territoriales* », avant d'en appeler à « *une pause ou un moratoire réglementaire* ».

Ce suivi peut être d'autant plus complexe en raison de l'application à géométrie variable des règles modifiées en permanence.

Spécialisation des règles. La spécialisation des règles ou, selon, l'« *existence de multiples dispositifs spécifiques* »⁶⁵⁹, constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique ressenti par 15 des 21 interviewés, dont la totalité des opérateurs

⁶⁵⁶ 1 AU.

⁶⁵⁷ Cf. *supra*, Section 1, §I.

⁶⁵⁸ 1 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁵⁹ 1 OE.

économiques⁶⁶⁰. Ceci fait naturellement écho à l'harmonisation, voire l'uniformisation, identifiée comme une composante de la simplification par une partie des interviewés⁶⁶¹. À ce sujet, une personne interrogée déplore « *la multiplication des législations d'exception destinée à répondre aux enjeux financiers et temporels. C'est une spécificité française d'avoir des principes avec des exceptions multiples. Elle révèle le caractère contre-productif des mesures de simplification* »⁶⁶². Une autorité contractante remarque quant à elle :

« Le morcellement des règles, la multiplication des exceptions selon les seuils, la taille de l'acheteur, la typologie du titulaire (par exemple TPE/PME) est un évident facteur de complexité. Ce faisant, la règle, qui souffre d'une multitude d'exceptions, n'est pas toujours lisible. »

Les interviewés visent plus précisément la multiplication des seuils⁶⁶³ et des procédures⁶⁶⁴, celle des dérogations⁶⁶⁵ ou encore le foisonnement de règles spécifiques à la nature privée ou publique du contrat⁶⁶⁶, à leur catégorie⁶⁶⁷, à la taille des entreprises⁶⁶⁸ et/ou à la catégorie des autorités contractantes⁶⁶⁹. Sur ce dernier point, nombreux estiment que c'est principalement la dualité des régimes applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs⁶⁷⁰ qui complexifie l'identification des règles applicables pour les autorités contractantes, mais aussi, de manière plus surprenante, pour les opérateurs économiques. En ce sens, un opérateur économique constate :

« La dichotomie des régimes applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs entraîne de la confusion pour les acheteurs qui rencontrent des difficultés d'autoqualification et des erreurs pour les entreprises dont l'offre peut être rejetée lorsqu'elle ne se situe pas dans les seuils prévus pour les pouvoirs adjudicateurs. »

Dispersion des normes. Corrélées aux précédents, la multiplication des textes applicables en matière de commande publique et leur fragmentation dans plusieurs *corpus* sont

⁶⁶⁰ 6 AC, 6 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁶¹ Cf. *supra*, Section 1, §I.

⁶⁶² 1 AU.

⁶⁶³ 2 AC.

⁶⁶⁴ 1 OE.

⁶⁶⁵ 1 AC.

⁶⁶⁶ 1 OE.

⁶⁶⁷ 1 AC et 1 OE.

⁶⁶⁸ 1 AC et 1 OE.

⁶⁶⁹ 3 AC, 2 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁷⁰ 3 AC, 1 OE et 2 AV.

un facteur de complexité ressenti par 10 des 21⁶⁷¹. Un indice de cet éparpillement des normes relatives à la commande publique, identifié par 2 des personnes interrogées⁶⁷², se trouve dans les nombreux « renvois » entre les différents textes. Sur ce point, un interviewé souligne :

*« En raison de ces renvois entre les textes, la modification de l'un d'eux provoque une "réaction en chaîne" sur les autres, ce qui rend l'exercice de simplification extrêmement difficile. »*⁶⁷³

Les personnes interrogées imputent cet enchevêtrement à plusieurs facteurs : l'existence de deux niveaux normatifs (national et européen), la « place grandissante des directives européennes au détriment des textes de droit interne dont les CCAG »⁶⁷⁴ et / ou l'adoption de nombreux textes nationaux qui « gravitent »⁶⁷⁵ autour du Code de la commande publique. Parmi ces textes, les interviewés citent le code de l'urbanisme, le code général des collectivités territoriales, le code de l'environnement, mais encore la *loi relative à la sous-traitance*⁶⁷⁶ qui n'est pas entièrement codifiée.

Incohérences entre les textes. L'incohérence entre les textes applicables à la commande publique constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique identifié par 10 des 21 interviewés⁶⁷⁷ qui n'emploient pas tous le même vocabulaire pour le désigner.

Certains évoquent l'« autonomie des législations » ou le fonctionnement « en silos » des branches du droit qui gravitent autour de la commande publique⁶⁷⁸. D'autres visent plus directement les « incohérences »⁶⁷⁹, les « divergences »⁶⁸⁰, voire les « contradictions »⁶⁸¹ entre les différentes normes nationales et/ ou européennes, ainsi que la « surtransposition » des directives européennes⁶⁸².

Plusieurs personnes interrogées donnent des illustrations des difficultés d'articulation auxquelles elles sont confrontées. Par exemple, si le droit de la commande publique l'autorise,

⁶⁷¹ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁷² 1 AV et 1 AU.

⁶⁷³ 1 AU.

⁶⁷⁴ 1 OE.

⁶⁷⁵ 1 OE.

⁶⁷⁶ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁶⁷⁷ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁷⁸ 2 AC, 1 OE et 1 AU.

⁶⁷⁹ 1 AC.

⁶⁸⁰ 1 OE.

⁶⁸¹ 1 OE.

⁶⁸² 2 AC, 1 OE et 1 AU.

la constitution de groupements d'opérateurs économiques⁶⁸³ entre les majors de certains secteurs peut enfreindre le droit de la concurrence⁶⁸⁴. De la même manière, si la publication des avenants qui demandent de nouveaux investissements n'est pas requise par les textes⁶⁸⁵, elle s'impose par l'effet de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁶⁸⁶. On peut également mentionner le *règlement européen relatif aux subventions étrangères*⁶⁸⁷, qui impose aux candidats la communication à l'acheteur d'un état des subventions reçues, lors de la phase de candidature, puis lors de la soumission de l'« offre finale »⁶⁸⁸, une notion qui ne figure pas dans les dispositions de la *directive Secteurs spéciaux* encadrant la procédure négociée. Un autre opérateur économique interviewé relève quant à lui que :

« Les divergences entre le droit de l'Union européenne et le droit interne en ce qui concerne certains motifs facultatifs d'exclusion entraînent des applications aléatoires, source d'incertitude, voire d'inertie, pour les entreprises eu égard à la lourdeur des investissements à réaliser pour la préparation d'une offre ».

Contenu ambigu des textes et divergences d'interprétation. Le manque de clarté des textes, et corrélativement les interprétations divergentes dont ils font l'objet, constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique ressenti par 10 des 21 interviewés⁶⁸⁹.

Deux tendances se dessinent parmi les personnes interrogées pour désigner ce facteur de complexité, l'une consistant à viser les textes eux-mêmes, l'autre à pointer les divergences d'interprétations. Certains évoquent ainsi un « *manque d'accessibilité intellectuelle des normes* »⁶⁹⁰, la « *rédaction complexe des textes* »⁶⁹¹, mais encore « *l'incertitude qui se niche dans des textes trop évasifs* », par exemple en matière de régularisation des offres des candidats

⁶⁸³ Dir. 2014/24/UE, art. 19, 2°).

⁶⁸⁴ 1 OE.

⁶⁸⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 72, 1°), al. 2. En ce sens, la Chaire avait mis en évidence, dans son rapport relatif à la modification des contrats de la commande publique, qu'en tout état de cause les avenants font rarement l'objet d'une publication (<https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>).

⁶⁸⁶ 1 AV.

⁶⁸⁷ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

⁶⁸⁸ Concernant la phase offre l'article 29 du règlement dispose que : « [...] Dans une procédure en plusieurs étapes, la notification ou la déclaration est soumise deux fois, d'abord avec la demande de participation, puis sous la forme d'une notification actualisée ou d'une déclaration actualisée lors de la soumission de l'offre ou de l'offre finale ».

⁶⁸⁹ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU.

⁶⁹⁰ 1 AC.

⁶⁹¹ 1 OE.

à l'attribution d'un contrat de concession ou en ce qui concerne les modalités de passation et le régime de modification des marchés publics conclus en vertu de la *loi sur le nucléaire*⁶⁹².

D'autres, en revanche, soulignent l'insécurité juridique suscitée par les interprétations parfois contradictoires des règles de droit. Il en va ainsi des « *positionnements divergents entre la Direction des affaires juridiques et certaines juridictions* » comme le Conseil d'État en matière d'imprévision pendant la guerre en Ukraine ou la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne le montant maximum des accords-cadres⁶⁹³. Tel est également le cas des désaccords qui se font jour entre différentes juridictions administratives⁶⁹⁴, à propos, par exemple, de la « *règle* » des trois devis⁶⁹⁵ ou du régime des modifications contractuelles⁶⁹⁶. Sur ce point, une personne interrogée souligne que « *la jurisprudence serait simplificatrice si elle était stable et claire. Or, bien souvent, elle est contradictoire, ce qui laisse beaucoup de place à l'interprétation* »⁶⁹⁷. Enfin, certains interviewés évoquent les différences d'approches entre le juge administratif et le juge pénal⁶⁹⁸. Sur ce dernier point, un avocat interviewé expose :

« Cette incertitude [relative à l'interprétation des textes] est renforcée par le fait que le juge administratif a une ligne, impulsée par le Conseil d'État, selon laquelle "il faut sauver le soldat contrat" (sauf dans l'hypothèse d'une irrégularité extrêmement grave ou d'un avantage injustifié clairement établi), tandis que le juge pénal est très strict dans sa lecture du délit de favoritisme. La moindre méconnaissance du Code de la commande publique se finit aujourd'hui par une condamnation devant le juge pénal [...] Cela renforce encore plus le sentiment actuel de confusion des acheteurs. »

Synthèse. Les 21 interviewés ont identifié, dans des proportions très variables, huit facteurs principaux de complexité du droit de la commande publique, envisagés au stade de l'état du droit et de la doctrine, à l'exception du formalisme et de la mauvaise définition du besoin par l'autorité contractante. Néanmoins, ce dernier facteur de complexité est visé par seulement 3 personnes interrogées. À l'inverse, d'autres facteurs apparaissent plus consensuels eu égard au nombre d'interviewés qui en ont fait état au cours des entretiens. Il en va

⁶⁹² 1 AV.

⁶⁹³ 1 AC.

⁶⁹⁴ 1 AV.

⁶⁹⁵ En ce sens, compr. CAA Douai, 31 décembre 2012, n° 11DA00590 ; TA Strasbourg, 16 mai 2024, n° 2108389 ; CAA Nantes, 7 février 2025, n° 24NT00896.

⁶⁹⁶ 1 AU.

⁶⁹⁷ 1 AU.

⁶⁹⁸ 1 OE et 1 AV.

particulièrement ainsi de la spécialisation des règles applicables à la commande publique et du formalisme administratif qui recueillent respectivement 15 et 13 des avis exprimés. Enfin, l'instabilité normative, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique, la dispersion des normes, les incohérences entre les textes et les divergences d'interprétation sont perçues comme des facteurs de complexité – d'ailleurs intimement liés – par près de la moitié des interviewés (entre 7 et 10).

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux de l'efficacité des mesures de simplification au sein du droit positif de la commande publique, il était demandé aux participants au cours de chaque entretien d'identifier les évolutions qu'ils estiment être simplificatrices et, à l'inverse, les mesures récentes qu'ils pensent être inefficaces. Certaines mesures spécifiques ont également pu être évoquées avec une partie des interviewés, qui les évoquaient spontanément ou qui étaient interrogés spécifiquement à ce sujet.

Existence d'un *a priori* négatif sur les mesures de simplification.

5 interviewés (soit 23,8 %) ⁶⁹⁹ font état d'une image négative des mesures dites de simplification. L'un d'entre eux ⁷⁰⁰ qualifie en ce sens « *la plupart des mesures de simplification* » de « *slogan qui prête à rire* ». Un autre ⁷⁰¹ met en exergue l'ancienneté des annonces de simplification malgré leur inefficacité : « *[j]'entends parler de simplification pratique depuis le début de ma carrière : c'est un thème récurrent du discours politique, des décideurs politiques. On a pourtant le sentiment que cela n'a pas simplifié, voire que c'est l'inverse* ». Le troisième ⁷⁰² évoque un « *abus de langage concernant la simplification* » et indique même une perte de confiance vis-à-vis des annonces de simplification, sinon du caractère réalisable de la simplification : « *[l]a simplification me semble donc baroque comme objectif et l'on n'y croit pas vraiment* ». Le quatrième souligne que « *les praticiens ont peur des lois de simplification qui apportent bien souvent leurs lots de complexité. Ils apprécient la stabilité, y compris de règles complexes* » ⁷⁰³. Le cinquième ⁷⁰⁴ met en exergue la complexité créée par les mesures de simplification, faute de cohérence et de vue d'ensemble :

« *La plupart des mesures de simplification viennent en réalité complexifier le droit car on "complète l'édifice, sans tailler des branches entières" parce*

⁶⁹⁹ 2 AC, 1 AU, 1 AV et 1 OE.

⁷⁰⁰ 1 AC.

⁷⁰¹ 1 AU.

⁷⁰² 1 OE.

⁷⁰³ 1 AC.

⁷⁰⁴ 1 AV.

que l'on manque de temps... On sédimente, on crée des exceptions, sans souci de cohérence d'ensemble et il devient difficile de s'y retrouver pour les opérateurs. C'est finalement parfois un problème politique de rapport à la norme. Notre passion normative nationale nous conduit à penser que tout se règle par un nouveau texte, mais le manque de courage conduit à des réformes qui n'en sont pas et qui, car elles coexistent avec le reste, induisent souvent plus de complexité qu'autre chose. »

Rareté des mesures de simplification consensuelles. Corrélativement à l'image négative des mesures de simplification auprès de certains interviewés, l'enquête qualitative révèle que peu de mesures de simplification font l'objet d'un consensus positif, c'est-à-dire sont perçues comme positives et efficaces par un grand nombre d'interviewés. Plus encore, à la question générale de savoir s'ils identifient des évolutions récentes et simplificatrices du droit de la commande publique, 2 interviewés⁷⁰⁵ répondent qu'ils ne savent pas⁷⁰⁶ ou qu'aucune évolution récente du droit de la commande publique ne leur semble simplificatrice⁷⁰⁷ sans préciser pourquoi. S'agissant des mesures – plus nombreuses – faisant l'objet d'une perception générale négative, elles sont diverses. Distinguer les mesures de simplification du droit de la commande publique selon leur perception, positive ou négative, n'est donc pas aisé et ne permettrait pas de comparer utilement les réponses des interviewés. La distinction ici adoptée repose dès lors sur l'objet des mesures de simplification et, plus précisément, selon qu'elles soient transversales (§I.), ou – à l'inverse – qu'elles portent sur un aspect particulier des contrats de la commande publique : la passation (§II.) ou l'exécution (§III.)⁷⁰⁸.

§I. Les mesures transversales

Plusieurs interviewés se sont prononcés sur l'effet simplificateur de la codification (A.), de la jurisprudence (B.), et de la digitalisation du droit de la commande publique (C.).

⁷⁰⁵ 1 AC, et 1 AU.

⁷⁰⁶ 1 AU.

⁷⁰⁷ 1 AC.

⁷⁰⁸ Les mesures portant sur le contentieux et évoquées dans le cadre de l'enquête qualitative sont uniquement des mesures prospectives, et sont analysées à ce titre dans la section 3 de la présente synthèse.

A. La codification

Effet simplificateur contrasté de la codification. 19 interviewés⁷⁰⁹ sur 21 se sont prononcés quant à la portée simplificatrice de la codification du droit de la commande publique. 5 estiment qu'elle constitue sans conteste une mesure de simplification⁷¹⁰, 9 ont une opinion plus nuancée en mettant en exergue certaines limites de la codification⁷¹¹, 4 estiment qu'il ne s'agit pas d'une mesure de simplification⁷¹², et un ne se prononce pas réellement⁷¹³.

Avantages de la codification : lisibilité et prévisibilité de la codification.

Si un avocat interviewé met en exergue la « *rigidifi[cation] [bienvenue] [de] certains principes arrivés à maturité (égalité d'accès, liberté d'accès)* », les fondements de la perception positive de la codification reposent principalement sur la réunion, au sein d'un seul *corpus*, d'une grande partie des règles régissant la commande publique. Un avocat souligne en ce sens que « *retrouver toutes les règles applicables au droit de la commande publique est une bonne chose* » et que la codification permet ainsi un gain de lisibilité. Un deuxième avocat partage cet avis et affirme même que cela permet d'accorder « *de la prévisibilité au droit de la commande publique* » tout en concédant que ceci restreint la souplesse. Dans le même sens, un troisième avocat estime qu'« *[a]ujourd'hui [sous l'empire de la codification du droit de la commande publique], ce n'est pas parfait mais c'est beaucoup plus confortable. [...] Une grande majorité des éléments est donc regroupée* ». Ceci conduit même certains avocats interviewés à souligner qu'il s'agit de la principale, voire de la seule, mesure récente de simplification du droit de la commande publique⁷¹⁴, tandis qu'un opérateur économique interviewé se contente en revanche d'indiquer que « *[l]a codification peut être considérée comme une avancée* ».

Limite : la structure du Code. Tout en reconnaissant que la codification du droit de la commande publique a une portée simplificatrice, certains interviewés mettent en exergue des limites de la codification. Ces limites portent principalement sur la structure perfectible du Code de la commande publique (pour identifier plus aisément le champ d'application *ratione personae* des normes), et la nature incomplète de la codification (l'intégralité des normes

⁷⁰⁹ 8 AC, 5 AV, 5 OE et 1 AU.

⁷¹⁰ 4 AV, et 1 OE.

⁷¹¹ 5 AC, 1 AV et 3 OE.

⁷¹² 3 AC et 1 OE.

⁷¹³ 1 AU.

⁷¹⁴ Un avocat admet qu'il s'agit d'une « *mesure phare de simplification* », un autre avocat répond, à la question de savoir quelle(s) évolution(s) récente(s) du droit de la commande publique est/sont simplificatrice(s) selon lui, qu'« *[e]n dehors de la codification, il n'y en a pas ou peu* », tout comme un troisième avocat qui affirme que les mesures récentes et simplificatrices du droit de la commande recouvrent « *surtout la codification* ».

applicables aux contrats de la commande publique n'étant pas présente dans le code éponyme). En ce sens, un opérateur économique interviewé débute son analyse de la codification en affirmant qu'il a « *tendance à penser que [la codification du droit de la commande publique a été une mesure simplificatrice] [...], car cela permet d'avoir tous les textes au même endroit et de réaliser un toilettage* ». Il souligne néanmoins que les différences entre les concessions et les marchés par exemple impliquent de continuer à « *virevolter entre les règles* ». Dans le même sens, 2 interviewés⁷¹⁵ donnent des exemples de lois non (intégralement) codifiées, comme « *la loi de 1975* »⁷¹⁶ ou la « *loi sur le nucléaire* »⁷¹⁷. Les interviewés émettent également des critiques relatives à la structure du Code – plus précisément, relatives aux difficultés pour identifier le régime applicable aux différentes autorités contractantes à la lecture du plan du Code. Ainsi, selon une autorité contractante interviewée :

« La codification – au lieu de deux textes distincts (Code des marchés publics et ordonnance) – a résolument simplifié le droit de la commande publique. Cela dit, la structuration du Code de la commande publique suscite des difficultés d'identification du régime juridique applicable (par exemple les dispositions relatives aux modalités comptables sont-elles applicables aux entités adjudicatrices). »

Une autre autorité contractante interviewée émet un avis très similaire :

« La codification est un vecteur de simplification. Le Code de la commande publique absorbe un ensemble de règles qui étaient éparpillées dans de nombreux textes. En revanche, il y a une grande lourdeur du code, notamment sur les aspects financiers qui ne concernent pas tous les acheteurs. Parfois des agents comptables pensent que tout s'impose dès lorsqu'il s'agit de commande publique : ceci complexifie alors la pratique. [...] Il faut admettre que la structure du Code de la commande publique, son plan, est tout de même assez claire. Il suit la procédure : passation et exécution. Nous pouvons concevoir qu'il est possible de se perdre, non pas sur le plan, mais sur le fait de savoir si telle ou telle règle s'applique à nous ou non. »

⁷¹⁵ 1 AC et 1 AV.

⁷¹⁶ 1 AC.

⁷¹⁷ 1 AV.

Limite : la lourdeur du Code. Un opérateur économique interviewé estime également que si la codification du droit de la commande publique est bénéfique, au moins en théorie, *« il n'est pas certain que cela ait amélioré la lisibilité des dispositions du droit de la commande publique »*. Cet interviewé poursuit en estimant que *« [l]a lourdeur et la structure du Code de la commande publique »* constituent des facteurs de complexité du droit de la commande publique. D'où la proposition de cet interviewé de revoir le plan du code. Cet opérateur économique souligne également que *« la rédaction devient opaque à force de modifications réglementaires, alors même qu'il s'agit de modifications qui visent à simplifier le droit de la commande publique, cas notamment du régime des avances »*. Dans la continuité, un interviewé⁷¹⁸ insiste sur le volume important du Code de la commande publique et des textes extérieurs à celui-ci, et s'interroge en conséquence sur la question de savoir *« si l'objectif de simplification est réellement rempli »* ou même *« si la simplification est un objectif raisonnable »*. Une autorité contractante interviewée estime également que le code *« ne fait que s'étoffer avec de nouvelles normes »* et s'étonne en outre des différences de rédaction entre les directives européennes et les normes françaises. Une deuxième autorité contractante interviewée adopte une approche plus radicale en mettant en exergue des erreurs ou incohérences entre les codes :

« [...] l'unification des règles applicables aux délégations de service public et concessions n'est pas achevée, ni parfaite. On a pu identifier certaines aberrations dans la codification, par exemple le maintien de la règle selon laquelle il faut publier le dispositif délibératoire (selon le CGCT) alors même que l'avis d'attribution doit également être publié (selon le CCP). Cela vient du législateur qui a souhaité conserver ces règles spécifiques aux délégations de service public dans le Code général des collectivités territoriales. »

Rejet minoritaire du caractère simplificateur de la codification. La dernière catégorie d'interviewés (4 interviewés⁷¹⁹) réfute la portée simplificatrice de la codification, en ne soulignant aucun bénéfice de cette dernière ou en mettant uniquement en exergue ses limites. Ainsi, selon une autorité contractante interviewée, *« cela n'a rien simplifié sur le fond »*, la codification constituant uniquement *« une simplification numérique / formelle dans l'accès aux textes »*. Une deuxième autorité contractante interviewée estime que la codification n'est pas simplificatrice pour les praticiens *« habitué[s] à l'ensemble des textes et au Code des marchés*

⁷¹⁸ 1 OE.

⁷¹⁹ 3 AC et 1 OE.

publics ». Une troisième autorité contractante interviewée affirme uniquement, au sujet de la codification, que « [l]a numérotation du Code de la commande publique le rend peu lisible ». Un opérateur économique interviewé met également en exergue cette difficulté et nuance en conséquence la portée simplificatrice de la codification :

« Je n'ai pas eu le sentiment d'un gain de simplicité lors de l'adoption du Code de la commande publique. Le seul intérêt était d'avoir un vrai code avec une vraie "force", car le Code des marchés publics était uniquement réglementaire. À part cela, la façon de disposer les choses dans le code est très complexe. »

Enfin, un *Think tank* émet un avis plus réservé, en indiquant simplement ne pas être certain de la portée simplificatrice actuelle de la codification, notamment faute de retour des praticiens :

« L'objectif de la codification de la commande publique était un objectif de simplification, mais je ne sais pas si l'objectif a été atteint avec le Code de la commande publique. [...] À l'époque (quand la codification a été faite), on n'avait pas la sensation que l'objectif avait complètement porté ses fruits. Je ne sais pas ce que les acteurs en pensent aujourd'hui. »

B. La jurisprudence

Effet simplificateur variable des normes jurisprudentielles. 3 interviewés⁷²⁰ ont une perception relativement positive de la jurisprudence en indiquant que la jurisprudence peut être dotée d'une portée simplificatrice, tout en reconnaissant que cette portée est éminemment casuistique. Un quatrième interviewé ne se prononce pas sur la portée simplificatrice de la jurisprudence en général, mais donne un exemple de simplification opérée par le juge⁷²¹.

Ainsi, une autorité contractante interviewée affirme que « [l]a jurisprudence peut simplifier (par exemple : la lutte du Conseil d'État contre le montant maximum des accords-cadres). Mais elle peut aussi complexifier l'état du droit (par exemple : jurisprudence extrêmement stricte sur les procédures négociées) ». Dans le même sens, un opérateur

⁷²⁰ 1 AC, 1 AV, et 1 OE.

⁷²¹ 1 AC.

économique estime que la simplification par la jurisprudence « *dépend des sujets et des juridictions* ». Il développe :

« Parfois, c'est très simple mais c'est nuancé par la jurisprudence postérieure donc cela entraîne de la complexité, mais des jurisprudences complexes peuvent à l'inverse être clarifiées par la suite. »

Exemples d'effet simplificateur. Un avocat interviewé est d'avis que les règles émises et sanctionnées par le juge administratif ces dernières années peuvent être positives mais demeurent perfectibles :

« Il y a des améliorations ces dernières années, notamment du côté du juge. En ce sens, le référé précontractuel est rarement couronné de succès pour les requérants et le balancier fixé par SMIRGEOMES est équilibré. Cependant, le juge administratif peut se montrer trop conciliant vis-à-vis des personnes publiques. Or, pour que la règle ait un sens, il faut qu'elle puisse être sanctionnée. La règle d'une excessive rigueur qui n'est pas sanctionnée est sans utilité. Il y a un juste milieu à trouver. »

Un autre interviewé – une autorité contractante – met également en exergue, au même titre que cet avocat, la simplification des règles de contentieux opérée par le juge administratif. Il souligne en effet l'existence d'un « *effort de simplification fait par le juge administratif ces dernières années (avec Tarn-et-Garonne, etc.)* ».

Il est possible d'en déduire que les normes jurisprudentielles ne sont pas systématiquement simplificatrices, du moins selon certains interviewés. Ceci est d'ailleurs confirmé par d'autres résultats de la présente enquête qualitative, une partie des interviewés identifiant la jurisprudence (notamment les divergences d'interprétation) comme un facteur de complexité⁷²².

C. La digitalisation

Retours négatifs des mesures de digitalisation. Peu de participants à l'enquête qualitative se sont prononcés sur les mesures de digitalisation de manière générale, un plus grand nombre d'interviewés donnant leur avis à l'égard de mesures prospectives de

⁷²² Cf. *supra*, Section 1, §II.

digitalisation comme la généralisation de la plateforme PLACE⁷²³. Seul un interviewé – un avocat – indique avoir une perception positive de la digitalisation de manière générale en affirmant, sans autre précision, que « [l]a digitalisation est utile ». À l'inverse, 3 autorités contractantes interviewées font figurer la dématérialisation en général, ou certaines mesures de dématérialisation, parmi les mesures dites de simplification qu'elles jugent inopérantes.

Motifs de la perception négative de la digitalisation. Selon la première autorité contractante, la dématérialisation est une mesure de simplification inefficace en raison de « l'absence d'homogénéité ». Ceci rejoint les propos d'une deuxième autorité contractante interviewée, selon laquelle la simplification par la dématérialisation suppose une stabilité et une uniformisation⁷²⁴. Cet interviewé complète en affirmant que « [l]'informatique n'est pas nécessairement un facteur de simplification » et, concernant les eForms, que « la modification du formulaire aboutit à des difficultés informatiques liées à des régressions dans l'utilisation des formulaires ». La troisième autorité contractante interviewée sur le sujet semble parvenir à la même conclusion, en développant davantage son propos et en donnant des exemples de modifications successives :

« [...] les outils mis en place et les changements imposés sur ces outils perturbent l'efficacité de notre achat. La volonté dans l'actuel projet de loi de simplification de la vie économique de généraliser la plateforme PLACE pour en faire un outil unique en est l'exemple. C'est une hérésie complète au regard de la conception de PLACE. Concrètement, chez nous, il a fallu se mettre à jour avec les eForms, puis la plateforme PLACE. Ensuite, les acheteurs ont dû se former et se mettre à jour sur un outil dysfonctionnel. Encore ces dernières semaines, un nouveau module a été mis en service sur la plateforme PLACE et a généré de nouveaux problèmes. L'outil était inutilisable pendant plusieurs semaines. Il a fallu revoir tout notre mode opérationnel, et à chaque modification, il faut de nouveau le réviser. Ceci est une source de complexification pratique par le stress : le temps file et ces

⁷²³ Ces mesures sont analysées au sein de la section dédiée aux mesures prospectives de simplification du droit de la commande publique (voy. *infra*, Section 3).

⁷²⁴ S'agissant de la dématérialisation, cette autorité contractante affirme qu'« il faut une certaine stabilité car les évolutions sont facteurs de complexité. En outre, il y a beaucoup d'acteurs / de plateformes différentes qui sont facteurs de complexité (car leurs méthodologies sont différentes) ».

dysfonctionnements ou évolutions nous ralentissent. C'est incompréhensible pour un opérationnel. »

Synthèse. Malgré les réserves de plusieurs interviewés (qui contrastent légèrement avec la doctrine⁷²⁵), la codification du droit de la commande publique apparaît comme le vecteur récent et transversal le plus simplificateur en pratique. Un constat similaire ne peut pas être dressé s'agissant des normes jurisprudentielles, leur portée simplificatrice étant casuistique selon les interviewés. Le constat semblant s'imposer concernant la digitalisation de la commande publique est en revanche plutôt négatif.

§II. Au stade de la passation

Plusieurs interviewés se sont prononcés sur l'effet simplificateur du rehaussement des seuils (A.), de la dérogation à l'intangibilité des groupements (B.), du document unique de marché européen (DUME) (C.), ou encore, pour une minorité d'interviewés, sur diverses autres mesures de simplification de passation (D.).

A. Le rehaussement des seuils

Corrélation relativement consensuelle entre rehaussement des seuils et simplification. Les mesures ayant trait à la passation, perçues comme simplificatrices par le plus grand nombre d'interviewés, portent sur le rehaussement des seuils. En effet, 11 interviewés⁷²⁶ estiment que le rehaussement des seuils des dispenses de publicité et de mise en concurrence a, au moins en théorie, un effet simplificateur. 2 interviewés⁷²⁷ sont en revanche opposés à une telle mesure.

Les interviewés ayant la perception la plus positive du rehaussement des seuils proposent même de procéder à un rehaussement plus drastique ou de l'étendre à certaines prestations non concernées par le rehaussement jusqu'à présent. Il en est ainsi de certains marchés en particulier, comme ceux portant sur « [l]es achat locaux et [l]es éléments liés à la souveraineté », l'autorité contractante interviewée complétant sa réponse en indiquant, parmi

⁷²⁵ La doctrine semble avoir une perception légèrement plus positive de la codification du droit de la commande publique et de la digitalisation, comme le révèle l'état du droit et de la doctrine.

⁷²⁶ 6 AC, 3 AV et 2 OE.

⁷²⁷ 2 AV.

les mesures récentes simplificatrices, qu' « [i]l y a tout ce qui est dérogations pour l'innovation et il faudrait d'ailleurs généraliser au-delà de l'innovation, comme on a déjà pu le voir avec la loi ASAP⁷²⁸ ». Un opérateur économique interviewé estime qu'il serait opportun de procéder au rehaussement des seuils pour les « prestations de services qui vont avec ces marchés de travaux, car il y a souvent un maître d'œuvre ». Interrogé sur le rehaussement du seuil des marchés de travaux sans publicité ni mise en concurrence, cet interviewé indique les nombreux avantages du rehaussement des seuils et l'inconvénient de la limite actuelle du rehaussement des marchés de travaux :

« Cela [le rehaussement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence à 100 000 € pour les marchés de travaux] est particulièrement important quand il y a de la complexité de travaux ou des prestations intellectuelles. Relever les seuils dans ces cas de figure n'est pas une mauvaise idée, car cela permet de discuter avec le partenaire. L'absence de formalisation peut être facilitatrice, simplificatrice, de la contractualisation, car cela permet pour des acteurs donnés que l'on connaît d'accélérer la procédure de passation, de réajuster le marché pour des petits montants, et d'alléger pour les acheteurs publics. Pour résumer, il y a un gain de temps et des ajustements possibles en l'absence de mise en concurrence et de publicité, donc c'est simplificateur de ce point de vue. On serait favorable à étendre cela aux prestations de services qui vont avec ces marchés de travaux, car il y a souvent un maître d'œuvre. Sinon, on va d'un côté débloquer pour les marchés de travaux mais, de l'autre côté, devoir faire une mise en concurrence pour le marché de maîtrise d'ouvrage donc cela ne permet pas d'accélérer ou d'alléger. Le gain de temps sera donc fortement relatif. Pour lancer un marché de travaux, il faut d'abord avoir un maître d'œuvre qui va écrire le marché de travaux. Quand on lance une consultation de maîtrise d'œuvre, on a en général une petite idée du budget, de l'enveloppe, donc on a une idée du montant par rapport aux seuils et on pourrait ainsi appliquer cette simplification, ce relèvement des seuils. »

Le troisième interviewé⁷²⁹ proposant d'accroître le rehaussement des seuils pour davantage de simplification estime que « les acheteurs sont très demandeurs à ce sujet. Il

⁷²⁸ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

⁷²⁹ 1 AC.

faudrait que ce soit aux seuils européens pour les prestations et les fournitures, au moins pour l'innovation ».

Constat d'une frilosité des acheteurs. La majorité des interviewés émet une opinion légèrement plus nuancée, en estimant que le rehaussement des seuils est simplificateur – au moins en théorie – mais qu'il est potentiellement perçu, en pratique, comme générateur de risque pour les autorités contractantes. Ce risque, généralement présenté par les interviewés comme surestimé, est susceptible d'entraver la mobilisation des dispenses de publicité et de mise en concurrence. En ce sens, une autorité contractante interviewée affirme, concernant le rehaussement du seuil à 100 000 € pour les marchés de travaux⁷³⁰, que *« dans l'absolu c'est une simplification, mais cela suscite chez les acheteurs les moins aguerris une méfiance et la volonté d'être plus strict avec la crainte du risque pénal (largement surestimé) »*. Un avocat interviewé partage cet avis et insiste sur la nécessité d'accompagner les autorités contractantes pour les rassurer quant à ce risque pénal :

« Le relèvement des seuils est simplificateur dans l'absolu car il allège les contraintes. Mais cela soulève d'autres questions : guider les acheteurs publics sur les modalités de respect des principes fondamentaux de la commande publique, faute de quoi ils n'oseront pas se servir de cette liberté. »

Une deuxième autorité contractante interviewée abonde dans le même sens :

« Sur le papier, l'augmentation du seuil à 100 000 € pour les marchés de travaux (augmentation prolongée plusieurs fois) est simplificatrice, d'autant plus que ce seuil est aisément atteint en travaux. En pratique toutefois, les clients essaient de sensibiliser les collectivités avec lesquelles ils travaillent régulièrement, mais beaucoup d'acheteurs restent frileux et n'osent pas se saisir de cette procédure sans publicité ni mise en concurrence. Il y a souvent une différence entre les seuils nationaux et les seuils internes car ces derniers sont d'un montant plus faible, ce qui augmente le nombre de procédures formalisées alors que ce n'est pas requis légalement. C'est donc assez rare qu'il y ait des marchés de travaux jusqu'à 100 000 € sans aucune formalité (avec seulement trois devis). Ceci reflète la crainte des acheteurs d'une

⁷³⁰ Décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux.

contestation par des entreprises qui auraient pu être intéressées. Les acheteurs mobilisent donc peu cette possibilité en raison de ce risque contentieux. »

Une troisième autorité contractante interviewée dresse le même constat s’agissant, cette fois, du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence propre aux achats innovants : « [l]e dispositif des achats innovants est un formidable outil, qui suscite une trop grande frilosité d’autres acheteurs lors même que le risque est peu élevé ». Un deuxième avocat interviewé souligne également les bénéfices du rehaussement des seuils, tout en semblant noter la réticence de certaines personnes publiques à mobiliser cette procédure : « [l]e relèvement des seuils peut [...] apporter de la souplesse à des collectivités territoriales qui appliquent des règles parfois extrêmement rigides et peu adaptées à leur besoin. Aussi, la règle peut se retourner contre elles ».

Risque d’abus des acheteurs. Une quatrième autorité contractante interviewée évoque également les risques associés à la dispense de publicité et de mise en concurrence, mais les analyse cette fois du point de vue de l’État (« risques d’abus » des acheteurs publics) en estimant qu’il faudrait renforcer la confiance accordée aux acheteurs publics :

« Le relèvement des seuils (par exemple le gré à gré de 100 000 € HT pour les marchés de travaux) est une mesure de simplification pour beaucoup d’acteurs du droit de la commande publique. Si le relèvement des seuils est toujours source de discussions et craintes (risque d’abus), il faut avoir confiance dans les acheteurs publics qui n’abusent pas de la souplesse offerte par le droit. Ils n’en abusent pas au regard des risques suivants :

- Risque de ne pas satisfaire leur besoin et plus généralement de ne pas satisfaire l’intérêt général*
- Risque pénal (dont l’appréhension est variable d’un acheteur à un autre ou que l’on soit en passation ou en exécution)*
- Risque contentieux, qui est une “fatalité”, là où le risque pénal peut être maîtrisé. »*

À rebours, un avocat interviewé souligne qu’« en pratique les opérationnels vont toujours trouver le moyen d’être juste en dessous des seuils indépendamment de leurs montants ». Si cet interviewé n’est pas opposé au rehaussement des seuils – indiquant même

que ce dispositif « *peut être intéressant* » – il semble en revanche mettre en exergue un risque de dévoiement ou de contournement en pratique.

Un opérateur économique, non réellement opposé au rehaussement des seuils, estime pour sa part que la portée simplificatrice du rehaussement des seuils des marchés de travaux à 100 000 € est fortement limitée en pratique, du moins du point de vue des entreprises. Cet interviewé affirme que « *c'est peut-être un facteur facilitant l'accès des PME mais on confond à nouveau l'accès des PME et simplification. Pour moi c'est une simplification mais seulement côté acheteur public, pas du côté des entreprises* ».

Perception négative minoritaire du rehaussement des seuils. 2 avocats interviewés adoptent une approche plus radicale, en indiquant être défavorables au rehaussement des seuils. Le premier indique que cela ne met pas fin à l'incertitude (et ainsi à la frilosité des acheteurs publics) s'agissant des exigences applicables aux marchés en dessous du seuil des 40 000 € :

« [...] la question du relèvement ou non des seuils est un non-sujet pour moi : [...] on n'a toujours pas purgé le fond du problème pour connaître la bonne pratique et savoir s'il faut qu'il y ait trois devis. [...] Tant qu'on n'aura pas dit clairement ce que l'on peut ou doit faire en dessous des seuils, le relèvement ou l'abaissement des seuils ne simplifiera pas et ne mettra pas fin aux problèmes. Il y aura toujours un frein ou une espèce de nuage au-dessus des acheteurs publics, qui mène à mobiliser des procédures plus strictes car il y a un doute, alors qu'il y a de la souplesse prévue par les textes et qui est saine ».

Le deuxième avocat interviewé défavorable au rehaussement des seuils estime même que ce dernier crée de la complexité au lieu de simplifier, sans donner davantage d'explication : « *[o]bjectivement, relever de quelques milliers d'euros des seuils pour des marchés de services ou de travaux est plus complexifiant qu'autre chose* ».

B. La dérogation à l'intangibilité des groupements

Perception majoritairement négative de la dérogation à l'intangibilité des groupements. Une mesure très récente de simplification du droit de la commande

publique a recueilli l'avis positif ou mitigé de 3 interviewés⁷³¹ contre l'avis négatif de 8 interviewés⁷³² : la dérogation à l'intangibilité des groupements issue du décret du 30 décembre 2024⁷³³.

Perception positive minoritaire. S'agissant tout d'abord de la perception positive de cette mesure, un opérateur économique interviewé estime que plusieurs mesures de ce décret (« *ex : retenue sur garantie, composition du groupement en phase de candidature* ») sont simplificatrices, « *dans le sens où il s'agit de supprimer la rigidité existante pour s'adapter à la pratique. Le droit semble ainsi plus praticable, logique, pragmatique* ». Cet interviewé développe surtout les avantages concrets de la possibilité de modifier la composition d'un groupement au cours de la phase de passation :

« J'ai parfois dû continuer avec des partenaires et un risque important (ex. : contentieux en cours contre ces partenaires mais pas de condamnation définitive pour appliquer un motif d'exclusion), car je n'avais pas les moyens juridiques de changer de groupement. Les nouvelles mesures en la matière vont donc dans le sens de la simplification. »

Le deuxième interviewé⁷³⁴ indique simplement que cette mesure ne lui « *pose pas de problème en pratique* », complétant sa réponse en soulignant : « *j'ai entendu des avis négatifs, mais cela me semble excessif* ». Le troisième interviewé ayant une perception majoritairement positive de ces mesures – une autorité contractante – émet toutefois davantage de réserves. Cette autorité contractante débute par une assertion générale sur la multiplication de textes précis, en donnant l'exemple de l'assouplissement de l'intangibilité des groupements : « *[c]es textes nombreux et précis peuvent rassurer de prime abord, mais c'est souvent illisible et impraticable (exemple du décret du 30 décembre 2024, notamment pour les groupements)* ».

Motifs de la perception négative. Cette autorité contractante poursuit en indiquant les limites de ces mesures, notamment concernant son champ d'application restreint à la passation et les incertitudes quant à sa mise en œuvre :

« Pour les groupements, il y avait de bonnes idées mais cela n'intéresse que la passation et toutes les règles ne sont pas prévues (ex : en indiquant que

⁷³¹ 1 AC, et 2 OE.

⁷³² 3 AC, 3 OE et 2 AV.

⁷³³ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

⁷³⁴ 1 OE.

cela vaut jusqu'à la signature du contrat, on peut se demander si un groupement peut se constituer deux jours avant la signature, si cela implique le dépôt d'une nouvelle offre, si on peut dire non à un groupement et si le refus doit être justifié dans ce cas, comment déterminer s'il s'agit d'une entente, etc.). Là où je trouve ces mesures intéressantes, c'est le cas de figure où la composition du groupement est modifiée pour qu'un membre devienne sous-traitant, car le membre du groupement qui veut devenir sous-traitant était déjà pris en compte dans l'analyse de l'offre et cela n'implique pas des discussions entre des candidats concurrents. Il faudrait que la DAJ fasse la fiche pratique avant de sortir un texte (comme nous le faisons en interne dans notre veille juridique dès que de nouvelles normes sont créées pour expliquer concrètement à l'acheteur ce qu'il doit faire), car on se rendrait compte que la fiche pratique est très complexe ou que beaucoup de questions restent en suspens. »

L'incertitude ainsi mise en exergue par cette autorité contractante rejoint les critiques de la majorité des interviewés sur cette mesure. Par exemple, plusieurs autorités contractantes interviewées soulignent que *« la modification des groupements n'est pas claire (on ne sait pas la mettre en œuvre en respectant la concurrence : suspicion d'ententes) »*, que *« [c]'est une clarification bienvenue pour les opérateurs économiques [...] [mais qu'] [e]n revanche, cela complexifie l'état du droit pour l'acheteur et c'est très contradictoire avec la pression pénale mise sur l'acheteur »*, ou encore :

« Les conditions sont lunaires. Deux candidats peuvent se regrouper sous réserve que cela ne fausse pas la concurrence. Évidemment que ceci va affecter la concurrence à un moment ! C'est comme de dire : tu as une glace, mais tu n'as pas le droit de la manger. De plus, il est presque impossible d'identifier une situation d'entente et d'avoir des indices graves et concordants en ce sens. Certes, il est possible de saisir l'Autorité de la concurrence, mais au prix d'un ralentissement considérable de la procédure. »

Cette perplexité n'est pas propre aux autorités contractantes, les opérateurs économiques ainsi que les avocats interviewés soulignant l'incertitude et, partant, l'impossibilité de mettre en œuvre cette dérogation à l'intangibilité des groupements. Ainsi, un opérateur économique estime que cette mesure génère davantage de complexité que de simplification, compte tenu

des questions qu'elle suscite, tandis qu'un deuxième opérateur économique évoque le fait que cette mesure « *fait voler en éclat des règles bien établies du droit de la concurrence* » et déplore « *un manque de sécurité juridique* ». Un troisième opérateur économique interviewé partage cet avis et regrette en conséquence l'absence d'un « *mode d'emploi* » pour mettre en œuvre la possibilité de créer un groupement ou d'en modifier la composition au cours de la procédure de passation, faisant ainsi écho à une autorité contractante déjà citée proposant la création d'une fiche de la DAJ sur le sujet. Un avocat interviewé estime dans le même sens que si « [l'] *assouplissement du principe d'intangibilité du groupement est vertueux pour refléter les aléas qui peuvent advenir* », « *les conditions, faute de clarté, rendent inutilisable cette possibilité* ». Il appelle ainsi de ses vœux des mesures pour « *borner cette possibilité de manière plus précise, sauf à laisser les parties prenantes dans l'incertitude* ».

C. Le DUME

Effet contre-productif du DUME. 5 interviewés⁷³⁵ sur 21 ont été amenés à se prononcer sur la simplification supposément opérée par le document unique de marché européen (DUME) pour en déduire, sans exception, qu'il ne s'agit pas d'une mesure simplificatrice. La réponse la moins développée et la moins radicale sur le sujet émane d'un opérateur économique. À la question de savoir s'il lui arrive d'utiliser ou d'essayer d'utiliser le DUME, cet interviewé répond : « [i]l s'agit bien d'essayer d'utiliser le DUME [l'interviewé souligne] ». Il est possible d'en déduire, comme le confirment les propos ci-dessous des autres interviewés, que la complexité rencontrée pour remplir ce document est telle qu'elle entrave son utilisation en pratique. Si un avocat concède que le DUME procède d'une « *intention louable* » du législateur européen – celle de simplifier le droit de la commande publique –, il n'en souligne pas moins, à l'instar des autres personnes interrogées, la « *complexité* » de ce formulaire qu'il faut, en outre, remplir à chaque candidature avec un nouvel acheteur⁷³⁶. Sur ce point, un opérateur économique estime :

« Le formulaire DUME est complètement inadapté alors qu'il visait la simplification. En effet, le formulaire pose de nombreuses questions peu compréhensibles. Il est inadapté aux entreprises qui ont une bonne pratique des formulaires français DC1 et le DC2. À cet égard, Bercy milite également

⁷³⁵ 1 AC, 3 OE et 1 AV.

⁷³⁶ 1 AC, 2 OE et 1 AV.

pour la suppression de ce formulaire européen. Au fond, sous couvert de simplification, les instances européennes (Commission européenne) et nationales (Bercy) souhaitent récupérer de la donnée, de la data, ce qui a pour conséquence de complexifier le quotidien des opérateurs économiques. »

Dans le prolongement de cette idée, un deuxième opérateur économique interviewé estime que les formulaires CERFA produits par la DAJ, destinés à uniformiser les pratiques, sont devenus « *illisibles* » et paradoxalement « *incomplets* »⁷³⁷.

D. Les autres mesures de simplification de la passation

Perception positive isolée de diverses mesures relatives à la passation.

En sus de celles déjà évoquées, plusieurs mesures ayant trait à la passation sont spontanément identifiées comme simplificatrices par des interviewés. Chacune de ces mesures n'ayant recueilli l'avis que d'un seul interviewé, il est impossible d'en déduire une conclusion générale quant à leur perception par les praticiens.

Tout d'abord, une autorité contractante interviewée estime que deux évolutions portant sur les candidatures et les offres sont simplificatrices : il s'agit de « *la possibilité d'analyser seulement la candidature des attributaires pressentis ; le cadre des offres irrégulières* ». Bien que cet interviewé ne précise pas les raisons de sa perception positive, il semble que, pour lui, ces mesures soient simplificatrices pour les autorités contractantes.

Ensuite, et dans la continuité, un avocat interviewé met en exergue l'effet simplificateur de l'évolution des critères d'attribution des concessions. Cette simplification résulte davantage de la mise en œuvre du droit que du droit lui-même. Interrogé sur les évolutions récentes et simplificatrices du droit de la commande publique, cet avocat souligne que la hiérarchisation des critères en matière de concessions conduit presque systématiquement à une pondération desdits critères, ce qui est sécurisant pour les candidats :

« Sur la hiérarchisation des critères en matière de concessions : très souvent voire systématiquement, pour hiérarchiser, on pondère. Il n'y a pas d'intérêt à ne pas pondérer (sauf se laisser une marge de manœuvre conséquente). Ça

⁷³⁷ 1 OE.

offre une sécurité juridique aux candidats et leur permet de savoir où concentrer leurs efforts. Cela “rationalise” le choix. »

Enfin, deux autres mesures ont été évoquées dans le cadre de l'enquête qualitative et semblent potentiellement simplificatrices aussi bien pour les autorités contractantes que les opérateurs économiques. Il en est ainsi tout d'abord des « *petits lots* », dont la création est simplificatrice selon une autorité contractante. Un opérateur économique interviewé évoque une évolution plus minime : l'uniformisation terminologique de la procédure négociée pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. En effet, à la question de savoir quelles évolutions récentes du droit de la commande publique sont simplificatrices, cet opérateur économique répond :

« En termes de terminologie, on peut saluer l'uniformisation du terme pour viser la “procédure avec négociation” pour viser ce qu'on désignait auparavant par “procédure concurrentielle avec négociation” (pouvoirs adjudicateurs) et “procédure négociée avec mise en concurrence préalable” (entités adjudicatrices). »

Synthèse. Bien que plusieurs mesures dites de simplification de la passation aient été évoquées dans le cadre de l'enquête qualitative, seules trois d'entre elles font l'objet de retours nombreux et relativement convergents de la part des praticiens interviewés (qui confortent en outre la perception doctrinale de ces mesures). Ainsi, le rehaussement des seuils semble constituer une mesure de simplification malgré certaines limites, tandis que la possibilité de créer un groupement ou d'en modifier la composition au cours de la passation est difficilement mobilisable en l'état faute de précision, et que le DUME manque manifestement sa cible de simplification.

§III. Au stade de l'exécution

Unification bienvenue de certains aspects du régime d'exécution.

2 interviewés⁷³⁸ mettent en exergue l'unification de certaines règles relatives à l'exécution des contrats de la commande publique, unification qu'ils estiment être simplificatrice. Ainsi, une autorité contractante interviewée souligne que la *loi ASAP*⁷³⁹ a opportunément unifié le régime

⁷³⁸ 1 AC, et 1 OE.

⁷³⁹ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

des modifications entre les marchés publics et les concessions. Un opérateur économique interviewé évoque également la portée simplificatrice de l'unification concernant l'exécution, mais cette fois sous l'angle des règles applicables *ratione temporis* (et non entre différentes catégories de contrats) :

« Un autre exemple de simplification que j'ai en tête est l'adoption de la loi PACTE en 2019 (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises), qui a conduit au remplacement de régimes d'exécution différents des marchés selon la date de conclusion des marchés (le droit en vigueur au moment de la passation s'applique pendant l'exécution) par un régime unique d'exécution indépendamment de la date de conclusion des marchés (notamment sur les modifications). Cela est simplificateur : en tant que maître d'œuvre, on savait que tous les marchés exécutés sous notre supervision étaient régis par les mêmes règles. »

Ceci rejoint les propos d'un autre interviewé – une autorité contractante – qui ne se prononce pas uniquement sur l'unification des règles applicables aux modifications, mais donne l'exemple de cette unification pour indiquer qu'il s'agit d'une complexité provisoire (due au temps d'appropriation des règles) et, dès lors, d'une complexité admissible :

« La simplification ne doit pas être source de complexité. La seule complexité admise est cela permettant de s'adapter aux nouvelles règles (comme cela a été le cas avec la loi ASAP, un état provisoire de complexité imputable au passage d'un état du droit A à un état du droit B, le temps de s'approprier les nouvelles règles (par exemple le régime des modifications pour tous les contrats qu'importe leur date d'entrée en vigueur)). »

Paradoxe des évolutions du régime des modifications : entre complexité et simplification. En écho aux propos ci-dessus relatifs à l'unification des règles de modification, 11 interviewés⁷⁴⁰ sur 21 évoquent plus généralement les évolutions du régime des modifications des contrats de la commande publique. Leur opinion est toutefois nuancée, la

⁷⁴⁰ 4 AC, 4 AV et 3 OE.

révision du régime des modifications contractuelles par le paquet de directives européennes de 2014 n'ayant pas résolu toutes les difficultés selon la majorité des interviewés⁷⁴¹.

Plusieurs personnes interrogées critiquent la méthode énumérative adoptée par le Code de la commande publique⁷⁴². Sur ce point, un avocat estime que « *certain cas sont difficiles à trancher sans jurisprudence, à l'image de la modification substantielle qui est une notion fourre-tout et subjective* »⁷⁴³, relayé en cela par un opérateur économique selon lequel :

*« La disparition du bouleversement économique du contrat n'a pas simplifié le régime des avenants. On ne sait pas ce que recouvre la "nature globale" du marché, faute de jurisprudence sur ce point. En outre, on se demande si les hypothèses sont cumulatives ou non et chacune d'elles soulève des interrogations. Il en va ainsi du cas des modifications devenues nécessaires ou de celui de la modification substantielle. La superposition de critères pour modifier le contrat dans lesquels pour modifier le contrat et la lecture forcément subjective de ces derniers créés de l'incertitude qui entraîne une frilosité du maître d'ouvrage, voire une forme d'inertie. »*⁷⁴⁴

Dans le même sens, un autre opérateur économique interviewé souligne l'« *insécurité juridique* » résultant de « *l'absence de définition explicite* » des modifications substantielles, et l'inclut en conséquence au sein des facteurs de complexité du droit de la commande publique⁷⁴⁵. Une autorité contractante considère, quant à elle, que l'interprétation de la Direction des affaires juridiques conduit à obscurcir le régime déjà complexe des modifications⁷⁴⁶. Plus nuancés, une deuxième autorité contractante et un deuxième avocat souhaiteraient que certains points soient éclaircis, voire harmonisés, à l'image des méthodes de calcul de chacune des hypothèses⁷⁴⁷ ou de la « *zone grise* » laissée par le droit en ce qui concerne la restructuration de l'entreprise titulaire⁷⁴⁸. Adoptant également une approche modérée, une troisième autorité contractante

⁷⁴¹ Pour une étude plus approfondie de la modification en cours d'exécution des contrats de la commande publique, voir le rapport dédié disponible sur le site de la Chaire de droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

⁷⁴² 1 OE et 2 AV.

⁷⁴³ 1 AV.

⁷⁴⁴ 1 OE.

Il est toutefois possible de souligner que cet opérateur économique relève en revanche, comme élément simplificateur portant sur la modification des contrats de la commande publique, « *l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 sur la faculté de modifier les clauses financières d'un marché* ».

⁷⁴⁵ Plus précisément, cet interviewé l'inclut au sein de « *la rédaction complexe des textes* » qu'il identifie comme un facteur de complexité du droit de la commande publique (cf. *supra*, Section 1, §II.).

⁷⁴⁶ 1 AC.

⁷⁴⁷ 1 AC.

⁷⁴⁸ 1 AV.

interviewée estime que le nombre élevé d'hypothèses légales de modification d'un contrat et leur appropriation sont des facteurs de simplification, même si leur mise en œuvre n'est pas dénuée de difficultés :

« [...] le régime des avenants est complexe, c'est une véritable "jungle". Le juriste a parfois du mal à s'y retrouver et à calculer les seuils. Il y a des zones grises qui ne sont pas mauvaises en soi, car elles permettent de faire évoluer le droit. Il ne faut pas revenir à l'état du droit précédant les directives de 2014, car il est plus satisfaisant, plus souple. Aujourd'hui, le gros sujet est celui des modifications substantielles (- 10%). Le cadre, aussi complexe soit-il, a le mérite d'être là et on s'est familiarisé. »

Une critique d'un autre ordre est identifiée par un avocat interviewé : les limites du contrôle juridictionnel de certaines hypothèses de modifications. Ces limites peuvent à son sens nuire à l'effectivité des règles de modification semblant pourtant claires :

« Sur le régime des modifications : le droit positif est plutôt clair. Ce qui l'est moins c'est la pratique. Les parties discutent d'une modification. En cas de désaccord, les personnes publiques imposent la modification dans le montant, le délai et les modalités sans possibilité pour les opérateurs économiques de s'y opposer (en dehors du contentieux indemnitaire qui prendra deux ans). Ce régime peut créer un effet pervers au sens où un tiers peut contester une modification conventionnelle mais pas unilatérale. Pour contourner la règle, il arrive que la personne publique et le titulaire s'entendent sur le principe d'une modification unilatérale pour couper court à toute contestation d'un tiers. Pour y remédier, il faudrait mettre en place un contrôle de légalité de toute mesure d'exécution. »

Les autres interviewés reconnaissent une part de complexité résiduelle ou d'inadéquation partielle s'agissant du régime des modifications, mais émettent des critiques moins radicales ou d'ordre mineur. Ainsi, un avocat interviewé affirme que *« le régime [des modifications] est plus complexe, mais globalement satisfaisant car plus souple. Au fond, on préfère de la complexité stable et souple, qu'une simplification réformatrice et plus rigide »*⁷⁴⁹.

⁷⁴⁹ Le droit antérieur limitait fortement les hypothèses de modification, en interdisant toute modification substantielle appréciée au regard du prix ou de la modification (ajout ou réduction) de certaines obligations. Voy. à ce sujet le rapport de la Chaire dédié à la modification : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

Un opérateur économique interviewé souligne qu'il faudrait « *plus de pédagogie auprès des collectivités car elles comprennent mal les règles applicables aux modifications et pensent que les différents cas prévus sont des conditions cumulatives* ». Cet interviewé estime par conséquent qu'il faudrait expliquer ou simplifier les règles applicables aux modifications, sans revenir pour autant au droit antérieur aux directives de 2014. Une autorité contractante interviewée ne met pas en exergue la complexité du cadre juridique des modifications, en estimant au contraire que l'« *on a vu l'intérêt des cas de modification* », mais identifie un « *bémol* » : « *l'adaptation de l'urgence impérieuse, qui n'est pas toujours suffisante* ».

Simplification minime de l'exécution financière. Plusieurs mesures adoptées ces dernières années et relevant de l'exécution financière des marchés publics ont été analysées par les interviewés : les avances, la retenue de garantie, et la facturation via *ChorusPro*. Les deux premières mesures – l'augmentation du taux minimal des avances et l'abaissement du taux de la retenue de garantie – résultent toutes deux d'une norme très récente – le décret du 30 décembre 2024⁷⁵⁰ – et sont celles ayant recueilli le plus grand nombre de réponses de la part des interviewés.

8⁷⁵¹ interviewés (sur les 9 s'étant prononcés sur les avances et la retenue de garantie⁷⁵²) considèrent que ces mesures ne sont pas simplificatrices, à l'instar de la doctrine. Une grande partie des personnes interrogées critique la confusion entretenue par le pouvoir réglementaire entre les objectifs de simplification du droit et de facilitation de l'accès des PME à la commande publique. En ce sens, une autorité contractante souligne que ce décret, à l'instar de toute mesure destinée à faciliter l'accès des PME à la commande publique, « *déplace le poids de la complexité sur les acheteurs* »⁷⁵³, tandis que 2 opérateurs économiques estiment, au contraire, qu'elle « *accroît les contraintes qui pèsent sur les opérateurs économiques ce qui est contraire à la simplification* »⁷⁵⁴. Plus sévères encore, certaines personnes interrogées insistent sur le caractère contreproductif de ces mesures qui « *complexifient le droit* »⁷⁵⁵, en multipliant « *les règles différentes selon la taille des entreprises* »⁷⁵⁶. Sur ce point, un opérateur économique doute de la pertinence même de l'objectif :

⁷⁵⁰ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, art. 1^{er}. Voy : état du droit et de la doctrine, Section 2, §II, A).

⁷⁵¹ 2 AC, 4 OE et 2 AV.

⁷⁵² 3 AC, 4 OE et 2 AV.

⁷⁵³ 1 AC.

⁷⁵⁴ 2 OE.

⁷⁵⁵ 1 AC.

⁷⁵⁶ 1 OE.

« Faciliter l'accès des PME à la commande publique ne simplifie pas le droit pour tous les opérateurs économiques. Il faut d'abord se poser la question de savoir si les PME sont intéressées par la commande publique, car il y a d'importants risques dans le DCE avec des transferts de responsabilité qui freinent les PME en pratique. Les entreprises ne peuvent pas assumer le risque de leurs sous-traitants et donc des PME. Ce n'est pas pragmatique. »

Certains interviewés interrogent directement le contenu du décret. Un opérateur économique insiste sur son manque d'ambition eu égard au caractère « *chirurgical* » des mesures adoptées⁷⁵⁷ et un autre met en lumière son manque de clarté et d'accessibilité en signalant que le comprendre est « *un défi en soi* »⁷⁵⁸.

Seul un interviewé – une autorité contractante – indique avoir une perception positive de l'évolution très récente relative au remboursement des avances⁷⁵⁹. Cet interviewé ne développe toutefois pas d'autres éléments ou d'arguments, indiquant simplement que « *les avances (décret du 30 décembre 2024)* » font partie, selon lui, des évolutions récentes et simplificatrices du droit de la commande publique.

Enfin, la troisième mesure relative à l'exécution financière n'a été mentionnée que par deux interviewés⁷⁶⁰ : il s'agit de la facturation électronique via *ChorusPro*. Amorcée en 2014⁷⁶¹, la généralisation de la facturation électronique via *ChorusPro* n'est pas réellement simplificatrice pour ces interviewés. Selon le premier, « *l'idée de rationaliser la procédure de facturation est bonne, mais le logiciel n'est pas très performant* ». Selon le second, la portée simplificatrice est notamment freinée par les autorités contractantes faisant obstacle à l'uniformisation des mentions devant apparaître sur la facture :

« En exécution, on a l'impression que ce qui est principalement compliqué tient à l'exécution financière (l'exécution technique est moins complexe car c'est leur corps de métier). On le voit avec l'utilisation de ChorusPro qui est censé simplifier la facturation, mais en pratique les opérateurs économiques déposent plusieurs fois la même facture parce qu'il manque des mentions

⁷⁵⁷ 1 OE.

⁷⁵⁸ 1 OE.

⁷⁵⁹ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

⁷⁶⁰ 2 AV.

⁷⁶¹ Ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique.

exigées par les acheteurs (mentions non obligatoires qui sont exigées par les acheteurs allant plus loin que les textes). »

Synthèse. Les évolutions portant sur le régime des modifications des contrats de la commande publique semblent constituer un aspect essentiel de la simplification de l'exécution selon les praticiens, bien que la portée simplificatrice des évolutions en la matière ne soit pas unanime. Il est toutefois possible de noter que la perception pratique de l'évolution des modifications est légèrement plus positive que la perception doctrinale en la matière. Les mesures portant sur l'exécution financière semblent en revanche recueillir un avis bien plus tranché et négatif.

SECTION 3 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES PROSPECTIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Objectif des enquêtes. Afin d'identifier les mesures adéquates pour simplifier le droit de la commande publique et faisant actuellement défaut à ce droit, les participants à l'enquête qualitative étaient interrogés sur certaines réformes envisagées en droit positif – mais non encore adoptées pour l'instant, voire abandonnées dans le cadre du *projet de loi de simplification de la vie économique* – et, de manière plus ouverte, sur celles qui leur semblent les plus opportunes pour simplifier ce droit. À l'instar de la section précédente (dédiée aux mesures dites de simplification faisant actuellement partie du droit positif), l'approche retenue au sein de la présente est principalement fondée sur l'objet des mesures de simplification. Ainsi, les mesures souhaitées par les interviewés peuvent être transversales en portant sur plusieurs aspects ou stades des contrats de la commande publique (§I.), ou être, au contraire, dédiées à la passation (§II.), à l'exécution (§III.) ou au contentieux (§IV.). S'ajoutent des propositions de mesures de simplification isolées, tant dans leur contenu que dans le nombre (très peu élevé) d'interviewés les évoquant (§V.).

§I. Les mesures transversales

Améliorer l'accessibilité des normes et des documents contractuels. Sur les 21 personnes interviewées, 5⁷⁶² émettent spontanément des propositions pour améliorer l'accessibilité formelle et intellectuelle des normes applicables à la commande publique, voire des documents contractuels⁷⁶³.

La plupart d'entre elles réclament davantage de « doctrine » ou de guides de la Direction des affaires juridiques⁷⁶⁴ : une communication voulue « opérationnelle et simple » sur des sujets variés (par exemple les modes alternatifs de règlements des différends, les pénalités, les

⁷⁶² 3 AC, 1 OE et 1 AV.

⁷⁶³ Sur ce point, une autorité contractante appelle de ses vœux une simplification des formulaires, des AAPC et des *eForms* sans autre précision.

⁷⁶⁴ 3 au total, soit 1 AC, 1 OE et 1 AV.

hypothèses de modification, etc.) et assortis d'exemples concrets. Dans la continuité de cette idée, une autorité contractante suggère que le site internet de la Commission européenne héberge une page qui recenserait l'ensemble des textes européens ayant un lien avec la commande publique ainsi qu'une communication de cet organe propre à rendre plus opérationnels certains d'entre eux⁷⁶⁵.

Le *legal design* constitue une autre piste de simplification selon les personnes interrogées au sens où cet outil permet justement d'« *améliorer la compréhension des textes juridiques* »⁷⁶⁶, mais aussi de simplifier la présentation des documents tels que le cahier des charges⁷⁶⁷ afin de se « *mettre au niveau des opérateurs économiques* »⁷⁶⁸.

Dans le prolongement des propos précédents, 2 autres personnes interviewées⁷⁶⁹ soulignent l'utilité de l'intelligence artificielle qui permettrait aussi bien de « *traiter des masses de données* »⁷⁷⁰ que d'assister les acheteurs publics dans des processus particulièrement chronophages comme la conception des avis d'appel public à la concurrence, sous réserve cependant d'établir des « *règles claires et intelligibles* »⁷⁷¹.

Au-delà d'un assistant virtuel, les personnes interviewées réclament la création de structure d'appui pour assister les autorités contractantes, en particulier celles dont les moyens sont limités.

Former les autorités contractantes et créer des structures d'appui. Selon 5 personnes interviewées⁷⁷², la simplification du droit de la commande publique doit passer par la formation des autorités contractantes comme des élus, ainsi que par la mise en place de structures d'appui.

À propos de la formation, un opérateur économique souligne l'importance du « *travail de pédagogie auprès des autorités contractantes pour les inciter à employer la souplesse permise par le droit de la commande publique* », par exemple au stade de la passation ou des

⁷⁶⁵ 1 AC.

⁷⁶⁶ 1 AC.

⁷⁶⁷ En ce sens également, un avocat réclame une simplification des CCAP sans autre précision (1 AV).

⁷⁶⁸ 1 AC.

⁷⁶⁹ 1 AC et 1 AU.

⁷⁷⁰ 1 AU.

⁷⁷¹ 1 AC.

⁷⁷² 3 AC, 1 OE et 1 AV.

avenants⁷⁷³. Pour sa part, une autorité contractante estime que cette formation permettrait de remédier, en partie, au défaut « *d’attractivité de l’achat public* ». Elle souligne à cet égard :

« Le problème c’est qu’on a du mal à recruter. On externalise de plus en plus auprès de boîtes privées qui sont de véritables mercenaires de la commande publique, scandaleusement chers. »

En ce qui concerne les structures d’appui, 2 interviewés⁷⁷⁴ émettent des propositions différentes : encourager l’intervention de l’Agence française anticorruption (AFA) « *pour faire comprendre aux acheteurs l’importance de la commande publique et le niveau de risque* »⁷⁷⁵ d’une part, mettre en place une structure d’entraide publique composée des juristes des grandes entités du secteur public afin d’ « *aider et accompagner les autres autorités contractantes* » et ainsi « *favoriser le partage de connaissances* »⁷⁷⁶ d’autre part.

Ces recommandations « opérationnelles » devraient s’accompagner, selon les interviewés, de réformes du droit dur, comme la mise en cohérence des règles nationales et européennes.

Mettre en cohérence les règles nationales et européennes. Parmi les 21 interviewés, 6 se déclarent spontanément favorables à l’harmonisation des normes nationales et européennes⁷⁷⁷.

Les personnes interrogées égrainent des exemples très concrets, qu’il s’agisse de clarifier les rapports entre le droit européen de la concurrence et le droit national de la commande publique, notamment en ce qui concerne la possibilité pour les opérateurs économiques de constituer ou de modifier un groupement avant la signature du contrat⁷⁷⁸, d’« *éclaircir* » la définition nationale des conflits d’intérêts⁷⁷⁹, ou encore d’interroger la « *pérennité* »⁷⁸⁰, au regard du droit européen, des théories jurisprudentielles des sujétions imprévues et de l’imprévision⁷⁸¹.

⁷⁷³ 1 OE.

⁷⁷⁴ 2 AC.

⁷⁷⁵ 1 AC.

⁷⁷⁶ 1 AC.

⁷⁷⁷ 3 AC, et 3 OE.

⁷⁷⁸ 1 OE.

⁷⁷⁹ 1 OE.

⁷⁸⁰ 1 OE.

⁷⁸¹ La question se pose avec d’autant plus d’acuité que la CJUE laisse entendre, dans une récente décision (ainsi que les conclusions de l’avocate générale), que l’imprévision constitue une modification du contrat, ce qui va à l’encontre de l’avis du Conseil d’État du 15 septembre 2022. Au-delà, la Cour rejette toute harmonisation sur ce

D'autres plaident pour une mise en cohérence plus générale des normes internes avec les normes européennes. À cet égard, une autorité contractante souligne :

« Bien souvent, ce sont les précisions et le foisonnement des textes nationaux qui créent des problèmes, davantage que les grands principes posés par les directives. Ces textes nombreux et précis peuvent rassurer de prime abord, mais ils sont souvent illisibles et impraticables. De ce point de vue, un règlement européen serait peut-être plus pertinent. »

Dans le même sens, une autre autorité contractante doute de la pertinence de cet *instrumentum* pour le droit de la commande publique. Selon elle, la directive n'est « *pas le meilleur support puisqu'elle implique une transposition dans chaque État membre. Un règlement européen pourrait être plus approprié* », bien que, concède-t-elle, « *cette solution soit plus compliquée à mettre en œuvre et à faire accepter aux États membres* ». Enfin, une dernière autorité contractante propose de supprimer le Code de la commande publique afin que les directives européennes demeurent les seules normes de référence en matière de commande publique.

Réviser le Code de la commande publique. Dans le prolongement des propos précédents, 6 des 21 interviewés⁷⁸² réclament une réforme du Code de la commande publique. Ce nombre peut surprendre dès lors que sur les 19 personnes interrogées au sujet de la codification du droit de la commande publique, 9⁷⁸³ avaient exprimé une opinion nuancée et 4⁷⁸⁴ ne l'identifiaient pas comme une mesure de simplification.

Les propositions pour « *améliorer la lisibilité* »⁷⁸⁵ ou « *clarifier la structure* »⁷⁸⁶ du code brillent par leur diversité. Certaines se limitent à la suppression de notions telle que celle des accords-cadres à bons de commande⁷⁸⁷, ou à l'ajout de « *standards issus du bon sens commun, comme celui du bon père de famille* »⁷⁸⁸. D'autres portent plus fondamentalement sur la structure du code : supprimer la distinction entre la partie législative et la partie réglementaire, réviser son plan soit par thématiques (par exemple la sous-traitance, les délais de paiement,

point faute de consensus européen (CJUE, 20 mars 2025, *Associazione Nazionale Italiana Bingo – Anib et autres*, aff. C-728/22 à C-730/22).

⁷⁸² 4 AC, et 2 OE.

⁷⁸³ 5 AC, 1 AV, et 3 OE.

⁷⁸⁴ 3 AC, et 1 OE.

⁷⁸⁵ 1 AC.

⁷⁸⁶ 1 OE.

⁷⁸⁷ 1 AC.

⁷⁸⁸ 1 AC.

etc.)⁷⁸⁹, soit par catégories d'autorités contractantes, ou bien encore rédiger, en tête de chaque livre ou chapitre, un article introductif précisant plus clairement leur champ d'application organique⁷⁹⁰. Enfin, une autorité contractante envisage plus fondamentalement la suppression du code, ou du moins une réduction de son périmètre aux seules règles nationales⁷⁹¹ pour une meilleure harmonisation.

L'harmonisation appelée des vœux des interviewés porte aussi bien sur les règles européennes que sur les règles internes.

Harmoniser les régimes applicables aux contrats de la commande publique. Parmi les 21 interviewés, 7⁷⁹² plaident pour une harmonisation des régimes applicables aux contrats de la commande publique, soit *ratione materiae*, soit *ratione personae*.

Les 4 premiers⁷⁹³ appellent de leurs vœux une harmonisation des règles applicables aux marchés publics, concessions et/ou délégations de service public. Les personnes interrogées apparaissent divisées sur l'intensité et les mesures devant faire l'objet de cette harmonisation : une partie souhaite l'« *harmonisation* » des règles régissant les marchés publics et les concessions⁷⁹⁴, voire l'« *unification* » des procédures de passation⁷⁹⁵. *A contrario*, une autorité contractante se prononce en faveur d'une « *uniformisation* » des seules règles applicables aux concessions de services, aux concessions d'aménagement et aux délégations de service public, tout en s'opposant à une « *marchéisation* » du régime des concessions⁷⁹⁶. Elle s'explique sur ce point :

« Le droit des concessions ne doit pas devenir un droit administratif spécial qui serait intégralement écrit, car cela emporte une rigidité qui peut faire peur. En matière de marchés publics, on observe une volonté d'abattage par le nombre incompatible avec les spécificités inhérentes aux concessions, à savoir l'intuitu personae qui gouverne tous les stades de la vie du contrat, y compris au niveau des décideurs, ainsi que les rapports avec les usagers. »

⁷⁸⁹ 1 OE.

⁷⁹⁰ 2 AC.

⁷⁹¹ 1 AC.

⁷⁹² 2 AC, 4 OE et 1 AV.

⁷⁹³ 1 AC, 2 OE et 1 AV.

⁷⁹⁴ 1 OE.

⁷⁹⁵ 1 OE.

⁷⁹⁶ 1 AC.

Un avocat propose enfin une harmonisation *a minima* puisqu'il considère qu'il serait opportun de soumettre le concédant à l'obligation, déjà applicable à l'acheteur public, de définir avec précision l'étendue et la nature de son besoin⁷⁹⁷.

À rebours des développements précédents, 4 autres interviewés⁷⁹⁸ réclament l'adoption de régimes spécifiques. Pour ces derniers, il serait simplificateur d'adapter les règles applicables, notamment les procédures de passation, à certains secteurs d'activité comme la santé⁷⁹⁹, à certains types d'achats comme ceux de produits locaux et de produits d'occasion⁸⁰⁰ ou à certains contrats de faible montant et de courte durée⁸⁰¹.

En ce qui concerne l'harmonisation *ratione personae* des régimes, il est surprenant de constater que seulement 3 interviewés⁸⁰² réclament un alignement des règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, alors qu'ils étaient 6⁸⁰³ à voir dans la dualité des régimes un facteur de complexité. Selon une autorité contractante, cette harmonisation serait propre à « *alléger le régime des pouvoirs adjudicateurs* ». À cet égard, il convient de noter que 2 personnes interrogées⁸⁰⁴ s'opposent à une telle mesure, estimant qu'elle risquerait soit de restreindre la liberté actuellement reconnue aux entités adjudicatrices, soit de constituer un obstacle à l'élargissement de cette liberté.

Réformer le régime des accords-cadres. Dans le même ordre d'idées, plusieurs interviewés, en l'occurrence 4 autorités contractantes, plaident pour une « *simplification de la réglementation des accords-cadres* »⁸⁰⁵ qu'il s'agisse de leur durée et/ou de l'obligation de prévoir un montant maximum.

Ainsi, 3 d'entre elles réclament qu'un revirement de la jurisprudence *Simonsen*⁸⁰⁶ mette fin à l'obligation de prévoir un montant maximum, ou, à tout le moins qu'elle aménage un certain nombre d'exceptions⁸⁰⁷, pour répondre à l'« *incertitude* » des autorités contractantes

⁷⁹⁷ 1 AV.

⁷⁹⁸ 2 AC et 2 AV.

⁷⁹⁹ 1 AC.

⁸⁰⁰ 1 AC.

⁸⁰¹ 2 AV.

⁸⁰² 1 AC et 2 OE.

⁸⁰³ 3 AC, 1 OE et 2 AV.

⁸⁰⁴ 2 AC.

⁸⁰⁵ 1 AC.

⁸⁰⁶ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark*, aff. C-23/20.

⁸⁰⁷ Dans plusieurs cas : lorsque l'évaluation de cette valeur maximale, y compris approximative, n'est pas possible, lorsque les documents contractuels fournissent des informations suffisamment précises aux soumissionnaires pour leur permettre d'évaluer le montant estimé sur la durée de l'accord-cadre et lorsque le montant est parfaitement déterminable, puisque la valeur estimée du marché est indiquée et que les informations techniques nécessaires à cette évaluation figurent dans les documents de la consultation.

qui, faute de mieux, fixent des « *montants prévisionnels très élevés s'exposant au risque d'une censure du juge administratif au titre d'une défaillance dans la définition des besoins* »⁸⁰⁸. Par ailleurs, 2 des personnes interrogées souhaitent un alignement de la durée maximale des accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs sur celle des entités adjudicatrices, soit 8 ans. Les 2 autres plaident pour la suppression pure et dure de l'exigence d'une durée maximale.

Synthèse. Les personnes interrogées apparaissent particulièrement inspirées s'agissant des mesures propres à remédier à la complexité du droit de la commande publique. On s'étonnera, cependant, que seul un interviewé propose de hiérarchiser les objectifs assignés à la commande publique, alors même que leur multiplication était envisagée comme un facteur de complexité aussi bien au stade de l'état du droit et de la doctrine que dans les interviewés. Du reste, les six mesures transversales envisagées lors des entretiens sont émises par un nombre quasi identique d'interviewés qui varie entre 4 et 7. Certaines propositions peuvent être qualifiées d'« *opérationnelles* » : améliorer l'accessibilité formelle et intellectuelle des normes, former les autorités contractantes et instaurer des structures d'appui. D'autres, en revanche, supposent des réformes de droit « dur », à l'image de la mise en cohérence des normes nationales et européennes, de l'harmonisation *ratione materiae* et *ratione personae* des règles applicables aux contrats de la commande publique, de la révision du Code de la commande publique et celle du régime des accords-cadres, spécialement de sa durée maximale. Cet élément ne constitue pas la seule différence de régime entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs à laquelle la majorité des interviewés souhaiterait mettre fin pour simplifier le droit de la commande publique. D'autres mesures de simplification du processus de passation sont également invoquées, et parfois inspirées du régime des entités adjudicatrices.

§II. Au stade de la passation

Inverser le principe et l'exception en matière d'allotissement. Partant du principe qu'un gain de liberté aux acheteurs publics serait simplificateur, 3 interviewés⁸⁰⁹ souhaitent que le recours aux marchés globaux soit désormais autorisé par principe. À ce sujet, un avocat expose :

« On constate que l'allotissement est un principe "aux petits pieds" dont l'effectivité n'est pas assurée, eu égard au contrôle très lâche exercé par le

⁸⁰⁸ 1 AC.

⁸⁰⁹ 1 AC et 2 AV.

juge administratif. Aussi, soit on simplifie et on bascule sur le principe des marchés globaux, soit on rigidifie le contrôle juridictionnel. »

Assouplir le recours à la négociation. Une grande majorité des personnes interrogées, soit 14 d'entre elles⁸¹⁰, se déclare favorable à l'assouplissement des conditions de recours à la négociation pour les marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs.

En premier lieu, cette mesure permettrait de rapprocher les régimes de passation des marchés publics et des concessions, ainsi que le souligne un avocat :

« La négociation est vertueuse pour toutes les parties, même s'il faut évidemment l'encadrer pour assurer le respect des principes fondamentaux. En matière de concessions, la négociation est essentielle : les solutions sont trouvées dans le dialogue. »

Généraliser le recours à la négociation permettrait, en second lieu, d'aligner les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. Cette harmonisation, expressément souhaitée par plusieurs interviewés⁸¹¹, est redoutée par d'autres⁸¹², qui reconnaissent toutefois :

*« La généralisation de la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs serait simplificatrice. En outre, l'état actuel du droit témoigne d'un manque de confiance vis-à-vis des acheteurs publics qui, à une époque, maîtrisaient peu la commande publique. Les restrictions qui leur sont opposées ne sont aujourd'hui plus justifiées. »*⁸¹³

En tout état de cause, une majorité des 14 personnes interrogées assortirait cette mesure de garanties propres à encadrer ce supplément de liberté.

Ces garde-fous pourraient être prescrits par des normes contraignantes. Pour les uns, la négociation devrait rester une simple faculté offerte aux acheteurs, plutôt qu'une obligation, afin de ne pas mettre en difficulté les pouvoirs adjudicateurs « *mal dotés* »⁸¹⁴. Pour d'autres, il serait pertinent de laisser aux acheteurs publics le choix entre une procédure ouverte ou restreinte, en fonction du temps dont ils disposent et du nombre d'offres attendues⁸¹⁵. Enfin,

⁸¹⁰ 4 AC, 4 OE et 6 AV.

⁸¹¹ 1 AC et 1 AV.

⁸¹² 2 AC.

⁸¹³ 1 AC.

⁸¹⁴ 1 AC.

⁸¹⁵ 1 AC.

plusieurs opérateurs économiques estiment qu'il conviendrait de renforcer la transparence du processus de négociation, en clarifiant les éléments susceptibles d'être négociés, afin d'éviter une « *perte de temps* »⁸¹⁶ ou une situation jugée « *très arbitraire* » par les candidats⁸¹⁷.

D'autres garanties pourraient être envisagées par des instruments de droit souple, par exemple un guide européen « *très opérationnel* » propre à accompagner les acheteurs⁸¹⁸, ou un guide de la Direction des affaires juridiques de Bercy qui insisterait sur l'obligation qui pèse sur l'acheteur de définir avec précision son besoin⁸¹⁹. Enfin, un avocat estime qu'une telle mesure devrait s'accompagner d'une formation à destination des acheteurs publics⁸²⁰.

Au-delà du recours à la négociation, les interviewés envisagent plusieurs mesures de simplification des procédures de passation.

Réviser les procédures et les seuils. Sur les 21 interviewés, 7⁸²¹ réclament une révision des procédures de passation et/ou des seuils de dispense de publicité et de mise en concurrence. Sur ce point, un avocat souligne d'emblée :

« Il existe un espace de simplification pour les marchés passés en dessous des seuils : soit par une clarification ou un remodelage de la formulation un peu vague dans tous les textes relatifs aux seuils ("en veillant à ne pas systématiquement contracter avec le même opérateur et à une bonne utilisation des deniers publics"), soit par une interprétation claire du Conseil d'État qui consisterait à dire qu'en dessous de 40 000 €, aucune publicité ni mise en concurrence n'est exigée. »

Les propositions des personnes interrogées sont, là encore, extrêmement variées : elles vont de l'« *harmonisation* »⁸²² en passant par l'« *assouplissement* »⁸²³ des procédures de passation jusqu'à la réduction de leur nombre⁸²⁴. À ce sujet, un opérateur économique appelle de ses vœux la création d'un nouveau mode de passation :

⁸¹⁶ 1 OE.

⁸¹⁷ 1 OE.

⁸¹⁸ 1 AC.

⁸¹⁹ 1 OE.

⁸²⁰ 1 AV.

⁸²¹ 2 AC, 4 OE et 1 AV.

⁸²² 1 AC.

⁸²³ 1 OE.

⁸²⁴ 1 OE.

« Une forme d'appel d'offres ouvert avec une remise simultanée de la candidature et de l'offre et une phase de négociation entre l'autorité contractante et les candidats. Une telle procédure permettrait de gagner en rapidité et de modifier le cahier des charges. »

S'agissant des seuils, les interviewés sont divisés comme précédemment évoqué⁸²⁵ : certains souhaitent que le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence soit porté à 100 000 € pour les marchés publics, *« quel que soit leur objet »*⁸²⁶, d'autres suggèrent un alignement des seuils nationaux sur les seuils européens, reconnaissant toutefois qu'une telle mesure risque de réduire la transparence des procédures de passation⁸²⁷. *A contrario*, une personne interrogée s'oppose à cette harmonisation, elle souhaite cependant que la loi de simplification de la vie économique, actuellement débattue, pérennise le seuil de 100 000 € pour les seuls marchés de travaux⁸²⁸. À propos de ce seuil, conforté par le décret du 28 décembre 2024, un opérateur économique souligne :

« Il faudrait aligner le seuil de dispense des marchés de prestations intellectuelles sur celui des marchés de travaux lorsqu'il y a un maître d'œuvre. À défaut, on ralentit d'une main ce qu'on a accéléré de l'autre dès lors que pour lancer un marché de travaux, on fait préalablement appel à un maître d'œuvre. Ainsi, quand on lance une consultation de maîtrise d'œuvre, on a un budget estimatif de sorte que l'on sait si on se situe au-dessus ou en dessous du seuil à 100 000 €. »

Pour simplifier la passation, il faut également s'attaquer au formalisme procédural, identifié par 13 des 21 interviewés⁸²⁹ comme un facteur de complexité.

Limiter le formalisme procédural. La réduction des formalités administratives constitue, sans grande surprise, un vecteur de simplification pour 12 des interviewés⁸³⁰.

Au-delà de cet apparent consensus, les propositions des personnes interviewées varient en fonction de leur qualité. En ce sens, 2 autorités contractantes se bornent à réclamer, sans autre précision, une *« limitation des obligations procédurales »* ou un *« allègement des*

⁸²⁵ Cf. *supra*, Section 2, §II.

⁸²⁶ 1 AC.

⁸²⁷ 1 AC.

⁸²⁸ 1 OE.

⁸²⁹ 5 AC, 4 OE et 4 AV.

⁸³⁰ 5 AC, 3 OE, 3 AV et 1 AU.

formalités administratives »⁸³¹. Une autre autorité contractante suggère plus précisément d'établir un « *formalisme à deux vitesses* » avec les outils du *legal design*⁸³² et s'en explique :

« Le droit de la commande publique est un droit technocratique, mal compris des entreprises alors qu'il s'agit de business et d'économie. Si l'on veut être compétitif, les entreprises doivent comprendre ce droit, qui ne doit pas être un droit élitiste parfaitement incompréhensible pour sa cible (les opérateurs économiques). »

2 avocats abondent dans ce sens en réclamant une adaptation des règlements de consultation et des documents types, une réduction du nombre d'attestations et d'assurances demandées aux candidats, ainsi qu'une rédaction allégée des contrats en fonction du montant et de la durée des contrats⁸³³.

Enfin, si un opérateur économique souhaite conserver les formulaires DC1 et DC2, bien maîtrisés par les entreprises, 7 des personnes interrogées⁸³⁴ appellent de leurs vœux la création d'un outil permettant de centraliser les attestations, documents et informations relatives aux candidats en application du principe « *dites-le-nous une fois* ». Il pourrait s'agir d'un « *guichet unique* »⁸³⁵, d'une plateforme nationale fonctionnant avec un numéro SIRET ou un numéro unique sur laquelle les entreprises auraient l'obligation de déposer les documents requis pour leur candidature et auxquels les autorités contractantes se référeraient pour procéder aux vérifications⁸³⁶, ou bien encore un registre répertoriant les opérateurs économiques fiables⁸³⁷.

Alléger le régime des motifs d'exclusion. Dans le prolongement des propos précédents, 6 interviewés⁸³⁸ réclament une révision du système des motifs d'exclusion pouvant frapper des opérateurs économiques.

Les pistes de réforme sont de deux ordres : l'une, émanant aussi bien d'autorités contractantes que d'opérateurs économiques, serait de limiter la liste des motifs d'exclusion au niveau européen⁸³⁹ ou d'adopter une rédaction simplifiée de ces derniers⁸⁴⁰ ; l'autre, proposée

⁸³¹ 2 AC.

⁸³² V. *supra* : Partie 1, Section 1, §II, note 33 et Partie 2, Section 3, §I.

⁸³³ 2 AV.

⁸³⁴ 3 AC, 2 OE, 1 AV et 1 AU.

⁸³⁵ 1 AC.

⁸³⁶ 1 OE.

⁸³⁷ 2 AC.

⁸³⁸ 4 AC, 1 OE et 1 AU.

⁸³⁹ 2 AC.

⁸⁴⁰ 1 OE.

principalement par des autorités contractantes, consisterait à centraliser les informations relatives aux opérateurs économiques, voire à confier à une instance nationale le soin de décider si des faits méritent une exclusion⁸⁴¹. En ce sens, une personne interrogée résume :

« La France a surtransposé certains motifs d'exclusion (par exemple le motif visant une condamnation pénale définitive sans rapport direct avec la prestation à fournir). Deux pistes potentielles de simplification inspirées des modèles étrangers pourraient être poursuivies : la première serait de centraliser les contrôles, comme en Grande-Bretagne, aux États-Unis, ou au Canada. La seconde serait de centraliser les informations, c'est-à-dire de prévoir une base de données nationale, comme en Allemagne⁸⁴². »

Favoriser les variantes et le sourcing. Parmi les personnes interrogées, 4⁸⁴³ ont spontanément tenu à s'exprimer au sujet des variantes et du *sourcing*.

Si les 3 avocats sont favorables à la formation des acheteurs publics pour promouvoir les variantes ou le *sourcing* dans le but d'« optimiser l'achat public »⁸⁴⁴ ou de « susciter chez les candidats le sentiment d'être traités de manière équitable »⁸⁴⁵, l'opérateur économique y est farouchement opposé. Il s'en explique :

« Encourager l'innovation par les variantes n'est pas pertinent, car le maître d'ouvrage éprouve bien souvent des difficultés aussi bien à définir son besoin avec précision qu'à comparer les offres avec des variantes. En outre, dans le cadre d'une procédure classique, les délais sont si courts que les opérateurs économiques ont rarement la possibilité d'intégrer de l'innovation lors de la préparation de leur offre. »

Généraliser l'usage de la plateforme PLACE. Le projet de loi de simplification de la vie économique envisage d'étendre l'usage obligatoire de la plateforme PLACE au-delà de l'État et de promouvoir son utilisation facultative auprès des collectivités territoriales. Ils sont 3 interviewés⁸⁴⁶ à avoir exprimé des avis divergents sur l'opportunité d'une telle mesure.

⁸⁴¹ 3 AC et 1 AU.

⁸⁴² 1 AU.

⁸⁴³ 1 OE et 3 AV.

⁸⁴⁴ 1 AV.

⁸⁴⁵ 1 AV.

⁸⁴⁶ 2 AC et 1 OE.

En effet, une autorité contractante estime que cette généralisation serait une « *bonne chose* » afin de centraliser les données relatives aux marchés publics, comme cela se fait déjà aux États-Unis, tandis que les autres personnes interrogées sont plus dubitatives. En ce sens, l'une d'elles estime qu'il s'agit d'une « *bonne idée* » en théorie, à cela près que les opérateurs économiques se sont « *familiarisés avec les méthodes de chaque autorité contractante, sans compter que les plateformes ont réalisé des investissements qu'elles entendent amortir et qu'il est douteux que la plateforme PLACE soit en mesure d'absorber cette surcharge d'activité* »⁸⁴⁷. Enfin, une autorité contractante est quant à elle opposée à cette généralisation et s'en explique :

*« La généralisation de PLACE est problématique à plusieurs égards. D'abord, elle suppose de faire remonter des données, ce qui pose la question de leur fiabilité. Ensuite, la mesure intervient après que les collectivités territoriales ont engagé des dépenses pour mettre en place un certain nombre d'outils (logiciels, formations pour les entreprises, etc.) et organiser des flux de données entre eux. Aussi, il aurait fallu imposer un opérateur unique dès l'origine. Enfin, cette centralisation soulève des enjeux en termes de maintenance de la plateforme et de sécurité, eu égard au manque de fiabilité de l'exploitant. »*⁸⁴⁸

Clarifier les délais. À mi-chemin entre la passation et l'exécution, 3 opérateurs économiques réclament une clarification des délais, qu'il s'agisse du point de départ des délais lorsque la notification se fait par voie informatique⁸⁴⁹, du délai de validité des offres⁸⁵⁰ ou du délai de prise de décision par la personne publique. En ce sens, un opérateur économique expose :

*« Les collectivités sont bien souvent exigeantes quant au délai qu'elles posent, mais, à l'inverse, elles laissent les entreprises dans l'incertitude s'agissant du délai dans lequel elles choisiront l'offre et notifieront cette décision. Il s'écoule parfois deux ans entre l'avis d'appel public et la notification. »*⁸⁵¹

⁸⁴⁷ 1 OE.

⁸⁴⁸ 1 AC.

⁸⁴⁹ 1 OE.

⁸⁵⁰ 1 OE.

⁸⁵¹ 1 OE.

Synthèse. La définition positive par les praticiens avait permis de constater que la passation constitue un élément essentiel de simplification du droit de la commande publique. Cette affirmation est confirmée par l'analyse des mesures prospectives qui touchent, pour une grande partie d'entre elles, au processus de passation des contrats de la commande publique. Parmi les huit mesures préconisées, certaines font presque consensus. Ainsi, plus de la moitié des interviewés réclament davantage de négociation⁸⁵² et moins de formalisme⁸⁵³, ce qui ne saurait surprendre dès lors que toutes les personnes interrogées appellent davantage de liberté dans le processus de passation. Dans le prolongement de cette idée, on ne s'étonnera pas non plus que 7 des interviewés plaident pour une réforme des procédures de passation, un rehaussement des seuils de dispense de publicité et de mise en concurrence, l'inversion du principe de l'allotissement, ou bien encore la promotion des variantes et du *sourcing*. À rebours, et de manière presque contradictoire, plus d'un quart des personnes interrogées, y compris des autorités contractantes, souhaitent une clarification du régime des exclusions et des délais, quitte à perdre en marge de manœuvre pour y gagner en sécurité juridique. Cette sécurité juridique est également recherchée au stade de l'exécution.

§III. Au stade de l'exécution

Clarifier le régime des modifications. Le régime des modifications mériterait certaines clarifications ou précisions selon 5 des 21 interviewés⁸⁵⁴.

Dans leur grande majorité, les personnes interrogées appellent de leurs vœux une interprétation « *unifiée* »⁸⁵⁵, « *plus cohérente* » et « *sécurisante* »⁸⁵⁶, mais encore une « *clarification* »⁸⁵⁷ notamment de la part de la Direction des affaires juridiques⁸⁵⁸, dès lors que « *la jurisprudence sur le sujet n'apporte pas la clarté suffisante, elle pose plus de questions qu'elle n'en résout* »⁸⁵⁹.

Dans le détail, plusieurs points posent des difficultés aux personnes interrogées, à commencer par la définition des « *modifications substantielles* »⁸⁶⁰ et l'emploi de l'adverbe

⁸⁵² 14 interviewés (4 AC, 4 OE et 6 AV).

⁸⁵³ 11 interviewés (5 AC, 3 OE, 3 AV et 1 AU).

⁸⁵⁴ 2 AC, 1 OE et 2 AC.

⁸⁵⁵ 1 OE.

⁸⁵⁶ 1 AC.

⁸⁵⁷ 1 AV.

⁸⁵⁸ 1 AV.

⁸⁵⁹ 1 OE.

⁸⁶⁰ 1 AV.

« *notamment* » dans le Code de la commande publique⁸⁶¹. On s'interroge également sur l'articulation des modifications non substantielles avec d'autres hypothèses, telles que la modification de faible montant⁸⁶² ou les prestations supplémentaires⁸⁶³. Certaines situations posent des difficultés concrètes aux personnes interviewées, comme le mode de calcul du pourcentage des modifications de faible montant⁸⁶⁴ ou la qualification de la cession de créances⁸⁶⁵.

Cette dernière problématique rejoint celle de l'exécution financière, considérée comme un vecteur de simplification par certains interviewés.

Simplifier l'exécution financière des marchés publics. Parmi les 21 interviewés, 5⁸⁶⁶ se déclarent spontanément favorables à une simplification du régime de l'exécution financière des marchés publics.

Trois points méritent, selon les personnes interrogées, une attention particulière. Il en va ainsi du régime des avances qui mériterait d'être harmonisé *ratione personae* – afin que les dispositions relatives aux avances soient applicables à l'ensemble des acheteurs publics (État, collectivités territoriales, pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices, etc.)⁸⁶⁷ – et *ratione materiae* de façon à ce que les modalités de calcul soient identiques entre les marchés publics d'une durée inférieure ou supérieure à 12 mois⁸⁶⁸.

L'autre difficulté concerne la retenue de garantie qui engendre « *beaucoup de sorties d'argent pour les entreprises qui surenchérissent, in fine, le coût des marchés publics* »⁸⁶⁹. Selon un avocat interviewé, il faudrait autoriser des dérogations et/ou des variations de son montant, sinon infléchir cette règle pour remédier durablement à ce problème⁸⁷⁰.

Le dernier point de complexité relevé par certains interviewés⁸⁷¹ concerne le logiciel *ChorusPro* dont l'utilisation peut susciter toutes sortes de difficultés au stade de l'exécution, soit en ce qui concerne le point de départ des délais et la validité des notifications⁸⁷², soit en ce

⁸⁶¹ 1 AC.

⁸⁶² 1 AC.

⁸⁶³ 1 AV.

⁸⁶⁴ 1 AC.

⁸⁶⁵ 1 AV.

⁸⁶⁶ 3 OE et 2 AV.

⁸⁶⁷ 2 OE.

⁸⁶⁸ 1 OE.

⁸⁶⁹ 1 AV.

⁸⁷⁰ 1 AV.

⁸⁷¹ 1 AV et 2 OE.

⁸⁷² 1 OE.

qui concerne les délais de paiement des entreprises, en particulier des PME. Selon un opérateur économique, la solution à ce problème ne provient pas du droit dur, mais des fonctionnalités du logiciel⁸⁷³.

Synthèse. Sans grande surprise, les propositions de simplification de l'exécution des contrats de la commande publique sont plus rares et moins consensuelles que celles qui touchent à la passation. Au nombre de deux, ces mesures sont réclamées par moins d'un quart de personnes interrogées (en l'occurrence 5 d'entre elles). Néanmoins, il ne faut pas sous-estimer leur importance, tant il est vrai que le régime des modifications et celui de l'exécution financière peuvent constituer de lourds facteurs de complexité du droit de la commande publique. Enfin, on le sait, les difficultés liées à la passation comme à l'exécution des contrats de la commande publique donnent lieu à un abondant contentieux, une branche du droit de la commande publique qui constitue elle-même un levier de simplification selon les personnes interrogées.

§IV. Au stade du contentieux

Unifier les compétences contentieuses. Le projet de loi de simplification de la vie économique prévoyait, dans sa version initiale, d'unifier le contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif. Sur les 21 personnes interrogées, 16⁸⁷⁴ se sont exprimées à ce sujet. Une large majorité, soit 11 d'entre elles⁸⁷⁵, est favorable à cette mesure, 2 émettent un avis mitigé⁸⁷⁶, et 3 y sont opposées⁸⁷⁷.

Les critiques adressées à cette mesure par ses contempteurs reposent sur plusieurs types d'arguments, visant à la fois le juge administratif, les délais de jugement, ainsi que les règles de fond. Premièrement, certains reprochent au juge administratif d'être « *anormalement avare* » en matière de contentieux indemnitaire⁸⁷⁸ et peu enclin à donner raison au requérant dans le cadre d'un référé précontractuel⁸⁷⁹. À ce sujet, un avocat estime les chances de succès d'un tel référé à environ 5 %. En conséquence, les entreprises auraient un intérêt « *stratégique* » à privilégier la saisine du juge judiciaire plutôt que celle du juge administratif⁸⁸⁰. Sur ce point, un

⁸⁷³ 1 OE.

⁸⁷⁴ 4 AC, 6 OE et 6 AV.

⁸⁷⁵ 4 AC, 3 OE et 4 AV.

⁸⁷⁶ 1 OE et 1 AV.

⁸⁷⁷ 2 OE et 1 AV.

⁸⁷⁸ 1 OE et 2 AV.

⁸⁷⁹ 2 AV.

⁸⁸⁰ 1 AV.

opérateur économique, plus nuancé, avance un argument qui s'inscrit dans la continuité des précédents :

« L'unification du contentieux est ambivalente. D'un côté, elle va dans le sens d'une certaine sécurité juridique, car le juge judiciaire n'a pas une maîtrise parfaite des règles de la commande publique [...]. D'un autre côté, il faut se rappeler que les juges administratifs sont formés dans les administrations, si bien qu'on pourrait leur reprocher une totale méconnaissance du fonctionnement des entreprises [...]. Dans ces conditions, le juge judiciaire peut apporter davantage de pragmatisme. »⁸⁸¹

Deuxièmement, les interviewés craignent que cette dévolution de compétence au juge administratif ne conduise à encombrer son rôle et, ce faisant à allonger les délais de jugement⁸⁸². Troisièmement, ils redoutent que cette mesure ne fasse perdre leurs « repères » aux entreprises, soit en rigidifiant les règles d'exécution applicables aux contrats privés de la commande publique⁸⁸³, soit, au contraire, en faisant coexister, devant le même juge, deux régimes distincts, l'un de droit privé, l'un de droit public⁸⁸⁴.

Les arguments en faveur de cette mesure sont également très diversifiés. Sans surprise, les personnes interrogées y voient une potentielle simplification des règles procédurales relatives à la répartition des compétences juridictionnelles, tant il est vrai que « l'identification du juge compétent est une sérieuse difficulté »⁸⁸⁵. En ce sens, un avocat souligne :

« L'unification au profit du juge administratif permettrait de simplifier le contentieux de la commande publique. En effet, certains avocats saisissent des tribunaux judiciaires non compétents, car ils connaissent mal les règles de procédure civile applicables en matière de référés précontractuels. La compréhension des règles peut être difficile, y compris pour les magistrats : par exemple, le tribunal administratif de Lyon a tranché plusieurs cas qui ne relevaient pas de sa compétence. »

⁸⁸¹ 1 OE. Dans cette optique, un autre interviewé appelle à une spécialisation accrue du juge administratif en matière de commande publique, ainsi qu'à une formation approfondie aux questions économiques (1 AU).

⁸⁸² 2 OE.

⁸⁸³ 1 OE.

⁸⁸⁴ 1 AV.

⁸⁸⁵ 1 AC et 2 AV.

Par ailleurs, de nombreux interviewés insistent sur le fait que cette unification des compétences juridictionnelles renforcerait la sécurité juridique, en évitant les divergences entre les juridictions⁸⁸⁶ et en améliorant la prévisibilité de la jurisprudence⁸⁸⁷. En ce sens, un avocat interviewé souligne :

*« Il est préférable, en termes de prévisibilité et d'analyse du risque, que le même juge applique les mêmes règles. C'est effectivement simplificateur pour les justiciables, comme pour les avocats pour qui la saisine du juge judiciaire est un vrai casse-tête. »*⁸⁸⁸

Par ailleurs, cette mesure « cohérente et pragmatique » permettrait, selon un avocat interviewé, de répondre à un problème plus général : « l'état de clochardisation de la justice judiciaire qui n'a ni les moyens ni les compétences pour le contentieux de la commande publique »⁸⁸⁹. Enfin, un opérateur économique, particulièrement favorable à cette mesure, s'applique à contrecarrer certaines des objections émises par ses détracteurs, en se fondant, notamment sur l'égalité devant les charges publiques :

*« La mise en place, à titre expérimental, des tribunaux d'activité économique risque de créer une rupture d'égalité devant les charges publiques dès lors que le justiciable qui entend les saisir doit s'acquitter d'une redevance proportionnelle au montant de ses prétentions. Par ailleurs, l'argument tenant au fait qu'une partie des activités des entreprises relèverait du juge judiciaire et l'autre du juge administratif n'est pas valable. En effet, toutes les entreprises qui concluent des marchés publics se trouvent déjà dans cette situation puisqu'une partie de leur activité relève des juridictions administratives et une autre des juridictions judiciaires (par exemple le contentieux du droit du travail). »*⁸⁹⁰

Au-delà des compétences juridictionnelles, les interviewés réclament des changements de méthodes des juges administratifs et pénaux.

Limites des risques contentieux et pénaux. Parmi les facteurs de complexité identifiés par les interviewés figuraient les risques contentieux et pénaux encourus et parfois

⁸⁸⁶ 1 AC et 1 AV.

⁸⁸⁷ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

⁸⁸⁸ 1 AV.

⁸⁸⁹ 1 AV.

⁸⁹⁰ 1 OE.

surestimés par les acheteurs publics. Il n'est donc pas surprenant que 6 des personnes interrogées⁸⁹¹ réclament une limitation de ces risques.

Pour encadrer davantage le risque contentieux, un avocat interviewé propose de renforcer la séparation entre deux étapes clés de la procédure applicable aux grands projets : d'une part, l'évaluation du bilan coûts/avantages, et d'autre part, la phase de passation du contrat. Lors de cette seconde phase, seuls les moyens fondés sur des erreurs de procédure pourraient être invoqués. Pour contrebalancer ce risque, voire prévenir un possible « *harcèlement contentieux* », un autre avocat suggère, à l'instar de la pratique britannique, la mise en place d'un « *filtre contentieux* » afin d'écarter les recours manifestement infondés.

Pour limiter le risque pénal, 2 personnes interrogées suggèrent de réintroduire l'exigence d'intentionnalité dans la caractérisation du délit de favoritisme⁸⁹². Un autre interviewé⁸⁹³ plaide pour une suppression pure et simple de cette infraction, estimant que l'arsenal pénal est suffisant pour réprimer les atteintes les plus graves à la probité publique. Enfin, un avocat souligne la nécessité d'accroître la transparence des procédures pénales, pour limiter l'incertitude dans laquelle se trouvent les acteurs de la commande publique pendant les 6 années d'écoulement du délai de prescription du délit de favoritisme⁸⁹⁴.

La simplification du contentieux de la commande publique peut également passer par son « *contournement* », c'est-à-dire un recours plus systématique aux modes alternatifs de règlement des différends.

Promouvoir les MARD. Pour 3⁸⁹⁵ interviewés, encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des différends permettrait une simplification du droit de la commande publique, cette promotion pouvant passer par différents moyens.

L'un d'eux estime que la création de comités de règlement des différends en interne permettrait de « *remédier aux difficultés rencontrées par les juridictions dans l'analyse technique et économique des offres* », étant entendu que cette méthode ne serait pas sans poser des problèmes d'impartialité des membres desdits comités⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ 2 AC et 4 AV.

⁸⁹² 1 AC et 1 AV.

⁸⁹³ 1 AC.

⁸⁹⁴ 1 AV.

⁸⁹⁵ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

⁸⁹⁶ 1 AC.

Un autre réclame quant à lui la suppression du comité ministériel de transaction qui, selon les retours d'expérience, ne validerait jamais les propositions qui lui sont transmises. En contrepartie, l'opérateur économique appelle à une « *valorisation des CCRA (comités consultatifs de règlements des différends)* » qui produisent, selon ses dires, des « *résultats intéressants* »⁸⁹⁷.

Synthèse. Le contentieux de la commande publique constitue un évident levier de simplification pour les personnes interrogées. Parmi les 21 interviewés, 16 se sont prononcés sur l'unification projetée des compétences contentieuses, ce qui témoigne de l'intérêt du sujet. Bien que 2 d'entre eux soient mitigés et 3 opposés à cette mesure, elle n'en apparaît pas moins consensuelle puisqu'elle recueille 11 avis favorables. Dans une moindre mesure, plus d'un quart des personnes interrogées réclame une limitation des risques contentieux et pénaux, dont on a vu qu'ils constituaient un facteur indirect de complexité au sens où ils encourageaient les autorités contractantes à se montrer très formalistes. Au-delà plusieurs propositions isolées ont été recensées.

§V. Propositions isolées

Propositions isolées. De façon surprenante, seul un interviewé réclame spontanément la « *hiérarchisation des objectifs assignés à la commande publique* »⁸⁹⁸, alors même que leur prolifération avait été identifiée comme un facteur de complexité par 8 interviewés.

Dans un autre registre, une autorité contractante suggère de promouvoir la mutualisation des achats publics, afin de pallier le manque de formation des acheteurs.

Une autre propose de supprimer la publication des avis dans la presse spécialisée, jugée trop coûteuse⁸⁹⁹.

Par ailleurs, un avocat appelle à une simplification de la composition de certains organes décisionnels, comme les commissions d'appel d'offres⁹⁰⁰ tandis qu'un opérateur économique

⁸⁹⁷ 1 OE.

⁸⁹⁸ 1 AU.

⁸⁹⁹ 1 AC.

⁹⁰⁰ 1 AV.

propose l'élaboration d'une grille de lecture permettant d'identifier clairement les décisions devant être précédées d'une délibération de l'organe collégial d'une collectivité territoriale⁹⁰¹.

Synthèse. Les cinq propositions isolées sont extrêmement bigarrées : elles vont de la hiérarchisation des objectifs, en passant par la suppression de la publicité dans la presse spécialisée, jusqu'à la recomposition des commissions d'appel d'offres et la clarification des habilitations données aux organes décisionnaires des collectivités territoriales. En outre, chacune n'ayant été formulée que par un seul interviewé, il n'est pas possible d'en dégager une tendance générale quant à leur potentiel simplificateur.

⁹⁰¹ 1 OE.

PARTIE 3

SYNTHÈSE DES SONDAGES

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur la simplification du droit de la
commande publique



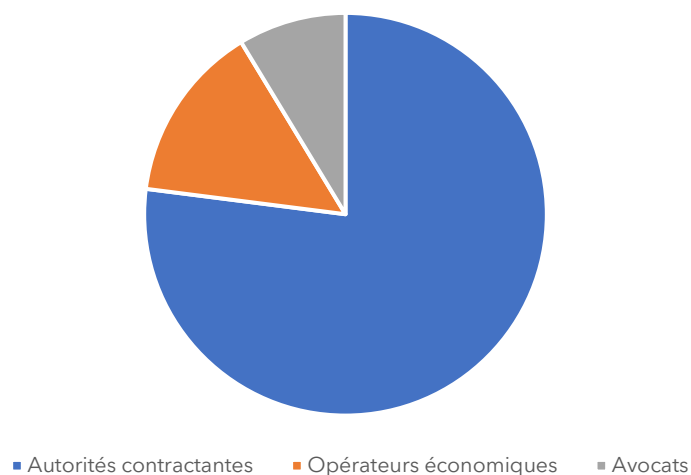
PARTIE 3 : SYNTHÈSE DES SONDAGES

INTRODUCTION

Enquête quantitative. Dans la continuité des entretiens menés auprès de 21 praticiens du droit de la commande publique, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques ainsi qu'aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure de la grille de sondages suivait celle de la grille d'entretiens. Les sondages étaient accessibles du 19 juin au 14 juillet 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers.

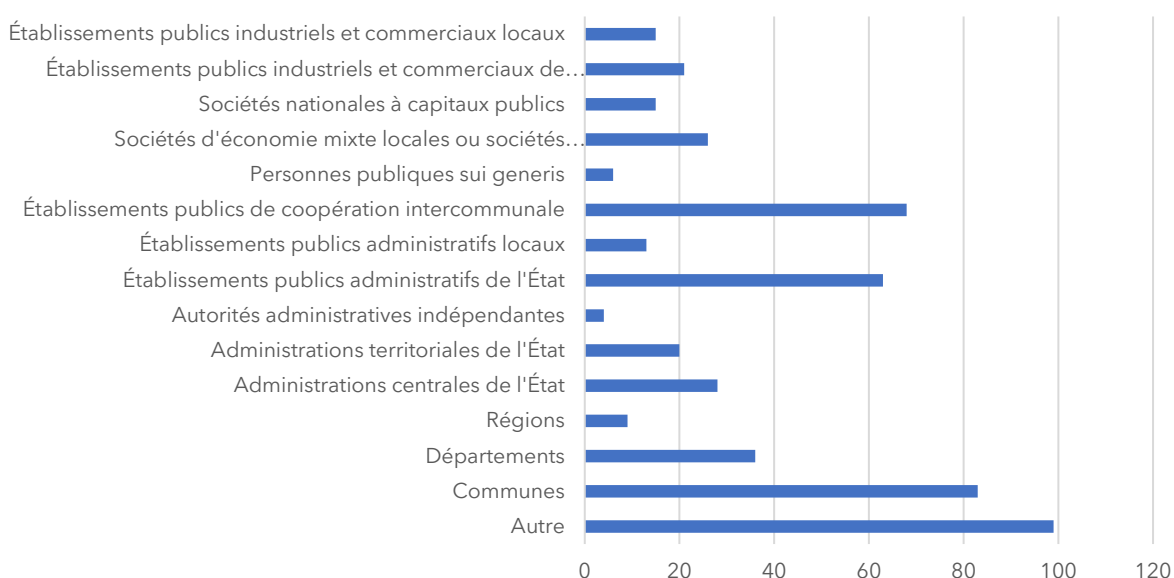
Panel des sondés. Si 1109 personnes ont ouvert le sondage, 657 ont répondu à un moins une question et 495 ont tout traité. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

Figure 3.01 : Panel des répondants au sondage



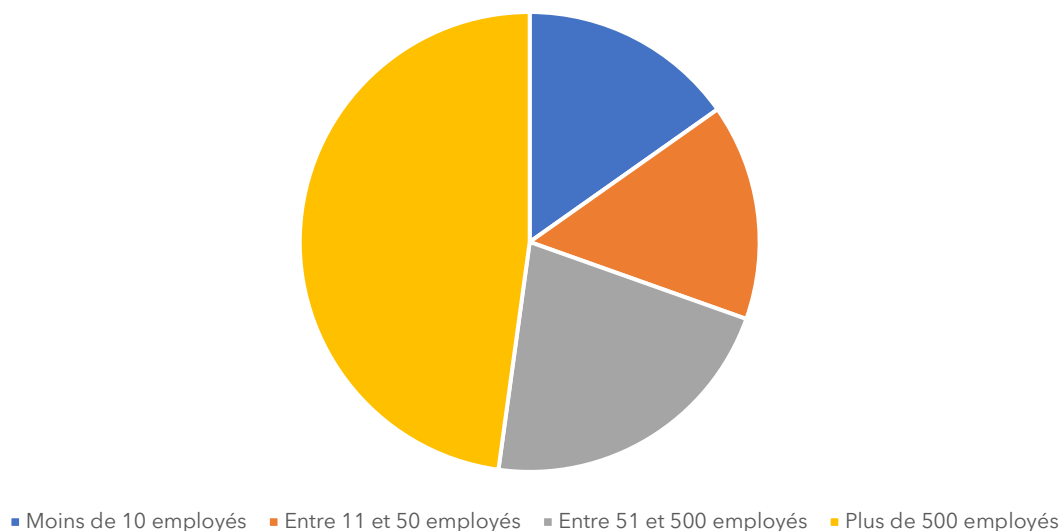
- Pour la catégorie « Autorités contractantes » : 506 autorités contractantes ont participé à l'enquête quantitative, soit 77% de l'ensemble des répondants.** Parmi elles, 99 n'apportent aucune précision sur la catégorie à laquelle elles appartiennent (« autre »), 83 sont des communes, 36 des départements, 9 des régions, 28 des administrations centrales de l'État, 20 des administrations territoriales de l'État, 4 des autorités administratives indépendantes, 63 des établissements publics administratifs de l'État, 13 des établissements publics administratifs locaux, 68 des établissements publics de coopération intercommunale, 6 des personnes publiques *sui generis*, 26 des sociétés d'économie mixte locales ou des sociétés publiques locales, 15 des sociétés nationales à capitaux publics, 21 des établissements publics industriels et commerciaux de l'État, 15 des établissements publics industriels et commerciaux locaux. **Si 48 des autorités contractantes ayant répondu aux sondages sont des petites structures de moins de 50 agents, 177 emploient entre 51 et 500 agents, et 281 plus de 501 agents. Elles sont, par ailleurs, 450 à agir en qualité de pouvoir adjudicateur et 56 en qualité d'entité adjudicatrice.** Enfin, les principaux contrats publics conclus par ces organismes sont des marchés publics de fournitures et services (477), des marchés publics de travaux (405), des marchés publics de maîtrise d'œuvre (364), des marchés globaux (107), des concessions de services (100), des marchés de partenariat ou des contrats de partenariat public-privé (36) et des concessions de travaux (24).

Figure 3.02 : Répartition par catégorie des autorités contractantes sondées



- Pour la catégorie « Opérateurs économiques » : 94 opérateurs économiques** ont participé à l'enquête quantitative, **soit 14 %** de l'ensemble des répondants. **Parmi eux, on compte 14 entreprises de moins de 10 employés, 14 entreprises comptant entre 11 et 50 employés, 20 entreprises comptant entre 51 et 500 employés, 44 entreprises de plus de 500 salariés**, 1 association à but non lucratif et 1 autre. Les opérateurs économiques sondés sont principalement titulaires de marchés publics de fournitures et services (70), de marchés publics de travaux (51), de marchés globaux (24), de marchés publics de maîtrise d'œuvre (20), de concessions de services (18), de marchés de partenariat ou contrats de partenariat public-privé (15) et de concessions de travaux (11).

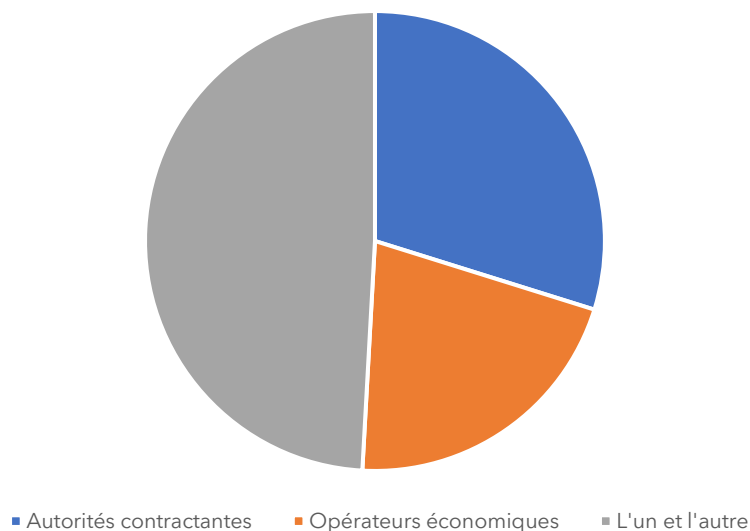
Figure 3.03 : Répartition des opérateurs économiques sondés en fonction du nombre de personnes employées



- Pour la catégorie « Avocats » : 57 avocats ont participé à l'enquête quantitative, soit 9 % de la totalité des répondants.** Parmi les avocats sondés, 17 ont moins de 5 ans d'expérience, 5 ont entre 5 et 10 ans d'expérience et 35 plus de 10 ans d'expérience. Ils sont **28 à conseiller aussi bien des autorités contractantes que des opérateurs économiques, 17 à conseiller exclusivement des autorités contractantes et 12 des opérateurs économiques.** Les dossiers sur lesquels les avocats sondés sont saisis concernent majoritairement des marchés publics de travaux (44), des marchés publics de fournitures et services (36), des concessions de service (33), des marchés publics

de maîtrise d'œuvre (31), des marchés globaux (25), des concessions de travaux (19) et des marchés de partenariat ou contrats de partenariat public-privé (16).

Figure 3.04 : Répartition par structures conseillées des avocats sondés



Thèmes abordés. Les données récoltées – présentées ci-après – sont classées dans l'ordre de la grille de sondages afin que la synthèse reste fidèle au déroulement des enquêtes de terrain. À l'instar des entretiens, les sondages débutaient par un état des lieux de la notion de simplification dans le but de dresser une étude empirique de ses composantes et des facteurs de complexité à laquelle elle entend remédier (**Section 1**). L'enquête quantitative se poursuivait par un bilan des mesures dite de simplification déjà adoptées en droit positif (**Section 2**). Elle se concluait enfin par l'évaluation de l'effet simplificateur de mesures prospectives préalablement identifiées dans la grille de sondages (**Section 3**)⁹⁰².

⁹⁰² Des résumés d'étape sont proposés au début de chaque grande subdivision.

SECTION 1 – LE REGARD DES PRATICIENS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'essentiel à retenir

Les **définitions de la simplification du droit de la commande publique** proposées par les sondés attestent de l'absence de définition unique et consensuelle, ainsi que de l'existence d'une pluralité de composantes potentiellement contradictoires de la simplification. Le panorama général issu des réponses des sondés corrobore ainsi les résultats de l'enquête qualitative, mais également les principales composantes de la simplification identifiées dans le cadre de l'état du droit et de la doctrine.

Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par les sondés se sont accompagnées, pour une partie d'entre elles, d'indications quant à la perception des sondés s'agissant de la simplification. Lorsqu'ils sont interrogés sur leur définition de **la simplification déjà réalisée** du droit de la commande publique, certains sondés expriment spontanément une **perception plutôt négative**. Une part significative d'entre eux indique que les mesures de simplification du droit de la commande publique sont trop limitées, sinon que la simplification est utopique. Leur perception est en revanche plus positive lorsqu'ils s'inscrivent dans une démarche prospective. En effet, la majorité des sondés estime que **la simplification du droit de la commande publique est réalisable**, et même souhaitable.

S'agissant de la définition positive *stricto sensu*, il est possible de distinguer, non sans une part de subjectivité, les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique, les composantes portant sur l'évolution du contenu de certaines normes précises, et les outils de simplification.

Des **composantes transversales** de la simplification du droit de la commande publique sont spontanément identifiées par les sondés. Plusieurs composantes convergent dans une certaine mesure, car reposant sur la poursuite d'objectifs communs, à l'image de **l'efficacité du droit de la commande publique, de la recherche d'un équilibre, ou d'un réexamen des normes actuelles de cette branche du droit** – en analysant le nombre de normes, leur conformité à

certaines objectifs ou leur cohérence avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique. Certains aspects légèrement plus précis naissent sous la plume d'une faible proportion de sondés, comme **la diminution du risque, la définition du besoin, ou l'amélioration des relations entre les parties et de l'exécution des contrats de la commande publique**. En revanche, des dissensions – sinon des contradictions – apparaissent entre les sondés s'agissant de deux composantes de la simplification du droit de la commande publique : **la sécurité juridique** (stabilité, intelligibilité, prévisibilité, et cohérence des normes) et **la souplesse normative** (liberté, marge de manœuvre, allouée par les normes). Alors qu'un grand nombre de sondés lie spontanément la sécurité juridique et la simplification du droit de la commande publique, la préférence des sondés va à des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes), plutôt qu'à des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement moins complexes), lorsqu'ils sont directement interrogés sur les normes qu'ils privilégieraient.

Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par certains sondés reposent sur le **contenu précis de certaines normes de la commande publique**, et sont ainsi dotées d'un aspect transversal plus restreint que les composantes précédemment identifiées. Parmi ces composantes, les plus générales portent naturellement sur **les charges administratives des autorités contractantes et des opérateurs économiques, ainsi que sur les disparités de règles ou pratiques**. Si un consensus semble apparaître au titre des premières – une part significative des sondés estimant que la simplification recouvre l'allègement du formalisme administratif et la facilitation de l'accès à la commande publique –, les réponses des sondés confirment la dissension se dessinant déjà lors des entretiens s'agissant de la seconde. En effet, les sondés ne s'accordent pas sur **la nécessité d'une harmonisation entre les règles, outils et pratiques** ni, le cas échéant, sur le degré d'harmonisation nécessaire. Le **manque de compréhension et d'uniformité** est également mis en cause, par un nombre bien plus restreint de sondés, s'agissant cette fois des procédures et des pratiques. Enfin, d'un point de vue davantage procédural, et dans la continuité à la fois de **l'allègement du formalisme** ainsi que de **l'harmonisation**, certains sondés lient spontanément la simplification du droit de la commande publique à la **réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats, aux seuils, ainsi qu'à l'assouplissement de certains aspects de la passation** (s'agissant des procédures, comme la procédure avec négociation, ou des techniques d'achat).

Au-delà des objectifs ou du contenu des mesures de simplification du droit de la commande publique, certains sondés ont inclus, au sein de leur définition ou dans leurs réponses à des questions plus précises, des **vecteurs ou outils de simplification**. S’agissant de la **création des normes**, certains sondés émettent des recommandations générales quant à des aspects formels de rédaction, à la participation des praticiens à la création des normes, ou encore aux sources qui devraient être mobilisées. Le seul consensus qui apparaisse tient au fait que **la jurisprudence n’a pas la préférence des sondés face au droit « dur » ou au droit « souple » (comme les guides de la DAJ)**. La **codification du droit de la commande publique** fait néanmoins l’objet d’une perception contrastée, la majorité des sondés l’incluant positivement dans leur définition, non sans identifier des limites propres à la structure et à la lisibilité du code. Dans le prolongement, une faible proportion de sondés met spontanément en cause l’efficacité et l’effet simplificateur des outils actuels de la commande publique (comme ceux ayant trait à la publicité ou à la facturation), qui gagneraient à être améliorés. Enfin et en complément, **l’intensification de l’accompagnement des acteurs de la commande publique** apparaît comme un outil efficace et souhaité de simplification, bien que les sondés ne s’accordent pas nécessairement sur le contenu, les formes ou les destinataires d’un tel accompagnement.

S’agissant cette fois des **facteurs de complexité** que la simplification entend pallier, l’enquête quantitative confirme, sans grande surprise, l’hypothèse proposée au stade de l’état du droit et de la doctrine ainsi qu’à l’occasion des entretiens : la **complexité du droit** de la commande publique est **multifactorielle**. Sur cette question, les sondages présentent néanmoins un intérêt supplémentaire au sens où ils permettent d’évaluer avec davantage de précision le poids respectif de chacun de ces facteurs de complexité pour les praticiens de la commande publique. L’analyse quantitative de ces facteurs met ainsi en évidence que, selon la majorité des répondants, la complexité du droit de la commande publique résulte principalement des **textes juridiques** puisque celle-ci est alimentée par la **multiplication des objectifs assignés à la commande publique, l’inflation normative, le formalisme exigé par les textes**, la surtransposition des directives européennes, la multiplicité des procédures de passation, le manque de clarté et de lisibilité des textes, l’inaccessibilité, la rigidité ainsi que l’inadaptation des règles à la pratique. À rebours, **l’interprétation des règles et la pratique du droit de la commande publique** – en l’occurrence **la jurisprudence**, le

formalisme pratique, le facteur humain, la définition du besoin ou encore l'analyse des offres – joueraient un rôle mineur dans cette complexité.

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux empirique de la simplification du droit de la commande publique, les sondés étaient invités à en proposer une définition positive (§I.). Le questionnaire comportait ensuite des questions relatives aux facteurs de complexité entravant la simplicité de ce droit, c'est-à-dire la définition négative de la simplification du droit de la commande publique (§II.). Afin d'éviter toute falsification des résultats, le questionnaire a pris soin d'afficher sur une page préliminaire indépendante la question ouverte sur la définition, selon les sondés, de la simplification du droit de la commande publique. Cette précaution technique⁹⁰³ entend réduire les risques de biais dans les résultats pouvant provenir d'une quelconque influence des questions suivantes. Elle était nécessaire au regard de la deuxième phase de l'enquête. Effectivement, dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir, parmi une sélection de plusieurs composantes et moyens potentiels de simplification, ceux qui, selon eux, participent à la simplification du droit de la commande publique. La même démarche a été adoptée s'agissant de la définition négative de la simplification du droit de la commande publique, c'est-à-dire concernant les facteurs de complexité de ce droit. Ainsi, le questionnaire comportait une page préliminaire indépendante avec la question ouverte sur les facteurs de complexité du droit de la commande publique spontanément identifiés par les sondés, avant de proposer un choix entre plusieurs facteurs de complexité potentiels. Une précision terminologique doit ici être apportée s'agissant des réponses qualifiées de spontanées dans la synthèse ci-dessous, car n'étant guidées par aucune proposition de réponse. Il s'agit en effet des réponses aux questions dites ouvertes (celles demandant la définition de la simplification du droit de la commande publique ou des facteurs de complexité de ce droit, avant toute proposition d'élément de définition ou de facteur de complexité).

⁹⁰³ À noter : aucun retour en arrière n'était autorisé lors de l'enquête afin de, là encore, préserver l'authenticité des résultats.

§I. Le regard des sondés sur la définition positive de la simplification du droit de la commande publique

Pluralité de composantes et de perceptions de la simplification du droit de la commande publique. Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par 506 sondés⁹⁰⁴ révèlent l'absence de définition unique qui fasse pleinement consensus, confirmant ainsi les résultats de l'enquête qualitative⁹⁰⁵. En outre, les définitions données ont parfois conduit les sondés à mettre en avant des facteurs de complexité voire à faire des propositions de simplification, alors que ces éléments étaient questionnés ultérieurement.

Il est possible de classer les réponses des sondés en différents outils, objets et composantes de la simplification du droit de la commande publique. Cette présentation peut être complétée par celle fondée sur le nombre de réponses recueillies pour chaque composante de la simplification. Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade pour ces deux présentations (classement par composante/outil/objet et classement par ordre d'importance). L'analyse des réponses des sondés sur les éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique nécessitait un regroupement par mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie.

Par ailleurs, les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par les sondés sont fréquemment denses et incluent ainsi plusieurs composantes, outils et objets de la simplification. Un grand nombre de sondés est ainsi comptabilisé dans plusieurs des subdivisions ci-dessous.

Le tableau ci-après dresse la liste des composantes de la simplification du droit de la commande publique identifiées spontanément par les sondés, et les classe par ordre de grandeur (de la composante ayant été identifiée par le plus grand nombre de sondés à celle ayant recueilli le nombre le plus faible de réponses des sondés) (**Figure 3.05**).

⁹⁰⁴ 404 AC, 36 AV et 66 OE.

⁹⁰⁵ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

Figure 3.05 : Éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique spontanément identifiés par les sondés

	AV	AC	OE	Total
<i>Nombre de réponses exploitables⁹⁰⁶</i>	36	404	66	506
Sécurité juridique	12	112	15	139
Efficacité du droit de la commande publique	3	78	7	88
Allègement du formalisme administratif	1	76	9	86
Facilitation de l'accès à la commande publique	2	67	10	79
Souplesse	2	57	5	64
Assouplissement des procédures ou techniques d'achat	5	46	5	56
Harmonisation ou uniformisation des règles et outils	1	29	9	39
Évolution du nombre de normes	3	27	8	37
Recherche d'un équilibre	2	30	1	33
Assouplissement du recours à la négociation	0	22	0	22
Seuils	1	16	2	19
Réévaluation des normes existantes	2	13	3	18
Cohérence des normes	2	10	2	14
Renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique	0	11	2	13
Lisibilité des procédures et pratiques	1	10	1	12
Codification	1	7	4	12
Simplification des outils de la commande publique	1	10	0	11
Réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats	2	7	1	10
Principes fondamentaux de la commande publique	2	4	2	8
Modalités de création et de rédaction des normes	1	6	1	8
Responsabilisation/autonomie des autorités contractantes	0	6	0	6
Amélioration des relations et de l'exécution du contrat	2	2	1	5
Diminution du risque	1	3	0	4
Sources des normes de simplification	0	2	1	3
Définition du besoin	0	1	1	2

La classification ici proposée des composantes, outils et objets de la simplification du droit de la commande publique permet une distinction selon que ces composantes sont transversales et irriguent l'intégralité de ce droit (**B.**), qu'elles visent plus spécifiquement l'évolution du contenu de certaines normes (**C.**), ou encore les outils de simplification (**D.**). En écho aux propos des interviewés⁹⁰⁷, certains sondés fournissent leur perception, positive ou négative, de la simplification du droit de la commande publique, lorsqu'ils sont interrogés sur la définition de cette dernière (**A.**).

A. La perception contrastée de la simplification du droit de la commande publique

A priori diversifiés de la simplification du droit de la commande publique. Interrogés sur la définition qu'ils retiennent de la simplification du droit de la

⁹⁰⁶ 10 autres sondés ont également fourni une réponse à la question portant sur la définition de la simplification du droit de la commande publique, mais leurs réponses ne sont pas compréhensibles et ne sont donc pas comptabilisées.

⁹⁰⁷ Cf. *supra*, Partie 2, Section 2.

commande publique, 85 sondés⁹⁰⁸ – en majorité des autorités contractantes – ont répondu en indiquant leur perception de cette simplification. Leurs réponses, combinées à celles des sondés ayant répondu aux questions de savoir si la simplification est un objectif prioritaire et réalisable, révèlent que la simplification du droit de la commande publique est considérée comme nécessaire par une partie des praticiens (3.), mais peu réalisée jusqu'à présent (2.). D'autres sondés sont bien plus pessimistes quant aux mesures de simplification (1.) et mettent en doute la possibilité même de parvenir à une simplification effective (4.). Enfin, certains estiment que la professionnalisation des acteurs de la commande publique est un prérequis, voire une priorité face à la simplification du droit éponyme (5.).

1. L'a priori négatif de la simplification du droit de la commande publique

Données. Seul un sondé (sur les 85 donnant spontanément leur perception de la simplification du droit de la commande publique, soit 1,18 %) indique que celle-ci existe déjà et ainsi qu'elle est déjà réalisée⁹⁰⁹. À l'inverse, 33 sondés⁹¹⁰ (soit 38,82 % des 85 sondés) soulignent spontanément que la simplification n'est aucunement réalisée pour l'instant, et même que les mesures dites de simplification se sont jusqu'à présent soldées par un échec, sinon qu'elles ont produit des effets délétères.

Simplification non réalisée. Certains sondés soulignent que la simplification du droit de la commande publique est « *lente et [...] plutôt inopérante* »⁹¹¹, « *[i]nsuffisante, voire inexistante* »⁹¹², que « *c'est un effet d'annonce qui a du mal à se concrétiser dans les faits* »⁹¹³, une « *entreprise marketing vaine* »⁹¹⁴, une « *arlésienne* »⁹¹⁵, une « *[a]rdente nécessité [mais*

⁹⁰⁸ 63 AC sur 404 (soit 15,59 %), 8 AV sur 36 (soit 22,22 %) et 14 OE sur 66 (soit 21,21 %).

⁹⁰⁹ À la question de savoir comment elle définirait la simplification du droit de la commande publique, une autorité contractante répond simplement : « *[d]éjà existant* ».

⁹¹⁰ 26 AC, 1 AV et 6 OE.

⁹¹¹ 1 AC.

Dans le même sens, 2 autorités contractantes sondées mettent en exergue l'inefficacité des mesures dites de simplification du droit de la commande publique jusqu'à présent. La première qualifie la simplification de « *[c]ontraignante car le service marchés publics de la ville ne dispose pas de process et il ne préconise pas le recours à la procédure "sans publicité ni mise en concurrence" pour les travaux. La simplification n'est pas utilisée* ». La seconde souligne le maintien de pratiques potentiellement non conformes au droit : « *[d]e nombreux collègues de ma collectivité ne respectent pas le code de la commande publique en demandant 3 devis* ».

3 autres sondés partagent cet avis, mais donnent des réponses moins détaillées, l'un soulignant uniquement que la simplification du droit de la commande publique est « *[p]oussive* » (1 AC), le deuxième indiquant qu'il s'agit de « *[t]out sauf [d']une réelle simplification* » (1 AV), et le troisième mettant en exergue l'existence de « *plusieurs mesures de simplification depuis 10/15 ans qui ne simplifient pas réellement la commande publique* ».

⁹¹² 1 AC.

⁹¹³ 1 OE.

⁹¹⁴ 1 OE.

⁹¹⁵ 1 AC.

une] [...] *illusion* »⁹¹⁶, une « *obligation [tout autant qu'] un danger [et qu']un leurre* »⁹¹⁷, ou encore qu'elle constitue « *[u]n objectif qu'on n'atteint jamais, car ça ne veut rien dire* »⁹¹⁸.

Dans le même sens, divers qualificatifs employés par certains de ces 33 sondés révèlent que la simplification est, au moins pour l'instant, fortement abstraite selon ces praticiens. La simplification du droit de la commande publique n'est à leurs yeux « *qu'un mot* »⁹¹⁹, est depuis « *longtemps annoncé[e], jamais réalisé[e]* »⁹²⁰, et même « *[d]éconnecté[e] de la réalité, notamment pour les collectivités territoriales les plus modestes* »⁹²¹.

Effets négatifs des mesures dites de simplification. Plus encore, la majorité des 33 sondés ayant une perception négative des mesures de simplification adoptées jusqu'à présent – soit 19 sondés⁹²² sur 33 (ce qui représente 57,58 % des 33 sondés) – met en exergue les conséquences négatives produites par ces mesures. Sont ainsi soulignées les difficultés de maîtrise des règles en constante évolution⁹²³, « *l'ajout de sous-couches à un mille-feuille administratif et juridique déjà complexe* » malgré des avancées⁹²⁴, l'augmentation et la rigidité des nouvelles règles ainsi créées⁹²⁵, et – dans la continuité – aussi bien la nature contre-

⁹¹⁶ 1 AC.

⁹¹⁷ 1 AC.

⁹¹⁸ 1 AC.

⁹¹⁹ 1 AC.

⁹²⁰ 1 AC.

⁹²¹ 1 AC.

⁹²² 16 AC et 3 OE.

⁹²³ « *Pitié arrêtez avec vos simplifications qui ne nous simplifient rien du tout. J'ai connu le code des marchés publics et je me souviens encore des articles et de leur contenu. Depuis votre réforme du Code de la commande publique, je n'arrive plus à suivre et retenir les articles. C'est infernal* » (1 AC).

Une autre autorité contractante et un opérateur économique partagent cet avis. Selon la première, « *[c]e n'est jamais réellement une simplification. Tout changement entraîne des modifications d'habitudes, et la majorité des personnes se retrouvent perdues avec toutes ces modifications* ». Selon le second, il s'agit d'une « *[s]implification factice. Cela ajoute toujours des nouvelles dispositions à respecter. Toujours autant de documentation à remettre. Toujours plus de contrôle pour les acheteurs. Il n'y a pas que les seuils* ».

⁹²⁴ « *Les opérations de simplification de la commande publique mises en œuvre ces dernières années sont considérées en pratique comme l'ajout de sous-couches à un mille-feuilles administratif et juridique déjà complexe. De réelles avancées ont été réalisées mais certaines nécessitent une prise de recul et une adaptation à la pratique ; pour être dans l'actualité : les nouveaux modules de publicité et leur mise en œuvre. L'accompagnement proposé reste en surface, l'interlocuteur et les participants ne savent pas ce qu'ils remplissent ou ce qu'ils ne doivent pas renseigner. Des moyens sont mis à disposition et manque clairement de communication à l'ensemble des acheteurs* » (1 AC).

Dans le même sens, bien que la réponse soit bien moins développée, une autre autorité contractante affirme que « *[t]oute simplification relative est une lourdeur administrative en plus* » et, selon une troisième autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique se traduit « *[p]ar une charge administrative supplémentaire sur les acheteurs publics* ».

⁹²⁵ « *L'ensemble des réformes destinées à alléger les procédures de marchés publics se traduit bien souvent par un décalage entre les objectifs affichés et la réalité professionnelle. L'inflation normative ces dernières en est témoin. Par exemple : l'ancien Code des marchés publics, qui comportait 399 articles en 1964, a évolué au fil du temps pour atteindre 1747 articles en 2019 dans le Code de la commande publique. Autre exemple : le durcissement des obligations dues au verdissement de la commande publique* » (1 AC).

productive de certaines mesures dites de simplification⁹²⁶ que l'accentuation de la complexité préexistante⁹²⁷.

2. Le renforcement souhaité de la simplification du droit de la commande publique

Données. 6 sondés⁹²⁸ sur 85 (soit 7,06 %) ont une opinion plus nuancée en estimant que les mesures de simplification du droit de la commande publique sont simplement insuffisantes.

Spectre trop restreint des mesures de simplification. Les réponses de 2 autorités contractantes révèlent que ces mesures visent principalement les opérateurs économiques, l'une affirmant que « [l]a simplification n'est pas du côté des acheteurs », l'autre soulignant que la simplification devrait également être à destination des autorités contractantes, car « [l]es petites collectivités n'ont pas non plus forcément les ressources humaines nécessaires pour recruter un acheteur et un gestionnaire marchés publics ».

Réalisation partielle de la simplification. Certains sondés reconnaissent plus explicitement que la simplification du droit de la commande publique est partiellement réalisée.

⁹²⁶ Tel est le cas de 5 AC et 2 OE.

Certaines autorités contractantes mettent en exergue la nature « [p]otentiellement dangereuse [des mesures de simplification] pour la profession d'acheteur car [elles auront] pour conséquence de remettre en cause certaines procédures », l'« ajout[...] de[...] contraintes aux acheteurs », et les effets « chronophage[s] » de ces mesures. Une autorité contractante et un opérateur économique soulignent l'absence de fonctionnalité des outils dits de simplification, estimant que cette dernière est « très complexe et frustrante notamment sur la rédaction des AAPC via PLACE, outil imposé qui ne fonctionne pas et génère du retard dans nos passations. Nous avons 3 tickets en souffrance dont un depuis 6 mois non résolus » (1 AC), et soulignant l'existence d'« outils voulus simples mais qui ne fonctionnent pas, des seuils revus chaque année, une complexité sur les supports de parution (BOAMP/JOUE/JAL et maintenant SHAL) » (1 OE).

2 sondés émettent des critiques encore plus acerbes en estimant que la simplification est « source d'insécurité des achats » (1 AC) et qu'elle génère des risques précis : « [r]isque de réduction de la transparence : En simplifiant les procédures, il peut y avoir une diminution de la transparence, ce qui pourrait faciliter les pratiques de favoritisme ou de corruption. Moins de contrôle et de surveillance : La simplification peut entraîner une réduction des contrôles et des vérifications, augmentant ainsi le risque de mauvaise gestion des fonds publics. Qualité des offres : En rendant les procédures plus accessibles, il est possible que la qualité des offres soumises diminue, car les exigences pourraient être perçues comme moins strictes. Inégalité de traitement : Les grandes entreprises, mieux équipées pour naviguer dans les procédures simplifiées, pourraient bénéficier davantage que les PME, ce qui pourrait aggraver les inégalités. Complexité cachée : Parfois, la simplification apparente peut masquer une complexité sous-jacente, rendant en réalité les procédures plus difficiles à comprendre et à suivre pour certaines entreprises » (1 OE).

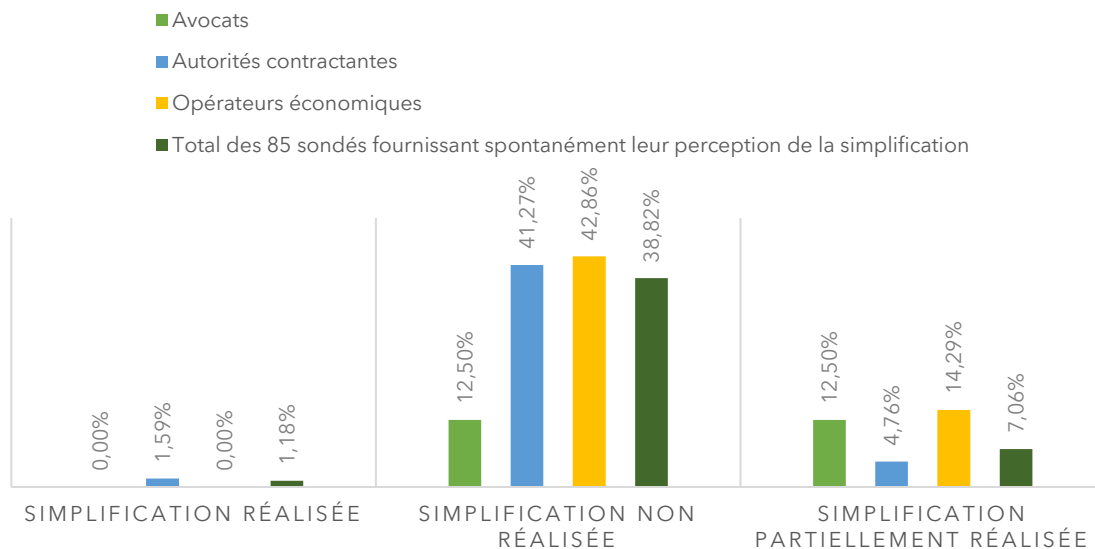
⁹²⁷ Tel est le cas de 5 AC, selon lesquelles la simplification « complexifie parfois la tâche des acheteurs », « signifie complexifier les choses en pratique », est « abstraite : on parle de simplification mais je constate que nous n'allons aucunement dans ce sens et nous compliquons les choses aussi bien pour l'opérateur que l'adjudicateur », « [c]omplexe, peu efficace, contraignant[e], ne permettant pas de réaliser des économies », ou encore conduit à « tout faire sauf[...] simplifier » le droit de la commande publique.

⁹²⁸ 3 AC, 1 AV et 2 OE.

Le plus critique d'entre eux indique que la simplification est « [t]rop restrictive », et devrait permettre « d'assouplir les règles de procédure, notamment en direction des petites et moyennes entreprises afin de favoriser la concurrence tout en sécurisant les procédures »⁹²⁹. Selon une autre autorité contractante, plus optimiste, cette simplification est « [e]n bonne voie, avec encore des efforts à produire sur la partie réponse aux procédures de mise en concurrence (notamment les documents de candidature à fournir par les candidats et leurs sous-traitants) ». Un avocat souligne dans le même sens la réalisation d' « efforts, mais pas toujours les résultats escomptés », et 2 opérateurs économiques estiment que la simplification du droit de la commande est « [p]erfectible » ou « [n]écessaire mais inaboutie ».

Le graphique ci-après résume les réponses des sondés quant à la perception du degré de réalisation de la simplification du droit de la commande publique, spontanément donnée par certains des 85 sondés lorsqu'ils ont été interrogés sur la définition de la simplification (**Figure 3.06**).

Figure 3.06 : Perception du degré de réalisation de la simplification du droit de la commande publique spontanément fournie par certains sondés⁹³⁰



⁹²⁹ 1 AC.

⁹³⁰ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte le total des 85 sondés ayant spontanément fourni leur perception de la simplification du droit de la commande publique (et non des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique).

3. La nécessité de la simplification du droit de la commande publique

Données. 28 (majoritairement des autorités contractantes)⁹³¹ des 85 sondés se prononçant spontanément sur leur perception de la simplification du droit de la commande publique (soit 32,94 %), soulignent d’eux-mêmes que celle-ci est essentielle, voire prioritaire. Ce constat est fortement conforté par les réponses données à une autre question du sondage. Les participants étaient, cette fois, directement interrogés sur le fait que la simplification du droit de la commande publique soit prioritaire. Sur les 561 sondés⁹³² ayant fourni une réponse, 491 répondent par la positive (soit 87,52 %)⁹³³ et seulement 70 par la négative (soit 12,48 %)⁹³⁴.

Utilité de la simplification. Les plus pondérés de ces sondés – 10 sondés⁹³⁵ sur 28 (soit 35,71 %) – soulignent que la simplification du droit de la commande publique est « utile »⁹³⁶, « [u]ne bonne chose »⁹³⁷, « une bonne idée à voir dans la pratique »⁹³⁸, « une attente largement partagée »⁹³⁹, « [u]n vaste projet ambitieux mais nécessaire, qui nécessite une concertation entre toutes les parties prenantes de la commande publique »⁹⁴⁰, un « véritable enjeu dans le but de simplifier l’acte d’achat »⁹⁴¹, ou encore « un axe de progrès majeur »⁹⁴².

Impératif de simplification. 18 sondés⁹⁴³ sur 28 (soit 64,29 %) vont plus loin en qualifiant la simplification du droit de la commande publique d’« essentielle »⁹⁴⁴, de « besoin »⁹⁴⁵, d’« [i]ndispensable pour ne pas freiner les entreprises »⁹⁴⁶, d’« évidence »⁹⁴⁷, de « nécessité »⁹⁴⁸, voire de « nécessité absolue »⁹⁴⁹. 2 autorités contractantes estiment même que

⁹³¹ 21 AC, 4 AV et 3 OE.

⁹³² 449 AC, 39 AV et 73 OE.

⁹³³ 397 AC sur 449 AC (soit 88,42 %), 36 AV sur 39 AV (soit 92,31 %), et 58 OE sur 73 OE (soit 79,45 %).

⁹³⁴ 52 AC sur 449 AC (soit 11,58 %), 3 AV sur 39 AV (soit 7,69 %) et 15 OE sur 73 OE (soit 20,55 %).

⁹³⁵ 9 AC et 1 OE.

⁹³⁶ 4 AC.

⁹³⁷ 1 OE.

⁹³⁸ 1 AC.

⁹³⁹ 1 AC.

⁹⁴⁰ 1 AC.

⁹⁴¹ 1 AC.

⁹⁴² 1 AC.

⁹⁴³ 12 AC, 4 AV et 2 OE.

⁹⁴⁴ 1 AC et 1 AV.

⁹⁴⁵ 1 AC.

⁹⁴⁶ 1 AC.

⁹⁴⁷ 1 AC.

⁹⁴⁸ Certains sondés estiment dans le même sens que la simplification du droit de la commande publique est nécessaire (6 AC, 2 AV et 2 OE).

⁹⁴⁹ 1 AV.

la simplification du droit de la commande publique est « *prioritaire* » et constitue « [u]ne *urgence* ».

4. La nature réalisable de la simplification du droit de la commande publique

Données. S’agissant de la possibilité de réellement procéder à la simplification du droit de la commande publique, les résultats du sondage sont encore plus tranchés. Si 14 sondés⁹⁵⁰ (soit 16,47 % des 85 sondés interrogés sur la définition de la simplification du droit de la commande publique, et donnant dans ce cadre leur perception de la simplification) émettent spontanément des doutes quant à la possibilité de procéder à une simplification effective, la majorité des sondés interrogés spécifiquement sur la nature réalisable de cette simplification estime que cet objectif peut être atteint.

Doutes isolés sur la nature réalisable de la simplification. Certains de ces 14 sondés semblent implicitement mettre en cause la nature réalisable de la simplification du droit de la commande publique, en estimant que la simplification est elle-même obscure ou complexe. La simplification du droit de la commande publique est ainsi qualifiée de « [n]ébuleuse »⁹⁵¹, « [p]as si simple que cela »⁹⁵², « [c]omplexe »⁹⁵³, « [l]aborieuse »⁹⁵⁴, ou même d’« [o]paque »⁹⁵⁵.

D’autres sondés – près de la moitié (6⁹⁵⁶ sur 14, soit 42,86 %) – adoptent spontanément une position plus critique, en affirmant que la simplification du droit de la commande publique est un « *mythe* »⁹⁵⁷, une « *illusion* »⁹⁵⁸, ou encore une « *fiction* »⁹⁵⁹. L’un d’entre eux semble même estimer que toute entreprise de simplification du droit est vouée à l’échec : « *le droit positif, par nature, est-il vraiment simplifiable ?* »⁹⁶⁰.

Consensus sur la nature réalisable de la simplification. En revanche, les 558 sondés⁹⁶¹ ayant répondu à la question de savoir si la simplification du droit de la commande

⁹⁵⁰ 9 AC, 2 AV et 3 OE.

⁹⁵¹ 2 AC et 1 AV.

⁹⁵² 1 AC et 1 OE.

⁹⁵³ 1 AC.

⁹⁵⁴ 1 OE.

⁹⁵⁵ 1 AV.

⁹⁵⁶ 5 AC et 1 OE.

⁹⁵⁷ 2 AC.

⁹⁵⁸ 2 AC.

⁹⁵⁹ 1 OE.

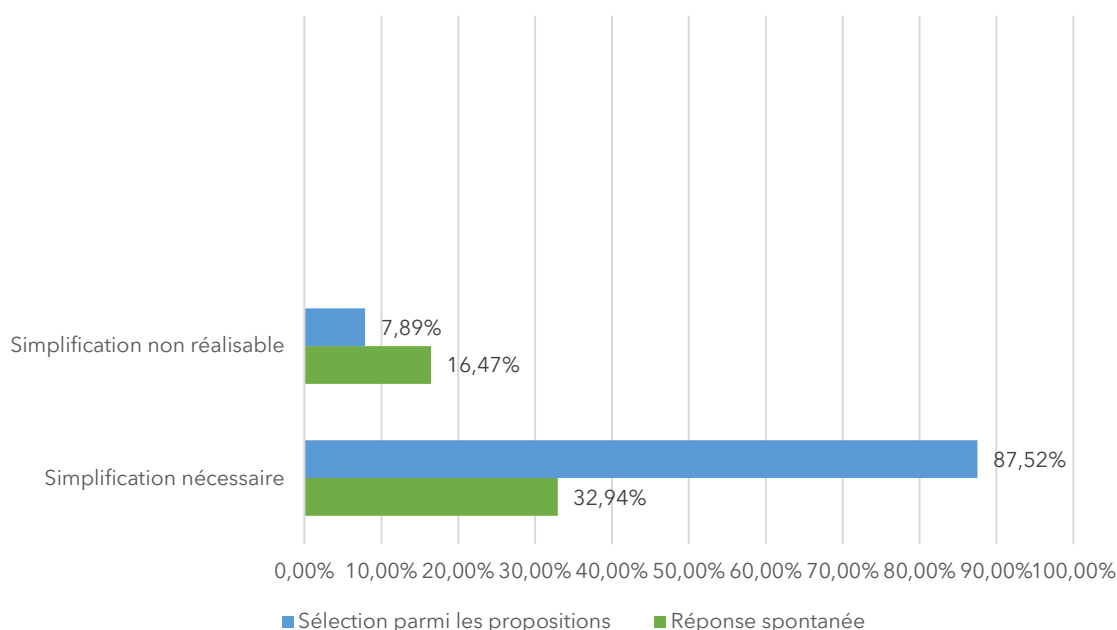
⁹⁶⁰ 1 AC.

⁹⁶¹ 447 AC, 42 AV et 69 OE.

publique est un objectif réalisable ont répondu presque unanimement (514⁹⁶² sur 558⁹⁶³, soit 92,11 %) par la positive.

Le graphique ci-après procède à une comparaison des réponses des sondés quant à la nature à la fois réalisable et souhaitable de la simplification du droit de la commande publique (**Figure 3.07**).

Figure 3.07 : Comparatif sommaire entre la perception spontanée de la simplification du droit de la commande publique des sondés et leurs réponses à des questions fermées relatives aux caractères nécessaire et réalisable de la simplification⁹⁶⁴



⁹⁶² 415 AC sur 447 AC (soit 92,84 %), 38 AV sur 42 AV (soit 90,48 %) et 61 OE sur 69 OE (soit 88,41 %).

⁹⁶³ Seuls 44 sondés ont répondu négativement, estimant que la simplification du droit de la commande publique n'est pas un objectif réalisable : 32 AC sur 447 AC (soit 7,16 %), 4 AV sur 42 AV (soit 9,52 %) et 8 OE sur 69 OE (soit 11,59 %).

⁹⁶⁴ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 85 sondés ayant spontanément fourni leur perception de la simplification du droit de la commande publique (et non des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique).

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte est celui du nombre total de sondés ayant répondu à chacune de ces questions (soit 561 sondés pour la question de savoir si la simplification du droit de la commande publique est prioritaire, ici regroupée avec les réponses spontanées s'agissant du caractère nécessaire de la simplification, et 558 sondés pour la question de savoir si cette simplification est réalisable).

5. La professionnalisation des acteurs et simplification du droit de la commande publique

Données. 6 sondés⁹⁶⁵ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,19 % des sondés ayant fourni une définition) – associent le manque de formation des acteurs de la commande publique avec la simplification de ce droit. La conclusion tirée est toutefois différente d'un sondé à l'autre : certains estiment que la simplification implique une professionnalisation des acteurs, tandis que d'autres affirment que la simplification est peu utile face à la professionnalisation, ou moins importante que cette dernière.

Inclusion de la professionnalisation des acteurs au sein de la simplification. Pour 2 autorités contractantes (sur 6 sondés, soit 33,33 %), les mesures de simplification devraient notamment comprendre la *« professionnalisation des acteurs de l'achat public, ce qui pourrait consister, entre autres, à revaloriser la fonction de juriste marchés publics reléguée dans de nombreuses administrations à des postes de catégorie B au lieu de catégorie A, mais aussi à former les agents en charge de la commande publique »* ou, dans le même ordre d'idées, la simplification reposerait sur le fait de *« permettre aux acheteurs publics d'avoir les moyens RH et financiers et être formés correctement pour promouvoir le développement durable et autres politiques publiques associées à la commande publique et permettre l'efficience des marchés publiés »*.

Professionnalisation prioritaire face à la simplification. En revanche, selon 4 sondés sur 6 (soit 66,67 %), qui abondent dans le même sens qu'un interviewé⁹⁶⁶, *« [l]a simplification de la commande publique est un objectif créé pour masquer la perte des compétences »*⁹⁶⁷, *« plus que la simplification c'est de la compétence qu'il faut : des mesures de simplification existent déjà, des acheteurs ne s'en saisissent pas »*⁹⁶⁸, ou encore *« [l]a réglementation en elle-même n'est pas complexe, c'est juste que les gens ne sont pas formés »*⁹⁶⁹. Un opérateur économique partage cet avis et estime que ce manque de compétence

⁹⁶⁵ 4 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

⁹⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

⁹⁶⁷ 1 AC.

⁹⁶⁸ 1 AC.

⁹⁶⁹ 1 AV.

se manifeste particulièrement s'agissant de la définition du besoin, « *générant incompréhensions et erreurs du côté des opérateurs économiques* ».

B. Les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique

Diversité des composantes transversales. Plusieurs composantes de la simplification identifiées par les sondés sont transversales en ce qu'elles irriguent l'ensemble du droit de la commande publique. Ainsi, elles ne portent pas sur l'évolution du contenu précis de certaines normes ou des outils de simplification. En ce sens, certaines composantes sont particulièrement vastes, à l'image de la souplesse des normes ou de la sécurité juridique, qui divisent les sondés (1.). Dans la continuité, certains estiment que la responsabilisation des autorités contractantes devrait être accentuée par davantage de souplesse, tandis que d'autres affirment que la responsabilité juridique encourue par ces autorités est excessive (2.). Faisant écho à ces oppositions, la simplification pourrait reposer sur la recherche d'un équilibre (3.). L'efficacité du droit de la commande publique constitue également une composante essentielle de la simplification selon une partie des sondés (4.). Dans cet ordre d'idées, les normes actuelles pourraient être réévaluées à l'aune de certains objectifs (5.), du nombre total de normes (6.) ou de certains principes fondamentaux de la commande publique (7.). En complément, une faible proportion de sondés associe la simplification du droit de la commande publique à la diminution du risque (8.), à la définition du besoin (9.), ou encore à l'amélioration des relations et de l'exécution des contrats de la commande publique (10.).

1. Les divergences entre souplesse et sécurisation

Données. 64 sondés⁹⁷⁰ (des 506 sondés ayant indiqué la définition qu'ils retiennent de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,65 %) mettent spontanément l'accent sur une composante de la simplification : l'assouplissement normatif, ou selon, la flexibilité des règles. En revanche, 139 sondés⁹⁷¹, parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 27,47 %), identifient spontanément la sécurité juridique ou l'une de ses composantes (à l'image de la stabilité ou la

⁹⁷⁰ 57 AC sur 404 (soit 14,11 %), 2 AV sur 36 (soit 5,56 %), et 5 OE sur 66 (soit 7,58 %).

⁹⁷¹ 112 AC sur 404 (soit 27,72 %), 12 AV sur 36 (soit 33,33 %) et 15 OE sur 66 (soit 22,73 %).

clarté des normes évoquées dans l'état du droit et de la doctrine⁹⁷²) comme un élément de définition de la simplification.

Les réponses de 510 sondés⁹⁷³ à une autre question confortent le contraste entre une part significative des praticiens souhaitant un assouplissement et ceux qui, à l'inverse, appellent de leurs vœux davantage de sécurisation. En effet, à la question de savoir s'ils préfèrent des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes) ou des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes), 305 sondés⁹⁷⁴ privilégient des normes générales (soit 59,8 %) tandis que 205 sondés⁹⁷⁵ choisissent des normes détaillées (soit 40,2 %).

Ainsi, et comme le résume le graphique ci-après (**Figure 3.08**), les sondés sont fortement divisés quant à l'importance respective de la souplesse normative et de la sécurité juridique à l'égard de la simplification du droit de la commande publique. Plus encore, la dynamique est inversée entre les réponses dites spontanées et les réponses à la question fermée : alors que davantage de sondés lient spontanément la sécurité juridique à la simplification (plutôt que la souplesse normative à la simplification), les sondés privilégient la souplesse normative lorsqu'ils sont directement interrogés sur leur préférence entre des normes plus souples ou des normes plus sécurisantes.

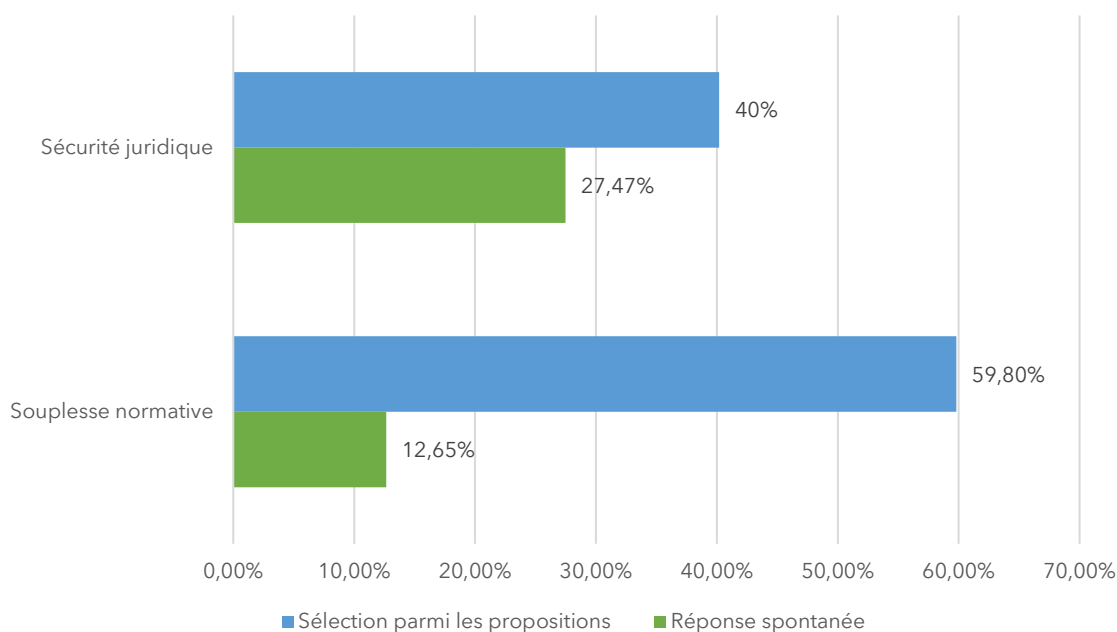
⁹⁷² Cf. *supra*, Partie 1, Section 1, §II., C., 2.

⁹⁷³ 408 AC, 36 AV, et 66 OE.

⁹⁷⁴ 242 AC sur 408 AC (soit 59,31 %), 24 AV sur 36 AV (soit 66,67 %) et 39 OE sur 66 OE (soit 59,09 %).

⁹⁷⁵ 166 AC sur 408 AC (soit 40,69 %), 12 AV sur 36 AV (soit 33,33 %) et 27 OE sur 66 OE (soit 40,91 %).

Figure 3.08 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s’agissant des liens entre souplesse, sécurisation et simplification du droit de la commande publique⁹⁷⁶



Préférence pour un assouplissement normatif général. 41 sondés⁹⁷⁷ (parmi les 64 identifiant spontanément l’assouplissement des normes comme composante de la simplification du droit de la commande publique, soit 64,06 %) se contentent d’indiquer que les normes devraient être plus flexibles (voir **Figure 3.09, infra**). Leurs réponses générales ne fournissent ainsi pas d’indication quant aux normes précises qui devraient faire l’objet d’un assouplissement selon eux. Ces sondés emploient des termes similaires en évoquant la simplification ou la réduction des contraintes⁹⁷⁸, la souplesse ou la flexibilité nécessaire des normes⁹⁷⁹, la diminution de la rigidité de celles-ci⁹⁸⁰, l’accentuation de la liberté ou de la marge de manœuvre⁹⁸¹, l’allègement des règles⁹⁸² ou du « *mille-feuille réglementaire* »⁹⁸³, la nécessité

⁹⁷⁶ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu’il s’agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 510 sondés ayant répondu à la question de savoir si leur préférence va à des normes générales (plus souples ou éventuellement moins sécurisantes) – ci-dessous classée dans la catégorie de la souplesse normative – ou à des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes) – ci-dessous classée dans la catégorie de la sécurité juridique.

⁹⁷⁷ 37 AC et 4 OE.

⁹⁷⁸ 14 AC et 1 OE.

⁹⁷⁹ 12 AC et 1 OE.

⁹⁸⁰ 1 OE.

⁹⁸¹ 4 AC.

⁹⁸² 4 AC.

⁹⁸³ 1 OE.

d'un « *cadre juridique plus adaptatif* »⁹⁸⁴, la facilitation de « *la mise en œuvre du processus de commande publique* »⁹⁸⁵, ou encore « *la possibilité aux acheteurs, mais aussi aux entreprises de trouver des solutions pour que les marchés publics soient plus simples à tous les niveaux* »⁹⁸⁶, ce qui suppose davantage de latitude.

Prédilection résiduelle pour un assouplissement normatif spécifique. Les 23 autres sondés⁹⁸⁷ (parmi les 64 ayant spontanément identifié l'assouplissement normatif comme élément de définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 35,94 %) donnent en revanche des indications quant aux règles ou étapes des contrats qui devraient être plus flexibles.

La majorité de ces 23 sondés (15 sur 23, soit 65,22 %) met l'accent sur les aspects procéduraux de la passation, en particulier la procédure avec négociation. Ainsi, 5 autorités contractantes – soit 21,74 % de ces 23 sondés – appellent à davantage de « *souplesse accordée aux acheteurs dans la négociation (ouverture de la négociation aux AO)* », à l'« *[a]ssouplissement des conditions de recours à la négociation* », à « *l'extension de la possibilité de négocier* » ou, plus généralement, à davantage de liberté et de souplesse s'agissant de la négociation. Une autre autorité contractante sondée attire l'attention sur l'importance d'assouplir « *les règles et les formalités de passation des MAPA* ». 9 autres sondés⁹⁸⁸ (soit 39,13 % de ces 23 sondés) soulignent que la simplification recouvre à leurs yeux des aspects procéduraux, sans viser spécifiquement la négociation ou une procédure en particulier. Une autorité contractante indique l'assouplissement des délais, en particulier s'agissant de la phase de candidature. 3 autres autorités contractantes sondées estiment que la simplification recouvre l'assouplissement des règles ou des « *outils* » de publicité (comme les avis de publicité), y compris – pour l'une d'entre elles – de la publicité adaptée. Les autres sondés émettent des formulations plus générales. En ce sens, une autorité contractante souhaite des « *[r]ègles de procédure plus souples* », à l'instar d'un avocat estimant que la simplification impose d'« *assouplir les procédures* ». Dans le même sens, un opérateur économique appelle à « *[u]ne nécessaire souplesse dans la contractualisation pour s'adapter rapidement et efficacement à l'évolution des besoins et au contexte* ». 2 autorités contractantes évoquent la « *[f]lexibilité du*

⁹⁸⁴ 1 AC.

⁹⁸⁵ 1 AC. Ce sondé estime que la simplification du droit de la commande publique désigne « *[l]e fait de rendre moins complexe et plus agile la mise en œuvre du processus de commande publique* ».

⁹⁸⁶ 1 AC.

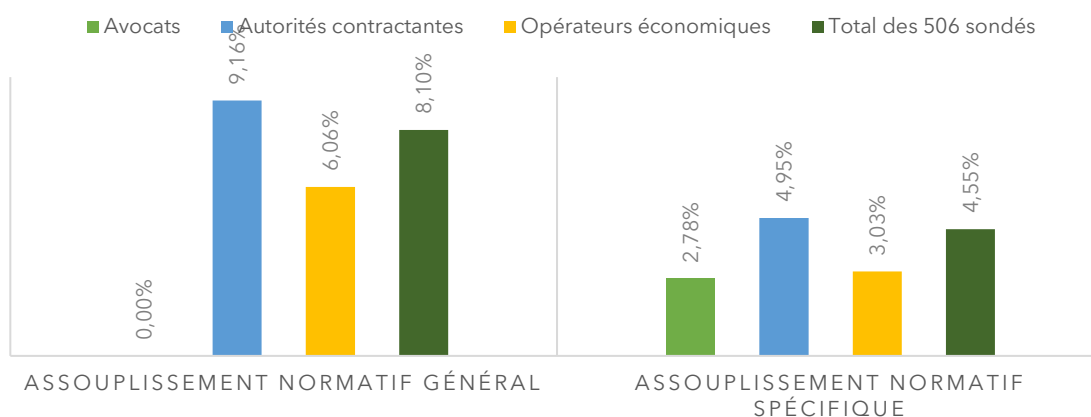
⁹⁸⁷ 20 AC, 1 AV et 2 OE.

⁹⁸⁸ 7 AC, 1 AV et 1 OE.

montage contractuel » ou la réduction des « *contraintes de recours à certains montages contractuels complexes* » sans autre indication.

Les 8 sondés restants⁹⁸⁹ parmi les 23 (soit 34,78 %), essentiellement des autorités contractantes, associent la simplification du droit de la commande publique à des aspects plus substantiels ou étrangers à la passation. Une autorité contractante affirme qu'il importe de « *redonner plus de confiance aux acheteurs sur la souplesse de choix après une analyse rigoureuse des offres* », la rigueur du système actuel semblant nuire à la concurrence et à la qualité de l'achat⁹⁹⁰. Selon un autre sondé, la simplification devrait porter sur les « *réglementations et/ou [...] pratiques des autorités de contrôle permettant à l'acheteur d'atteindre ses objectifs de commande publique, dans le cadre du respect des principes [fondamentaux du droit de la commande publique]* »⁹⁹¹. Une technique d'achat est mentionnée par une autorité contractante : l'accord-cadre, dont l'obligation de montant maximum devrait être supprimée selon ce sondé, qui appelle également à l'« *[a]ssouplissement des avenants* ». D'autres sondés⁹⁹² donnent également des indications de simplification portant sur l'exécution, comme l'accentuation de la souplesse « *durant la phase d'exécution des marchés (avenants)* », ou la flexibilité au sein des règles d'exécution financière et de modification.

Figure 3.09 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre assouplissement normatif et simplification du droit de la commande publique



⁹⁸⁹ 7 AC et 1 OE.

⁹⁹⁰ Cette autorité contractante affirme que « [l]es candidats ont compris l'importance des prix bas, ce qui fait qu'énormément d'entreprise ne répondent plus aux consultations et ceux qui répondent cherchent par tous les moyens à se rattraper. Les outils existants, malgré leur apparence, brident trop les acheteurs et les entreprises en jouent ».

⁹⁹¹ 1 AC.

⁹⁹² 4 AC et 1 AV.

Sécurisation juridique plébiscitée. À rebours de la souplesse associée à la simplification du droit de la commande publique, une part importante des sondés estime que cette simplification recouvre la sécurité juridique (que ce soit dans son intégralité ou concernant l'une de ses composantes ou l'un de ses corolaires : voir **Figure 3.12, infra**).

Sur les 139 sondés associant sécurité juridique et simplification du droit de la commande publique, seuls 4 sondés – exclusivement des autorités contractantes – évoquent la sécurité juridique de manière générale⁹⁹³. Les réponses des autres sondés peuvent être classées en trois catégories selon la composante de la sécurité juridique visée, bien que certaines composantes se recoupent. Certains sondés évoquent d'ailleurs plusieurs composantes de la sécurité juridique. Par exemple, en sus de l'intelligibilité du droit de la commande publique, plusieurs définitions proposées de la simplification incluent la clarification des normes (pour 8 autorités contractantes) et de la stabilité des normes (pour 2 autorités contractantes).

La première catégorie porte sur la clarté, voire la clarification, des normes de la commande publique. Cette composante est celle qui recueille le plus grand nombre de réponses des 139 sondés associant la simplification à la sécurité juridique : 69 réponses (soit 49,64 % des 139 sondés), dont 54 autorités contractantes⁹⁹⁴, 7 avocats⁹⁹⁵, et 8 opérateurs économiques⁹⁹⁶, ce qui confirme dans une large mesure les résultats de l'enquête qualitative⁹⁹⁷. Une autre réponse peut être ajoutée à ces 69 réponses évoquant explicitement la clarté ou la simplification : à la question de savoir comment elle définit la simplification du droit de la commande publique, une autorité contractante répond qu'il y a « [b]eaucoup de manques dans les textes », semblant ainsi indiquer que des précisions (et ainsi des clarifications) seraient nécessaires. La majorité de ces 69 sondés évoque la clarté ou la clarification sans réelle

⁹⁹³ Une autorité contractante estime que l'un des objectifs de la simplification du droit de la commande publique repose sur le « *renforc[ement] de la compétitivité, l'innovation et la sécurité juridique* ». Une autre répond que la simplification est simplement la « *[s]écurisation juridique (guides opérationnels de mise en œuvre des procédures...)* ». Une troisième autorité contractante estime, de manière presque tautologique, que la simplification du droit de la commande publique renvoie au fait d'avoir un droit « *[p]lus simple pour l'acheteur en conservant la sécurité juridique* ». La quatrième et dernière autorité contractante évoque uniquement le fait que le droit de la commande soit « *plus sûr aussi bien pour les acheteurs que les soumissionnaires* ».

⁹⁹⁴ Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 13,37 %.

⁹⁹⁵ Sur 36 avocats ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 19,44 %.

⁹⁹⁶ Sur 66 opérateurs économiques ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,12 %.

⁹⁹⁷ Il convient toutefois de noter que l'intelligibilité des normes, également dite accessibilité intellectuelle des normes, a recueilli un pourcentage plus élevé de réponses des interviewés, contrairement aux sondés. La différence est toutefois minime (7 interviewés sur 20 pour l'intelligibilité des normes contre 6 interviewés sur 20 pour la clarification des normes).

Voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

précision, soulignant par exemple la nécessité de « *clarifier les textes (surabondants et parfois interprétatifs)* »⁹⁹⁸, de « *lever les incertitudes/divergences d'interprétation des textes* »⁹⁹⁹, ou de clarifier « *certaines notions existantes* »¹⁰⁰⁰. Certains sondés fournissent en revanche des éléments plus précis, en indiquant par exemple que la simplification pourrait être opérée par la clarification des règles applicables aux « *achats de faible montant* »¹⁰⁰¹, aux « *délais (jours calendaires, francs, ouvrés, ouvrables)*, [et] [...] *procédures admises en dessous des seuils* »¹⁰⁰² (notamment s'agissant de la qualification de MAPA et des trois devis éventuellement requis), aux irrecevabilités de candidatures¹⁰⁰³, au « *champ d'application de la loi MOP et [aux] procédures applicables à la MOE* »¹⁰⁰⁴, ou encore à l'intégration concrète du développement durable¹⁰⁰⁵. Un sondé souligne que sa préférence va à « *[u]n texte de principe, court et clair qui responsabilise les acheteurs dans l'utilisation des deniers publics pour répondre aux besoins de leurs entités* »¹⁰⁰⁶. Plus généralement, un avocat semble résumer le souhait des sondés associant simplification et sécurité juridique : « *la véritable simplification repose sur la sécurité juridique et la prévisibilité des règles applicables. Autrement dit : pas moins de droit, mais un droit plus clair, mieux structuré et plus cohérent* ».

Le lien entre clarification des normes et simplification du droit de la commande publique est conforté par les réponses à une autre question (voir **Figure 3.10**, *infra*). En effet, 608 sondés¹⁰⁰⁷ se sont prononcés sur le fait de savoir si la clarification des règles relève de la simplification du droit de la commande publique. Parmi eux, 482 répondent par la positive (soit

⁹⁹⁸ 1 AC.

⁹⁹⁹ 1 AC.

¹⁰⁰⁰ 1 AC.

¹⁰⁰¹ 1 AC.

¹⁰⁰² 1 AC.

¹⁰⁰³ 1 AC.

¹⁰⁰⁴ 1 AV.

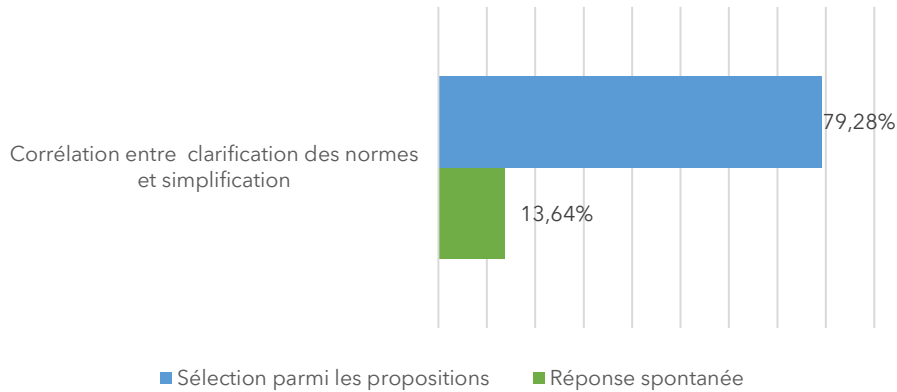
¹⁰⁰⁵ Par exemple, une autorité contractante affirme que : « *[t]out le monde veut mettre du développement durable dans la commande publique. Mais en réalité, quand on commence à regarder concrètement le problème, on voit qu'il va être très difficile d'en mettre. En effet, la version la plus simple serait de considérer que si une entreprise est plus locale, c'est certainement mieux au niveau environnemental. Bien entendu, c'est loin d'être toujours vrai. Mais si on regarde les travaux, la moitié de la prestation consiste à faire de la pose et donc à faire se déplacer humains (et produits) du siège de l'entreprise au lieu du chantier. Il serait donc pertinent de dire que cette proximité devrait être prise en compte. [...] Un seul exemple : il est de bon de prévoir des labels pour le papier. Mais lequel est le meilleur ? Lequel vaut plus qu'un autre ? Dans le doute, on les met tous à égalité, au risque de faire passer des vessies pour des lanternes auprès des professionnels du secteur qui, eux, s'y connaissent un peu plus. Ces considérations ne peuvent avoir que deux conséquences : faire plus travailler encore les Bureaux d'étude (et donc un surcoût) et faire plus de "green washing". Ces deux exemples sont symptomatiques d'un curieux jeu d'équilibre* ».

¹⁰⁰⁶ 1 AC.

¹⁰⁰⁷ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

79,28 % des sondés ayant répondu à cette question)¹⁰⁰⁸, et seulement 126 par la négative (soit 20,72 % des sondés ayant répondu à cette question)¹⁰⁰⁹.

Figure 3.10 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s’agissant des liens entre clarification des normes et simplification du droit de la commande publique¹⁰¹⁰



La deuxième catégorie s’inscrit dans la continuité de la première, car reposant sur l’accessibilité (principalement intellectuelle) et la lisibilité des normes, soit leur intelligibilité, leur compréhension aisée par les praticiens. Cette composante diffère légèrement de la clarification des normes : la rédaction d’une norme peut la rendre aisément compréhensible de prime abord (intelligibilité de la norme), sans que sa mise en œuvre pratique ne soit aisée, appelant ainsi à une clarification des cas de figure inclus dans la norme ou des comportements précis dictés par cette norme par exemple. Faisant écho aux réponses des interviewés¹⁰¹¹, cette catégorie a recueilli le deuxième plus grand nombre de réponses s’agissant de la sécurité juridique – à savoir, 61 réponses (soit 43,88 % des 139 sondés associant sécurité juridique et

¹⁰⁰⁸ Dont 393 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 82,05 %), 34 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 70,83 %) et 55 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 67,9 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n’ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹⁰⁰⁹ Dont 86 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 17,95 %), 14 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 29,17 %), et 26 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 32,1 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n’ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹⁰¹⁰ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu’il s’agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si la clarification des règles relève de la simplification du droit de la commande publique.

¹⁰¹¹ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

simplification), dont 49 autorités contractantes¹⁰¹², 5 avocats¹⁰¹³, et 7 opérateurs économiques¹⁰¹⁴.

L'idée de la simplification par l'intelligibilité des normes semble pouvoir être résumée par les propos de 3 sondés. Selon le premier – un opérateur économique – la simplification est destinée à « [p]ermettre à tous de comprendre les attentes et les règles applicables en droit de la commande publique ». Dans la continuité, les deuxième et troisième sondés – 2 autorités contractantes – estiment que « la simplification aurait [...] pour objectif de permettre de maîtriser toutes les règles de la commande publique », et que « [l]a simplification doit résulter principalement en une meilleure lisibilité du droit de la commande publique. [Il s'agit de] [r]endre cela accessible à tous et pas uniquement aux professionnels du droit ». D'autres sondés développent les bénéfices de l'amélioration de l'intelligibilité du droit de la commande publique : cela « ne pourra que favoriser la réponse aux 3 principes fondamentaux de la commande publique : liberté d'accès de la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence de la commande publique »¹⁰¹⁵, la rendre « plus accessible, compétitive et conforme aux principes fondamentaux »¹⁰¹⁶. Une partie des sondés met explicitement en exergue le fait que la compréhension du droit de la commande publique doit être facilitée pour l'ensemble des acteurs – opérateurs économiques comme autorités contractantes –, en particulier ceux disposant de peu de moyens et de personnels dédiés à la commande publique à l'image des PME et des petites communes. La majorité des 61 sondés identifiant spontanément l'intelligibilité du droit de la commande publique comme une composante de la simplification ne développe pas davantage par des exemples ou éléments précis. En complément des aspects généraux mentionnés ci-dessus, certains soulignent l'importance de « l'aspect pédagogique dans la manière de rédiger nos marchés »¹⁰¹⁷, de la vulgarisation¹⁰¹⁸ – notamment des « notions fondamentales de la commande publique »¹⁰¹⁹ – ou de l'importance de « règles explicites pour permettre la mobilisation des bons outils juridiques »¹⁰²⁰.

¹⁰¹² Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,13 %.

¹⁰¹³ Sur 36 avocats ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 13,89 %.

¹⁰¹⁴ Sur 66 opérateurs économiques ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 10,61 %.

¹⁰¹⁵ 1 AC.

¹⁰¹⁶ 1 AC.

¹⁰¹⁷ 1 AC.

¹⁰¹⁸ 2 AC.

¹⁰¹⁹ 1 AC.

¹⁰²⁰ 1 AC.

Seuls quelques sondés fournissent des exemples de normes ou outils qui pourraient être plus aisément compréhensibles. Il en est ainsi des CCAG (sans autre précision)¹⁰²¹, de certains termes comme les avances ou les marchés (sans autre précision)¹⁰²², des règles applicables à l'offre à prendre en compte, à la représentation des candidats à un marché ou encore aux modalités de calcul du montant des modifications – ces trois derniers cas de figure étant mis en exergue par la même autorité contractante :

« La simplification devrait faciliter l'accès au droit pour les acheteurs et les opérateurs économiques. [...] Quelques exemples de règles qui pourraient être réécrites : il existe des règles dont il est difficile de comprendre la logique. Ex : Article R. 2151-6 : "Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres." On pourrait se dire, c'est pour faciliter la vie des acheteurs et qu'ils n'aient pas à vérifier plusieurs versions de plis et s'embrouillent dans la bonne dernière version à prendre en compte. Sauf que la règle porte sur l'"offre" uniquement. Or, la candidature et l'offre (sauf exception et cas minoritaire de procédures restreintes) sont remises en même temps. Donc, l'interprétation de cette disposition est complexe et a d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence du Conseil d'État elle aussi complexe à mettre en œuvre. Il est probable que l'intention du législateur ait été mal transcrite. [...]. Autre ex : article R. 2142-4 : "Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché." Quel risque cherche-t-on à éviter ici ? Une entente ? C'est un cas de figure qui arrive parfois (une même personne physique est signataire des pièces marché chez deux candidats distincts) et qui m'a déjà conduite à rejeter une candidature, j'aurais aimé connaître la logique de cette règle ancienne. Autre ex : l'énigmatique phrase de l'article R. 2194-4 : "Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 2194-2 [travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires], l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de

¹⁰²¹ Selon une autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique renvoie au fait de « [r]endre compréhensibles les CCAG, voire les alléger ».

¹⁰²² Une autorité contractante estime que la simplification du droit de la commande désigne notamment le fait d'« avoir des termes plus compréhensibles par tous (ex : avances / marchés) ».

variation des prix." Déjà, par renvoi vers l'article R. 2194-4, cette disposition est applicable également aux cas de modifications pour circonstances imprévues (article R. 2194-5) et modifications de faible montant (article R. 2194-8). Ensuite, sur le fond, que comprend-on spontanément ? On comprend que le montant modifié doit être révisé et qu'on va le comparer au montant initial de marché, ce qui fait que le pourcentage de modification va être opéré par la révision de prix, ce qui ne semble pas très logique, mais c'est ce qu'on croit lire à première vue. Pour vérifier la portée de la phrase, on se reporte à l'extrait de la fiche DAJ sur la modification concernant l'article R. 2194-4 sur la révision de prix (pp. 5-6) : "Pour le calcul de ce montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix. Ainsi, lorsque l'application de la clause de variation des prix a augmenté le montant du marché initial de 4%, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4% [QE n° 21408, JO Sénat Q 16 juin 2016, p. 2692]." Il semble donc qu'il faille comparer le montant modifié par rapport au prix initial révisé (cela supposerait que le montant modifié soit lui-même révisé). Cela est-il logique ? Je ne le crois pas, je pense qu'il faudrait raisonner en prix initiaux hors révision de prix. En effet, il peut y avoir plusieurs modifications/avenants sur un même contrat, parfois même à la baisse, donc cela ne facilite pas le calcul du montant initial révisé. (La révision de prix est déjà en soi, un sujet très complexe à lui tout seul). »

Certains sondés proposent des solutions, comme « un document récapitulant les procédures, les règles, les délais, les formulaires par type de marché : MAPA/ FORMALISÉS. Là tout est mélangé, il faut aller piocher les articles, donc on ne sait pas à qui cela s'applique »¹⁰²³, ou la restructuration du Code de la commande publique associée à la mise en place d'un index :

« Enfin, la simplification devrait faciliter l'accès au droit. Légifrance est un outil formidable, mais le fractionnement du code en parties législative et réglementaire est un obstacle pour une navigation aisée dans les règles applicables (il suffit de jeter un coup d'œil à cette page : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019). Une

¹⁰²³ 1 AC.

présentation imbriquée et adaptée au type d'acheteur public serait un gros avantage (un peu comme le fait "servicepublic" pour le grand public). Dans un précédent poste, j'ai mis en ligne sur l'intranet un sommaire interactif avec des liens hypertextes (permanents) vers les articles de Légifrance pour un réseau d'acheteurs dans un établissement public national soumis aux règles applicables aux collectivités. Sa construction était inspirée de la présentation imbriquée du code proposée par la Gazette des communes (dans la version du code commenté par Jérôme Michon). Pour aller plus loin, je suggère même de mettre à disposition sur internet un index par mot-clef avec contenu adapté au profil de l'acheteur public (pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice) et du contrat (marché/concession). Songez par exemple que l'accord-cadre est traité dans plusieurs parties du code : Titre II (Chapitre V : Techniques d'achat : art. L. 2125-1 et s.) et titre VI (Chapitre II : Règles applicables aux techniques d'achat : accords-cadres (à marchés subséquents, à bons de commande, mixtes), art. R. 2162-1 et s.). Sur la forme des marchés, je rêve d'un support (à inventer – il faudrait que ce soit gratuit pour les acheteurs, ça pourrait être du simple Excel) réunissant l'ensemble des éléments d'un marché et de sa procédure : il y aurait par prestation, le cas échéant les règles administratives applicables, les règles techniques applicables, le cas échéant, le détail apporté par le candidat (et qui serait noté), le prix proposé par le candidat (noté également), les règles liées aux prix si elles ne sont pas communes à l'ensemble des prestations (révision de prix, mode de paiement – terme échu ou à échoir), etc., pour que, sur un seul support, les éléments relevant d'une même prestation soient visibles. Les stipulations communes à la procédure et au marché pourraient être à part ou intégrées au support dans une partie commune. »¹⁰²⁴

La troisième et dernière composante de la sécurité juridique évoquée spontanément par les sondés (interrogés sur la définition de la simplification du droit de la commande publique) repose sur la stabilité des règles. 5 autorités contractantes¹⁰²⁵, soit 3,6 % des 139 sondés associant sécurité juridique et simplification (proportion bien plus faible que pour les

¹⁰²⁴ 1 AC.

¹⁰²⁵ Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 1,24 %.

interviewés¹⁰²⁶), estiment que les modifications constantes des règles de la commande publique contribuent à la complexité de celle-ci et, à l'inverse, que le maintien des normes dans le temps participe de sa simplification. Il est ainsi souligné que « *ce sont les changements perpétuels qui complexifient les achats* », que « *l'acheteur a besoin de stabilité réglementaire de temps en temps pour fiabiliser son clausier* », et que « *simplifier serait arrêter de faire des changements de réglementation tous les 6 mois [...]. On n'a jamais le temps de capitaliser sur ce qu'on fait, il faut tout le temps se réajuster et se renouveler* ». L'une de ces 5 autorités contractantes estime dans le même sens que la simplification implique d'« *arrêter de vouloir réformer à tout bout de champ* »¹⁰²⁷, mais souligne en outre que certaines modifications récentes accentuent la complexité :

*« [...] des modifications fréquentes ne vont pas dans le sens de la simplification. En effet, d'une part, des règles mouvantes complexifient la lecture et la bonne prise en main de la matière par les praticiens. D'autre part, les changements récents ont consisté à introduire des dérogations, des exceptions, des expérimentations, bref, que des complexifications. Par exemple, la règle du taux de la retenue de garantie était simple : 5%. Le dernier décret a introduit une exception. Pour les PME, le taux est ramené à 3%. Cela est très probablement une simplification pour la trésorerie des PME. Mais c'est une vraie complexification pour le contenu des pièces de marchés (l'introduction de cette exception alourdit les clauses), cela complexifie la gestion quotidienne (mon titulaire est-il une PME ou non ?) et accroît relativement les risques de chantier (avec une retenue de garantie faible, risque plus important que les réserves ne soient pas levées, et qu'il faille consulter de nouveau, donc complexification des projets des acheteurs). »*¹⁰²⁸

Une autre autorité contractante évoque la nécessité de mettre fin aux modifications constantes pour simplifier le droit de la commande publique, mais évoque uniquement le cas de l'économie circulaire. La simplification du droit de la commande publique implique à ses

¹⁰²⁶ 6 interviewés sur 20 incluent la stabilité des règles au sein de la simplification du droit de la commande publique.

Voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

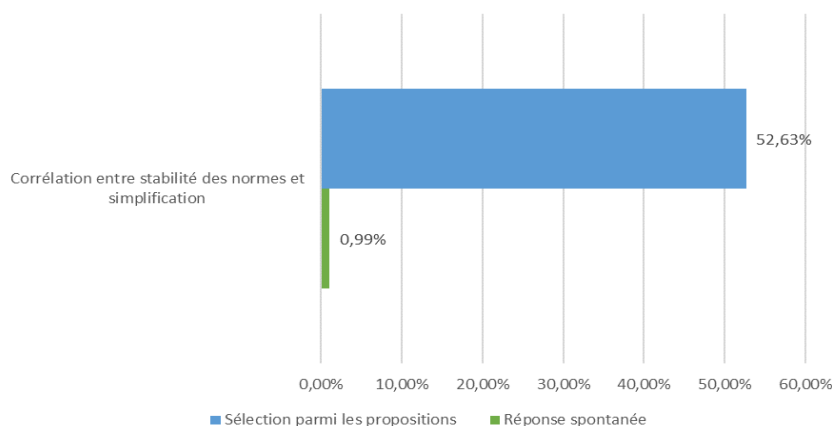
¹⁰²⁷ 1 AC.

¹⁰²⁸ 1 AC.

yeux d'« [a]rrêter de modifier sans cesse les familles et contenus de celles-ci pour la déclaration AGECE, car les données ne sont jamais comparables d'une année sur l'autre ».

Le nombre peu élevé de sondés identifiant spontanément la stabilité des normes comme une composante de la simplification du droit de la commande publique peut s'expliquer par le fait que la corrélation entre les deux – stabilité et simplification – est sujette à controverse entre les praticiens. En effet, une question du sondage portait sur le fait de savoir si la stabilité des règles relève de la simplification du droit de la commande publique. Sur les 608 sondés ayant répondu à cette question¹⁰²⁹, 320 ont répondu par la positive (soit 52,63 % des sondés ayant répondu à cette question)¹⁰³⁰ et 288 par la négative (soit 47,37 % des sondés ayant répondu à cette question)¹⁰³¹. Les avis sont ainsi partagés sur le fait de savoir si les normes doivent être régulièrement réajustées ou, au contraire, stabilisées, comme le révèle le graphique ci-après (**Figure 3.11**). Cette absence de consensus entre les praticiens peut être mise en lien avec la réponse d'un autre sondé – une autorité contractante – indiquant spontanément, dans la définition qu'elle propose de la simplification du droit de la commande publique, la nécessité de règles « évolutives ».

Figure 3.11 : Comparatif sommaire des réponses des sondés s'agissant des liens entre stabilité des normes et simplification du droit de la commande publique¹⁰³²



¹⁰²⁹ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

¹⁰³⁰ Dont 259 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 54,07 %), 21 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 43,75 %) et 40 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 49,38 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹⁰³¹ Dont 220 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 45,93 %), 27 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 56,25 %) et 41 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 50,62 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹⁰³² Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Cohérence souhaitable des normes applicables aux contrats de la commande publique. 14 sondés¹⁰³³, parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,77 % des sondés ayant fourni une définition), identifient implicitement ou explicitement la cohérence des normes comme élément de définition de la simplification. Ceci peut être inclus dans la sécurité juridique, dans la mesure où il s'agit de clarifier les normes ou d'assurer la prévisibilité du droit en harmonisant les différentes obligations ou en assurant leur coordination. Ainsi, la moitié de ces 14 sondés – 7 sondés¹⁰³⁴ – évoque de manière générale la cohérence ou l'inverse (c'est-à-dire la réduction des incohérences et contradictions entre les normes), sans donner d'exemples ou d'indications supplémentaires. 5 autres sondés (sur 14, soit 35,71 %) – exclusivement des autorités contractantes – adoptent une approche plus précise, en estimant que la simplification du droit de la commande publique recouvre la coordination des règles européennes et nationales ou l'évolution des objectifs assignés à la commande publique. Sont par exemple inclus dans la simplification du droit de la commande publique la « *coordination entre les révisions des directives européennes et l'échelon national* » ainsi que l'ajout de nouveaux objectifs, comme « *des objectifs de déontologie explicitement comme dans la FAR [Règlement fédéral sur l'acquisition]* » et « *des objectifs de politiques européennes dans le code sous la forme d'objectifs globaux (marché intérieur, énergie, innovation, développement durable)* »¹⁰³⁵. Un autre sondé privilégie au contraire le fait de faciliter l'intégration de ces objectifs de manière précise (plutôt que générale) ou de modifier les règles pour simplifier leur mise en œuvre, en soulignant que « *les règles applicables notamment concernant l'intégration des aspects environnementaux et sociétaux dans les marchés publics sont trop nombreuses et compliquées à appréhender* ». Une autre autorité contractante abonde dans le même sens, en mettant en exergue des difficultés de conciliation entre les différents objectifs assignés à la commande publique :

« Le droit de la commande publique est devenu un droit qui a vocation à tout englober et devient ainsi contradictoire : ajouts de considérations sociales et

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si la stabilité des règles relève de la simplification du droit de la commande publique.

¹⁰³³ Dont 10 AC sur 404 ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

¹⁰³⁴ 4 AC, 2 AV et 1 OE.

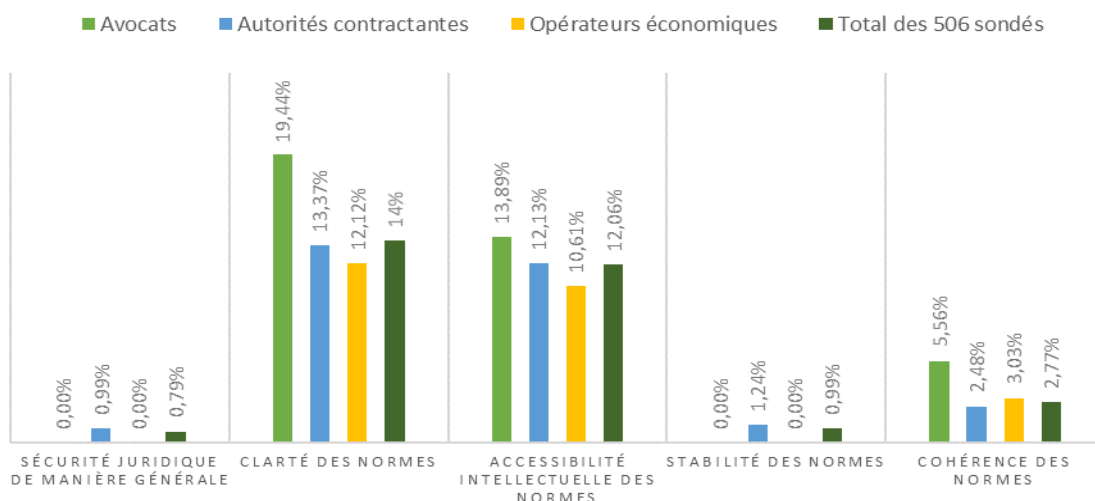
¹⁰³⁵ Ces trois citations sont celles d'une seule autorité contractante.

environnementales trop larges et non adaptées qui vont à l'encontre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (dans le domaine des prestations intellectuelles par exemple), règles d'exécution complexes qui ne répondent pas à l'attractivité de la commande publique pour les TPE et PME, restriction des leviers de négociations qui ne coïncident pas avec les besoins de valoriser l'innovation, etc. Là où le droit vise à assurer une sécurité juridique pour les acheteurs, il est devenu source de confusion et d'insécurité. »

Ainsi, si « le Code de la commande publique doit devenir un outil plus efficace de mise en œuvre des politiques publiques », il « doit [...] être en parfaite cohérence avec les autres textes qui s'imposent aux acheteurs »¹⁰³⁶.

Les 2 derniers sondés incluant la cohérence des normes au sein de la simplification du droit de la commande publique (2 sondés sur 14, soit 14,29 %) – une autorité contractante et un opérateur économique – donnent des éléments devant être mis en cohérence, mais étrangers aux objectifs assignés à la commande publique : l'« aligneme[nt] sur la jurisprudence administrative »¹⁰³⁷ sans autre précision (comme un exemple d'incohérence entre les textes et la jurisprudence), et la « mise en cohérence des délais [de] 15 jours pour la communication et 11 jours pour le référé »¹⁰³⁸.

Figure 3.12 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre sécurité juridique et simplification du droit de la commande publique



¹⁰³⁶ 1 AC.

¹⁰³⁷ 1 AC.

¹⁰³⁸ 1 OE.

2. La responsabilisation des autorités contractantes en demi-teinte

Données. 6 sondés – exclusivement des autorités contractantes¹⁰³⁹ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,19 % des sondés ayant fourni une définition) – associent la responsabilisation ou l'autonomisation des autorités contractantes avec la simplification du droit de la commande publique. Ces 6 sondés sont toutefois en désaccord quant à la question de savoir s'il faut davantage d'autonomie (et ainsi de marge de manœuvre) pour les autorités contractantes ou s'il importe, au contraire, de réduire la responsabilité (et donc les obligations et charges) de ces autorités. La responsabilisation est ainsi employée ici dans une acception large, recouvrant à la fois la responsabilité juridique, les charges, et la marge de manœuvre.

Diminution de la responsabilité. 2 sondés (sur 6, soit 33,33 %) estiment qu'il s'agit de réduire la responsabilité « *encourue par les maires et par les gestionnaires publics* » ou de « *redonner la responsabilité de la vérification de la conformité aux autorités compétentes (URSSAF, ADEME, etc.)* », ce qui réduirait la responsabilité des autorités contractantes en la matière.

Augmentation de la responsabilisation et de l'autonomie. Les 4 autres sondés (sur 6, soit 66,67 %) estiment au contraire qu'il faut redonner de la responsabilité et de l'autonomie aux acheteurs. Les propos de ces 4 autorités contractantes laissent penser qu'il s'agit de laisser davantage de marge de manœuvre aux acheteurs et de leur faire confiance quant au respect des principes fondamentaux de la commande publique. En effet, si l'une indique simplement que la simplification tient notamment à « *la responsabilisation de l'acheteur public* », les 3 autres sont plus précises. L'une indique que la simplification du droit de la commande publique repose sur l'« *[a]utonomie des acheteurs et responsabilité des acteurs pour une réduction des contraintes procédurales* », une autre qu'il s'agit de « *[f]aire confiance aux acheteurs dans la mesure où leur responsabilité est désormais engagée s'ils sont pris en défaut* », et la dernière abonde dans le même sens : « *faire davantage confiance aux acheteurs : avec la responsabilité partagée (ordonnateur / comptable), ils seront, quoiqu'il en soit, désormais sanctionnés en cas de faute ou manquement significatif* ».

¹⁰³⁹ 6 AC sur 404 ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,49 %).

3. La recherche d'un équilibre

Données. 33 sondés¹⁰⁴⁰ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,52 % des sondés ayant fourni une définition) – émettent spontanément un lien entre la simplification et un équilibre entre intérêts ou normes potentiellement contradictoires, rejoignant ainsi certains interviewés¹⁰⁴¹. Ce lien prend principalement deux formes : soit les sondés estiment que la simplification ne doit pas se faire au détriment de certaines normes ou certains intérêts – et qu’ainsi un équilibre entre la simplification et ces normes doit être recherché –, soit ils soulignent que la simplification repose précisément sur un équilibre entre des objectifs potentiellement divergents. Ces objectifs, normes ou intérêts ne font pas non plus l’objet d’un consensus entre les sondés. Il est toutefois possible de les classer, non sans une certaine part de subjectivité, en quatre catégories, qui se rejoignent partiellement et qui font écho à d’autres composantes déjà évoquées de la simplification de la commande publique (comme la sécurité juridique). Le graphique à la fin de cette subdivision résume ces catégories (**Figure 3.13, *infra***).

Équilibre entre les obligations des acteurs et le respect des principes fondamentaux de la commande publique. La première et la plus importante de ces catégories – car étant celle qui a recueilli le plus grand nombre de réponses spontanées des 33 sondés concernés (23 sondés¹⁰⁴², soit 69,7 % des 33 sondés) – repose, sans surprise, sur l’équilibre entre les obligations ou les charges des acteurs de la commande publique et le respect des principes fondamentaux du droit de la commande publique. Les propos d’une autorité contractante semblent pouvoir résumer les idées de ces sondés. Selon elle, la simplification constitue l’« [e]nsemble de mesures ayant pour objet de faciliter et rationaliser la gestion de la commande publique – tant dans la passation que l’exécution – tout en respectant les grands principes de la commande publique ». En effet, une grande partie de ces 23 sondés estime que la simplification désigne l’allègement ou l’assouplissement de certaines obligations sous réserve du respect des trois principes fondamentaux de la commande publique : liberté d’accès, égalité de traitement, et transparence. Il s’agit ainsi, selon une autorité contractante,

¹⁰⁴⁰ 30 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,43 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹⁰⁴¹ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁰⁴² 21 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 70 %), 1 AV sur 2 AV associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 50 %) et 1 OE sur 1 OE associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 100 %).

d' « arrêt[er] de demander des justificatifs ou de mettre des contraintes qui font peur aux entreprises et qui sont un casse-tête pour les pouvoirs adjudicateurs » et, pour une autre autorité contractante qui adopte une approche plus générale, d' « assouplir un certain nombre de formalismes au profit des entreprises candidates et des collectivités publiques ». Cela recouvre en définitive le fait de « mieux mettre en cohérence les objectifs de conformité et les objectifs opérationnels »¹⁰⁴³, ou encore de « mieux proportionner les procédures aux enjeux des contrats. Elle [la simplification du droit de la commande publique] permet de concilier les objectifs de transparence, égalité de traitement et libre accès avec les réalités opérationnelles et les contraintes de gestion des ressources humaines »¹⁰⁴⁴.

Équilibre entre les charges administratives et la bonne utilisation des deniers publics. La deuxième catégorie vise spécifiquement les charges administratives qui doivent être conciliées avec la bonne utilisation des deniers publics. En ce sens, 4 autorités contractantes¹⁰⁴⁵ (soit 12,12 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique) évoquent « l'équilibre entre efficacité et bonne gestion des deniers [publics] », « l'allègement des procédures d'achat en vigueur aussi bien pour les acheteurs publics que pour les entreprises tout en maintenant la sécurisation des achats et la bonne utilisation des deniers publics », la « garanti[e de] la bonne utilisation des deniers publics tout en simplifiant les procédures et clarifiant les zones d'ombre juridique pour permettre aux acheteurs d'être plus efficaces et d'acheter mieux », ou encore l' « adaptat[ion des seuils et procédures] à une réalité de conjoncture sans pour autant perdre [...] leurs objectifs initiaux de sécurisation de la dépense de deniers publics ».

Équilibre entre les obligations des acteurs et la sécurité juridique. La troisième catégorie relève sensiblement du même ordre d'idées que les principes fondamentaux de la commande publique, en reposant sur un équilibre entre les obligations des acteurs de la commande publique et la sécurité juridique. Elle n'a en revanche recueilli les réponses que de 3 sondés (3 autorités contractantes¹⁰⁴⁶, soit 9,09 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique). Ces derniers soulignent que la simplification du droit de la commande publique vise à « réduire la complexité de mise en œuvre tout en veillant à la sécurité juridique », à « [a]ssouplir le cadre réglementaire pour faciliter les démarches tout en assurant une sécurité juridique », ou à « ouvrir la commande publique au

¹⁰⁴³ 1 AC.

¹⁰⁴⁴ 1 AC.

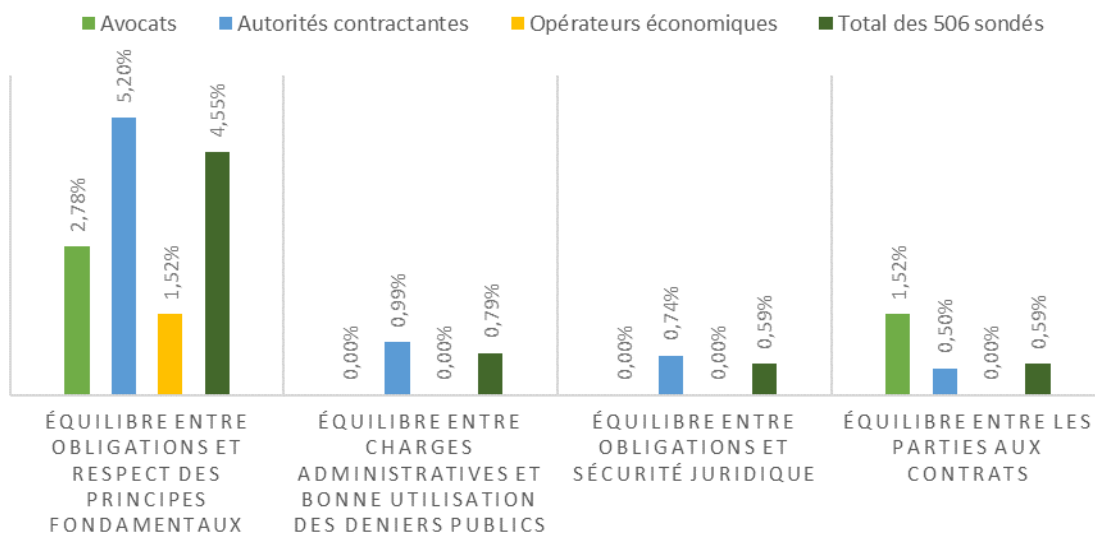
¹⁰⁴⁵ 4 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 13,33 %).

¹⁰⁴⁶ 3 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 10 %).

plus grand nombre d'opérateurs possible, [à] apporter de la lisibilité et de la fluidité, mais avec un enjeu essentiel de sécurité ».

Équilibre entre les parties aux contrats de la commande publique. La quatrième et dernière catégorie concerne cette fois les deux parties aux contrats de la commande publique, qu'il s'agisse de leur protection ou de la charge résultant des démarches qu'ils doivent réaliser. 3 sondés¹⁰⁴⁷ (soit 9,09 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique) estiment que la simplification implique de « [f]aciliter et fluidifier l'acte d'achat tout en permettant aux entreprises de souscrire aisément aux consultations avec des règles simples, indispensables donc utiles »¹⁰⁴⁸, qu'elle suppose « [l]a détermination de règles visant à faciliter l'accès des opérateurs à la commande publique tout en limitant les risques d'irrégularité pour les acheteurs »¹⁰⁴⁹, ou encore que la simplification signifie « [u]ne législation qui vise un juste équilibre entre protection de chaque partie au contrat en permettant à ces parties de lier des accords »¹⁰⁵⁰.

Figure 3.13 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre recherche d'un équilibre et simplification du droit de la commande publique



¹⁰⁴⁷ 2 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande et équilibre (soit 6,67 %) et 1 AV sur 2 AV associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 50 %).

¹⁰⁴⁸ 1 AC.

¹⁰⁴⁹ 1 AV

¹⁰⁵⁰ 1 AC.

4. L'efficacité du droit de la commande publique

Données. 88 sondés incluent, dans leur définition de la simplification du droit de la commande publique, l'efficacité de ce droit, que ce soit de manière explicite ou implicite, sous diverses dénominations et en se référant à des outils variés (voir **Figure 2.14**, *infra*). Un nombre significatif de sondés – 88 sondés¹⁰⁵¹ sur 506 ayant fourni une définition exploitable de la simplification (soit 17,39 %) – se réfère ainsi à l'efficacité du droit de la commande publique.

Droit opérationnel. 24 sondés – majoritairement des autorités contractantes¹⁰⁵² – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,74 % des sondés ayant fourni une définition) – associent spontanément la simplification à son adaptation à la pratique, c'est-à-dire au caractère opérationnel du droit de la commande publique. Est ainsi généralement évoquée une adaptation à la réalité ou au « terrain » pour simplifier ce droit, sans autre précision –, alors que certains interviewés liaient la clarté de la norme à son caractère opérationnel dans le cadre de la simplification¹⁰⁵³. La majorité des autorités contractantes parmi ces sondés souligne que ceci vaut aussi bien pour leurs propres contraintes et réalités que celles des opérateurs économiques. Il s'agit ainsi d'entreprendre une « [d]émarche de rapprochement des contraintes des industriels et acheteurs publics avec le droit »¹⁰⁵⁴, de « mise en cohérence plus efficiente entre le Code de la commande publique et la “réalité terrain” »¹⁰⁵⁵, ou encore de rendre le droit de la commande publique « plus fonctionnel pour tous (acheteurs publics et opérateurs économiques) »¹⁰⁵⁶. Seuls 5 sondés – exclusivement des autorités contractantes – visent surtout le caractère opérationnel du droit de la commande publique à leur égard (sans inclure les opérateurs économiques). Elles définissent ainsi la simplification de ce droit comme « une adaptation de la réglementation aux réalités des acheteurs » ou « à la pratique des autorités contractantes », comme l'adoption d' « une approche pragmatique de la fonction achat », comme les « moyens de contrôle [donnés] aux acheteurs », ou encore comme

¹⁰⁵¹ 78 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 19,31 %), 3 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 8,33 %) et 7 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 10,61 %).

¹⁰⁵² 21 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,2 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

¹⁰⁵³ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁰⁵⁴ 1 AC.

¹⁰⁵⁵ 1 AC.

¹⁰⁵⁶ 1 AC.

« *d'avantage de pragmatisme, de souplesse et [de] [concordance avec les] réalités et contingences des acteurs locaux (bloc communal)* ». Une autre autorité contractante sondée est légèrement plus précise, en émettant le souhait d'« *une mise à jour pragmatique du Code de la commande publique et des procédures de passation des marchés, qui intégrerait les réalités des marchés et les contraintes des acheteurs* », à l'instar d'un opérateur économique selon lequel la simplification du droit de la commande publique implique d'« *identifier facilement les marchés qui nous intéressent* ». Les 2 derniers sondés donnent des exemples concrets, une autorité contractante soulignant qu'il s'agirait de « *[f]aciliter l'acte d'achat dans les situations exceptionnelles telles que la résiliation d'un marché en cours d'exécution (pour faute ou consécutive à une liquidation), les délais de réattribution qui nécessitent de rester sur les procédures de droit commun [n'étant] pas compatibles avec les réalités de terrain* », et un opérateur économique affirmant qu'il s'agirait de moderniser les CCAG et CCTP :

« *Le principe de l'encadrement via les CCAG et CCTP est plutôt favorable, car donne un cadre ; en revanche le contenu est devenu obsolète au regard des évolutions économiques (antérieurement, les deniers publics permettaient de financer des innovations, aujourd'hui c'est beaucoup moins vrai de sorte que nous nous trouvons confrontés à des blocages en termes de Propriété Intellectuelle et de compétences côté client qui ne sont plus au niveau, entraînant des dépenses disproportionnées en regard précisément des deniers publics).* »

Droit optimisé. 60 sondés (majoritairement des autorités contractantes¹⁰⁵⁷) – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,86 % des sondés ayant fourni une définition) – associent spontanément la simplification à l'amélioration de son efficacité, à son optimisation. Ceci s'inscrit dans le même ordre d'idées que la composante précédente de la simplification : celle liée à l'adéquation entre les contraintes juridiques et la réalité. Presque un tiers de ces sondés¹⁰⁵⁸ se contente d'évoquer l'efficacité ou l'efficience de manière très générale. Près de la moitié des sondés¹⁰⁵⁹ évoque en revanche spécifiquement l'amélioration de l'efficacité des procédures pour davantage de simplification, en particulier s'agissant de la passation. La rapidité des procédures pourrait ainsi

¹⁰⁵⁷ 53 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,12 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) 5 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,58 %).

¹⁰⁵⁸ 15 AC, 1 AV et 2 OE, soit 18 sur 60 sondés (30 %).

¹⁰⁵⁹ 25 AC et 1 AV, soit 26 sondés sur 60 (43,33 %).

être améliorée selon ces sondés, en particulier en réduisant les délais, ce qui permettrait que ces procédures soient « *moins chronophage[s]* »¹⁰⁶⁰. L'un des avocats sondés énonce de manière plus générale :

« Je crois que l'enjeu principal pourrait tenir à la suppression de complexités procédurales qui pénalisent l'efficacité de la procédure de passation (côté personne publique comme personne privée) voire qui, parfois, font peser sur cette procédure un risque juridique, alors que cette complexité n'est pas proportionnée à l'intérêt poursuivi par la disposition en question. »

Le reste des sondés¹⁰⁶¹ évoque l'optimisation ou l'efficacité même en dehors des procédures, mais se montre légèrement plus précis que la première catégorie de sondés évoquant uniquement l'efficacité sans autre précision. Leurs propos renvoient à la rapidité de manière générale, à la rationalisation pour atteindre les objectifs, ainsi qu'aux gains de temps et d'argent. Une autorité contractante souligne par exemple que la finalité de la simplification du droit de la commande publique renvoie à ses yeux à « *l'efficacité économique et [l']automatisation des tâches récurrentes sans valeur ajoutée* », tandis qu'une autre estime que la simplification désigne l'« *[a]llègement de la partie juridique en faveur de l'optimisation de l'achat* ».

Inspiration du privé. Dans la continuité de la nature opérationnelle et optimisée du droit de la commande publique, 4 sondés – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,79 % des sondés ayant fourni une définition) – estiment que cette simplification pourrait résulter de l'inspiration des outils du privé. Ces 4 sondés sont tous des autorités contractantes¹⁰⁶², ce qui peut sembler surprenant de prime abord (puisque les opérateurs économiques sont en principe plus familiers des outils du privé), mais ce qui s'explique probablement par la surreprésentation des autorités contractantes au sein des sondés. La simplification du droit de la commande publique implique ainsi, selon ces sondés, de s'inspirer « *du privé* » ou des « *outils d'acheteur privé* », sans autre précision. L'une des autorités contractantes souligne les inconvénients des outils actuels du droit de la commande publique – « *[l]e temps passé à instruire une procédure, toujours long, coûte aussi de l'argent pour la structure publique comme pour les opérateurs* » – tandis qu'une

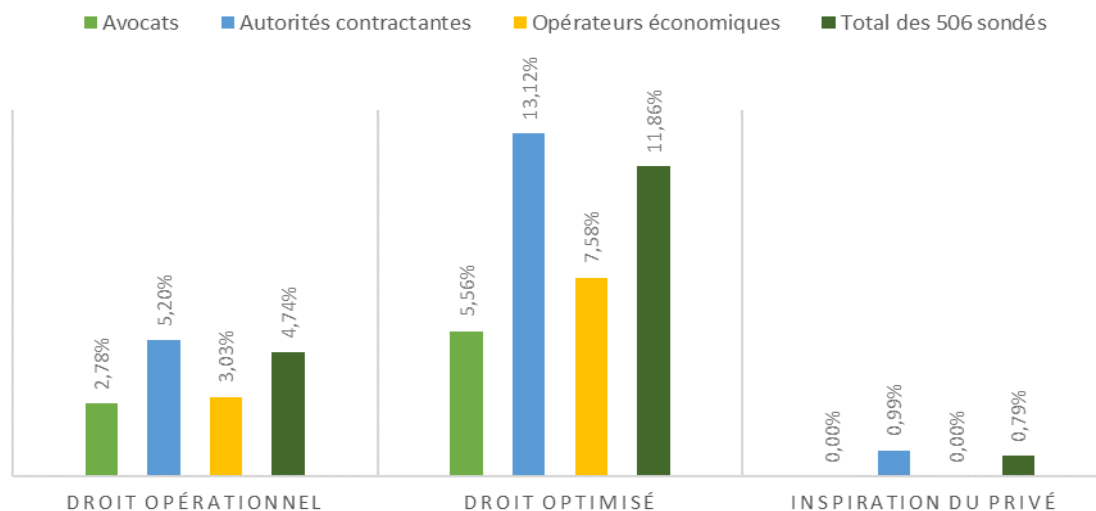
¹⁰⁶⁰ 1 AC.

¹⁰⁶¹ 13 AC et 3 OE, soit 16 sondés sur 60 (26,67 %).

¹⁰⁶² 4 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 %).

autre met en exergue les conséquences de ces inconvénients : « *aujourd'hui les entreprises se tournent plus facilement vers les marchés privés, il apparaît évident que dans un contexte concurrentiel marché public/privé, on ne gagne pas...* ».

Figure 3.14 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre efficacité et simplification du droit de la commande publique



5. La réévaluation des normes existantes

Données. 18 sondés¹⁰⁶³, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,56 % des sondés ayant fourni une définition), associent la simplification à l'évolution, à la réévaluation, des normes existantes.

Réévaluation générale. 4 de ces 18 sondés¹⁰⁶⁴ adoptent une approche générale, en indiquant que la simplification nécessite « *une démarche globale, afin que le Code de la commande publique ne soit plus un recueil de procédures* »¹⁰⁶⁵, une modernisation « *de l'action publique* »¹⁰⁶⁶ ou « *des processus d'achat public* »¹⁰⁶⁷ sans autre précision.

¹⁰⁶³ 13 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,22 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 3 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,55 %).

¹⁰⁶⁴ 2 AC, 1 AV et 1 OE.

¹⁰⁶⁵ 1 AC pour ces deux citations.

Une autre autorité contractante partage cet avis.

¹⁰⁶⁶ 1 AV.

¹⁰⁶⁷ 1 AC et 1 OE.

Réévaluation à l'aune de certains objectifs. Les 14 autres sondés¹⁰⁶⁸ sont légèrement plus précis, en associant la simplification du droit de la commande publique au réexamen des normes à l'aune de certains objectifs, afin de ne maintenir ou de ne créer que les normes permettant d'atteindre ces objectifs. Ce n'est pas sans rappeler les propos déjà mentionnés de certains sondés, liant la simplification du droit de la commande publique à la coordination des différents objectifs qui lui sont assignés¹⁰⁶⁹. Les objectifs invoqués par ces 14 sondés, et à l'aune desquels les normes devraient être réévaluées, varient d'un sondé à l'autre. Il est ainsi fait mention de la « *bonne gestion des deniers publics* » (l'idée étant que chaque autorité contractante n'ait pas à « *se concentrer de manière démesurée sur les aspects juridiques qui conditionneront son achat au détriment de la réponse à un besoin précisément défini* »)¹⁰⁷⁰, des « *principes [du droit de l'UE]* »¹⁰⁷¹ (sans préciser lesquels), « *[d]es enjeux de responsabilité sociale, environnementale, [...] l'innovation, et les finances publiques* »¹⁰⁷² (alors que d'autres sondés semblent à l'inverse indiquer que les moyens de mise en œuvre des objectifs dits horizontaux devraient être réévalués ou relégués au second plan¹⁰⁷³), des « *principes fondamentaux de la commande publique* »¹⁰⁷⁴, « *[d]es grands principes (égalité de traitement des candidats, liberté d'accès, transparence des procédures) et [d]es objectifs de développement durable* »¹⁰⁷⁵. Certains sondés développent davantage, par exemple en soulignant que la simplification du droit de la commande publique repose sur le fait de :

« [r]ecentrer la réglementation sur l'objectif premier qu'est l'achat, sa qualité, le bon usage des deniers, et alléger ou supprimer les obligations nées de politiques "annexes" (diffusion de données économiques notamment par

¹⁰⁶⁸ 11 AC, 1 AV et 2 OE.

¹⁰⁶⁹ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 1.

¹⁰⁷⁰ Ces deux citations émanent d'une seule autorité contractante.

¹⁰⁷¹ 1 AC.

¹⁰⁷² 1 AC.

¹⁰⁷³ Par exemple, une autorité contractante affirme que la simplification du droit de la commande publique implique, selon elle, de « *[s]upprimer les réglementations inapplicables ou sans plus-value. Certaines exigences réglementaires, se révèlent inapplicables ou dénuées de sens sur le terrain. C'est notamment le cas de l'obligation d'un critère environnemental en complément de conditions d'exécution obligatoires pour les marchés de prestations intellectuelles. Cela revient à noter des offres sur des critères comme l'extinction des lumières ou le tri sélectif, ce qui n'est souvent ni cohérent ni en lien direct avec l'objet de ces marchés.... Critères que l'on retrouve dans les obligations d'exécution ...* ».

Un avocat n'évoque pas explicitement la place des objectifs dits horizontaux, mais indique simplement que la simplification exige « *une hiérarchisation des objectifs assignés à l'achat public* ».

¹⁰⁷⁴ 1 AC.

¹⁰⁷⁵ 1 AC.

voies dématérialisées, contrôle du respect des obligations fiscales et sociales des opérateurs, politiques environnementales et sociales, etc.). »¹⁰⁷⁶

Il s'agit également, selon certains sondés, d'opérer un changement de perspective, en ayant « *moins de cumul d'obligations pour l'acheteur, pour qu'il ne continue pas à se diriger vers un gestionnaire, mais soit un vrai acheteur* »¹⁰⁷⁷, ou en assurant :

« une meilleure cohérence entre les objectifs assignés à la commande publique et les capacités réelles des acheteurs publics. Plutôt que de multiplier les critères (environnementaux, sociaux, d'égalité hommes femmes...) sans accompagnement et expertise interne, il s'agirait de s'assurer que les collectivités disposent des compétences internes nécessaires ou d'alléger les exigences là où l'expertise fait défaut »¹⁰⁷⁸.

Dans le même sens, 2 autres autorités contractantes semblent appeler à un recadrage des moyens d'atteindre les différents objectifs assignés à la commande publique, comme édicter « *des règles dont l'intensité est adaptée par rapport aux risques que la société souhaite couvrir* », ou :

« encadrer les risques de dérives financières, encourager l'innovation, simplifier la prise en compte des exigences sociales et environnementales (RSE), ou encore simplifier les modalités de modifications contractuelles en cours d'exécution. Si des avancées notables ont été réalisées (loi ASAP, Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024, etc.), le processus de simplification reste souvent fragmenté. »

Certains opérateurs économiques sondés regrettent également la diversité des pratiques et des règles contrevenant, à leur sens, à l'égalité de traitement et à l'accessibilité et demandent en conséquence les « *mêmes règles pour tous, même pour des montants de marchés faibles (diminuer au maximum le gré à gré et les entreprises "favorites" des acheteurs)* », ou regrettent la faible concurrence s'agissant des logiciels :

« Du point de vue d'un petit éditeur logiciel national, la simplification du droit de la commande publique s'est partiellement effectuée via les marchés multi-éditeurs des centrales d'achat public, avec cependant un surcoût

¹⁰⁷⁶ 1 AC.

¹⁰⁷⁷ 1 AC.

¹⁰⁷⁸ 1 AC.

important en raison de la captation de taux par des intermédiaires et une baisse de la transparence. Organiser cette simplification (nécessaire pour une saine concurrence et l'efficacité de la réponse rapide aux besoins) d'une autre façon serait donc judicieux. »

6. L'évolution du nombre de normes

Données. 37 sondés¹⁰⁷⁹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,31 % des sondés ayant fourni une définition), établissent un lien entre l'évolution du nombre de normes existantes (augmentation ou diminution du nombre de normes) et la simplification du droit de la commande publique. Il importe de souligner d'emblée que la préférence de ces sondés va à la diminution du nombre de normes : la majorité de ces sondés – 30 sondés¹⁰⁸⁰ sur 37 – souligne, à l'instar de certains interviewés¹⁰⁸¹, que la simplification du droit de la commande publique implique la réduction du nombre de normes ou la suppression de normes considérées comme inutiles.

Réduction générale du nombre de normes. 9 sondés¹⁰⁸² définissent explicitement la simplification du droit de la commande publique comme une réduction du nombre de normes en général, par exemple en affirmant que cela suppose un « *allègement du nombre de normes applicables* »¹⁰⁸³, « *une diminution de la réglementation qui, parfois, allonge les procédures* »¹⁰⁸⁴, de « *réduire le nombre de règles* »¹⁰⁸⁵, de procéder à la « *[s]uppression de normes* » (sans préciser lesquelles)¹⁰⁸⁶, d'avoir des « *textes moins nombreux* »¹⁰⁸⁷, de « *[f]aire autant (ou mieux) avec moins de règles (à écrire – à comprendre – à transmettre – à mettre en œuvre ...)* »¹⁰⁸⁸, ou encore d'« *all[é]ge[r] [le] corpus législatif et réglementaire applicable aux entités adjudicatrices* »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁷⁹ 27 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,68 %), 3 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 8,33 %) et 7 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 10,61 %).

¹⁰⁸⁰ 23 AC, 3 AV et 4 OE.

¹⁰⁸¹ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁰⁸² 5 AC, 2 AV et 2 OE.

¹⁰⁸³ 1 AC.

¹⁰⁸⁴ 1 AC.

¹⁰⁸⁵ 1 AV.

¹⁰⁸⁶ 1 OE.

¹⁰⁸⁷ 1 AC.

¹⁰⁸⁸ 1 AC.

¹⁰⁸⁹ 1 AC.

D'autres sondés semblent indiquer seulement implicitement que la simplification suppose la réduction du nombre de règles. Ainsi, un avocat définit la simplification du droit de la commande publique comme « *un champ moins élargi de la commande publique* », tandis qu'un opérateur économique estime que la simplification est « *[p]arfois difficile à appréhender et [constate] une recrudescence des normes à respecter* », ce qui sous-entend qu'une réduction de normes serait souhaitable.

D'autres autorités contractantes (parmi ces 30 sondés favorables à la réduction du nombre de normes) sont légèrement plus précises en plaidant pour la suppression de normes inutiles¹⁰⁹⁰, comme « *les contraintes qui ne sont pas justifiées ou [...] [dont] le bilan coûts/avantages est défavorable* », ou encore « *certaines obligations superflues et chronophages inhérentes à la commande publique et qui sont susceptibles in fine de la desservir* ». Sont par exemple mises en cause « *l'interdiction de négocier* » « *qui semble[...] aujourd'hui avoir perdu tout sens* » ou une norme récente dite de simplification :

« *La simplification du droit de la commande publique est un processus qui consiste à réduire la quantité et la complexité des normes encadrant la commande publique. Le dernier décret est un mauvais exemple de "simplification" notamment sur les mesures concernant l'exécution. En effet, distinguer le taux de retenue de garantie selon que l'entreprise est une TPE/PME ou pas ne fait que complexifier l'exécution pour les acheteurs et le trésor public. Une bonne mesure de simplification aurait pu être de réduire le taux à 3%, voire supprimer la retenue de garantie, et prévoir en contrepartie une caution ou une GAPD systématique en travaux. Même chose pour la distinction du taux d'avance selon que l'entreprise est une TPE/PME ou pas.* »

De manière moins directe, une de ces autorités contractantes évoque le fait « *d'essentialiser le droit de la commande publique* », ce qui peut impliquer de ne conserver que les normes fondamentales et ainsi de supprimer des normes considérées comme moins importantes ou même inutiles.

Ce sondé développe, en indiquant que « *[c]'est un enjeu majeur. La rationalisation des procédures applicables à la passation et à l'exécution des contrats, afin d'alléger la charge administrative pesant sur les entités adjudicatrices* ».

¹⁰⁹⁰ 5 AC

Réduction ciblée du nombre de normes. Pour 13 sondés¹⁰⁹¹, la simplification du droit de la commande publique repose spécifiquement sur la diminution de règles particulières, dérogatoires, ou des normes nationales s’ajoutant aux obligations européennes. Une autorité contractante associe d’ailleurs l’ensemble de ces éléments, en affirmant que :

« Ces mesures [de simplification du droit de la commande publique] pouvant consister : en des modifications du régime du droit de la commande publique (par exemple pour mettre fin à la surtransposition des normes européennes ou encore pour mettre fin à la multiplication des normes en matière de commande publique telle qu’elle existe depuis environ 7 ans ainsi qu’à l’augmentation déraisonnée de mesures spécifiques ou régimes d’exception ou encore à l’éparpillement de ces normes dans des codes autres que le CCP – ces pratiques étant de nature à complexifier ce régime juridique et le rendre illisible, incompréhensible et imprévisible) [...] »

4 autres autorités contractantes souscrivent à l’association entre simplification du droit de la commande publique et fin de la surtransposition des directives européennes – ou limitation des obligations à celles d’origine européenne. 6 autres autorités contractantes et un opérateur économique mettent également en cause la multiplication des exceptions ou normes transitoires, comme le « *relèvement temporaire des seuils pour les marchés de travaux* »¹⁰⁹².

Augmentation du nombre de normes. À l’inverse, une faible proportion de sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – appellent directement ou indirectement à une augmentation du nombre de normes ou, à tout le moins, s’opposent à l’association entre simplification du droit de la commande publique et réduction du nombre de normes. En ce sens, une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme incluant notamment « *plus de réglementation* », tandis qu’un opérateur économique indique simplement que la simplification du droit de la commande publique n’inclut « *pas forcément une déréglementation* ».

5 autres sondés adoptent une approche légèrement plus nuancée, en appelant non pas à une augmentation du nombre de normes en général, mais à la modification de normes existantes ou à la création de nouvelles normes précises. Les propos les plus généraux sont ceux d’une autorité contractante estimant que la simplification du droit de la commande publique implique

¹⁰⁹¹ 12 AC et 1 OE.

¹⁰⁹² 1 AC.

d' « *arrêter de parler de “hors marché”* » et de « *revoir le mille-feuille contractuel* », sans autre précision. 2 autres sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – évoquent les sanctions, la première affirmant qu'il faudrait donner aux autorités contractantes « *des moyens de sanctions autres que les pénalités (en cas de mauvaise exécution du marché public, pourquoi ne pas envisager une phase de renégociation tarifaire en solde de marché, plutôt que des pénalités multipliées à l'excès ?)* », et le second indiquant qu'il s'agirait de créer une « *sanction “automatique” au défaut de communication de ces précisions [précisions à transmettre lors du rejet d'une offre] dans le délai prévu* ». Les 2 autres sondés s'intéressent en revanche aux critères d'attribution, une autorité contractante souhaitant l'autorisation des « *critères de proximité et origine géographique* », et un opérateur économique indiquant qu'il faudrait « *obliger la définition et pondération des sous-sous critères RSE (sous-critères critères environnement, sociaux, éthiques)* ».

Absence de consensus. L'absence de consensus entre les sondés, quant au lien spontanément émis entre simplification et réduction du nombre de normes (voir **Figure 3.15**), est confirmée par une autre question du sondage (voir **Figure 3.16** pour une comparaison de l'ensemble de ces données). En effet, 608 sondés¹⁰⁹³ ont répondu à la question de savoir si l'abrogation de règles relève de la simplification du droit de la commande publique. Seuls 210 sondés¹⁰⁹⁴ ont répondu par la positive (soit 34,54 %), contre 398 par la négative¹⁰⁹⁵ (soit 65,46 %).

¹⁰⁹³ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

En sus de ces 608 sondés, 52 sondés ont fourni des réponses non exploitables, c'est-à-dire qu'ils n'ont coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – 28 AC, 9 AV et 15 OE. Leurs réponses ne sont donc pas comptabilisées.

¹⁰⁹⁴ Dont 177 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 36,95 %), 13 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 27,08 %) et 20 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 24,69 %).

¹⁰⁹⁵ Dont 302 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 63,05 %), 35 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 72,92 %) et 61 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 75,31 %).

Figure 3.15 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre évolution du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique

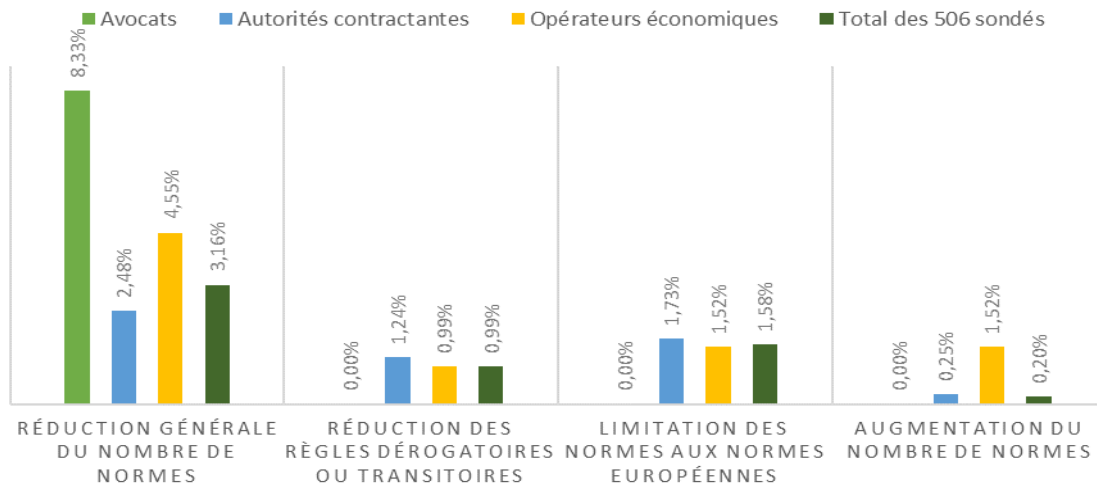
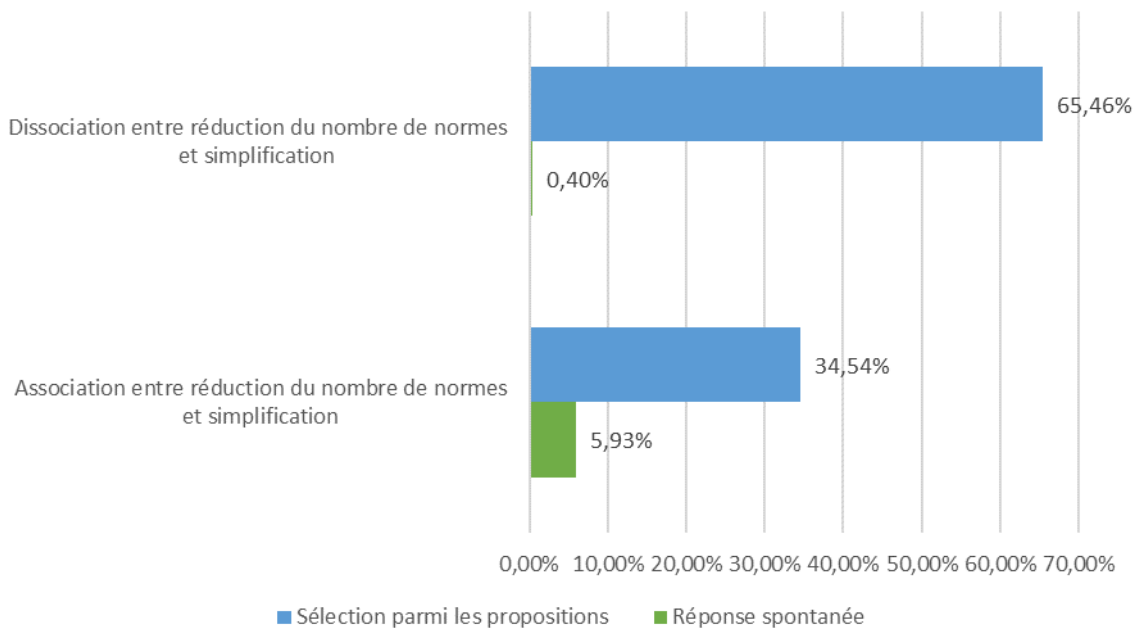


Figure 3.16 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre réduction du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique¹⁰⁹⁶



¹⁰⁹⁶ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si l'abrogation des règles relève ou non de la simplification du droit de la commande publique. Une réponse positive à cette question est assimilée ci-dessous à une réduction du nombre de normes.

7. Les principes fondamentaux de la commande publique

Transparence. Seulement 5 sondés¹⁰⁹⁷, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 % des sondés ayant fourni une définition), incluent spontanément la transparence dans leur définition. Leurs propos sont succincts et ne se recoupent pas pleinement.

Un opérateur économique inclut, dans la définition qu'il propose de la simplification du droit de la commande publique, « *la garantie de l'équité et de la transparence des procédures* ». Ce sondé ne développe pas davantage, par exemple en soulignant les éventuelles lacunes ou insuffisances actuelles de garantie de la transparence, ou en proposant des moyens de garantir la transparence.

2 autorités contractantes évoquent – pour l'une – le fait de « *faciliter [...] la transparence* » et – pour l'autre – le fait de « *définir plus précisément les attendus et obligations de l'acheteur dans ce domaine* ». Ces deux éléments se rejoignent en ce que la facilitation de la transparence peut passer par une clarification des exigences afférentes. Comme pour l'opérateur économique déjà cité, ces sondés ne développent pas davantage le lien entre transparence et simplification ni les moyens précis pour faciliter ou clarifier la transparence.

2 avocats lient sommairement le renforcement de la transparence et la simplification du droit de la commande publique, de manière explicite pour l'un (il s'agit de « *viser à plus de transparence* ») et implicite pour l'autre (qui indique simplement que la simplification inclut « *la transparence dans les choix* », semblant sous-entendre que la transparence actuelle est insuffisante).

Égalité de traitement. Seulement 3 sondés¹⁰⁹⁸, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,59 % des sondés ayant fourni une définition), établissent spontanément un lien entre l'égalité de traitement et la simplification. Ils émettent toutefois des opinions divergentes quant aux moyens de simplifier via l'égalité de traitement.

¹⁰⁹⁷ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹⁰⁹⁸ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

2 autorités contractantes adoptent des approches potentiellement opposées quant au risque actuel de non-respect de l'égalité de traitement, et ainsi quant aux moyens de simplification par l'égalité de traitement. La première semble affirmer que le risque actuel est surestimé et que la simplification devrait permettre la « *disparition de l'angoisse sur l'égalité de traitement* ». Les propos de la seconde autorité contractante vont plutôt dans le sens inverse : celui de garanties actuelles insuffisantes quant à l'égalité de traitement. D'où la proposition de « *systématiser une autorité de contrôle pour tous les organismes acheteurs pour s'assurer du respect de ce principe* ». Une telle proposition pourrait avoir pour effet de mettre fin à l'angoisse de la violation de l'égalité de traitement (à l'instar du premier sondé), mais semble, sans autre précision, pouvoir également être interprétée comme soulignant un contrôle actuellement insuffisant en droit positif et l'absence de sanction de violations pour l'instant.

Un opérateur économique adopte une autre approche, en estimant que la simplification inclut la réduction des différences de procédures et de normes pour assurer l'égalité de traitement et l'accessibilité. Il souhaite ainsi, comme déjà mentionné précédemment¹⁰⁹⁹, les « *mêmes règles pour tous même pour des montants de marchés faibles (diminuer au maximum le gré à gré et les entreprises "favorites" des acheteurs)* ».

8. La diminution du risque

Données. Seulement 4 sondés¹¹⁰⁰ (ne comprenant, sans surprise, aucun opérateur économique), sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,79 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément la diminution du risque et la simplification. Ils évoquent tous le risque, particulièrement contentieux, mais ne semblent pas pleinement s'accorder sur le fait que ce risque soit ou non surestimé (pour faire écho aux propos de certains interviewés¹¹⁰¹).

Crainte du contentieux. Une autorité contractante estime que la simplification du droit de la commande publique implique « *un code plus facile à utiliser sans avoir peur du contentieux* », mais ne développe pas davantage. Il est difficile d'en déduire que cette peur est ou non justifiée, ou que cela nécessite une modification des normes selon ce sondé.

¹⁰⁹⁹ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 5.

¹¹⁰⁰ 3 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,74 %) et 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %).

¹¹⁰¹ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §II ; Partie 2, Section 2, §II, A ; et Partie 2, Section 3, §IV.

Sécurisation du risque. Les 3 autres sondés¹¹⁰² appellent explicitement à une réduction du risque par le droit, et semblent ainsi penser que le risque n'est pas surestimé. Il est en ce sens fait mention d'une « *diminution du risque juridique* »¹¹⁰³, de « *sécuriser le risque contentieux* »¹¹⁰⁴, ou de l'objectif « *d'éviter les contentieux* »¹¹⁰⁵. Ces sondés ne développent pas davantage leurs explications ou les moyens d'atteindre un tel but.

9. La définition du besoin

Données. Seulement 2 sondés¹¹⁰⁶, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,4 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément la définition du besoin et la simplification. Ces réponses font écho aux propos déjà cités d'un opérateur économique, liant le manque de formation des acheteurs publics aux difficultés de définition du besoin¹¹⁰⁷.

Interprétation délicate des données. Les 2 sondés semblent s'accorder sur une définition insuffisante du besoin en pratique. L'autorité contractante n'évoque pas expressément la définition du besoin, mais admet d'elle-même qu'il faudrait « *[ê]tre plus explicite dans notre demande* ». L'opérateur économique développe en revanche davantage en indiquant, parmi les éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique, que « *la définition des besoins est un gros problème également : elle est souvent indigente et inadaptée ce qui engendre encore ici des coûts parfois inconsiderés – le point de la "compétence" notamment à piloter et gérer les marchés NTIC est un point crucial* ».

Les moyens pour simplifier le droit de la commande publique par la définition du besoin ne sont pas explicites dans les propos de ces 2 sondés, et il est même possible de douter que le droit puisse conduire à une meilleure définition du besoin, sauf à créer des moyens efficaces de contrôler la qualité de cette définition et de sanctionner le cas échéant. Des recommandations opérationnelles pourraient en revanche être envisagées pour renforcer la formation et accroître

¹¹⁰² 2 AC, et 1 AV.

¹¹⁰³ 1 AC.

¹¹⁰⁴ 1 AV.

¹¹⁰⁵ 1 AC.

¹¹⁰⁶ 1 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,25 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹¹⁰⁷ Cf. *supra*, Partie 3, §I., A, 5.

la compétence des personnels des autorités contractantes, afin d'inciter à une meilleure définition du besoin.

10. L'amélioration des relations et de l'exécution des contrats

Données. 5 sondés¹¹⁰⁸, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément les relations entre les parties ou l'exécution des contrats avec la simplification du droit de la commande publique. Les éléments fournis par ces sondés ne sont toutefois pas pleinement convergents.

Facilitation des rapports entre secteurs public et privé. Un avocat sondé met en exergue le fait que la simplification du droit de la commande publique implique une logique de « *facilitation des échanges économiques avec la sphère publique* » de manière générale pour améliorer les relations contractuelles.

Fluidification des échanges. Une autorité contractante inclut, dans sa définition de la simplification du droit de la commande publique, la « *[f]luidification des échanges, et des différentes étapes* » sans viser explicitement l'exécution des contrats de la commande publique.

Liens entre amélioration des relations et exécution des contrats. Les 3 autres sondés¹¹⁰⁹ soulignent soit que l'attention devrait être davantage portée sur l'exécution que sur la passation¹¹¹⁰, soit que les rapports contractuels devaient être fluidifiés « *dans le cadre de l'exécution des marchés ou concessions de travaux* »¹¹¹¹, soit que la simplification devrait permettre « *une meilleure exécution des marchés publics et d'instaurer des relations apaisées/de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices et les opérateurs économiques* »¹¹¹².

¹¹⁰⁸ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹¹⁰⁹ 1 AC, 1 AV et 1 OE.

¹¹¹⁰ Selon un opérateur économique, la simplification implique de « *[d]éconstruire la vision mythique des principes de procédure pour favoriser les principes de l'exécution (continuité de la mission et bonne utilisation des deniers publics)* ».

¹¹¹¹ 1 AV.

¹¹¹² 1 AC.

C. Les composantes liées à l'évolution du contenu des normes

Complexité plurielle issue du contenu des normes. Les composantes de la simplification du droit de la commande publique spontanément identifiées par les sondés peuvent porter sur le contenu précis des normes de la commande publique ou certaines d'entre elles. La réduction des charges incombant aux autorités contractantes comme aux opérateurs économiques est ainsi évoquée sous l'angle de l'allègement du formalisme administratif (1.) et de la facilitation de l'accès à la commande publique (2.). Le manque de compréhension ou d'unité des pratiques et normes applicables est également mis en cause à travers différentes composantes de la simplification : la lisibilité des procédures et pratiques (3.), l'harmonisation éventuelle des règles et outils – bien que les sondés soient divisés quant à la nécessité d'une harmonisation ou au degré de celle-ci (4.) –, et la réduction du nombre de procédures ou de contrats (5.). Certains sondés portent leur attention sur des aspects précis de la passation, via l'assouplissement du recours à la négociation (6.) ou des procédures et techniques d'achat (7.). Enfin, le lien entre les seuils (même ceux ne relevant pas des procédures de passation) et la simplification du droit de la commande publique apparaît dans les réponses de certains sondés, bien que ces derniers soient en désaccord sur les mesures à adopter à ce sujet (8.).

1. L'allègement du formalisme administratif

Consensus. 86 sondés¹¹¹³, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 17 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'allègement des charges administratives, du formalisme administratif, à la simplification du droit de la commande publique. Ceci représente ainsi une part significative des sondés, et confirme non seulement les retours des praticiens à l'occasion de l'enquête de terrain qualitative, mais également l'état du droit et de la doctrine¹¹¹⁴. Bien que l'objectif poursuivi soit généralement le même pour l'ensemble des sondés – à savoir, diminuer les tâches administratives considérées comme peu utiles et chronophages – l'approche adoptée varie entre les sondés. Certains se contentent de propos très généraux, tandis que

¹¹¹³ 76 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 18,81 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 9 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,64 %).

¹¹¹⁴ Pour l'état du droit et de la doctrine : voy. *supra*, Partie 1, Section 1, §III., B., 2. S'agissant de l'enquête de terrain qualitative : voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

d'autres mettent en exergue l'inutilité de certaines formalités administratives de la passation. Dans le même sens, une partie des sondés souligne que la simplification devrait viser aussi bien les autorités contractantes que les opérateurs économiques, alors que d'autres estiment, au contraire, que la simplification devrait être destinée à seulement l'une de ces deux catégories. Enfin, une dernière partie de sondés vise certaines formalités administratives en particulier, voire proposent des moyens d'allègement de ces formalités afin de procéder à la simplification du droit de la commande publique. Le tableau présenté à la fin de cette subdivision résume les différentes approches adoptées par ces 86 sondés (**Figure 3.17, infra**).

Allègement des démarches administratives de manière générale. Une part significative de ces 86 sondés – 31 sondés¹¹¹⁵ (soit 36,05 %) – évoque simplement l'allègement du formalisme, « *des démarches parfois dissuasives* »¹¹¹⁶, de la « *paperasse* »¹¹¹⁷, de la « *complexité [...] procédurale* »¹¹¹⁸, des « *lourdeurs procédurales* »¹¹¹⁹, ou émet le souhait de « *formalisme et procédure plus légers* »¹¹²⁰, sans autre précision. Certains de ces sondés sont légèrement plus prolixes, par exemple en affirmant que la simplification désigne le fait de « *[f]aciliter le traitement des différentes tâches relatives à la commande publique que ce soit dans la passation des marchés et dans leur exécution* »¹¹²¹, ou que « *l'enjeu est de simplifier la constitution du dossier administratif* »¹¹²².

Allègement à destination des opérateurs économiques et des autorités contractantes. 11 sondés¹¹²³ parmi les 86 (soit 12,79 %) indiquent que la simplification par l'allègement du formalisme doit bénéficier aussi bien aux autorités contractantes qu'aux opérateurs économiques. Certains soulignent que le maintien de nombreuses démarches à la charge des autorités contractantes dessert également les opérateurs économiques, qui sont pourtant les destinataires actuels des mesures de simplification. En ce sens, une autorité contractante affirme :

¹¹¹⁵ 27 AC et 4 OE.

¹¹¹⁶ 1 AC.

¹¹¹⁷ 1 AC.

¹¹¹⁸ 1 AC.

Une autre autorité contractante évoque par exemple la « *complexité administrative* ».

¹¹¹⁹ 1 AC.

Dans le même sens et sans prétention à l'exhaustivité, il est fait mention de la nécessité d'« *[a]lléger la lourdeur administrative des marchés publics* » (1 AC) ou de « *supprimer les lourdeurs administratives* » (1 AC).

¹¹²⁰ 1 AC.

¹¹²¹ 1 AC.

¹¹²² 1 OE.

¹¹²³ 10 AC et 1 OE.

« La simplification va dans le sens des opérateurs économiques, mais pas des acheteurs. Or, de nombreuses vérifications nous ont été attribuées alors même qu'elles devraient relever des organismes publics, ce qui fait perdre un temps considérable aux acheteurs. Pour exemple, la vérification des obligations fiscales et sociales : avoir l'obligation de vérifier l'authenticité des attestations de vigilance URSSAF est déjà une charge, mais devoir en plus vérifier que ce qui est déclaré est cohérent est une ineptie. Pourquoi cette vérification n'est-elle pas faite par l'URSSAF ? Qui suis-je en tant qu'acheteur pour aller vérifier que le nombre de salariés et la masse déclarée sont cohérents ? Trop de documents à demander et à vérifier, ce qui décourage beaucoup de potentiels candidats et est extrêmement chronophage pour les acheteurs qui, très souvent, n'ont pas les ressources humaines nécessaires. »

Le nombre élevé et la redondance des documents exigés des candidats, créant corrélativement une charge fastidieuse d'examen et de vérification de ces documents par les autorités contractantes, sont également mis en exergue par les autres sondés. À l'instar de l'autorité contractante citée ci-dessus, une part importante des 11 sondés estime que la diminution de la charge administrative des candidats entraînerait une diminution de celle des autorités contractantes. Certains de ces sondés esquissent en conséquence des allègements précis qui pourraient être réalisés dans un but de simplification. Il en est ainsi de l'« *idée de passeport permettant aux acheteurs de bénéficier de l'ensemble des informations vérifiées par avance sur les capacités et conformités des candidats* », qui apporterait également de la « *simplification au bénéfice des candidats sur la partie "administrative"* »¹¹²⁴. Bien que l'attention soit principalement portée sur la passation – en particulier les candidatures et le choix du cocontractant – l'allègement du formalisme administratif devrait également porter sur « *l'exécution des marchés* » selon un opérateur économique.

Allègement à destination des opérateurs économiques. 7 sondés¹¹²⁵ parmi les 86 (soit 8,14 %) – étonnamment majoritairement des autorités contractantes, probablement en raison de leur surreprésentation au sein des sondés – ne visent que la charge administrative des opérateurs économiques dans la définition qu'ils proposent de la simplification du droit de la commande publique. Ces sondés abondent dans le même sens que les précédents, en

¹¹²⁴ 1 AC.

¹¹²⁵ 6 AC et 1 OE.

soulignant qu'une réduction du nombre de documents demandés aux opérateurs économiques est nécessaire, qu'il s'agit d'éviter « *une machine administrative infernale et décourageante* »¹¹²⁶, ou encore qu'il serait utile de procéder au « *développement des outils uniques pour déposer des offres [ainsi qu'à la création] des listes de pièces justificatives uniformisées et simplifiées* »¹¹²⁷. Ceci rejoint les propos déjà cités d'une autorité contractante sondée dans le cadre de la perception de la simplification du droit de la commande publique, qui soulignait l'existence d'« *efforts à produire sur la partie réponse à procédures de mise en concurrence (notamment les documents de candidature à fournir par les candidats et leurs sous-traitants)* »¹¹²⁸.

Allègement à destination des autorités contractantes. 4 autorités contractantes parmi les 86 sondés (soit 4,65 %) estiment, à l'inverse de la catégorie précédente de sondés, que la simplification devrait conduire à alléger la charge administrative des autorités contractantes. En ce sens, certains regrettent que les destinataires principaux des mesures de simplification soient les opérateurs économiques, tandis que d'autres soulignent simplement que les contrôles et vérifications à la charge des autorités contractantes sont trop nombreux.

Formalités procédurales inutiles. Dans la continuité des précédents sondés, 10 autorités contractantes – sur les 86 sondés (soit 11,63 %) – mettent en exergue la charge administrative importante résultant des procédures. Toutefois, contrairement, aux précédents sondés, ces autorités contractantes mettent expressément en exergue le fait que cette charge est inutile par rapport aux objectifs poursuivis, voire contre-productive. Il en est ainsi des « *formalités sans plus-value ou sans risque pour l'acheteur public ou pour l'intérêt général* », des formalités destinées à « *respecter les règles procédurales qui ne sont pas en adéquation avec un achat pertinent et une bonne utilisation des deniers publics* », des « *tâches administratives ou techniques sans valeur ajoutée* », des « *aspects administratifs et procéduraux [...] redondants* ». Il s'agit, pour les autorités contractantes, de « *[r]emettre le métier d'acheteur au centre de la commande publique en leur permettant de ne plus faire autant d'administratif (vérification à leur charge)* », et « *[i]l est dommage que les acheteurs phosphorent davantage sur le respect de la procédure de passation, alors qu'ils devraient avoir à se préoccuper surtout du montage contractuel et de la qualité de l'achat réalisé* ».

¹¹²⁶ 1 AC.

¹¹²⁷ 1 AC.

¹¹²⁸ Cf. *supra*, Partie 3, §I., A, 2.

Allègement ciblé. 23 sondés¹¹²⁹ sur les 86 sondés (soit 26,74 %) sont légèrement plus précis quant aux charges administratives qui devraient être allégées ou supprimées.

Il en est ainsi de la publication des données essentielles. Ces dernières devraient être transmises « *via des api non payantes* » selon un sondé¹¹³⁰. De manière plus générale, il s'agirait d' « *[a]ssouplir les contraintes déclaratives des pouvoirs adjudicateurs (un seul site pour les données essentielles ex data gouv - un flux obligatoire entre data gouv et les plateformes de dématérialisation de manière à ne pas saisir plusieurs fois les données essentielles)* »¹¹³¹. S'agissant cette fois de la publicité, une autorité contractante estime que les formulaires de la plateforme PLACE pourraient être simplifiés.

Il en est également ainsi de l'ensemble des vérifications et contrôles à la charge des autorités contractantes, corrélées à l'efficacité du « dites-le-nous une fois ». Par exemple, le nombre de « *données déclaratives à contrôler (ex : CA, effectifs, ...)* »¹¹³² pourrait être diminué, les « *opérations de vérification dites "administratives" des candidats* »¹¹³³ simplifiées, le « *passport commande publique* » créé¹¹³⁴ ou – dans le même ordre d'idées – le marché simplifié réinstauré¹¹³⁵, les informations des candidats conservées par les autorités contractantes d'une procédure à une autre¹¹³⁶, et les contrôles automatisés¹¹³⁷ ou réduits¹¹³⁸. S'agissant spécifiquement de certaines autorités contractantes, un sondé estime que le contrôle de légalité devrait être réformé pour apporter de la simplification : il s'agirait de « *[r]epenser un système de contrôle qui, dans son état actuel, génère de la complexité et de la lourdeur administrative dans les processus sans garantir l'efficacité, notamment en raison de la sous-dotation des services de contrôle de légalité préfectoraux* »¹¹³⁹.

¹¹²⁹ 19 AC, 1 AV et 3 OE.

¹¹³⁰ 1 AC.

¹¹³¹ 1 AC.

¹¹³² 1 AC.

¹¹³³ 1 AC.

Dans le même sens, une autre autorité contractante affirme qu' « *une aide serait la bienvenue concernant la vérification des documents et attestations à fournir par les attributaires* », et un opérateur économique souligne qu' « *[i]l faudrait arrêter d'empiler les exigences administratives et la fourniture de moults informations et documents qui sont d'ores et déjà rassemblés dans différents organismes dont l'URSSAF* ».

¹¹³⁴ « *À partir du moment où une entreprise est en règle (et cette régularité est connue par les administrations françaises, chacune pour ce qui la concerne), elle devrait pouvoir facilement attester de cela (par exemple, un site internet indiquant, par SIRET, si l'entreprise est en règle)* » (1 AC).

¹¹³⁵ 1 OE.

¹¹³⁶ 1 OE.

¹¹³⁷ 1 AC.

¹¹³⁸ 1 AV.

¹¹³⁹ 1 AC.

Faisant écho aux vérifications et contrôles à la charge des autorités contractantes, un sondé estime que l'allègement pourrait résulter de la modification de « *la liste des motifs d'exclusion que les acheteurs ne peuvent vérifier directement* »¹¹⁴⁰, sans apporter davantage d'explication.

En complément, certains sondés soulignent qu'il s'agirait de réduire le nombre de pièces demandées aux candidats, comme celles « *sans rapport avec l'objet du marché (PV de CSE)* »¹¹⁴¹, de simplifier « *la procédure de dépôt des réponses favorisant la réponse des petits acteurs locaux aux marchés des EPLE notamment alimentaires* »¹¹⁴², ou de simplifier les formulaires de candidatures (ex : « *DC1, DC2, DC4* »¹¹⁴³ ou le DUME¹¹⁴⁴), voire de :

« [m]ettre en place un processus de validation préalable pour le dépôt des offres. Cela permettrait de limiter les allers-retours fastidieux et souvent incompris par les candidats, en s'assurant que les dossiers soient complets et conformes au moment du dépôt. Le bénéfice temps et sécurisation serait intéressant pour toutes les parties prenantes. »¹¹⁴⁵

Enfin, et plus généralement, une autorité contractante propose, s'agissant de l'égalité de traitement, de « *systématiser une autorité de contrôle pour tous les organismes acheteurs pour s'assurer du respect de ce principe* » (comme évoqué précédemment¹¹⁴⁶).

¹¹⁴⁰ 1 AC.

¹¹⁴¹ 1 AC.

¹¹⁴² 1 AC.

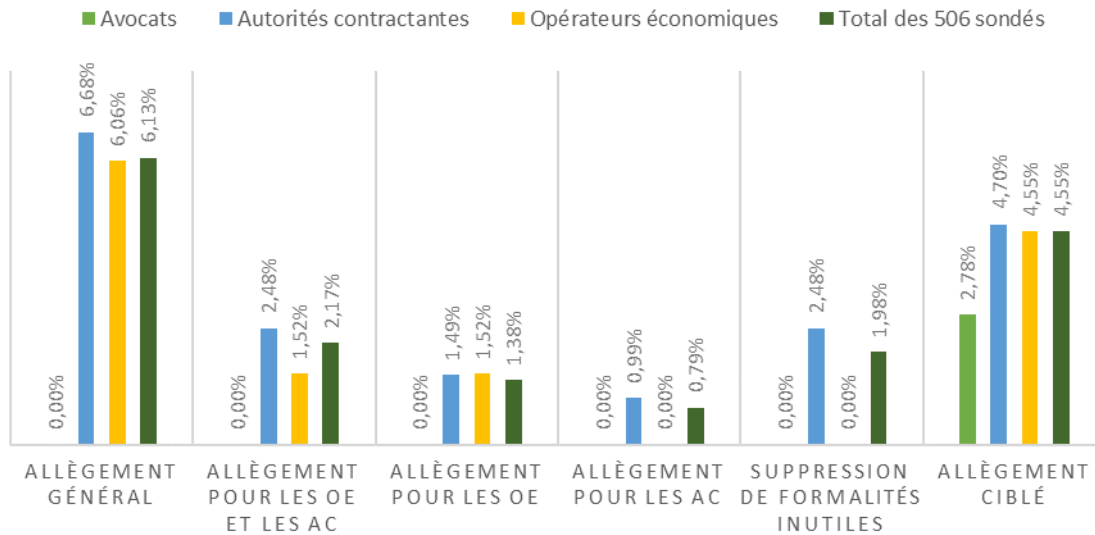
¹¹⁴³ 1 AC.

¹¹⁴⁴ 1 AC. Ce sondé développe en indiquant qu'une possibilité serait de « [r]endre obligatoires les données dans le DUME pour garantir une information complète dès le dépôt des offres ».

¹¹⁴⁵ 1 AC (il s'agit de la même autorité contractante que celle de la note de bas de page précédente proposant d'optimiser le DUME).

¹¹⁴⁶ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 7.

Figure 3.17 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre allègement du formalisme administratif et simplification du droit de la commande publique



2. La facilitation de l'accès à la commande publique

Données. Faisant écho aux propos ci-dessus s'agissant du formalisme excessif dans le cadre du droit de la commande publique, une part significative des sondés établit un lien entre simplification du droit de la commande publique et facilitation de l'accès à la commande publique, en particulier pour les opérateurs économiques. Tel est le cas de 79 sondés¹¹⁴⁷ sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 15,61 % des sondés ayant fourni une définition). Les « destinataires » de cet accès varient toutefois entre les sondés, comme le révèlent les développements ci-après ainsi que le graphique récapitulatif à la fin de cette subdivision (**Figure 3.18, infra**).

Accès pour les PME et TPE. Adoptant sensiblement la même approche que le législateur¹¹⁴⁸, 13 de ces sondés¹¹⁴⁹ – exclusivement des autorités contractantes – visent spécifiquement l'accès pour les PME ou TPE, contrairement aux interviewés qui n'évoquent

¹¹⁴⁷ 67 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 16,58 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 10 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 15,15 %).

¹¹⁴⁸ Cf. *supra*, Partie 1, Section 1, §IV.

¹¹⁴⁹ Soit 16,46 % des 79 sondés associant facilitation de l'accès à la commande publique et simplification du droit de la commande publique.

pas cette composante de la simplification¹¹⁵⁰. 3 de ces sondés fournissent à cet égard des voies de simplification prévisibles : l'un évoque la nécessité de procéder à une « *limitation des procédures et contraintes* », l'autre de « *rédui[re] les obstacles administratifs en allégeant les procédures* », et le dernier indique qu'il s'agit de « *permettre un accès aux toutes petites entreprises notamment locales, souvent perdues dans les procédures lancées par la collectivité du fait du nombre de pièces à déposer ou de la complexité des éléments demandés* ». Un autre de ces 13 sondés suggère à cet égard une simplification plus précise pour améliorer l'accès des PME à la commande publique : rendre « *plus accessible l'appréhension d'un DCE (formulaire distincts pour les marchés MDS et les marchés généralistes, des formulaires DAJ plus simples en forme de CERFA ou une candidature en ligne type dites-le-nous une fois)* ».

Accès pour l'ensemble des opérateurs économiques. Une part plus importante des 79 sondés¹¹⁵¹ évoque l'accès des opérateurs économiques de manière générale, ou précise que l'accès devrait être renforcé pour l'intégralité des entreprises, semblant sous-entendre que les mesures de simplification ne devraient pas être uniquement dédiées aux PME. Il en est ainsi quand une autorité contractante souligne que la simplification du droit de la commande renvoie notamment au fait de « *[f]aciliter l'accès à la commande publique à tous les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille* », ou qu'une autre autorité contractante évoque un « *accès simplifié aux PME, accès plus facile aux entreprises* ».

2 sondés n'évoquent pas explicitement l'accès des opérateurs économiques à la commande publique, mais leurs propos peuvent être interprétés en ce sens. Une autorité contractante estime par exemple que la simplification du droit de la commande publique est « *une nécessité pour l'accessibilité et l'attractivité de nos achats* », tandis qu'une autre autorité contractante évoque un moyen de faciliter l'accès sans évoquer l'accès lui-même : « *[f]aciliter la réponse aux consultations pour les opérateurs économiques* ».

Accès généralisé. Enfin, une part significative des 79 sondés¹¹⁵² semble adopter une approche encore plus large de l'accès à la commande publique, en évoquant l'accès de manière générale (sans désigner les opérateurs économiques) ou en faisant également référence aux autorités contractantes. Il est par exemple fait mention d'« *[u]n accès facile côté acheteur et côté entreprise* »¹¹⁵³, du fait de faciliter « *l'accès aux contrats de la commande publique, tant*

¹¹⁵⁰ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

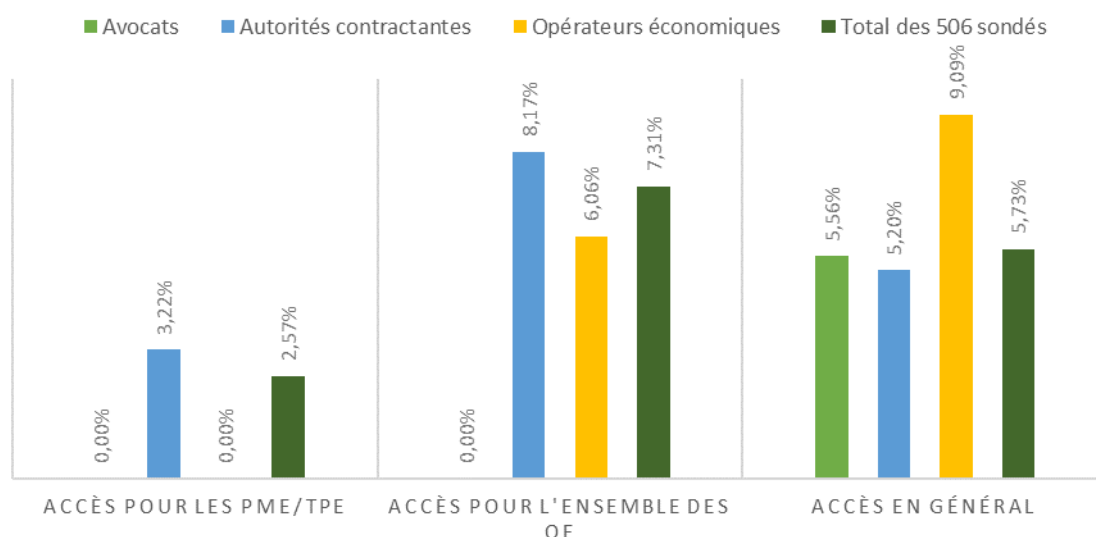
¹¹⁵¹ 37 sondés (soit 46,84 % des 79 sondés associant facilitation de l'accès à la commande publique et simplification) – 33 AC et 4 OE.

¹¹⁵² 21 AC, 2 AV et 6 OE, soit 29 sondés (36,71 % des 79 sondés).

¹¹⁵³ 1 AC.

pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques »¹¹⁵⁴, ou de rendre la commande publique « accessible à tous »¹¹⁵⁵.

Figure 3.18 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre facilitation de l'accès à la commande publique et simplification du droit de la commande publique



3. La lisibilité des procédures et des pratiques

Données. 12 sondés¹¹⁵⁶, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,37 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent une autre composante de la simplification du droit de la commande publique faisant écho à la sécurité juridique et à la facilitation de l'accès à la commande publique : la lisibilité des procédures ou pratiques, pour faciliter leur compréhension et leur mise en œuvre.

Lisibilité des documents et pratiques. Certains sondés soulignent que la simplification est liée à la lisibilité des « appels d'offres »¹¹⁵⁷ ou affirment qu'il importe de « [s]implifier la rédaction, les réponses et l'exécution des marchés »¹¹⁵⁸, d'améliorer la lisibilité

¹¹⁵⁴ 1 AC.

¹¹⁵⁵ 1 AC.

¹¹⁵⁶ 10 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹¹⁵⁷ 1 AC.

¹¹⁵⁸ 1 AC.

des procédures en général¹¹⁵⁹, celle des « *pièces de marchés pour les entreprises* »¹¹⁶⁰, celle des « *formalités à accomplir* »¹¹⁶¹, ou encore celle de « *la pratique* »¹¹⁶².

Amélioration de la compréhension des procédures. Une autorité contractante met principalement en cause le comportement des autorités contractantes, mais estime que ceci est dû à la complexité du droit de la commande publique. Ce sondé n'évoque pas expressément la lisibilité, mais ses propos semblent présenter un lien important avec la lisibilité et la compréhension par les autorités contractantes : « [l']*intégralité des services des acheteurs confond devis / contrat / marché, la commande publique les oppresse par sa complexité et son absurdité dans certaines situations* ». À l'inverse, une autorité contractante souligne les efforts réalisés par certains acheteurs pour améliorer la lisibilité des procédures et montages contractuels auprès des opérateurs économiques :

« Pour moi, la simplification ne passe pas forcément par une réforme du Code de la commande publique. Elle doit avant tout se traduire par une meilleure compréhension de la commande publique par les opérateurs économiques. Par exemple, certains acheteurs intègrent dans leurs DCE des fiches explicatives, un glossaire, des schémas, et plus généralement du "legal design". Cela permet aux entreprises de mieux comprendre comment fonctionne un marché. »

En complément, une autre autorité contractante propose une solution pour « *faciliter la compréhension des procédures et contrats par les opérateurs économiques* », en estimant que la « *forme des marchés [est] à réinventer (il est peut-être temps de sortir des documents classiques de procédures type RC, AE, CCAP/CCTP, BPU, etc., même si les éléments qu'ils contiennent doivent, bien sûr, être définis)* ».

Dans le même sens, l'autorité contractante évoquant, dans la note précédente, la lisibilité des appels d'offres met également en exergue la « *simplifi[cation] [d]es modalités de réponse* ».

¹¹⁵⁹ 1 OE.

¹¹⁶⁰ 1 AC.

¹¹⁶¹ 1 AV.

¹¹⁶² Une autorité contractante ne donne pas d'autre précision s'agissant de la pratique concernée, tandis qu'une autre autorité contractante indique que la lisibilité qu'elle souhaite concerne les « *seuils et pratiques [...] en procédure adaptée* ».

4. Le degré variable d'harmonisation des règles et des outils

Données. 39 sondés¹¹⁶³, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,71 % des sondés ayant fourni une définition), estiment que la simplification repose sur la réduction des différences entre les règles, outils, ou pratiques de la commande publique. À l'instar des interviewés¹¹⁶⁴, ces 39 sondés ne s'accordent toutefois pas sur le degré souhaité de rapprochement des règles et – corrélativement – sur le degré nécessaire de diminution des différences entre les contrats, les autorités contractantes ou les opérateurs économiques concernés. En effet, certains évoquent l'harmonisation, d'autres l'uniformisation, et enfin certains estiment, à l'inverse, qu'il importe de dissocier harmonisation des règles et simplification du droit de la commande publique. Certains sondés sont comptabilisés dans plusieurs des catégories ci-dessous, car évoquant plusieurs objets d'harmonisation ou d'uniformisation.

Harmonisation générale. 9 sondés¹¹⁶⁵, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 23,08 % des 39 sondés), soulignent qu'il s'agit d'harmoniser les règles en général (sans autre précision)¹¹⁶⁶ ou sont légèrement plus spécifiques en évoquant les règles régissant les procédures¹¹⁶⁷, le contentieux¹¹⁶⁸, certains objets de contrats ou encore certaines autorités contractantes¹¹⁶⁹. Une autorité contractante sondée¹¹⁷⁰ rejette en revanche spontanément la corrélation entre harmonisation des règles et simplification, faisant ainsi écho à certains interviewés¹¹⁷¹.

¹¹⁶³ 29 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,18 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 9 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,64 %).

¹¹⁶⁴ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹¹⁶⁵ 5 AC, 1 AV et 3 OE.

¹¹⁶⁶ 1 AC, 1 AV et 1 OE.

¹¹⁶⁷ 2 AC et 1 OE.

¹¹⁶⁸ 1 AC.

¹¹⁶⁹ 1 AC et 1 OE.

Une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme « [d]es règles harmonisées en termes de fournitures services travaux [...] Harmonisation par rapport à la Cao qui soit remise dans le code de la commande publique et non CGCT, une harmonisation entre ville et CCAS ».

Un opérateur économique évoque plusieurs objets d'harmonisation des règles : « [u]ne harmonisation des différents régimes juridiques applicables aux EA et aux PA, entre les procédures, entre les dispositions du Code et certaines doctrines officielles de Bercy, entre les dispositions nationales et les directives européennes ».

¹¹⁷⁰ Non comptabilisée dans les 9 sondés, qui regroupent uniquement les sondés établissant un lien entre harmonisation des règles et simplification du droit de la commande publique.

¹¹⁷¹ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

Harmonisation des seuils. 8 sondés¹¹⁷², sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 20,51 % des 39 sondés), établissent également un lien entre le rapprochement des différentes règles et la simplification, mais s'intéressent aux seuils. Il est ainsi question de l'harmonisation ou de l'uniformisation des « *seuils de passation* » ou « *de procédure* » en général¹¹⁷³, entre les contrats selon la nature des prestations¹¹⁷⁴, entre les différentes catégories d'autorités contractantes¹¹⁷⁵, ou de l'alignement avec les seuils européens¹¹⁷⁶.

Harmonisation ou uniformisation des outils. 7 autorités contractantes sondées, sur les 39 sondés associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 17,95 % des 39 sondés), mettent en exergue l'harmonisation ou l'uniformisation des outils. L'une de ces autorités contractantes évoque de manière générale la « *réalisation de documents uniques et synthétiques* », tandis que d'autres sont plus précises en faisant référence à la nécessité de créer un site unique pour les candidatures¹¹⁷⁷, de « *disposer d'une base de données commune à l'ensemble des administrations quant aux capacités des soumissionnaires à répondre* », de créer un seul « *outil [...] de facturation* » pour les acheteurs publics et privés¹¹⁷⁸, ou de créer une plateforme unique de dématérialisation s'agissant de la publicité et de la gestion des contrats (profil d'acheteur)¹¹⁷⁹.

Harmonisation des pratiques des autorités contractantes. 5 sondés¹¹⁸⁰, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 12,82 % des 39 sondés), estiment implicitement ou explicitement que

¹¹⁷² 7 AC et 1 OE.

¹¹⁷³ 2 AC. 3 autres autorités contractantes évoquent simplement l'harmonisation ou l'uniformisation des seuils.

¹¹⁷⁴ 1 AC.

¹¹⁷⁵ Une autorité contractante estime qu'il s'agit d' « *aligner les seuils de l'État sur ceux des collectivités (dès lors que ceux-ci seraient plus hauts)* ».

¹¹⁷⁶ 1 OE.

¹¹⁷⁷ Cette autorité contractante indique également qu'il faudrait « *unifier les supports de publication selon les types d'acheteurs* ».

¹¹⁷⁸ « *Uniformisation des outils de facturation (Chorus Pro v. libre pour les acheteurs privés mais problème pour les fournisseurs)* » (1 AC).

¹¹⁷⁹ « *[...] la multiplication des profils d'acheteurs par catégorie juridique d'entités de l'État et des collectivités est source d'illisibilité et d'incohérence. En Belgique (pays fédéral), il existe une seule plateforme de publication et de gestion des contrats publics qui est proposée à toutes les entités fédérées, et à l'État fédéral, par exemple* » (1 AC).

Selon une autre autorité contractante, « *[...] un accès simplifié demande aussi une information plus claire sur les marchés lancés. Il existe autant de lieux de publicité des marchés que de pouvoirs adjudicateurs. La mise en place d'une plateforme unique aurait pu solutionner ce problème mais son absence de déploiement à la genèse de la dématérialisation rend les choses complexes. Chaque acheteur a paramétré l'ensemble de ses process internes autour de son outil de publicité, il semble difficile d'effectuer un retour en arrière. A minima une reprise des marchés publiés sur un unique lieu de consultation qui compilerait toutes les informations de l'ensemble des marchés lancés pourrait permettre aux entreprises de s'informer facilement* ».

¹¹⁸⁰ 4 AC et 1 OE.

la simplification repose sur l'harmonisation des pratiques des autorités contractantes. La plupart des réponses données par ces sondés n'inclut pas de précision sur les différences constatées ou les pratiques qui devraient être homogénéisées. L'un de ces sondés souligne simplement qu'il s'agit de « *donner plus de visibilité aux entreprises : 3 fonctions publiques, 3 manières de traiter les marchés, chacune dans son coin* »¹¹⁸¹.

Harmonisation formelle. 2 sondés, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 5,13 % des 39 sondés), appellent à des changements moins significatifs et davantage formels : une « *[u]nification des textes* »¹¹⁸² ou une « *[h]omogénéisation des textes et des processus contractuels* »¹¹⁸³.

Uniformisation. 10 sondés¹¹⁸⁴, sur les 39 associant spontanément rapprochement des règles ou outils et simplification du droit de la commande publique (soit 25,64 % des 39 sondés), adoptent une approche plus radicale. La simplification implique, à leur sens, d'opérer une uniformisation des règles ou des procédures, ce qui suppose un degré de rapprochement plus élevé des règles que l'harmonisation. Sont ainsi évoquées l'uniformisation des règles sans autre précision¹¹⁸⁵, l'uniformisation des « *différents régimes dans le code (seuils, modalités de publicité obligatoires, ...)* »¹¹⁸⁶, « *des règles plus uniformisées pour l'ensemble des acteurs* »¹¹⁸⁷, l'uniformisation des « *règles dans les pays de l'UE* »¹¹⁸⁸ ou des procédures¹¹⁸⁹, ou encore des règles applicables aux différentes catégories d'autorités contractantes – soit aux différents pouvoirs adjudicateurs¹¹⁹⁰, soit aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices¹¹⁹¹.

Dissensions importantes entre les sondés. Il apparaît ainsi que les sondés émettent spontanément des avis mitigés quant au degré souhaité de réduction des différences entre certains outils ou règles, comme le révèle le récapitulatif sous forme de graphique ci-dessous (**Figure 3.19**).

¹¹⁸¹ 1 AC.

¹¹⁸² 1 AC.

¹¹⁸³ 1 OE.

¹¹⁸⁴ 7 AC et 3 OE.

¹¹⁸⁵ 2 AC et 1 OE.

¹¹⁸⁶ 1 AC.

¹¹⁸⁷ 1 AC.

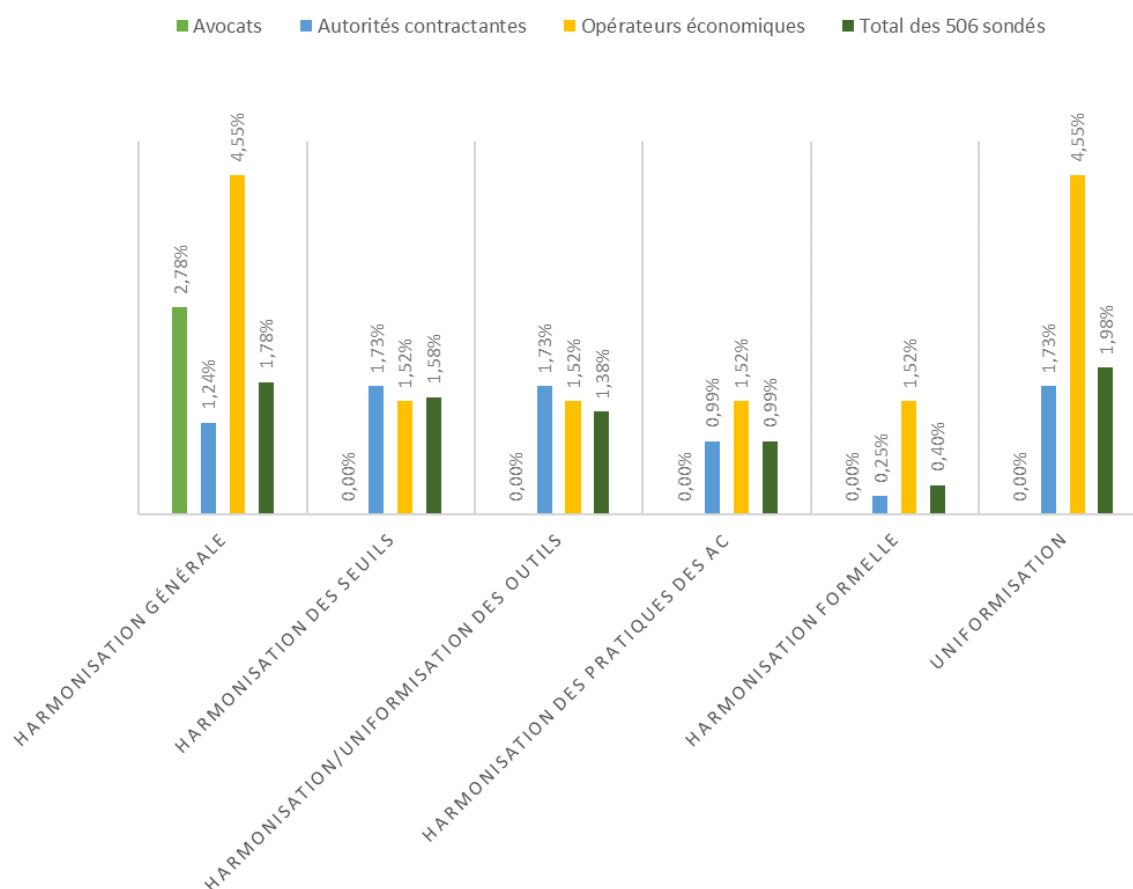
¹¹⁸⁸ 1 AC.

¹¹⁸⁹ 2 AC.

¹¹⁹⁰ 1 OE.

¹¹⁹¹ 1 OE.

Figure 3.19 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique



Les réponses à trois autres questions du sondage semblent en revanche s’inscrire contre l’association entre, d’une part, harmonisation, voire uniformisation, de certaines règles et, d’autre part, simplification du droit de la commande publique. Premièrement, les sondés étaient directement interrogés sur le fait de savoir si l’harmonisation des règles entre les marchés publics et les concessions relève de la simplification du droit de la commande publique. Sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable¹¹⁹², 471 répondent qu’une telle harmonisation ne serait pas simplificatrice (soit 77,47 %)¹¹⁹³, et 137 estiment, à l’inverse, que cette harmonisation relève de la simplification du droit de la commande publique (soit 22,53 %)¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² 479 AC, 48 AV et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n’ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹¹⁹³ Dont 372 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 77,66 %), 33 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 68,75 %) et 66 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 81,48 %).

¹¹⁹⁴ Dont 107 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,34 %), 15 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 31,25 %) et 15 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 18,52 %).

Deuxièmement, les sondés étaient directement interrogés sur la corrélation entre simplification du droit de la commande publique d’une part, et harmonisation des règles entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices d’autre part. Sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable¹¹⁹⁵, seulement 213 estiment qu’une telle harmonisation relève de la simplification (soit 35,03 %)¹¹⁹⁶, alors que 395 affirment l’inverse (soit 64,97 %)¹¹⁹⁷.

Troisièmement, une question portait sur le fait que l’harmonisation des règles entre les différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, autres pouvoirs adjudicateurs) relève ou non de la simplification du droit de la commande publique. Les réponses sont plus nuancées que pour les deux autres questions : sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable¹¹⁹⁸, 291 répondent positivement (soit 47,86 %)¹¹⁹⁹ et 317 négativement (soit 52,14 %)¹²⁰⁰.

Le graphique ci-après procède à une comparaison sommaire entre les réponses spontanées et les réponses à ces trois questions dites fermées (**Figure 3.20**).

¹¹⁹⁵ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n’ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹¹⁹⁶ Dont 156 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 32,57 %), 20 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,67 %) et 37 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 45,68 %).

¹¹⁹⁷ Dont 323 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 67,43 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %) et 44 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 54,32 %).

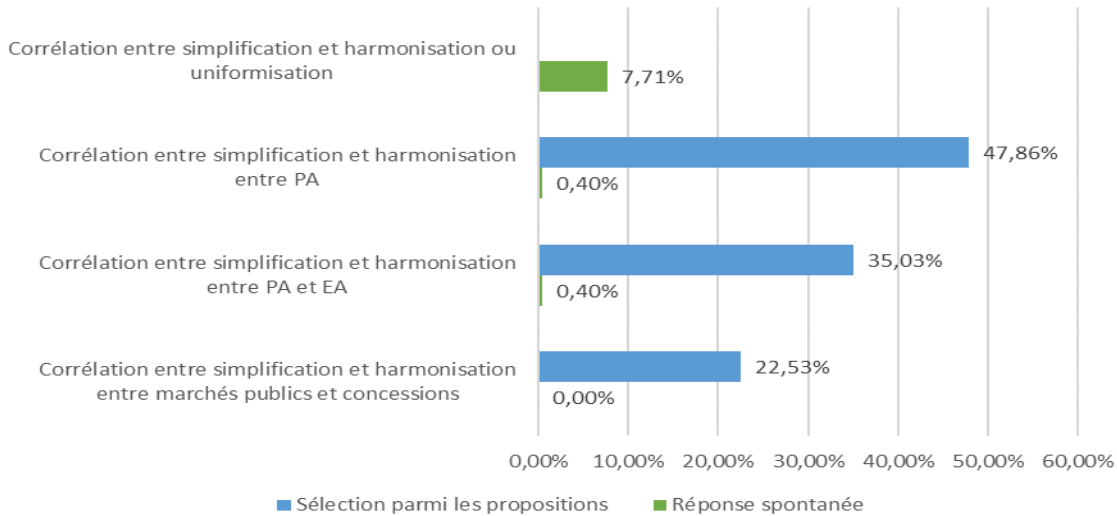
¹¹⁹⁸ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n’ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV et 15 OE.

¹¹⁹⁹ Dont 223 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 46,56 %), 20 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,67 %) et 48 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 59,26 %).

¹²⁰⁰ Dont 256 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 53,44 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %) et 33 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 40,74 %).

Figure 3.20 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses aux questions fermées s'agissant des liens entre harmonisation/uniformisation et simplification du droit de la commande publique¹²⁰¹



5. La réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats

Données. 10 sondés¹²⁰², sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,98 % des sondés ayant fourni une définition), semblent inclure spontanément, au sein de cette définition, la réduction du nombre de procédures différentes de passation ou de catégories de contrats. Il apparaît préférable de traiter séparément les réponses appelant expressément à la réduction du nombre de types de procédures ou de contrats et les réponses davantage sujettes à interprétation, car semblant l'indiquer implicitement.

¹²⁰¹ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu aux trois questions sur le lien entre harmonisation, voire uniformisation, de certaines règles et simplification du droit de la commande publique (1) entre marchés publics et concessions, 2) entre pouvoirs adjudicateurs (PA) et entités adjudicatrices (EA), 3) entre différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs (PA) (État, collectivités territoriales, autres pouvoirs adjudicateurs)).

¹²⁰² 7 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,73 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

Réduction explicitement souhaitée. 6 sondés¹²⁰³ évoquent, avec plus ou moins de précision, la simplification qui pourrait être opérée par la réduction du nombre de procédures différentes de passation (pour 5 d'entre eux¹²⁰⁴) ou par la suppression d'une catégorie de contrats – à savoir, le « *marché public de droit privé, qui complexifie l'application du droit et génère une ambiguïté juridique dans la mise en œuvre* »¹²⁰⁵. Il est ainsi souligné qu'il s'agirait d'« *avoir moins de procédures de passation différentes* »¹²⁰⁶, « *de réduire le nombre de procédures* »¹²⁰⁷, de procéder à « *une diminution du nombre de normes (fusion de certains seuils, procédures...)* »¹²⁰⁸, de réaliser une « *réduction du type de procédure[s]* »¹²⁰⁹, ou encore de « *synthétis[er] à deux procédures* »¹²¹⁰ les modes de passation des marchés publics – sans préciser les deux procédures qui devraient être retenues.

Réduction implicitement souhaitée. 4 sondés¹²¹¹ évoquent la réduction des procédures sans mentionner expressément le nombre de procédures, ce qui pourrait également être interprété comme renvoyant à l'allègement du formalisme (réduction des étapes et obligations des procédures de passation) – qui fait l'objet d'une étude séparée comme composante de la simplification au sein du présent rapport¹²¹². Ces sondés évoquent ainsi le fait d'avoir « *[m]oins de procédures* »¹²¹³ ou de « *réduire les procédures* »¹²¹⁴.

6. L'assouplissement du recours à la négociation

Données. 22 autorités contractantes¹²¹⁵, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,35 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'assouplissement du recours à la négociation à la simplification du droit de la commande publique. Ceci rejoint certains sondés précédemment cités liant la simplification à l'assouplissement normatif, dont l'assouplissement

¹²⁰³ 4 AC, 1 AV et 1 OE.

¹²⁰⁴ 3 AC, 1 AV et 1 OE.

¹²⁰⁵ 1 AC.

¹²⁰⁶ 1 AC.

¹²⁰⁷ 1 AV.

¹²⁰⁸ 1 AC.

¹²⁰⁹ 1 AC.

¹²¹⁰ 1 OE.

¹²¹¹ 3 AC et 1 AV.

¹²¹² Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., C., 1.

¹²¹³ 2 AC.

¹²¹⁴ 1 AC et 1 AV.

¹²¹⁵ Sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,45 %).

du recours à la négociation¹²¹⁶. Cet assouplissement peut prendre plusieurs formes : l'assouplissement en général du recours à la négociation sans autre précision, l'ouverture à la négociation dans certaines procédures ou pour certains marchés, ou la suppression des conditions de recours à la négociation pour que celle-ci soit systématiquement possible si les pouvoirs adjudicateurs le souhaitent.

Assouplissement général du recours à la négociation. 10 autorités contractantes évoquent de manière générale la nécessité d'introduire davantage de souplesse pour le recours à la négociation dans les procédures de passation. Ces sondés ne précisent toutefois pas s'il s'agit de permettre de mobiliser la procédure avec négociation dans tous les cas de figure (si le pouvoir adjudicateur le souhaite), et ne visent, contrairement à d'autres sondés, aucune procédure ou aucun marché en particulier pour lesquels la négociation devrait être possible.

Par exemple, un sondé critique la « *rigidité* » résultant du principe d'absence de négociation, tandis que d'autres appellent au « *recours à la négociation facilité et encadré* », au « *développement des procédures négociées* », à « *plus de négociation* », à l'« *ouverture des cas de passation des marchés négociés* », à « *permettre un plus large recours à la négociation avec les opérateurs économiques* », à « *des procédures plus souples avec plus de négociation* », ou encore évoquent simplement la « *[f]aculté de dialogue et négociation avec l'entreprise dans le respect des principes de la commande publique* ».

Assouplissement ciblé du recours à la négociation. 4 autorités contractantes sondées appellent à la création de la faculté de négociation pour certains marchés ou certaines procédures seulement, comme les marchés de travaux, les marchés avec un montant important (pour les motifs suivants : le « *seuil de 221 000 euros [est] trop bas* » ou « *afin de prendre en compte ne serait-ce que l'environnement et les enjeux sociétaux* »), ou encore ceux liés aux « *prestations intellectuelles* ».

Possibilité systématique de recours à la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. 8 autorités contractantes sondées indiquent que le fait de permettre de recourir à la procédure avec négociation à chaque fois que le pouvoir adjudicateur le souhaite serait simplificateur. Ainsi, plusieurs sondés évoquent le fait de permettre de la négociation dans les

¹²¹⁶ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 1.

procédures d'appel d'offres¹²¹⁷, dans toutes les procédures¹²¹⁸, ou, encore plus explicitement, de pouvoir mobiliser la procédure avec négociation sans condition¹²¹⁹.

7. L'assouplissement des procédures ou des techniques d'achat

Données. 56 sondés¹²²⁰, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,07 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'assouplissement de certaines procédures ou techniques d'achat avec la simplification, ce qui n'est pas sans rappeler le souhait général (même hors procédure) de flexibilité accrue du droit de la commande publique pour davantage de simplification¹²²¹. Il convient de souligner qu'en sus de ces 56 sondés, un opérateur économique appelle, à l'inverse, à davantage de rigidité sur un élément particulier – à savoir, un encadrement des « *procédures de modification des contrats publics dans des délais* ».

Assouplissement général imprécis. Les sondés emploient diverses terminologies et non exclusivement celle de l'assouplissement, en évoquant par exemple l'allègement, l'agilité ou la simplification des procédures. Comme pour d'autres composantes de la simplification, le degré de précision de l'assouplissement souhaité n'est pas systématiquement indiqué dans les réponses des sondés. Il est toutefois possible de noter que, de manière prévisible, les sondés semblent renvoyer aux procédures de passation, à l'exception de 3 sondés¹²²². Pour la majorité des sondés, il est question d'« *alléger les procédures d'achat pour les acheteurs* »¹²²³, d'« *assouplir les procédures* »¹²²⁴, de « *[s]implification des procédures de*

¹²¹⁷ 5 AC.

¹²¹⁸ 2 AC.

¹²¹⁹ 1 AC.

¹²²⁰ 46 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,39 %), 5 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,89 %) et 5 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,58 %).

¹²²¹ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 1.

¹²²² Une autorité contractante évoque la simplification des « *procédures contentieuses des entités privées soumises à la commande publique* » en s'interrogeant sur la compétence du juge administratif à cet égard, tandis qu'une autre autorité contractante et un avocat appellent à la simplification des CCAG.

¹²²³ 1 AC.

Les propos de 7 autres autorités contractantes et de 2 avocats vont dans le même sens.

¹²²⁴ 1 AC.

passation des marchés publics »¹²²⁵, ou encore de critiques de la « *lourdeur des procédures* »¹²²⁶.

Assouplissement ciblé. Certains de ces 56 sondés sont légèrement plus précis, par exemple en appelant à la simplification des « *procédures de dépôt des pièces administratives* »¹²²⁷, à la « *simplification des documents* »¹²²⁸ de manière générale, au renforcement du *sourcing*¹²²⁹ ou du dialogue de manière générale (potentiellement en aval du lancement de la procédure, à la différence du *sourcing*)¹²³⁰, à « *l'assouplissement du régime du SAD* »¹²³¹ (sans autre précision), ou encore à l'allègement « *des techniques d'achat les plus probantes en matière de développement durable* » (sans donner davantage d'informations). Il est également fait mention, par un sondé, de la « *simplification des règles de choix de procédures formalisées* » en plus de l'allotissement (sans préciser ce qui devrait être simplifié à cet égard, par exemple la dérogation au principe d'allotissement ou les modalités de mise en œuvre de l'allotissement)¹²³². Un opérateur économique semble également favorable au développement de certaines procédures plus souples, en définissant la simplification du droit de la commande publique comme « *[l]'apport de procédures allégées (MAPA, contrats permettant la négociation, marchés globaux en dérogation au principe d'allotissement par exemple)* ». Certains sondés appellent à l'assouplissement ou à la simplification de certaines procédures en particulier, comme la procédure adaptée¹²³³ ou la procédure d'appel d'offres qui pourrait être « *fluidifi[ée]* »¹²³⁴. D'autres sondés évoquent spécifiquement les étapes des procédures (vraisemblablement de passation), en appelant à la réduction du nombre d'étapes¹²³⁵ ou à la simplification du « *choix des offres* »¹²³⁶.

¹²²⁵ 1 AC.

Les propos de 12 autres autorités contractantes et de 3 opérateurs économiques sont similaires.

¹²²⁶ 1 AC.

Les propos d'une autre autorité contractante sont analogues.

¹²²⁷ 1 AC.

¹²²⁸ 1 AC.

¹²²⁹ 1 AC.

¹²³⁰ Une autorité contractante se rapproche du *sourcing* en affirmant que la simplification devrait inclure « *les possibilités d'interagir avec le marché/un portefeuille fournisseur...* » tandis qu'une autre autorité contractante évoque simplement le fait de « *simplifier le dialogue avec les candidats* ».

¹²³¹ 1 AC.

¹²³² 1 AV.

¹²³³ 3 AC.

¹²³⁴ 1 OE.

¹²³⁵ 3 AC.

¹²³⁶ 1 AV.

Il est possible de souligner qu'une autorité contractante évoque également la rigidité d'une étape qui ne s'applique qu'à certaines autorités contractantes et qui n'est pas issue directement du droit de la commande publique – à savoir, « *la centralisation ministérielle des validations des dossiers d'appels d'offres avant de pouvoir publier* ».

8. Les seuils

Données. 19 sondés¹²³⁷, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,75 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent spontanément les seuils (des procédures de passation principalement). Ces sondés ne s'accordent toutefois pas sur la nature du lien entre les seuils et la simplification du droit de la commande publique ni – le cas échéant – sur les modifications devant être apportées aux seuils pour procéder à la simplification.

Simplification imprécise des seuils. 4 autorités contractantes évoquent, sans autre information ou développement, que la simplification du droit de la commande publique implique la simplification des seuils¹²³⁸.

Rehaussement et harmonisation des seuils. De manière plus prévisible, 10 sondés¹²³⁹ souhaitent, pour davantage de simplification, un rehaussement des seuils ou leur harmonisation (ce qui peut conduire à augmenter certains d'entre eux). Il peut ainsi s'agir d'augmenter les seuils des procédures de passation de manière générale¹²⁴⁰ en sus de ceux « *des avenants et marchés complémentaires* »¹²⁴¹, de pérenniser le rehaussement des seuils¹²⁴², d'« *aligner les seuils de 100 000 euros des travaux avec les fournitures et services* »¹²⁴³, ou même de créer « *un seuil unique sans distinction de procédure adaptée ou formalisée afin de permettre pour tout achat la mise en place d'une négociation sans devoir recourir à des recherches approfondies pour être dans tel ou tel cas dérogatoire permettant de s'extirper de la procédure formalisée* »¹²⁴⁴, ou encore de « [m]odifier le seuil de publication des DE [données essentielles] (25 000 euros) pour le faire coïncider avec celui de la dématérialisation obligatoire (40 000 euros) »¹²⁴⁵.

¹²³⁷ 16 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,96 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

¹²³⁸ Parmi ces 4 autorités contractantes, l'une n'évoque pas expressément la *simplification* des seuils, mais semble adopter une approche similaire en demandant « [d]es seuils publiés que l'on connaisse aisément ce que l'on recherche ».

¹²³⁹ 9 AC et 1 AV.

¹²⁴⁰ 5 AC.

¹²⁴¹ 1 AC.

¹²⁴² 1 AV.

¹²⁴³ 1 AC.

¹²⁴⁴ 1 AC.

¹²⁴⁵ 1 AC.

Dissociation entre rehaussement des seuils et simplification. À l'inverse, les 5 derniers sondés¹²⁴⁶ dissocient le rehaussement des seuils et la simplification du droit de la commande publique. 2 sondés semblent simplement indiquer que le rehaussement des seuils n'est pas le seul ou le meilleur outil de simplification¹²⁴⁷, tandis que les autres sondés excluent expressément de la simplification « *la réduction du nombre de seuils* »¹²⁴⁸, le « *relèvement des seuils* »¹²⁴⁹, ou plaident même pour la suppression des seuils (pour la mise en œuvre des procédures formalisées *a priori*) au profit de la seule prise en compte du « *type de marchés publics (objet)* »¹²⁵⁰.

D. Les outils de simplification du droit de la commande publique

Amélioration opérationnelle des outils de la commande publique. Une part des sondés a spontanément identifié différents outils qui pourraient être mobilisés pour simplifier le droit de la commande publique. S'agissant de la « naissance » des normes, les modalités de création et de rédaction des normes pourraient être améliorées (1.), tout comme certaines sources pourraient être mobilisées pour les normes de simplification (2.). Concernant en revanche l'accès matériel aux normes et, plus précisément, leur regroupement dans un *corpus*, les sondés ont une perception contrastée de l'effet simplificateur de la codification du droit de la commande publique (3.). Les sondés évoquent également des aspects encore plus pragmatiques de la simplification, en soulignant l'importance de renforcer l'accompagnement des acteurs de la commande publique (4.), ou en mettant en exergue les limites des outils actuels de la commande publique, qui gagneraient à être simplifiés (5.).

¹²⁴⁶ 3 AC et 2 OE.

¹²⁴⁷ Selon une autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique implique un « [t]raitement des sujets de fond et non de forme, il n'est pas opportun de s'arrêter aux relèvements des seuils ».

Pour un opérateur économique, la simplification ne suppose « pas forcément [...] une augmentation des seuils ».

¹²⁴⁸ Tel est le cas d'une autorité contractante estimant que « cette réduction peut entraîner une réduction des marges pour l'acheteur ».

¹²⁴⁹ 1 OE.

¹²⁵⁰ Une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme le fait d'« [a]ller sur le type de marchés publics (objet) et non de seuil en termes de mise en concurrence ».

1. Les modalités de création et de rédaction des normes

Données. 8 sondés¹²⁵¹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,58 % des sondés ayant fourni une définition), mettent en exergue les modalités de création ou de rédaction des normes.

Approche formelle. 5 sondés¹²⁵² adoptent une approche principalement formelle s'agissant de la rédaction des normes, en appelant à la correction des coquilles¹²⁵³, à la limitation des renvois¹²⁵⁴ ou, concernant spécifiquement les directives européennes, à des « *textes plus courts* »¹²⁵⁵.

Approche substantielle. Les 3 autres sondés¹²⁵⁶ soulignent un aspect plus substantiel, ayant trait à la consultation des praticiens lors de la création des normes. Ils encouragent ainsi à « [f]aire participer des “praticiens” du quotidien aux groupes qui écrivent les articles ... de façon à intégrer les modalités pratiques et concrètes d'application des dispositions »¹²⁵⁷, ou – dans le même ordre d'idées – à « *laisser les praticiens [...] rédiger ou vérifier la rédaction des dispositions* »¹²⁵⁸.

2. Les sources des normes de simplification

Données. 3 sondés¹²⁵⁹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,59 % des sondés ayant fourni une définition), établissent spontanément un lien entre les sources qui devraient être mobilisées et la simplification du droit de la commande publique.

¹²⁵¹ 6 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,49 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

¹²⁵² 3 AC, 1 AV et 1 OE.

¹²⁵³ 1 AC.

¹²⁵⁴ 1 AC, 1 AV et 1 OE.

¹²⁵⁵ 1 AC.

¹²⁵⁶ 3 AC.

¹²⁵⁷ 1 AC.

¹²⁵⁸ Il s'agit des propos d'une seule autorité contractante, mais une autre autorité contractante abonde dans le même sens en évoquant uniquement la rédaction des normes (et non leur vérification) par des praticiens.

¹²⁵⁹ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %) et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

Difficultés d'interprétation des réponses incluant spontanément les

sources. Une autorité contractante évoque les sources des normes européennes en estimant qu'il s'agirait de « [r]emplacer les *Directives Marchés* par des *Règlements* [européens] », tandis qu'une deuxième autorité contractante et un opérateur économique adoptent des positions opposées quant à la jurisprudence. La deuxième autorité contractante se déclare favorable à « *moins de jurisprudence* » sans autre explication, ce qui semble peu réalisable (puisque cela ne relève pas du législateur ou de l'exécutif, mais des acteurs de la commande publique qui saisissent le juge, sauf à supprimer certains recours ou à en restreindre juridiquement l'accès). L'opérateur économique suggère, pour sa part, « *d'intégrer des principes jurisprudentiels* » sans donner d'autres informations, pouvant révéler un souhait de renforcer l'intégration de la jurisprudence au sein du droit écrit ou du droit dit souple (comme les fiches et guides de la DAJ). Ainsi, force est de constater la rareté et le manque de convergence des réponses des sondés liant spontanément sources des normes et définition de la simplification du droit de la commande publique.

Exclusion majoritaire de la jurisprudence. Une autre question du sondage est liée à la même thématique et permet d'avoir un réel panorama des souhaits des praticiens quant aux sources souhaitées des normes de simplification du droit de la commande publique (voir **Figure 3.21**). Les sondés étaient en effet interrogés sur le(s) moyen(s) par le(s)quel(s) on devrait simplifier le droit de la commande publique. Ils pouvaient choisir une ou plusieurs réponse(s) parmi les trois suivantes : les lois et règlements, la jurisprudence, ou le droit « souple » (comme les fiches et guides de la DAJ ou les circulaires ministérielles). Sur les 608 sondés ayant répondu¹²⁶⁰, 422 sondés¹²⁶¹ ont sélectionné les lois et règlements (soit 69,41 %), seulement 153 sondés¹²⁶² ont sélectionné la jurisprudence (soit 25,16 %), et 335 sondés¹²⁶³ ont sélectionné le droit « souple » (ex : fiche ou guide de la DAJ, circulaire ministérielle) (soit 55,1 %). La préférence va donc au droit écrit « dur » avec le droit « souple » en complément, et peu des praticiens sondés ayant répondu estiment que la jurisprudence est un outil adéquat de simplification du droit de la commande publique.

¹²⁶⁰ 479 AC, 48 AV et 81 OE.

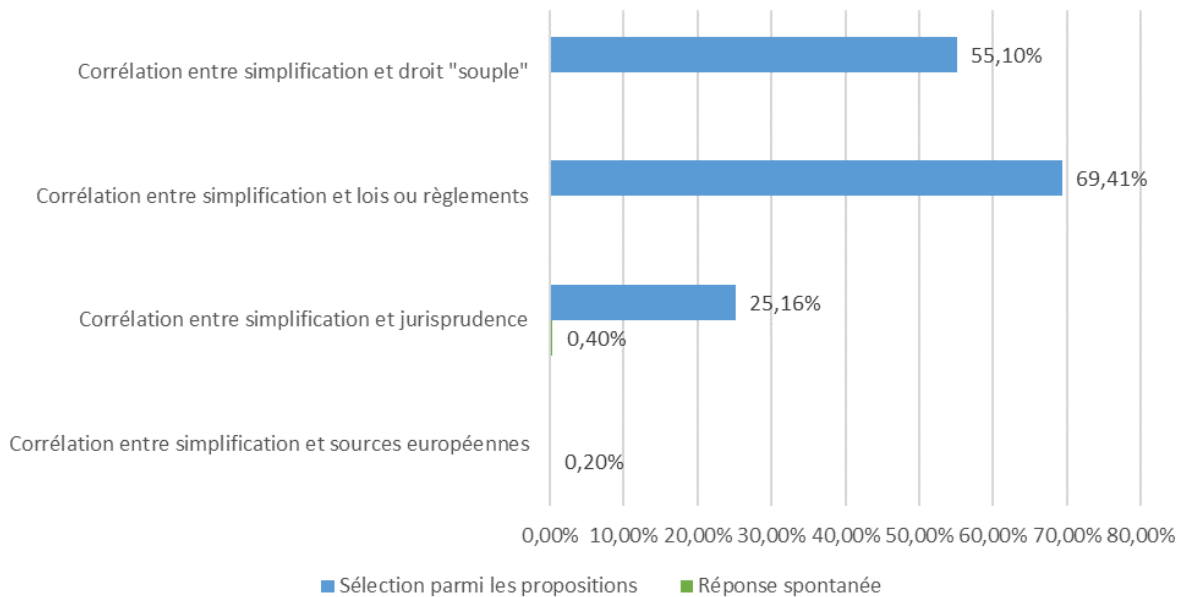
En sus de ces 608 sondés, 52 sondés ont fourni des réponses non exploitables, c'est-à-dire qu'ils n'ont coché aucune des réponses proposées – 28 AC, 9 AV et 15 OE. Leurs réponses ne sont donc pas comptabilisées.

¹²⁶¹ 332 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 69,31 %), 40 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 83,33 %) et 50 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 61,73 %).

¹²⁶² 125 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 26,1 %), 10 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 20,83 %) et 18 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,22 %).

¹²⁶³ 277 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 57,83 %), 12 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 25 %) et 46 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 56,79 %).

Figure 3.21 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre sources des normes et simplification du droit de la commande publique¹²⁶⁴



3. La perception nuancée de la simplification par la codification

Données. 12 sondés¹²⁶⁵, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,37 % des sondés ayant fourni une définition), émettent spontanément un lien entre la codification et la simplification du droit de la commande publique. Leurs opinions sont toutefois divergentes à ce sujet, certains estimant

¹²⁶⁴ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant sélectionné un ou plusieurs moyen(s) de simplification du droit de la commande publique parmi les trois choix suivants : les lois et règlements, la jurisprudence, ou le droit « souple » (comme les fiches et guides de la DAJ, ou les circulaires ministérielles). Il importe de souligner que les sondés pouvaient sélectionner plusieurs, voire l'intégralité de ces trois réponses, et sont ainsi, pour certains d'entre eux, comptabilisés plusieurs fois dans les éléments ci-dessous. Par ailleurs, les réponses spontanées des sondés établissant un lien entre la simplification et la diminution ou l'intégration de la jurisprudence sont ci-dessous comptabilisées dans la catégorie corrélation entre simplification et jurisprudence.

¹²⁶⁵ 7 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,73 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 4 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,06 %).

que la codification est perfectible pour être réellement simplificatrice, tandis que d'autres mettent au contraire en exergue la simplification opérée par le Code de la commande publique.

Perception positive de la codification. 3 autorités contractantes émettent spontanément un avis positif quant à la simplification opérée par ledit code, en indiquant que sa « lisibilité [...] est plutôt bonne », qu'il « est très bien fait [car] il évolue en fonction de la situation économique nationale et européenne », ou en le citant spontanément comme un exemple dans la définition de la simplification du droit de la commande publique¹²⁶⁶.

Perception mitigée de la codification. Les 9 autres sondés¹²⁶⁷ émettent en revanche des critiques quant à la codification ou proposent des améliorations pour renforcer la simplification par la codification. Une partie de ces 9 sondés se contente d'indiquer que la définition de la simplification du droit de la commande publique repose sur le fait de « [s]implifier le Code de la commande publique »¹²⁶⁸ ou de rendre le « code plus facile à utiliser »¹²⁶⁹. Les autres sondés, principalement des opérateurs économiques, fournissent davantage de précisions sur les améliorations qui pourraient être apportées au Code de la commande publique. Par exemple, le Code pourrait être amendé « en optimisant les normes et en évitant de les superposer »¹²⁷⁰, « en mettant en facteur commun tout ce qui est comparable dans les différentes procédures et catégories de marchés »¹²⁷¹, en renforçant la codification « en matière sociale et environnementale notamment »¹²⁷², en ayant « un droit écrit allant au-delà [...] des modes de passation afin de lier la jurisprudence des tribunaux administratifs lesquels sont aujourd'hui les chambres d'enregistrement des intérêts de l'Administration »¹²⁷³, en procédant à une réorganisation du Code « afin de rassembler par thématiques les articles L. et les articles R. »¹²⁷⁴, ou encore en « [r]éuni[ssant] en un seul socle le CCAG-FCS et le Code de la commande publique pour une lecture fluide de la réglementation applicable »¹²⁷⁵. Ceci rejoint les propos déjà mentionnés de certains sondés souhaitant une restructuration du code

¹²⁶⁶ Une autorité contractante répond ainsi à la question de la définition du droit de la commande publique : « [l]a dématérialisation de la procédure ; L'entrée en application du code de la commande publique ; Les procédures simplifiées [nous soulignons] ».

¹²⁶⁷ 4 AC, 1 AV et 4 OE.

¹²⁶⁸ 2 AC.

¹²⁶⁹ 1 AC.

¹²⁷⁰ 1 AC.

¹²⁷¹ 1 AV.

¹²⁷² 1 OE.

¹²⁷³ 1 OE.

¹²⁷⁴ 1 OE.

¹²⁷⁵ 1 OE.

avec la création d'un index¹²⁷⁶, ou appelant de leurs vœux le fait que le Code « *ne soit plus un recueil de procédures* »¹²⁷⁷.

4. Le renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique

Données. 13 sondés¹²⁷⁸, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,57 % des sondés ayant fourni une définition), incluent, au sein de la simplification, un meilleur accompagnement des acteurs de la commande publique. La corrélation spontanément réalisée par ces 13 sondés entre accompagnement des acteurs de la commande publique et simplification du droit éponyme peut être éclairée ou nuancée par d'autres questions du sondage (pour une comparaison et un résumé de l'ensemble de ces réponses : voir **Figure 3.22** à la fin de cette subdivision).

Propos généraux. 4 sondés¹²⁷⁹ tiennent des propos généraux sur l'accompagnement, la formation ou l'assistance de manière générale, dans le cadre de la définition qu'ils proposent de la simplification du droit de la commande publique. 2 d'entre eux¹²⁸⁰ indiquent expressément que cet accompagnement devrait être destiné aux autorités contractantes ainsi qu'aux opérateurs économiques, tandis que le troisième – une autorité contractante – n'évoque, étonnamment, que les opérateurs économiques et que le dernier¹²⁸¹ indique simplement « [f]ormation et accompagnement », sans préciser les destinataires de ceux-ci.

Accompagnement précis. Les 9 autres sondés¹²⁸² (incluant l'accompagnement dans la définition de la simplification) apportent davantage de précisions, qu'il s'agisse de la forme ou de l'objet d'accompagnement. La simplification par l'accompagnement pourrait ainsi porter, selon 2 sondés, sur « *la computation et [...] la définition du besoin des collectivités* »¹²⁸³ ou sur « *le contrôle de l'exécution des marchés publics* »¹²⁸⁴. Pour d'autres sondés,

¹²⁷⁶ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 1.

¹²⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 5.

¹²⁷⁸ 11 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,72 %) et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

¹²⁷⁹ 3 AC et 1 OE.

¹²⁸⁰ 1 AC et 1 OE.

¹²⁸¹ 1 AC.

¹²⁸² 8 AC et 1 OE.

¹²⁸³ 1 AC.

¹²⁸⁴ 1 AC.

l'accompagnement pourrait être mis par en œuvre par des outils individualisés – comme des « *programmes d'échanges entre les acheteurs et les opérateurs économiques (rencontres au sein des CCI par exemple)* »¹²⁸⁵, la « *[c]réation d'un BOT intelligent permettant d'accompagner l'utilisateur opérationnel sur la base de textes simplifiés* »¹²⁸⁶ –, ou des outils plus généraux via le renforcement des conseils et diverses formes de « modes d'emploi »¹²⁸⁷.

Mobilisation insuffisante de la CIJAP. Deux questions, exclusivement destinées aux autorités contractantes, portaient sur un outil d'accompagnement des acheteurs publics déjà existant : la CIJAP (Cellule d'information juridique des acheteurs publics, basée à Lyon). À la question de savoir si elles connaissent l'existence de la CIJAP, 247 autorités contractantes répondent positivement (soit 53,81 % des 459 autorités contractantes ayant fourni une réponse), et 212 négativement (soit 46,19 %). Les autorités contractantes ayant connaissance de son existence (et ayant ainsi répondu positivement à la première question) devaient ensuite indiquer si elles avaient déjà sollicité la CIJAP. Sur les 244 autorités contractantes ayant répondu à cette deuxième question¹²⁸⁸, 184 indiquent avoir déjà eu recours à la CIJAP (soit 75,41 %), et 60 seulement affirment ne l'avoir jamais mobilisée (soit 24,59 %). Une déduction semble s'imposer s'agissant de la première question : il apparaît que la communication et la « publicité » s'agissant de l'existence de la CIJAP sont insuffisantes, puisque presque la moitié des autorités contractantes sondées n'a pas connaissance de son existence. L'interprétation des réponses à la seconde question, révélant que presque un quart des autorités contractantes connaissant l'existence de la CIJAP ne mobilise pas cette institution, est en revanche plus incertaine. Les raisons de l'absence de recours à la CIJAP peuvent être multiples, comme le manque de temps pour solliciter la CIJAP ou des doutes quant à l'opposabilité des réponses de la CIJAP. Le sondage ne comprenant pas de question sur les raisons du non-recours à la CIJAP, aucune conclusion ne peut être tirée avec certitude de ces réponses.

¹²⁸⁵ 1 AC.

¹²⁸⁶ 1 AC.

¹²⁸⁷ Les réponses des sondés indiquent qu'il pourrait s'agir d'« *une bibliothèque fournie pour accompagner les acheteurs (guides, bonnes pratiques, FAQ...)* » (1 AC), de la « *multiplication des données, des guides, des clauses, etc.* » (1 AC), d'un « *document Excel d'aide au calcul des pourcentages d'augmentation guidant pas à pas les acheteurs dans leurs calculs pour les avenants* » en sus d'« *indices pour les différentes et principales catégories d'achat* » dans le cadre de la révision de prix (1 AC), d'un nouveau « *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* » (1 AC), ou encore d'une amélioration de l'accompagnement des opérateurs économiques spontanément réalisé par certaines autorités contractantes – « *[n]ous trouvons de plus en plus de cadre de mémoire technique imposé, ce qui est une bonne chose pour nous guider dans la rédaction, et de répondre de façon exacte aux attentes des acheteurs, par contre, il serait bien que ce document soit correctement paramétré : Cadre sur Excel, interlignes non supprimés (sur un nombre de pages imposé), paramétrages des tableaux pas simples à manipuler... = perte de temps sur la mise en page* » (1 OE).

¹²⁸⁸ Cela signifie que 3 autorités contractantes ont répondu positivement à la première question et savent ainsi que la CIJAP existe, mais ont choisi de ne pas répondre à la deuxième question.

Utilisation généralisée des outils de la DAJ. Une autre question portait également sur les outils actuels d'accompagnement, mais était cette fois destinée à l'ensemble des acteurs de la commande publique (et non réservée aux autorités contractantes comme les précédentes portant sur la CIJAP). 576 sondés¹²⁸⁹ ont ainsi répondu à la question de savoir s'ils utilisent ou non les fiches et guides de la DAJ. Une très forte majorité répond positivement – 538 sondés¹²⁹⁰ (soit 93,4 % des sondés ayant répondu à cette question) – seulement 38 sondés¹²⁹¹ affirmant ne pas utiliser ces outils (soit 6,6 % des sondés ayant répondu à cette question).

Diversité des éventuels nouveaux outils d'accompagnement souhaités. En complément, une question plus prospective portait sur les nouveaux outils d'accompagnement qui devraient être proposés par la DAJ selon les sondés. Ces derniers pouvaient sélectionner une, plusieurs ou l'intégralité des trois réponses proposées – à savoir, un plus grand nombre de webinaires, un plus grand nombre de fiches et de guides, et un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions.

Sur les 608 sondés ayant répondu¹²⁹², 234 ont sélectionné un plus grand nombre de webinaires¹²⁹³ (soit 38,49 %), 374 ont sélectionné un plus grand nombre de fiches et guides¹²⁹⁴ (soit 61,51 %), et 296 ont sélectionné un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions¹²⁹⁵ (soit 48,68 %). Les sondés pouvaient également fournir une réponse dite libre, et ainsi indiquer un outil non proposé dans cette question du sondage. Les 82 réponses libres et exploitables des sondés¹²⁹⁶ sont très diversifiées, mais peuvent être regroupées par catégories d'outils ou caractéristiques des outils mises en exergue. Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade : l'analyse des réponses libres des sondés sur les outils supplémentaires

¹²⁸⁹ 460 AC, 43 AV et 73 OE.

¹²⁹⁰ 440 AC (soit 95,65 % des AC ayant répondu à cette question), 38 AV (soit 88,37 % des AV ayant répondu à cette question) et 60 OE (soit 82,19 % des OE ayant répondu à cette question).

¹²⁹¹ 20 AC (soit 4,35 % des AC ayant répondu à cette question), 5 AV (soit 11,63 % des AV ayant répondu à cette question) et 13 OE (soit 17,81 % des OE ayant répondu à cette question).

¹²⁹² 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

Certains sondés n'ont sélectionné aucune des trois propositions et n'ont donc pas fourni de réponse exploitable. Ils ne sont donc pas comptabilisés.

¹²⁹³ 210 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 43,84 %), 6 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 12,5 %) et 18 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,22 %).

¹²⁹⁴ 294 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 61,38 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %) et 52 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 64,2 %).

¹²⁹⁵ 247 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 51,57 %), 15 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 31,25 %) et 34 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,98 %).

¹²⁹⁶ Il y a 5 autres réponses non comptabilisées car inexploitables. Deux sont incomplètes : « des » (1 AV), et « base juridique » (1 AV). Les autres ne relèvent pas d'une action de la DAJ, ce qui les place hors-sujet pour la question : « [l]a publication systématique des avis du Conseil d'État portant sur la commande publique » (1 AC), « Légifrance » (1 OE), « Moniteurjuris, weka, achatpublic.com... » (1 AC).

d'accompagnement de la DAJ nécessitait un regroupement par idées générales et mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie.

Il importe de souligner d'emblée que 4 sondés¹²⁹⁷ sur 82 (soit 4,88 %) indiquent ne souhaiter aucun outil supplémentaire d'accompagnement de la DAJ, ce qui pourrait indiquer que les outils actuels sont suffisants ou que les seuls outils supplémentaires souhaités sont ceux proposés dans la première partie de la question (webinaires, fiches et guides, outil d'intelligence artificielle).

Presque la moitié des sondés – 36 sondés¹²⁹⁸ sur 82 (soit 43,9 %) – évoquent des outils reposant sur des conseils généraux ou des formes de modes d'emploi, en particulier les fiches et guides de la DAJ¹²⁹⁹. Les sondés n'évoquent pas nécessairement la création de nouvelles fiches ou de nouveaux guides¹³⁰⁰, mais estiment, pour une part significative d'entre eux¹³⁰¹, que leur actualisation plus régulière serait nécessaire¹³⁰², qu'elles pourraient être clarifiées ou allégées¹³⁰³, ou qu'elles devraient comporter des aspects plus concrets¹³⁰⁴. Il est également fait mention d'autres outils pouvant être considérés comme des ressources de conseils généraux ou de modes d'emploi, à l'image des webinaires (pourtant déjà proposés dans la partie « fermée » de la même question où les sondés pouvaient sélectionner un ou plusieurs outils d'accompagnement)¹³⁰⁵, des formations¹³⁰⁶, d'une FAQ¹³⁰⁷, de doctrines communes à la DAJ et

¹²⁹⁷ 1 AC, 1 AV et 2 OE.

¹²⁹⁸ 30 AC, 3 AV et 3 OE.

¹²⁹⁹ Il est toutefois à noter que les sondés n'emploient pas eux-mêmes les termes de conseils généraux ou de modes d'emploi.

¹³⁰⁰ Il existe néanmoins des exceptions, comme la demande de création de « *guides sur la passation des marchés de moins de 40 000 euros par exemple* » (1 AC).

¹³⁰¹ 26 sondés – 22 AC, 2 AV et 2 OE.

¹³⁰² 12 AC, 2 AV, et 2 OE – soit 16 sondés.

Tel est également le cas d'un 17^{ème} sondé (1 AC), qui évoque en revanche « *des tableaux synthétiques à jour* » plutôt que la mise à jour des fiches et guides.

¹³⁰³ 3 AC.

S'ajoutent les propos d'une quatrième autorité contractante : « *[l]e format historique de fiches pourrait sans doute évoluer vers une forme de "wiki" interrogeable au niveau sémantique, sans doute via de l'IA* ».

¹³⁰⁴ 4 AC.

Une cinquième autorité contractante semble par ailleurs évoquer l'aspect trop théorique ou la prudence excessive de la DAJ dans ses fiches : « *[d]es fiches qui n'oublient pas de mettre des fondements juridiques et qui évitent (par méconnaissance de l'application des marchés) de proposer des solutions de type "ceinture+bretelles" (n'est-ce pas la DAJ...)* ».

¹³⁰⁵ 1 AC.

¹³⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

Dans le même ordre d'idées, un avocat évoque la « *professionnalisation du métier des marchés publics* ».

¹³⁰⁷ 1 AC.

à la DGFIP¹³⁰⁸, ou de la création d'un site sur le modèle suisse du guide Romand des marchés publics¹³⁰⁹.

La deuxième catégorie d'outils ayant reçu le plus grand nombre de réponses des 82 sondés est le pendant inverse – à savoir, l'accompagnement personnalisé¹³¹⁰. Les 9 sondés¹³¹¹ (sur 82, soit 10,98 %) évoquent diverses possibilités pour cet accompagnement personnalisé : une « *hotline* »¹³¹², différentes plateformes d'échanges sur des questions précises (un forum, un tchat ou une plateforme avec des experts pour répondre aux questions)¹³¹³, un « *SAV Commande publique* »¹³¹⁴, ou la possibilité d'avoir des réponses d'un conseil juridique (sans indiquer si ceci devrait prendre la forme d'un tchat par exemple)¹³¹⁵. Un opérateur économique parmi ces 9 sondés donne une réponse très générale qui peut être incluse dans cette catégorie, bien que ce sondé donne très peu de précisions : « *[u]n accompagnement des acheteurs (qui méconnaissent les prescriptions de la DAJ)* ».

Dans la continuité de l'accompagnement personnalisé, 7 sondés¹³¹⁶ (sur 82, soit 8,54 %) souhaiteraient non pas un outil spécifique, mais que les réponses données dans le cadre de l'accompagnement actuel personnalisé puissent être officielles, engager l'administration. Si certains évoquent simplement la nature officielle ou non des réponses¹³¹⁷, d'autres mentionnent un écrit¹³¹⁸, la publication des réponses¹³¹⁹, ou même l'instauration du rescrit¹³²⁰.

5 autres sondés¹³²¹ (sur 82, soit 6,1 %) privilégient en revanche l'augmentation des outils standardisés, prêts à l'emploi. Sont ainsi évoqués les « *clausiers* » et clauses types¹³²² ou, de manière plus générale, un « *outil type* »¹³²³ et « *des exemples types téléchargeables et*

¹³⁰⁸ 1 AC.

Ce sondé développe en indiquant que l'idée poursuivie est « *que les positions parfois tenues par la DGFIP soient conformes au droit de la commande publique et/ou que les règles juridiques présentent leur déclinaison sur la phase exécution budgétaire et comptable des contrats* ».

¹³⁰⁹ 2 AC.

¹³¹⁰ À l'instar de l'accompagnement général via des conseils généraux ou des modes d'emploi, les sondés n'emploient pas les termes d'accompagnement personnalisé.

¹³¹¹ 7 AC et 2 OE.

¹³¹² 1 AC.

¹³¹³ 4 AC et 1 OE.

¹³¹⁴ 1 AC.

¹³¹⁵ 1 AC.

¹³¹⁶ 6 AC et 1 AV.

¹³¹⁷ 2 AC.

¹³¹⁸ 3 AC.

¹³¹⁹ 1 AC.

¹³²⁰ 1 AV.

¹³²¹ 5 AC.

¹³²² 2 AC.

¹³²³ 1 AC.

adaptables »¹³²⁴, ainsi que des formulaires qui existent déjà (« [f]ormulaire DCI, Ouv4, etc... »¹³²⁵) sans préciser si ces formulaires devraient être modifiés et, le cas échéant, l'objet des modifications souhaitées.

4 sondés¹³²⁶ (sur 82, soit 4,88 %) n'évoquent pas d'outils spécifiques, mais plaident pour un accès facilité ou élargi aux outils d'accompagnement. L'un évoque ainsi la nécessité d'« *un accès plus rapide à la DAJ* »¹³²⁷, 2 autres un accès libre en ligne¹³²⁸, et le dernier souhaite un accès pour les « *acteurs économiques* »¹³²⁹ (sans autre précision).

Faisant écho à l'accompagnement personnalisé sous la forme de forum ou de tchat, 2 autorités contractantes sondées (sur 82 sondés, soit 2,44 %) proposent la création d'instances d'échanges ou de partages susceptibles de prendre d'autres formes qu'une plateforme en ligne et n'impliquant pas nécessairement (ou uniquement) les membres de la DAJ. En ce sens, l'un des sondés répond uniquement que l'outil souhaité consisterait à « *échanger sur l'exécution des marchés* » (sans préciser la forme de ces échanges ou les participants aux échanges), tandis que le second sondé évoque plus précisément « *[d]es instances de partage où les acheteurs publics pourraient faire part de leurs pratiques* ».

Deux autres catégories d'outils reposent en revanche sur l'accès à certaines informations juridiques ou à leur analyse. 2 autorités contractantes sondées (sur 82 sondés, soit 2,44 %) souhaiteraient le regroupement soit de la jurisprudence via une intelligence artificielle, soit de « *DCE qualifié[s] pour benchmark* ». En complément, 2 sondés¹³³⁰ (sur 82, soit 2,44 %) appellent à une forme de veille juridique, soit via « *[u]ne revue de jurisprudence commentée provenant de source fiable et en accès libre* »¹³³¹, soit via une *newsletter*¹³³².

Enfin, 11 sondés¹³³³ (sur 82, soit 13,41 %) n'évoquent pas réellement d'outils d'accompagnement, mais plutôt des changements généraux d'approche de la DAJ ou des conditions à la création éventuelle d'outils. Leurs réponses ne peuvent donc être intégrées aux catégories d'outils déjà mentionnées. Il en est ainsi du souhait, à l'égard de la DAJ, d'une « *clarification de [la] ligne éditoriale et [d']une véritable vision achat et non seulement*

¹³²⁴ 1 AC.

¹³²⁵ 1 AC.

¹³²⁶ 3 AC et 1 OE.

¹³²⁷ 1 AC.

¹³²⁸ 2 AC.

¹³²⁹ 1 OE.

¹³³⁰ 1 AC et 1 OE.

¹³³¹ 1 OE.

¹³³² 1 AC.

¹³³³ 6 AC, 1 AV et 4 OE.

juridique »¹³³⁴, de prises de position plus risquées¹³³⁵, d'outils plus adaptés à la pratique de manière générale¹³³⁶, d'aide pour le calcul de certains montants ou pourcentages s'agissant de la révision des prix et avenants¹³³⁷, de la création d' « *un seul et unique référentiel* »¹³³⁸ sans autre précision, de la « [d]iffusion d'informations claires par tout moyen »¹³³⁹, ou encore – relevant cette fois du droit positif plutôt que d'un réel outil d'accompagnement – « *des décrets clairs et exhaustifs* »¹³⁴⁰. 2 de ces 11 sondés décrivent plutôt des *guidelines* ou des avertissements s'agissant de nouveaux outils. Pour un avocat, un nouvel outil d'accompagnement n'est souhaitable qu' « [à] condition qu'il soit adossé à des bases juridiques solides, actualisées, et qu'il ne se substitue pas à l'analyse contextuelle du praticien ». Selon un opérateur économique, il s'agit de faire « [a]ttention à l'intelligence artificielle dont les résultats varient en fonction des compétences de l'utilisateur pour utiliser cet outil (ça reste un outil) ».

Figure 3.22 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre accompagnement des acteurs et simplification du droit de la commande publique¹³⁴¹

	Réponses spontanées	Réponses favorables parmi les propositions	Réponses libres
--	---------------------	--	-----------------

¹³³⁴ 1 OE.

¹³³⁵ 2 AC. L'une de ces autorités contractantes développe sa réponse en indiquant que « [d]ans son positionnement actuel, la DAJ ne peut exprimer que des positions conservatrices, pire même tenir ces positions conservatrices comme devant être la norme. Aborder les difficultés de la commande publique pourrait lui permettre de faire des pas de côté, en proposant des lignes moins conventionnelles, même si celles-ci nécessiteront plus d'attention ».

¹³³⁶ 2 AC.

¹³³⁷ 1 AC.

¹³³⁸ 1 OE.

¹³³⁹ 1 AC.

¹³⁴⁰ 1 OE.

¹³⁴¹ Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification), de réponses libres ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est d'abord celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte varie. Deux questions portaient sur la CIJAP, qui est exclusivement destinée aux autorités contractantes. Le total pris en compte concernant la connaissance de l'existence de la CIJAP est de 459 autorités contractantes ayant répondu. Le total pris en compte concernant la sollicitation de la CIJAP repose sur les 244 autorités contractantes ayant répondu à cette deuxième question. Ensuite, le total pris en compte concernant l'utilisation des outils actuels de la DAJ est de 576 sondés ayant répondu à cette question. Enfin, le total pris en compte pour d'éventuels nouveaux outils d'accompagnement qui devraient être proposés par la DAJ est celui des 608 sondés ayant sélectionné un, plusieurs ou l'intégralité des outils parmi les trois choix suivants : un plus grand nombre de webinaires, un plus grand nombre de fiches et guides, ou un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions. Il importe de souligner que les sondés pouvaient sélectionner plusieurs, voire l'intégralité de ces trois réponses, et sont ainsi, pour certains d'entre eux, comptabilisés plusieurs fois dans les éléments ci-dessous.

Une troisième catégorie de réponses est ici nécessaire : celle des réponses libres. En complément des outils d'accompagnement proposés ci-dessus, les sondés pouvaient indiquer un outil d'accompagnement supplémentaire de la DAJ qu'ils souhaiteraient. Pour ces réponses libres, le total pris en compte est de 82 sondés ayant fourni une réponse libre exploitable.

Corrélation entre simplification et accompagnement général	0,79 %	
Corrélation entre simplification et accompagnement précis	1,78 %	
Connaissance de l'existence de la CIJAP	53,81 %	
Mobilisation de la CIJAP	75,41 %	
Utilisation des outils actuels de la DAJ	93,4 %	
Aucun nouvel outil souhaité		4,88 %
Webinaires supplémentaires	38,49 %	
Fiches et guides supplémentaires	61,51 %	
IA	48,68 %	
Conseils généraux/modes d'emploi		43,9 %
Accompagnement personnalisé		10,98 %
Réponses officielles		8,54 %
Outils standardisés		6,1 %
Accès facilité/élargi aux outils		4,88 %
Instances d'échanges ou de partages		2,44 %
Regroupement d'informations/veille juridique		4,88 %
Changement d'approche de la DAJ ou conditions à de nouveaux outils		13,41 %

5. La simplification des outils de la commande publique

Données. 11 sondés¹³⁴², sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,17 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent spontanément divers outils (de publicité, de facturation, de digitalisation de manière générale, etc.) dans le cadre de la simplification du droit de la commande publique. Parmi ces 11 sondés, un avocat¹³⁴³ relativise toutefois le rôle des outils dans le cadre de la simplification, et une autorité contractante se contente d'inclure spontanément la numérisation au sein de la simplification du droit de la commande publique, sans donner de précision. Les autres sondés émettent des critiques quant aux outils existants ou mettent en exergue les outils qui devraient être créés, ce qui n'est pas sans rappeler le souhait d'harmonisation ou d'uniformisation des outils émis par certains sondés¹³⁴⁴.

Simplification des outils existants. 4 autorités contractantes mettent en cause l'efficacité ou la facilité d'utilisation des outils actuels (logiciels, plateformes), et appellent ainsi à leur modification, à leur simplification. Leurs propos sont soit généraux et ainsi susceptibles

¹³⁴² 10 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %) et 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %).

¹³⁴³ « La simplification du droit de la commande publique ne consiste pas à empiler des outils ou à rendre les procédures simplement plus "lisibles" : elle suppose avant tout une clarification des normes, une hiérarchisation des objectifs assignés à l'achat public, et une stabilité du cadre juridique. Certains outils de simplification peuvent jouer un rôle d'appui pour des publics non spécialistes, notamment en phase de sensibilisation ou d'acculturation » (1 AV).

¹³⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 3, §I., C., 4.

de porter sur l'ensemble des outils¹³⁴⁵, ou légèrement plus précis en évoquant la publication¹³⁴⁶, le « *profil acheteurs, [les] supports de publicité, [les] logiciels de rédaction* »¹³⁴⁷, ou encore « *les contrôles de légalité, [et les] échanges avec les candidats* »¹³⁴⁸.

Éventuels nouveaux outils. Dans la continuité des critiques adressées aux outils existants, 5 autorités contractantes regrettent l'absence de certains outils ou identifient les caractéristiques dont les éventuels nouveaux outils devraient être dotés. Ainsi, une autorité contractante appelle à la création d'« *une seule plateforme et une communication plus facile entre acheteurs* » et une autre à l'invention d'« *outils pour permettre aux acheteurs de consigner les documents des entreprises pour une réelle mise en place du dites-le-nous une fois* », en plus « *d'un moyen de vérifier automatiquement la validité des certificats et relancer les entreprises au moment des échéances* ». Les 3 autres autorités contractantes évoquent simplement la nécessité de nouveaux outils (sans préciser lesquels), sous réserve qu'ils soient performants ou « *ergonomiques et intuitifs* ».

Afin d'atteindre son objectif – proposer une définition empirique de la simplification du droit de la commande publique – l'enquête quantitative ne pouvait faire l'économie des facteurs de complexité qui peuvent contrarier cette entreprise.

§II. Les facteurs de complexité du droit de la commande publique identifiés par les sondés

Modalités de l'enquête. L'enquête quantitative relative aux facteurs de complexité du droit de la commande publique s'est déroulée en trois étapes. Dans un premier temps, les sondés étaient invités à identifier spontanément un ou plusieurs facteurs dans leurs commentaires, sans aucune proposition. Ils sont 433 enquêtés à s'être prêtés au jeu¹³⁴⁹. Dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir parmi une sélection de facteurs de complexité, présentée sous forme d'un questionnaire à choix multiples. Ils sont 561 à avoir coché une ou plusieurs réponses parmi les suivantes : le formalisme exigé par les textes, le formalisme exigé en pratique, l'inflation normative, l'existence de plusieurs niveaux normatifs, la

¹³⁴⁵ 1 AC.

¹³⁴⁶ 1 AC.

¹³⁴⁷ 1 AC.

¹³⁴⁸ 1 AC.

¹³⁴⁹ Plusieurs réponses non exploitables ont été fournies par les enquêtés à ce stade de l'enquête. À titre d'exemples, « *R* » (1 AC), « *T* » (1 AV), « *toute la matinée est complexe* » (1 AC), « *le droit de la commande publique* » (1 AC).

surtransposition des directives européennes, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique, la multiplicité des procédures de passation et/ou la jurisprudence. Dans un troisième temps, les sondés pouvaient répondre par « oui » ou par « non » à la question suivante : « *identifiez-vous des contradictions entre le code de la commande publique et d'autres textes ?* » avant de formuler, s'ils le souhaitaient, des précisions dans leurs commentaires. Ils sont 286 à avoir répondu à cette partie du sondage.

Pour restituer les résultats obtenus de manière dynamique, il semblait pertinent d'analyser conjointement les facteurs de complexité « *croisés* », c'est-à-dire ceux identifiés à la fois dans les réponses au questionnaire à choix multiples et dans les commentaires des sondés (A.), avant d'accorder une attention particulière aux facteurs de complexité mentionnés exclusivement dans les commentaires (B.).

A. Les facteurs « croisés »

Méthode d'analyse. Les réponses au questionnaire à choix multiples ont été comptabilisées et rapportées au nombre total de réponses¹³⁵⁰, ainsi qu'à la totalité des sondés¹³⁵¹. La première opération permet de comparer les facteurs de complexité du droit de la commande publique les uns par rapport aux autres, tandis que la seconde permet de mesurer le niveau d'incidence respectif de chacun de ces facteurs, étant entendu qu'un même sondé pouvait cocher une ou plusieurs réponses (voire toutes). Les résultats sont recensés dans le tableau suivant (Figure 3.23).

Figure 3.23 : Tableau comparatif des réponses au questionnaire à choix multiples relatif aux facteurs de complexité du droit de la commande publique

	Nb de réponses	Valeur en % (nb de réponses)	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Réponses proposées dans le questionnaire à choix multiples</i>			
Le formalisme exigé par les textes	292	14,9	52
Le formalisme exigé par la pratique	173	8,8	30,8
L'inflation normative	318	16,3	56,6
L'existence de plusieurs niveaux normatifs (national et européen)	229	11,7	40,8
La surtransposition des directives européennes	247	12,6	44
La multiplication des objectifs assignés à la commande publique	339	17,3	60,4
La multiplicité des procédures de passation	208	10,6	37
La jurisprudence	143	7,3	25,4

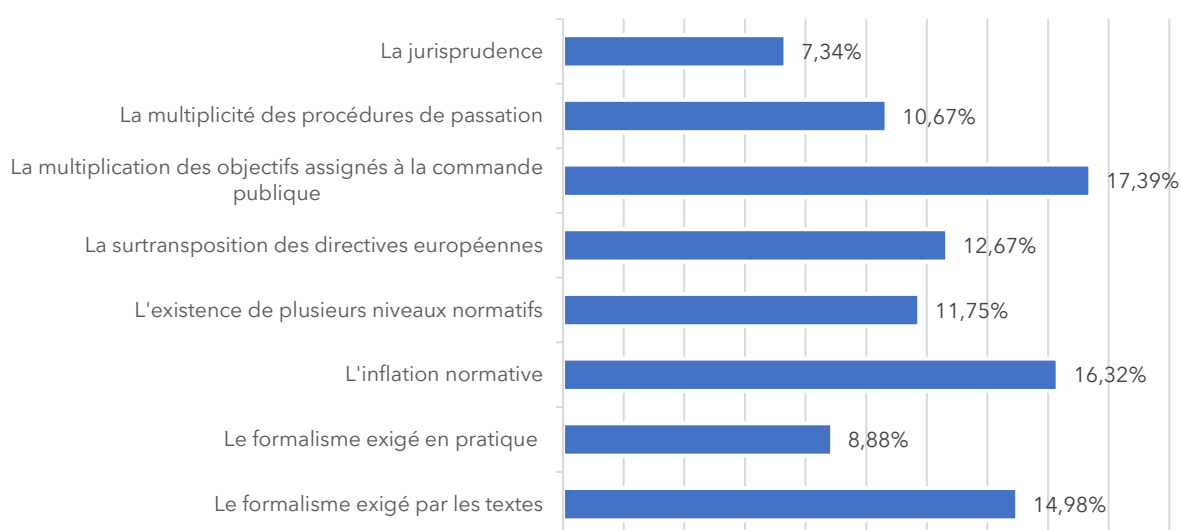
¹³⁵⁰ Soit 1949 réponses.

¹³⁵¹ Soit 591 sur cette partie du sondage.

Analyse. Le graphique ci-dessous (**Figure 3.24**) est établi à partir du nombre de réponses rapportées au nombre total de réponses au questionnaire à choix multiples. Il met en lumière une répartition relativement déséquilibrée entre les différentes propositions du questionnaire à choix multiples, puisque le delta entre la valeur la plus élevée – 17,3% pour la multiplication des objectifs assignés à la commande publique – et la valeur la plus faible – 7,3% pour la jurisprudence – est de 10 points, soit une variation significative. On peut en déduire que, selon les répondants, la complexité du droit de la commande publique résulte principalement des textes juridiques, tandis que leur interprétation ou la pratique n’y contribue que de manière marginale. Au-delà, il est difficile, sans entrer dans le détail, d’apporter une explication plus précise à la variation de ces résultats.

Ce graphique permet, par ailleurs, de classer les facteurs de complexité par ordre décroissant : la multiplication des objectifs assignés à la commande publique caracole en tête (1.), immédiatement suivie par l’inflation normative (2.) et le formalisme (3.). Ces facteurs de complexité sont suffisamment consensuels pour réunir plus de la majorité des réponses, à l’inverse de la surtransposition des directives européennes (4.), de l’existence de plusieurs niveaux normatifs (5.), de la multiplication des procédures de passation (6.) ainsi que de la jurisprudence (7.).

Figure 3.24 : Graphique comparatif des réponses des sondés au questionnaire à choix multiples relatif aux facteurs de complexité du droit de la commande publique



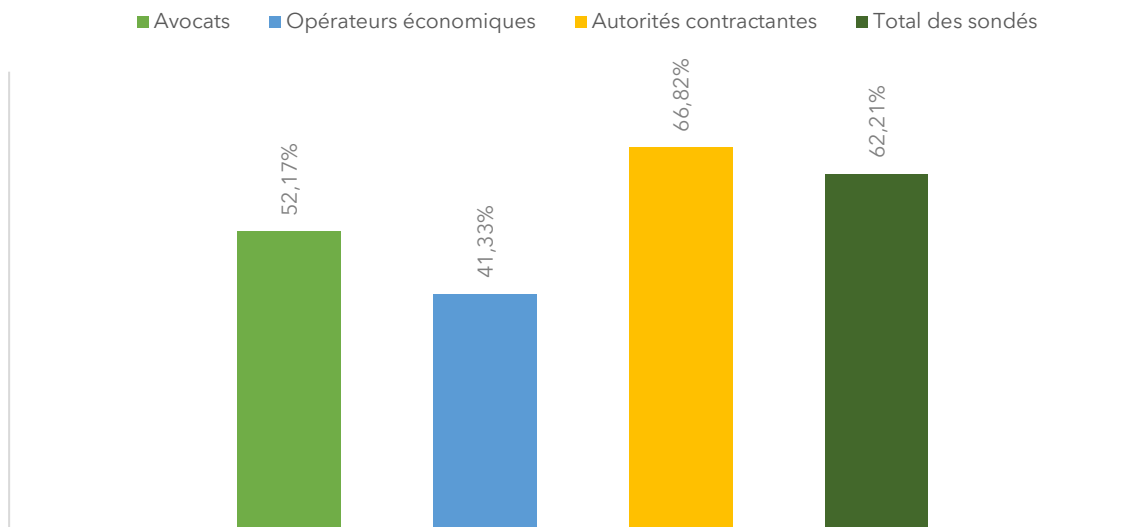
1. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique

Données. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique constitue le premier critère de complexité du droit de la commande publique selon les répondants au sondage. Il réunit 17,3 % de la totalité des réponses au questionnaire à choix multiples. Il s'agit, en outre, du facteur de complexité le plus consensuel, coché par 62,2 % des sondés.

Figure 3.25 : Tableau comparatif des réponses relatives à « la multiplication des objectifs assignés à la commande publique » par catégorie de sondés

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Catégories de sondés			
Avocats	24	46	52,1
Opérateurs économiques	173	75	41,3
Autorités contractantes	318	440	66,8
Total	349	561	62,2

Figure 3.26 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la multiplication des objectifs assignés à la commande publique » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique constitue une source de complexité du droit de la commande publique pour la majorité des sondés. Le tableau (Figure 2.25) et le graphique (Figure 2.26) ci-dessus mettent en évidence d'importantes variations entre les différentes catégories de répondants : si une majorité d'autorités contractantes et d'avocats ont sélectionné cette réponse, une minorité d'opérateurs

économiques l'envisage comme un facteur de complexité. On constate, à cet égard, que le delta entre la valeur la plus haute – 66,8 % pour les autorités contractantes – et la valeur la plus faible – 41,3 % des opérateurs économiques – est de 25,5 points, soit un écart très significatif.

Cette différence peut s'expliquer par le fait que les autorités contractantes sont les premières débitrices des obligations découlant des objectifs stratégiques assignés à la commande publique, qu'il s'agisse de prévoir des critères de développement durable lors de la passation, d'insérer des clauses environnementales ou sociales dans les contrats ou d'en contrôler la bonne exécution par les opérateurs économiques. À cet égard, on soulignera utilement que ce bilan contraste avec celui de l'enquête qualitative, probablement en raison de répartition plus équilibrée entre les catégories de répondants. Ainsi, lors des interviews, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique était considérée comme un facteur de complexité par 8 des 21 interviewés¹³⁵², soit seulement 38 % d'entre eux. Cette explication est également corroborée par les commentaires des sondés.

Justifications. Les sondés sont près de 10 % à mentionner spontanément la multiplication des objectifs assignés à la commande publique dans leurs commentaires. On constate, là encore, une surreprésentation des autorités contractantes puisque sur 45 commentaires, 40 émanent d'autorités contractantes, 3 d'avocats et 2 d'opérateurs économiques, ce qui confirme l'hypothèse précédemment soulevée. Dans le détail, les critiques émises par les sondés peuvent être classées en trois catégories : elles portent tantôt sur la généralisation des objectifs assignés à la commande publique, tantôt sur leur difficile conciliation, tantôt sur leur mise en œuvre pratique.

Généralisation d'objectifs jugés irréalisables. Les sondés sont nombreux à regretter qu'un nombre croissant d'objectifs – le développement durable, l'innovation et l'accès des petites et moyennes entreprises notamment – soient assignés par les législateur national et européen à la commande publique. En effet, cette instrumentalisation, ou selon l'expression d'une autorité contractante sondée, cette « *utilisation de la commande publique en tant qu'outil politique* » est perçue, dans l'ensemble, comme une source de complexité.

Ainsi, le bilan général dressé par les enquêtés est plutôt négatif. L'introduction de nouvelles exigences qui ne concernent pas directement la commande publique aurait pour effet de fixer des « *objectifs inatteignables* »¹³⁵³, ou encore de prononcer des « *injonctions*

¹³⁵² 3 AC, 3 OE, 1 AV et 1 AU.

¹³⁵³ 1 AC.

paradoxaux », sinon « *contradictaires* »¹³⁵⁴ à destination des autorités contractantes. L'une d'elles précise ces difficultés :

« On peut évoquer, en pratique, l'application de la loi Climat et Résilience. Nous sommes, nous les pouvoirs adjudicateurs confrontés à la dure réalité des choses : nous mettons en œuvre des clauses, critères et spécifications techniques environnementales et plus rarement sociales. Nous devons, tout en respectant ce point, tenter de conserver le public des TPE-PME qui répondent à nos marchés et qui n'ont pas aujourd'hui pas les moyens de répondre à ces exigences environnementales et sociales. Nous devons dans le même temps vérifier et suivre ces clauses et spécifications tout en étant confronté au manque de moyens humains, techniques. Charge aux prescripteurs de les suivre alors que cela ne fait pas partie de leurs attributions. Concrètement cela fait naître une frustration dans le sens où l'on veut emmener et participer à la transformation de la commande publique mais nous ne pouvons le faire par manque de moyens et d'outils nous permettant la réalisation d'actions concrètes sans pour autant voir le taux de réponses aux marchés publics baisser encore plus que ces dernières années. Le sentiment plane parfois d'atteinte de la limite du réalisable. »

Le phénomène ainsi dépeint par les sondés comme une source d'insécurité juridique¹³⁵⁵, un frein à l'efficacité de l'achat public¹³⁵⁶ comme à la concurrence¹³⁵⁷. En ce sens, une autorité contractante sondée souligne que les obligations environnementales et sociales « *alourdissent les textes et ajoutent de l'insécurité juridique, pour une efficacité proche du néant* »¹³⁵⁸, tandis qu'une autre constate que « *[l]a commande publique sert de laboratoire et le résultat est éloquent : une nette diminution de la concurrence comme le démontre la Cour des comptes européenne dans son rapport relatif aux marchés publics dans l'UE de décembre 2023. À titre personnel, de plus en plus souvent, je ne reçois plus qu'entre une et trois offres... il y a 10 ans, c'était plutôt entre trois et six* ».

Au-delà de ces considérations générales, plusieurs commentaires mentionnent plus précisément des textes nationaux adoptés ces dernières années, à l'instar de la *loi Climat et*

¹³⁵⁴ 2 AC.

¹³⁵⁵ 1 AC.

¹³⁵⁶ 2 AC.

¹³⁵⁷ 1 AC.

¹³⁵⁸ Une autre autorité contractante abonde dans ce sens lorsqu'elle relève que « *charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace* ».

*Résilience*¹³⁵⁹, de la *loi Egalim*¹³⁶⁰ ou encore de la *loi AGECE*¹³⁶¹. Ces législations, perçues comme autant de nœuds de complexité par les praticiens, ont en commun de renforcer le caractère contraignant des exigences environnementales et/ ou sociales notamment dans le domaine de la commande publique.

Respect des principes fondamentaux. En deuxième lieu, les autorités contractantes sondées font part d'un sentiment partagé : celui d'être contraintes à un numéro d'équilibriste, tant les objectifs stratégiques (développement durable, innovation et accès des PME) et les principes fondamentaux de la commande publique (liberté, égalité d'accès et transparence) se concilient mal¹³⁶², voire se contredisent¹³⁶³. Par exemple, plusieurs d'entre elles relèvent que l'intégration d'un critère environnemental conduit bien souvent à favoriser des entreprises locales (circuits courts, traçabilité des produits, etc.), au risque de méconnaître le principe de non-discrimination. Il est intéressant de souligner qu'un opérateur économique constate lui-même qu'« *il n'existe aucun critère clair pour sélectionner une entreprise française à capital français* » et que « *les critères de notation de la RSE sont flous* ». Ce faisant, il souligne le caractère ambivalent du système qui exige des autorités contractantes qu'elles respectent les principes d'égalité d'accès et de non-discrimination et qu'elles promeuvent la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, qui ne peut toutefois pas servir de critère d'attribution, faute d'un lien suffisant avec l'objet du marché.

Dans le prolongement de cette idée, les sondés parviennent difficilement à concilier ces objectifs entre eux, en raison de leur caractère parfois « *contradictoire* »¹³⁶⁴, ou faute d'une « *véritable hiérarchie* »¹³⁶⁵, comme le souligne un avocat sondé. En ce sens, plusieurs autorités contractantes interrogées peinent à articuler les exigences liées au développement durable et celles tenant à l'accès à la commande publique des TPE-PME. En effet, cet objectif peut être entravé par l'insertion de critères environnementaux ou sociaux dans les marchés publics, ne serait-ce que par les surcoûts qu'elle engendre pour l'opérateur économique.

¹³⁵⁹ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196 du 24 août 2021.

¹³⁶⁰ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 253 du 1 novembre 2018.

¹³⁶¹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF* n° 0035 du 11 février 2020.

¹³⁶² 1 AC.

¹³⁶³ 2 AC.

¹³⁶⁴ 1 AC.

¹³⁶⁵ 1 AV.

Mise en œuvre pratique des objectifs. Les sondés éprouvent enfin de sérieuses difficultés à mettre en œuvre les objectifs stratégiques de la commande publique, à travers des outils qui « *ajoutent un niveau supplémentaire de difficulté* »¹³⁶⁶ : les critères et clauses de développement durable, les spécifications techniques, les labels ou encore le concept de « coût du cycle de vie » apparaissent particulièrement difficiles à manier. La majorité des commentaires proviennent d'autorités contractantes qui critiquent la déconnexion entre les objectifs de durabilité et leurs capacités budgétaires¹³⁶⁷, le manque d'outil des collectivités territoriales pour analyser des critères sociaux ou environnementaux¹³⁶⁸ ou encore la « *faible maturité* » des services pour assurer le suivi d'exécution des clauses de développement durable¹³⁶⁹. À cet égard, une autorité contractante sondée fustige l'inflation normative en la matière : « *l'hémorragie réglementaire en matière d'achat responsable [est] parfois totalement déconnectée des capacités du marché fournisseur, ou des capacités budgétaires des acheteurs.* »

Ce problème est néanmoins mis en avant par 2 opérateurs économiques sondés. L'un d'eux souligne qu'il est difficile de « *déchiffrer les atteintes des acheteurs relatives aux critères de développement durable* ». L'autre égraine quelques exemples :

« Les clauses environnementales sont inadaptées et très difficilement applicables, les clauses d'insertion sociale sont complexes à adapter dans le cadre d'un marché de MOE, tandis que les clauses assurantielles sont déconnectées de la réalité des risques encourus. On relève que de nombreux acheteurs ont des difficultés à adapter ces contraintes générales à la spécificité des marchés et à la taille d'opérateurs économiques qui y répondent. »

2. L'inflation normative

Données. L'inflation normative se place au deuxième rang des facteurs de complexité pour les sondés, avec 16,3 % du total des réponses. Sur la totalité des sondés, 56,7 % ont coché l'« *inflation normative* » comme facteur de complexité du droit de la commande publique.

¹³⁶⁶ 1 AC.

¹³⁶⁷ 1 AC.

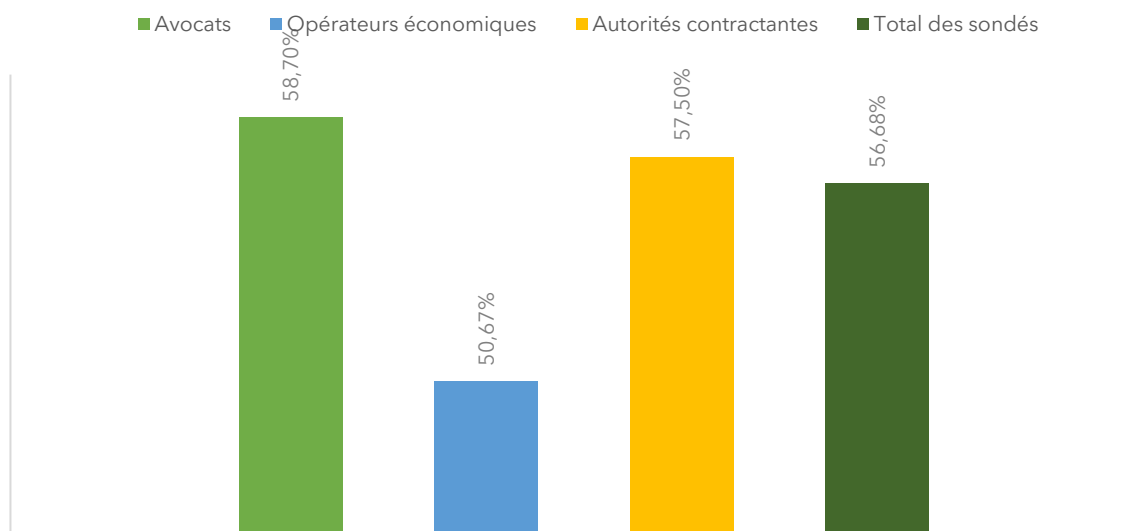
¹³⁶⁸ 1 AC.

¹³⁶⁹ 1 AC.

Figure 3.27 : Tableau comparatif de réponses relatives à l'« inflation normative » par catégorie de sondés

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	27	46	58,6
Opérateurs économiques	38	75	50,6
Autorités contractantes	253	440	57,5
Total	318	561	56,6

Figure 3.28 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « l'inflation normative » dans le questionnaire à choix multiples



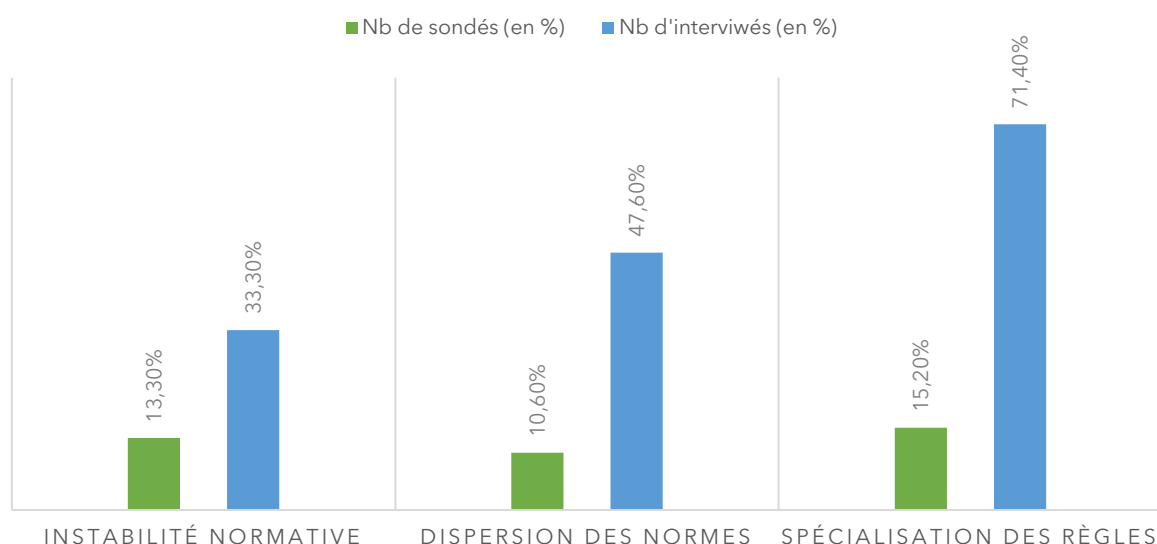
Analyse. L'inflation normative représente un facteur de complexité consensuel coché par une large majorité des sondés, dans des proportions relativement équilibrées entre les différentes catégories, ainsi qu'en témoignent le tableau (**Figure 3.27**) et le graphique ci-dessus (**Figure 3.28**). Cette proposition est, en effet, sélectionnée par 58,6 % des avocats, 57,5 % des autorités contractantes et seulement 50,6 % des opérateurs économiques sondés. Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus basse est de seulement 8 points, soit un faible écart. On peut néanmoins tenter d'expliquer ces variations par le fait que les avocats et les autorités contractantes sont les premiers confrontés à l'inflation normative dans tous les domaines de la commande publique, là où les opérateurs économiques interviennent dans des secteurs plus spécifiques. On ajoutera que, dans l'ensemble, ces résultats confortent aussi bien l'état du droit et de la doctrine que ceux de l'enquête qualitative.

En effet, lors de la première étape relative à l'état du droit et de la doctrine, l'inflation normative, la spécialisation ainsi que la fragmentation du contenu des normes avaient été

analysées comme des facteurs de complexité du droit de la commande publique¹³⁷⁰. Plusieurs moyens avaient été esquissés pour remédier à ces phénomènes : poursuivre l'entreprise de rationalisation du droit de la commande publique initiée avec sa codification, ou encore promouvoir des normes plus générales, au risque, il est vrai, de susciter de l'insécurité juridique pour les acteurs du droit de la commande publique¹³⁷¹.

Au stade de l'enquête qualitative également, l'inflation normative était mentionnée comme un facteur de complexité par les interviewés. Ce phénomène se décomposait cependant en plusieurs sous-facteurs de complexité, dont chacun réunissait près de la moitié des personnes interrogées : l'instabilité normative¹³⁷², la dispersion des normes¹³⁷³ et la spécialisation des règles¹³⁷⁴.

Figure 3.29 : Comparatif des réponses des sondés et des interviewés relatives à l'inflation normative



On retrouve ces sous-facteurs de complexité dans les commentaires des sondés, mais dans des proportions différentes, comme permet de l'observer le graphique ci-dessus (Figure 3.29).

¹³⁷⁰ v. *supra*: état du droit et de la doctrine, Section 1, §II, B.

¹³⁷¹ Sur ce point, les réponses des sondés à la question « préférez-vous des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes) ou des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes) sont pour le moins mitigées : v. *supra* : Section 1, §I, B.

¹³⁷² 7 sur 21.

¹³⁷³ 10 sur 21.

¹³⁷⁴ 15 sur 21.

Prolifération des normes. Sur les 433 commentaires, 58 envisagent spontanément la prolifération des normes relatives à la commande publique comme un facteur de complexité, soit 13,3 % d'entre eux.

Les expressions employées par les enquêtés dans les commentaires pour viser ce phénomène brillent par leur variété. En effet, certains visent les phénomènes de « multiplication »¹³⁷⁵, d'« accumulation »¹³⁷⁶, d'« augmentation »¹³⁷⁷, de « prolifération »¹³⁷⁸ ou d'« inflation »¹³⁷⁹ des sources du droit de la commande publique. D'autres constatent, de manière plus statique, le nombre excessif¹³⁸⁰, la « densité »¹³⁸¹, la « quantité »¹³⁸², la « multiplicité »¹³⁸³ ou encore la « multitude »¹³⁸⁴ des normes ou de règles juridiques. À cet égard, selon une autorité contractante sondée, le problème vient « des nouvelles règles sans abrogation des anciennes entraînant un mille-feuille ». Enfin, certains sondés emploient des périphrases pour désigner cette multiplication de normes, par exemple lorsqu'ils critiquent « la volonté du législateur de répondre de manière exhaustive à toutes les situations potentielles d'achat dans le moindre détail »¹³⁸⁵, ou qu'ils estiment que « trop de législation tue la législation »¹³⁸⁶. L'un d'eux souligne enfin les conséquences négatives de cette inflation pour la commande publique :

« [l]a place accordée à la norme et au droit pousse à l'immobilisme et à la sécurisation juridique maximale au détriment de la performance de l'achat. »¹³⁸⁷

Instabilité normative. Dans le prolongement des propos précédents, 46 des 433 sondés à avoir formulé un commentaire, soit 10,6 % d'entre eux, tiennent spontanément l'instabilité normative pour responsable de la complexité du droit de la commande publique. Sur ce point, les formulations employées varient peu.

¹³⁷⁵ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

¹³⁷⁶ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

¹³⁷⁷ 1 AC.

¹³⁷⁸ 1 AC.

¹³⁷⁹ 3 AC et 1 OE.

¹³⁸⁰ 14 AC, 2 OE et 2 AV.

¹³⁸¹ 1 AC.

¹³⁸² 1 AC.

¹³⁸³ 5 AC, 1 OE et 1 AV.

¹³⁸⁴ 6 AC.

¹³⁸⁵ 1 AC.

¹³⁸⁶ 1 AC.

¹³⁸⁷ 1 AC.

En effet, de nombreux sondés visent expressément l'« *instabilité normative* »¹³⁸⁸, « *législative* »¹³⁸⁹, « *réglementaire* »¹³⁹⁰ et/ ou « *jurisprudentielle* »¹³⁹¹, sinon le « *manque* »¹³⁹², voire l' « *absence* », de stabilité du droit de la commande publique¹³⁹³. Dans cet ordre d'idées évoquent les « *va-et-vient juridiques* »¹³⁹⁴, les « *réformes* »¹³⁹⁵, les « *nouveautés continues* »¹³⁹⁶, les « *modifications trop régulières* »¹³⁹⁷, les « *évolutions fréquentes* »¹³⁹⁸ ou « *permanentes* »¹³⁹⁹, les « *changements réguliers* »¹⁴⁰⁰, « *constants* »¹⁴⁰¹ ou « *successifs* »¹⁴⁰² du droit de la commande publique, propres à le rendre « *instable et imprévisible* », ou à créer de l'insécurité juridique¹⁴⁰³. À cet égard, une autorité contractante souligne :

*« Le droit de la commande publique est, par nature, complexe en ce sens qu'il trouve sa source dans de nombreuses législations (européenne et nationale) et dans la jurisprudence, mais aussi parce qu'il a vocation à régir des actes économiques qui interviennent dans un contexte économique et social en constante évolution, ce qui implique de tenir compte de ces évolutions. »*¹⁴⁰⁴

Spécialisation des normes. Enfin, 66 des 433 sondés (soit 15,2 % d'entre eux) ont, dans leurs commentaires, spontanément analysé la spécialisation des normes – c'est-à-dire la multiplication de textes régissant des cas spécifiques – comme une source de complexité. Sur ce point, une autorité contractante apporte un élément d'explication :

« [l]es dérogations et exceptions se multiplient soit pour élargir à outrance la souplesse offerte aux entreprises (à tel point que la règle perd son sens et génère en pratique des difficultés multiples et inutiles), soit pour créer des

¹³⁸⁸ 1 AC, 1 OE et 2 AV.

¹³⁸⁹ 1 AC.

¹³⁹⁰ 2 AC.

¹³⁹¹ 1 AC.

¹³⁹² 1 AV.

¹³⁹³ 1 OE et 1 AV.

¹³⁹⁴ 1 AC.

¹³⁹⁵ 1 AC.

¹³⁹⁶ 1 AC.

¹³⁹⁷ 1 AC.

¹³⁹⁸ 1 AC.

¹³⁹⁹ 1 AC.

¹⁴⁰⁰ 2 AC.

¹⁴⁰¹ 3 AC et 1 AV.

¹⁴⁰² 2 AC.

¹⁴⁰³ 2 AC.

¹⁴⁰⁴ 1 AC.

dispositifs de niches, exploitables par trois ou quatre grands acheteurs publics, dont on s'étonne ensuite qu'ils ne sont pas davantage utilisés. »

Parmi eux, certains constatent, de manière très générale, un « *manque d'homogénéité des règles* »¹⁴⁰⁵, la multiplication des « *cas particuliers* »¹⁴⁰⁶, des « *exceptions* »¹⁴⁰⁷ ou des « *régimes dérogatoires* »¹⁴⁰⁸, sinon la « *légion de lois sectorielles apportant des dérogations au Code de la commande publique* »¹⁴⁰⁹.

D'autres, en revanche, sont plus précis, lorsqu'ils visent l'existence de règles propres à chaque acteur du droit de la commande publique¹⁴¹⁰, à l'objet¹⁴¹¹, au montant¹⁴¹² ou au type¹⁴¹³ de contrat, ainsi qu'à chaque procédure de passation¹⁴¹⁴, étant précisé qu'en la matière, « *le jeu des exceptions est parfois difficile à comprendre* »¹⁴¹⁵. À ce sujet, il convient de souligner qu'une grande partie des critiques se concentre sur l'existence de spécificités propres à chaque autorité contractante¹⁴¹⁶, voire plus précisément à la dualité, ou selon l'expression d'un avocat sondé la « *disjonction* » des régimes applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs¹⁴¹⁷. Sur ce point, un avocat sondé exprime que les difficultés se posent dès les premières étapes du raisonnement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de « *qualifier un acheteur de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice* »¹⁴¹⁸.

3. Le formalisme

Données. Le formalisme, qui n'avait pas été mentionné comme facteur de complexité dans l'étude du droit et de la doctrine¹⁴¹⁹, représentait pourtant le facteur de complexité du droit de la commande publique le plus dirimant pour 62 % des interviewés¹⁴²⁰. Ces résultats sont

¹⁴⁰⁵ 1 AV.

¹⁴⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

¹⁴⁰⁷ 11 AC, 1 OE et 2 AV.

¹⁴⁰⁸ 1 AV.

¹⁴⁰⁹ 1 AC.

¹⁴¹⁰ 2 OE et 1 AV.

¹⁴¹¹ 3 AC et 2 AV.

¹⁴¹² 3 AC.

¹⁴¹³ 1 AC.

¹⁴¹⁴ 2 AC.

¹⁴¹⁵ 1 AV.

¹⁴¹⁶ 9 AC, 3 OE et 2 AV.

¹⁴¹⁷ 6 AC, 2 OE et 2 AV.

¹⁴¹⁸ 1 AV.

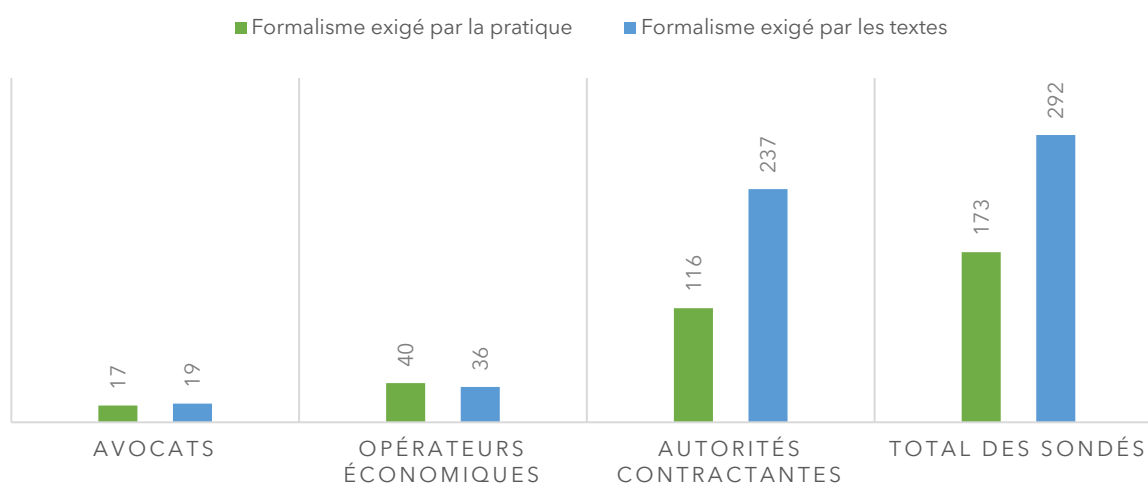
¹⁴¹⁹ Il importe de souligner que l'allègement du formalisme administratif était toutefois étudié au sein de l'état du droit et de la doctrine, dans le cadre des mesures concrétisant la simplification au sein du droit de la commande publique.

¹⁴²⁰ Soit 13 sur 21 interviewés.

partiellement confortés par l'enquête quantitative. Sur la totalité des 561 répondants ayant rempli le questionnaire à choix multiples, 292¹⁴²¹ ont coché « *le formalisme exigé par les textes* » et 173¹⁴²² ont coché « *le formalisme exigé en pratique* ».

Ces chiffres placent ainsi le « *formalisme exigé par les textes* » au troisième rang des facteurs de complexité pour les sondés, avec 14,8 % du total des réponses. Le « *formalisme exigé par la pratique* » arrive quant à lui en septième position, soit l'avant-dernier, avec 8,8 % du total des réponses.

Figure 3.30 : Répartition proportionnelle des réponses des sondés sur l'origine du formalisme



Analyse. On observe dans le graphique ci-dessus (**Figure 3.30**) un très net différentiel entre les résultats obtenus sur la question du « *formalisme exigé par les textes* » et celle du « *formalisme exigé par la pratique* ». Ce désaccord sur l'origine du formalisme se dessinait dès l'enquête qualitative puisque la majorité des personnes interviewées l'imputait aux règles de passation¹⁴²³, tandis qu'une minorité y voyait plutôt le reflet d'une surestimation des risques pénaux et contentieux par les autorités contractantes¹⁴²⁴.

Ces variations entre les sondés s'expliquent sans difficulté par la surreprésentation des autorités contractantes¹⁴²⁵. À cet égard, le tableau (**Figure 3.31**) et le graphique (**Figure 3.32**) ci-dessous permettent d'observer que seulement 26 % de la totalité des autorités

¹⁴²¹ Soit 52 %.

¹⁴²² Soit 30,8 %.

¹⁴²³ 7 des 21 interviewés dont 3 AC, 2 OE et 2 AV.

¹⁴²⁴ 3 des 21 interviewés dont 2 AC et 1 AV.

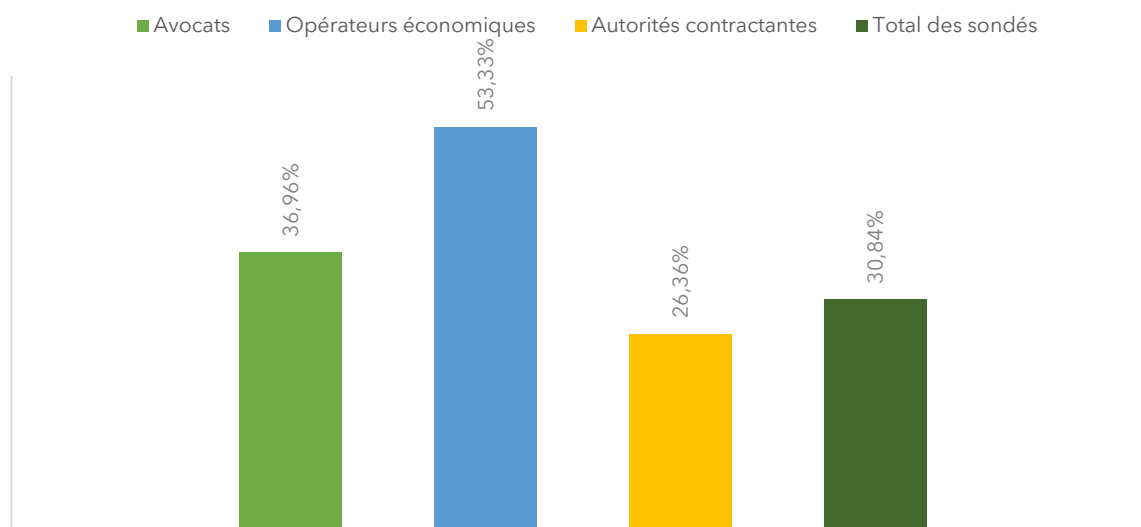
¹⁴²⁵ 440 sur 561 au total.

contractantes¹⁴²⁶ ont identifié « *le formalisme exigé par la pratique* » comme un facteur de complexité. À titre comparatif, ce sont près de 37 % de la totalité des avocats¹⁴²⁷ et de 53,3 % de la totalité des opérateurs économiques¹⁴²⁸ qui ont coché cette réponse. Le delta entre le taux de réponses positives des opérateurs économiques et le taux de réponses positives des autorités contractantes est de 27,3 %, soit un écart particulièrement significatif qui confirme l'hypothèse précédemment formulée.

Figure 3.31 : Tableau comparatif de réponses relatives au « *formalisme exigé par la pratique* »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Catégories de sondés			
Avocats	17	46	36,9
Opérateurs économiques	40	75	53,3
Autorités contractantes	116	440	26
Total	173	561	30,8

Figure 3.32 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « *le formalisme exigé par la pratique* » dans le questionnaire à choix multiples



Dans la continuité des propos précédents, on observe que la répartition entre les différentes catégories de sondés est nettement plus équilibrée s'agissant du « *formalisme exigé par les textes* », ainsi qu'en témoignent le tableau (Figure 3.33) et le graphique (Figure 3.34) ci-dessous. En effet, ils sont respectivement 41,3 % de la totalité des avocats, 48 % de celle des

¹⁴²⁶ Soit 116 sur 440.

¹⁴²⁷ Soit 17 sur 46.

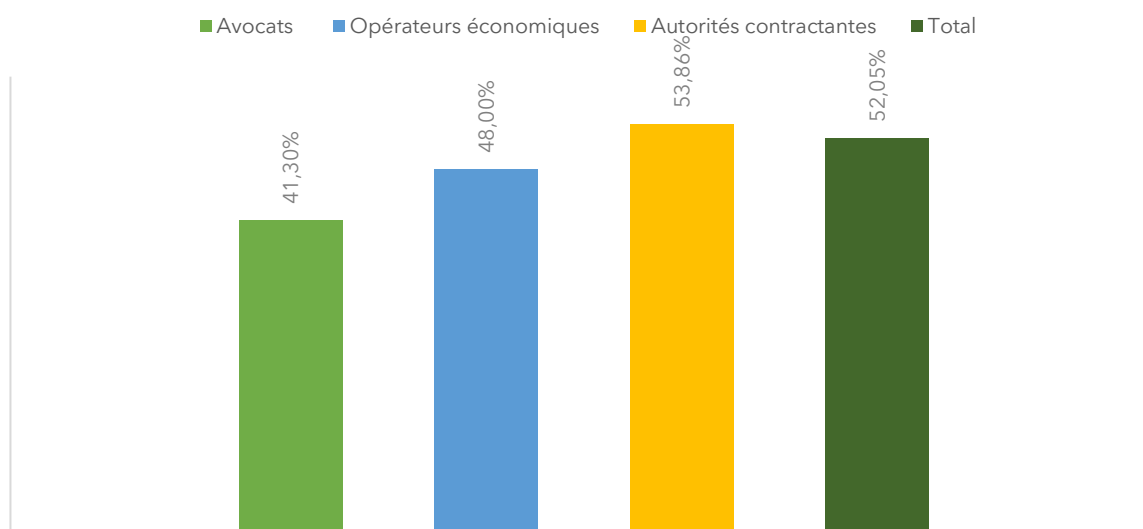
¹⁴²⁸ Soit 40 sur 75.

opérateurs économiques et 53,8 % de celle des autorités contractantes à avoir coché cette réponse de sorte que le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus faible est de seulement 12,5 points.

Figure 3.33 : Tableau comparatif de réponses relatives au « formalisme exigé par les textes »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	19	46	41,3
Opérateurs économiques	36	75	48
Autorités contractantes	237	440	53,8
Total	292	561	52

Figure 3.34 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « le formalisme exigé par les textes » dans le questionnaire à choix multiples



Explications. Seulement 29 sondés mentionnent spontanément le formalisme, soit 6,6 % de la totalité des commentaires. Parmi eux, 7 se réfèrent expressément au « formalisme », qualifié d’« excessif »¹⁴²⁹ ou jugé « trop important »¹⁴³⁰, sinon « trop lourd »¹⁴³¹. D’autres commentaires emploient des formulations qui renvoient sans conteste à ce formalisme : la

¹⁴²⁹ 1 AC.

¹⁴³⁰ 2 AC.

¹⁴³¹ 1 AC.

« *bureaucratie* »¹⁴³², la « *lourdeur administrative* »¹⁴³³, les « *exigences administratives* »¹⁴³⁴, la « *charge administrative et documentaire* »¹⁴³⁵ ou encore la « *complexité administrative* »¹⁴³⁶. Les commentaires permettent surtout d'identifier trois principaux « foyers » de formalisme : la phase de candidature, les obligations de publicité et de transparence, et la surestimation des risques par les autorités contractantes.

Candidatures. Sur les 433 commentaires, 41 visent spontanément les dossiers de candidature, soit 9,4 %. Sur ce point, les sondés soulignent, toutes catégories confondues, la « *lourdeur* » des dossiers de candidature ainsi que leurs « *redondances* »¹⁴³⁷, le nombre important, sinon « *excessif* », de « *pièces administratives* »¹⁴³⁸, d' « *attestations* » ou de « *documents* »¹⁴³⁹, de « *signatures inutiles* »¹⁴⁴⁰, ainsi que de « *formalités* » à accomplir¹⁴⁴¹. Il est évident que ce formalisme des dossiers de candidature est un problème partagé par tous les acteurs de la commande publique, bien que des difficultés spécifiques se posent à chacun d'eux. En effet, si la constitution des dossiers de candidature est une difficulté propre aux opérateurs économiques, leur analyse en est une réservée aux autorités contractantes.

Côté opérateurs économiques, on mentionne plus précisément « *le "coup d'entrée" lié à la réappropriation des exigences très hétérogènes (tant quantitativement que qualitativement) posées par les acheteurs publics dans les documents de consultation et en particulier le cadre des réponses imposées dans chaque nouvelle procédure* » jugé « *très chronophage et complexe* ». Un autre enquêté s'attache quant à lui à dresser une liste des formalités qui sont, selon lui, autant de sources de complexité pour les entreprises : « *des DCE très volumineux, y compris pour des marchés de montant non significatif, des demandes de réponse technique sous des formats différents pour chaque entité publique, des formulaires DC1, DC2, DUME qui deviennent de plus en plus complexes avec l'utilisation de termes parfois issus de l'Union européenne, de nombreux documents à fournir (en lien avec les dispositions du Code du travail, mais parfois complexes à comprendre)* »¹⁴⁴².

¹⁴³² 1 AV.

¹⁴³³ 3 AC.

¹⁴³⁴ 1 AC.

¹⁴³⁵ 1 AC.

¹⁴³⁶ 1 AC.

¹⁴³⁷ 1 AC.

¹⁴³⁸ 11 AC et 2 OE.

¹⁴³⁹ 2 AC et 1 OE.

¹⁴⁴⁰ 1 OE.

¹⁴⁴¹ 2 AC.

¹⁴⁴² 1 OE.

Côté autorités contractantes on désapprouve le fait qu'« à toujours vouloir simplifier pour les entreprises, ça complexifie pour les acheteurs, car la simplification des uns retombe sur la vérification pour les autres ». Ce sentiment est partagé par plusieurs autorités contractantes qui mettent en évidence la « surabondance des vérifications », l'« ampleur des contrôles » à effectuer ou encore « le devoir de contrôle qui pèse sur les autorités contractantes sur des sujets sans lien avec la commande publique (bilan des émissions de gaz à effet de serre (GES), égalité femmes-hommes...) ». En ce sens également, une autre autorité contractante constate :

« [c]ertaines règles alourdissent les actions administratives de l'acheteur et le contraignent à se focaliser sur "la procédure administrative, le respect de la règle" plutôt que la contractualisation de l'achat (remplissage de formulaires de publicité illisibles, vérification des attestations URSSAF, vérification des signatures électroniques, transmission des marchés publics au contrôle de légalité pour les collectivités territoriales, remplissage des données essentielles ou autres données informatiques pour le REAP...). »

Dans le prolongement de ces propos, certains enquêtés soulignent le caractère « chronophage »¹⁴⁴³ et « coûteux » de l'analyse des dossiers de candidatures¹⁴⁴⁴, voire l'« effet repoussoir » du volume de ces derniers pour les entreprises¹⁴⁴⁵.

Publicité et transparence. Dans le prolongement des propos précédents, 12 autorités contractantes sondées (soit 2,7% de la totalité des commentaires) mentionnent spontanément les obligations de publicité et de transparence.

Sur le premier point, elles se plaignent principalement de la réforme des formulaires européens de publicité (*e-forms*) jugés « complexes »¹⁴⁴⁶, « difficilement appréhendables »¹⁴⁴⁷, « inutiles, peu lisibles »¹⁴⁴⁸, « inadaptés »¹⁴⁴⁹ voire « contraires à l'objectif d'efficacité de la mise en concurrence »¹⁴⁵⁰. En ce sens, une autorité contractante insiste :

¹⁴⁴³ 2 AC.

¹⁴⁴⁴ 1 AC.

¹⁴⁴⁵ 1 AC.

¹⁴⁴⁶ 2 AC.

¹⁴⁴⁷ 1 AC.

¹⁴⁴⁸ 1 AC.

¹⁴⁴⁹ 1 AC.

¹⁴⁵⁰ 1 AC.

« Les avis de publicité beaucoup trop indigestes, illisibles tant sur le fond que la forme (un peu de legal design serait utile...) et sources d'insécurité juridique, alors que l'objectif est d'abord d'assurer l'efficacité d'une mise en concurrence. Mais quel besoin de passer des heures ou des jours sur un avis de publicité qui font perdre du temps à l'acheteur, peut donner lieu à un contentieux pour un motif sans intérêt pour l'achat. »

Leur complexité est attribuée par plusieurs commentaires aussi bien au vocabulaire employé qu'aux rubriques de renseignements¹⁴⁵¹. Elle serait d'ailleurs croissante¹⁴⁵², sinon « *inqualifiable* »¹⁴⁵³.

Sur le second point, les autorités contractantes sondées visent cette fois le nombre important de données (données essentielles, inventaire des achats responsables, rapport de présentation pour les marchés européens, recensement imposé par la loi AGEC, etc.) qu'elles doivent transmettre aux autorités nationales¹⁴⁵⁴. Ce recensement est d'autant plus mal perçu qu'il viserait des fins « *purement statistiques* »¹⁴⁵⁵, tout en étant jugé particulièrement chronophage pour les autorités contractantes¹⁴⁵⁶.

Surestimation des risques. On compte 29 répondants à mentionner spontanément les risques pénaux, contentieux ou financiers, encourus ou surestimés par les autorités contractantes¹⁴⁵⁷.

À ce sujet, on ne s'étonnera guère que les opérateurs économiques sondés visent spontanément « *la surreprésentation et la surinterprétation du risque juridique* », « *les interprétations craintives* » des autorités contractantes ou encore « *les règles internes d'achat des collectivités qui dérogent aux règles du Code de la commande publique en les complexifiant* ».

En revanche, il est plus surprenant de lire de tels commentaires sous la plume des autorités contractantes elles-mêmes. Certes, elles sont 6 à constater une « *juridicisation croissante de la commande publique* », ou selon, l'existence de risques contentieux « *permanents* », « *fréquents* », voire « *réels et dissuasifs* ». Mais elles sont tout aussi

¹⁴⁵¹ 3 AC.

¹⁴⁵² 1 AC.

¹⁴⁵³ 1 AC.

¹⁴⁵⁴ 2 AC.

¹⁴⁵⁵ 1 AC.

¹⁴⁵⁶ 1 AC.

¹⁴⁵⁷ Soit 6,6 % des sondés ayant fait des commentaires.

nombreuses à viser la « *culture du risque qui peut entraîner des comportements excessivement prudents* », l'« *interprétation trop sécuritaire* » ou « *rigoureuse* » des acheteurs, la création de « *règles plus dures, exotiques* » ou « *plus strictes* » dans le but de sécuriser les procédures et les pratiques voire l'« *inhibition* » des juristes incitant « *à davantage de précaution et de formalisme* ». Le champ lexical du sentiment est largement exploité par d'autres autorités contractantes qui évoquent « *la crainte de mal faire* », « *la peur systémique* » ou encore le « *risque juridique [...] qui tétanise les acheteurs* ». Sur ce point, une autorité contractante évoque un climat de « *suspicion généralisée* » et s'en explique :

*« En matière pénale, l'erreur de procédure peut être lourdement sanctionnée, ce qui entraîne une application des règles kafkaïennes : modalités de dépôt des offres, régularisation formaliste, contraintes excessives, etc. Les acheteurs, par crainte de l'erreur ou du contentieux, adoptent des solutions conservatrices. »*¹⁴⁵⁸

On relèvera sur ce point, le point de vue assez marginal de 2 autorités contractantes qui constatent que le contrôle de légalité est « *moins présent* »¹⁴⁵⁹, à tout le moins « *pour certains acheteurs publics* »¹⁴⁶⁰, avant de s'interroger sur l'intérêt ou la « *valeur ajoutée* » de ce dernier. En ce sens également, une autorité contractante estime que les acheteurs ne sont pas « *suffisamment contrôlés* »¹⁴⁶¹.

Focus sur la dématérialisation

On pourrait penser que la dématérialisation permettrait de réduire les contraintes liées au formalisme. Pourtant, selon les sondés, la dématérialisation constitue, au mieux, **un remède en trompe-l'œil, voire un facteur de complexité**. À ce sujet, un opérateur économique se veut nuancé :

*« [m]ême si elle a apporté beaucoup de fluidité, la dématérialisation recèle encore des complexités pratiques »*¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁸ 1 AC.

¹⁴⁵⁹ 1 AC.

¹⁴⁶⁰ 1 AC.

¹⁴⁶¹ 1 AC.

¹⁴⁶² 1 OE.

Par contraste, on relèvera que 25 commentaires, soit 5,7% d'entre eux, mentionnent la dématérialisation parmi les facteurs de complexité.

Les critiques émises sont parfois très générales ou plus précises.

D'abord, plusieurs autorités contractantes se plaignent de la **plateforme PLACE**¹⁴⁶³, l'une d'elles ajoutant « *quelle horreur !* » pour la qualifier. D'autres s'agacent de l'obligation faite aux acheteurs publics et aux entreprises de passer par cette plateforme¹⁴⁶⁴. Ces commentaires s'inscrivent dans la continuité des interviews, à l'occasion desquelles certains enquêtés se montraient particulièrement sceptiques au sujet de la généralisation – envisagée dans le projet de loi de simplification de la vie économique – de l'utilisation de cette plateforme par les collectivités territoriales, aussi bien pour des raisons de fiabilité des données et de sécurité de cette plateforme.

La majorité des commentaires vise, plus spécifiquement, **la multiplicité des plateformes de dématérialisation**¹⁴⁶⁵ **et des profils d'acheteurs**¹⁴⁶⁶, eu égard à leur « *utilisation variable* »¹⁴⁶⁷ ou à la complexité qu'elle implique pour les entreprises¹⁴⁶⁸. Les sondés identifient d'autres difficultés, notamment d'ordre technique, par exemple celles liées aux « *dysfonctionnements* »¹⁴⁶⁹, aux « *non-conformités et incongruités* »¹⁴⁷⁰, « *aux fonctionnalités inadaptées* », ou encore au caractère « *peu ergonomique et mal interopérable* »¹⁴⁷¹ des plateformes dématérialisation, à l'image de la rubrique questions / réponses des profils acheteurs qui peut « *induire en erreur les opérateurs économiques* »¹⁴⁷².

À la marge, certains sondés évoquent le manque d'encadrement de l'intelligence artificielle en matière de commande publique¹⁴⁷³, ainsi que des problèmes en matière de signature¹⁴⁷⁴ et de facturation électroniques¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁶³ 3 AC.

¹⁴⁶⁴ 2 AC.

¹⁴⁶⁵ 3 AC.

¹⁴⁶⁶ 6 AC.

¹⁴⁶⁷ 1 AC.

¹⁴⁶⁸ 1 AC.

¹⁴⁶⁹ 1 AC.

¹⁴⁷⁰ 1 AC.

¹⁴⁷¹ 1 AC.

¹⁴⁷² 1 OE.

¹⁴⁷³ 1 AC.

¹⁴⁷⁴ 1 AC.

¹⁴⁷⁵ 1 AC.

4. La surtransposition des directives européennes

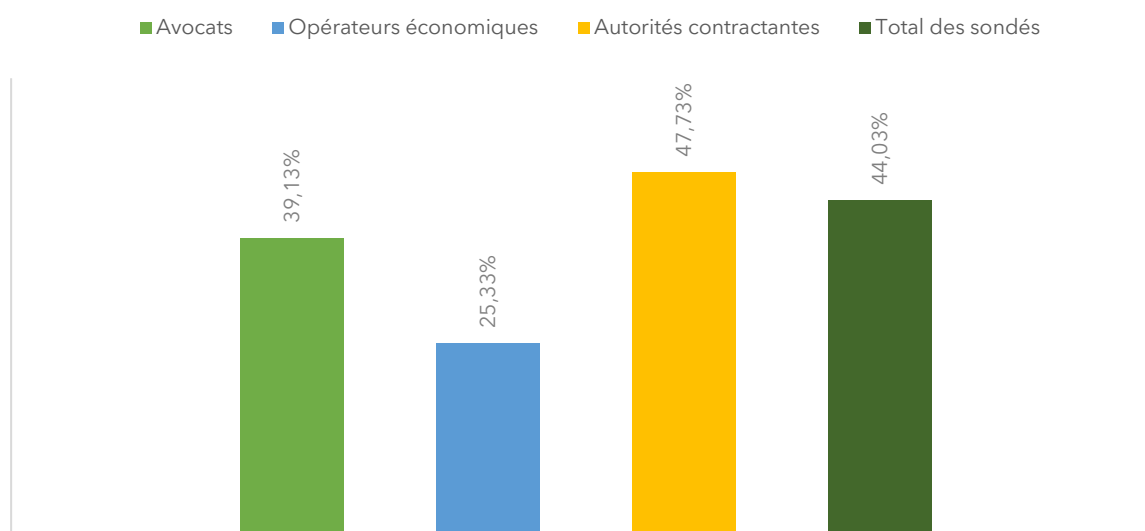
Données. La surtransposition des directives européennes constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique pour 44 % des sondés¹⁴⁷⁶, soit une minorité d'entre eux. En totalisant 12,6 % du total des réponses, la surtransposition des directives se place tout de même au quatrième rang des facteurs de complexité parmi ceux proposés dans le questionnaire à choix multiples.

Ces résultats nuancent ceux de l'enquête qualitative puisqu'ils étaient seulement 4 interviewés, soit seulement 19 %, à viser la surtransposition comme facteur de complexité à part entière¹⁴⁷⁷.

Figure 3.35 : Tableau comparatif de réponses relatives la « surtransposition des directives européennes »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Catégories de sondés			
Avocats	18	46	39,1
Opérateurs économiques	19	75	25,3
Autorités contractantes	210	440	47,7
Total	247	561	44

Figure 3.36 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la surtransposition des directives européennes » dans le questionnaire à choix multiples



¹⁴⁷⁶ Soir 247 sur 561 sondés.

¹⁴⁷⁷ 2 AC, 1 OE et 1 AU interviewés.

Analyse. Le tableau (**Figure 3.35**) et le graphique (**Figure 3.36**) ci-dessus permettent d'observer que la surtransposition divise les sondés. En effet, analysé comme un facteur de complexité par 47 % de la totalité des autorités contractantes, il n'est envisagé que par 25 % des opérateurs économiques et 39,1 % des avocats. Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus faible est de 22 %, soit un écart significatif. L'incidence de la surtransposition des directives est manifestement plus élevée pour autorités contractantes qui sont, en quelque sorte, le premier « maillon » de la chaîne dans l'application des exigences européennes et nationales. Dans l'état du droit et de la doctrine, un remède à ce facteur de complexité était alors envisagé : celui d'adopter une politique plus ambitieuse de lutte contre la surtransposition, sans aller jusqu'à adopter la stratégie anglaise de « *copy-out* » (copier-coller) des directives qui prévalait jusqu'au *Brexit*¹⁴⁷⁸.

Explications. Parmi les 433 commentaires, seulement 9¹⁴⁷⁹ mentionnent spontanément le phénomène de surtransposition des directives européennes par le législateur national aux moyens d'expression très proches, les sondés visant la « *surtransposition des directives européennes* »¹⁴⁸⁰ ou une transposition jugée « *plus contraignante* »¹⁴⁸¹, « *plus stricte* »¹⁴⁸² ou « *plus exigeante* »¹⁴⁸³ des directives européennes. Abondant dans le même sens, une autorité contractante souligne que « *les directives européennes sont parfois plus souples que le droit interne* », tandis qu'un avocat sondé met en exergue la tendance inverse, à savoir « *l'absence de transposition des directives* ». En substance, la réception du droit de l'Union européen par le droit national serait soit excessive, soit lacunaire.

L'hypothèse la plus pertinente pour expliquer le faible nombre de commentaires est que la formulation de ce facteur de complexité – « *la surtransposition des directives européennes* » – ne rend pas pleinement compte de l'ensemble des difficultés rencontrées par les praticiens. En d'autres termes, cette tendance s'inscrit dans un phénomène plus global de dispersion des règles applicables à la commande publique, à l'instar de l'existence de plusieurs niveaux normatifs.

¹⁴⁷⁸ Sur ce point : A. SANCHEZ-GRAELLS, « The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit », *PPLR* 2019, n° 5, p. 186.

¹⁴⁷⁹ 6 AC, 2 OE et 1 AV. Parmi eux, une autorité contractante évoque la « *surtransposition de la circulaire de 2014* ». On suppose qu'elle fait référence à la directive Marchés de 2014.

¹⁴⁸⁰ 1 OE et 1 AV.

¹⁴⁸¹ 1 AC et 1 OE.

¹⁴⁸² 1 AC.

¹⁴⁸³ 1 AC.

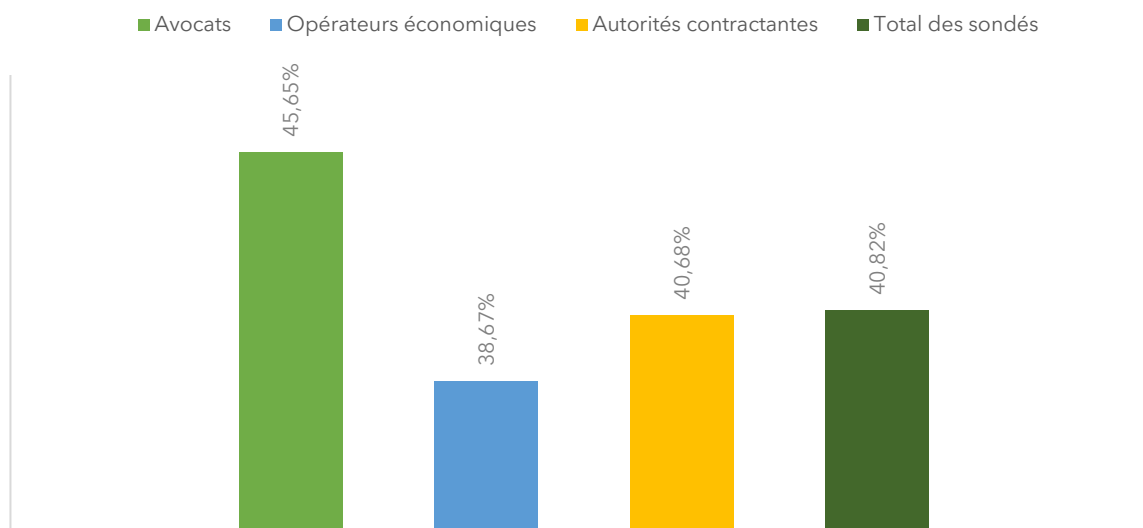
5. L'existence de plusieurs niveaux normatifs

Données. L'existence de plusieurs niveaux normatifs se place au cinquième rang des facteurs de complexité, avec 14,9 % de la totalité des réponses. Sur la totalité des sondés, 40,8 % ont coché cette réponse dans le questionnaire à choix multiples. À la lumière du tableau (**Figure 3.37**) et le graphique (**Figure 3.38**) ci-dessous, on relèvera cependant que la répartition entre les différentes catégories de sondés est relativement équilibrée. En effet, le delta entre la valeur la plus élevée et la valeur la plus faible est de seulement de 7 points.

Figure 3.37 : Tableau comparatif de réponses relatives à l' « existence de plusieurs niveaux normatifs »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	21	46	45,6
Opérateurs économiques	29	75	38,6
Autorités contractantes	179	440	40,6
Total	229	561	40,8

Figure 3.38 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « l'existence de plusieurs niveaux normatifs » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. L'existence de plusieurs niveaux normatifs, l'un national, l'autre européen est analysée comme un facteur de complexité par une minorité de sondés, soit 40,8 % d'entre eux. Une hypothèse peut être formulée pour expliquer ce taux relativement faible : la formulation de ce critère – l' « existence de plusieurs niveaux normatifs » – ne semble pas

rendre pleinement compte de l'ensemble des difficultés rencontrées par les praticiens, comme le laissaient déjà entrevoir les entretiens. En effet, lors de l'enquête qualitative, les interviewés ne faisaient pas état de l'existence de plusieurs niveaux normatifs. Ils visaient, plus largement, la fragmentation des normes applicables¹⁴⁸⁴ et les incohérences subséquentes¹⁴⁸⁵. On peut en déduire que l'existence de plusieurs niveaux normatifs s'inscrit dans une problématique plus générale tenant aussi bien à l'éparpillement des règles applicables à la commande publique dans plusieurs *corpus* juridiques, qu'au manque de cohérence entre ces dernières. Cette hypothèse est confirmée, à double titre, par les commentaires des sondés.

Explications. On constate, d'abord, que l'existence de plusieurs niveaux normatifs est rarement mentionnée dans les commentaires. En effet, seules 4 autorités contractantes envisagent spontanément la superposition « *des normes nationales et européennes* »¹⁴⁸⁶ ou « *entre le droit européen et le droit national qui oblige à une surveillance constante* »¹⁴⁸⁷, « *la multiplication des textes (nationaux et européens) qui traitent tout ou partie de la commande publique* »¹⁴⁸⁸, sinon la « *publication des règlements européens contenant des dispositions sectorielles relatives aux marchés publics* »¹⁴⁸⁹ parmi les facteurs de complexité. Sur ce point, une autorité contractante souligne :

« À titre liminaire, il me paraît indispensable de poser le postulat selon lequel le droit de la commande publique est, par nature, complexe en ce sens qu'il trouve sa source dans de nombreuses législations (européenne et nationale) ainsi que dans la jurisprudence. Il l'est aussi parce qu'il a vocation à régir des actes économiques qui interviennent dans un contexte économique et social en constante évolution, ce qui implique de tenir compte de ces évolutions. Par conséquent, il serait malhonnête intellectuellement de soutenir que des réformes pourraient permettre de rendre le droit de la commande publique simple. En revanche, il est clair que le droit de la commande publique tend, de manière incontestable, à se complexifier depuis plusieurs années. »

¹⁴⁸⁴ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU interviewés.

¹⁴⁸⁵ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU interviewés.

¹⁴⁸⁶ 1 AC.

¹⁴⁸⁷ 1 AC.

¹⁴⁸⁸ 1 AC.

¹⁴⁸⁹ 1 AC.

On observe, ensuite, que de nombreux commentaires visent plutôt la fragmentation formelle des normes et le manque de cohérence entre ces dernières.

Fragmentation formelle. Parmi les 433 sondés à s'être pliés à l'exercice, 28 visent spontanément « *l'absence de compilation* »¹⁴⁹⁰ ou de « *regroupement* »¹⁴⁹¹ dans un corpus unique de règles entrant dans le champ de la commande publique. Aussi, on compte de nombreux commentaires à mentionner l'« *enchevêtrement* »¹⁴⁹², la « *dispersion* »¹⁴⁹³, le « *foisonnement* »¹⁴⁹⁴, l'« *empilement* »¹⁴⁹⁵ des règles relatives à la commande publique. À ce sujet, une autorité contractante pointe :

« *Un éparpillement et une confusion de dispositions impossibles à concilier dont le seul effet est d'alourdir le texte, priver les acheteurs de liberté d'acheter mieux et de dissuader les opérateurs économiques les plus vertueux de répondre aux consultations.* »¹⁴⁹⁶

Ces textes sont parfois expressément cités dans les commentaires. Il peut s'agir de normes européennes, comme les directives de 2014¹⁴⁹⁷ ou le règlement européen relatif aux subventions étrangères¹⁴⁹⁸, mais aussi d'autres codes (Code général des collectivités territoriales, Code civil, Code du travail), des textes réglementaires, la jurisprudence ou même des outils de droit souple, tels que les guides de la Direction des affaires juridiques.

Au stade de l'état du droit et de la doctrine, un remède à ce facteur de complexité était proposé : réunir dans un seul *corpus* – le Code de la commande publique au niveau national et les directives au niveau européen –, les nombreux textes qui gravitent autour du droit de la commande publique. La technique des renvois entre législations ne saurait être préconisée au sens où il a été démontré qu'elle nuit grandement à la lisibilité des normes.

¹⁴⁹⁰ 1 AV.

¹⁴⁹¹ 1 AC.

¹⁴⁹² 1 AC.

¹⁴⁹³ 1 AV.

¹⁴⁹⁴ 1 AC.

¹⁴⁹⁵ 1 AC.

¹⁴⁹⁶ 1 AC.

¹⁴⁹⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; Directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2016 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; Directive 2014/25/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

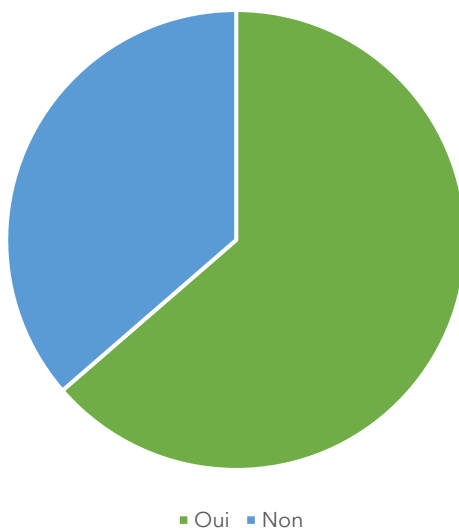
¹⁴⁹⁸ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

Manque de cohérence. Un nombre équivalent de commentaires mentionne des « logiques différentes qui se superposent »¹⁴⁹⁹, la « coexistence de volontés politiques nationale et européenne »¹⁵⁰⁰, l'« absence de cohérence »¹⁵⁰¹, sinon l'existence, en droit de la commande publique, de règles « peu harmonisées »¹⁵⁰², « contradictoires »¹⁵⁰³, voire « pas toutes cohérentes entre elles »¹⁵⁰⁴.

Ces résultats sont corroborés par une autre partie du questionnaire dans laquelle les sondés étaient invités à répondre à la question suivante « *identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?* ».

Contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes. Sur les 286 sondés à avoir répondu à cette question, on trouve 182 réponses positives contre 104 réponses négatives. Ainsi que l'illustre le graphique ci-dessous (**Figure 3.39**), la majorité des répondants à cette question, soit 63,6 % d'entre eux, estime que le Code de la commande publique contredit ou est contredit par d'autres textes.

Figure 3.39 : Répartition proportionnelle entre les réponses positives et négatives à la question « *identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?* »



¹⁴⁹⁹ 1 OE.

¹⁵⁰⁰ 1 AC.

¹⁵⁰¹ 3 AC.

¹⁵⁰² 2 AC.

¹⁵⁰³ 3 AC.

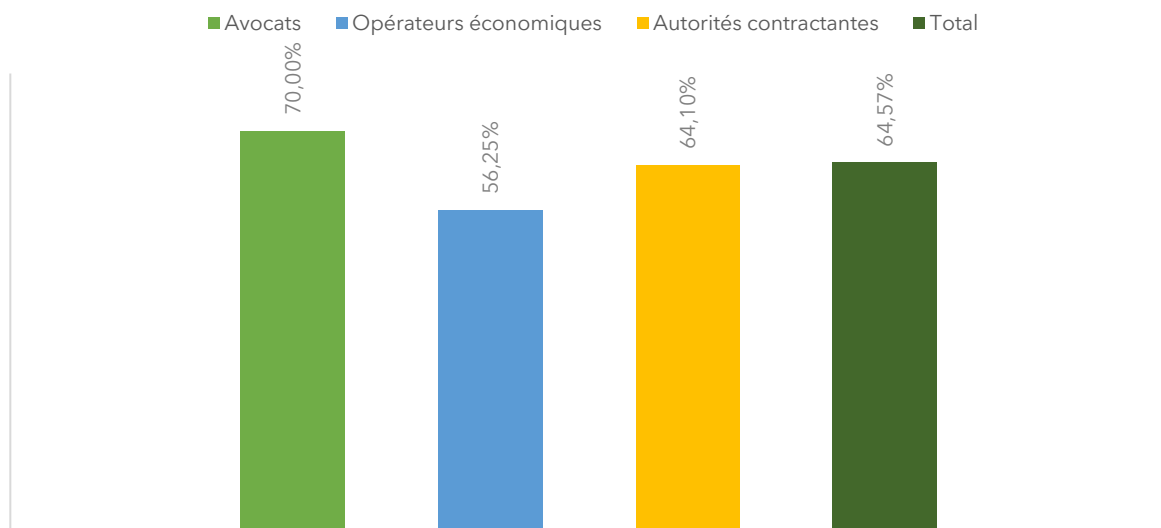
¹⁵⁰⁴ 1 AC.

Si ce constat est majoritaire pour l'ensemble des sondés, il n'en existe pas moins certaines disparités entre les catégories, ainsi que l'illustrent le tableau (**Figure 3.40**) et le graphique (**Figure 3.41**) ci-après.

Figure 3.40 : Tableau comparatif de réponses positives relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes

Catégories de sondés	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats	14	20	70
Opérateurs économiques	18	32	56,2
Autorités contractantes	150	234	64,1
Total	182	286	64,5

Figure 3.41 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « oui » à la question « identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ? »



On constate que 70 % d'avocats, 64,1 % d'autorités contractantes et seulement 56,2 % d'opérateurs économiques ont répondu positivement à la question de savoir s'ils identifiaient des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes. Il est difficile de formuler une hypothèse pour expliquer l'incidence plus élevée de ce facteur de complexité pour les avocats et les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques. Il est vrai, toutefois, que ces derniers sont moins « acteurs » de la commande publique que les autorités contractantes.

Dans cette partie, les sondés étaient invités à formuler des commentaires sur cette question : ils sont 153 à s'être prêtés à l'exercice. Ces commentaires visent près de 33 textes ou *corpus* de textes, ainsi que 3 autres éléments, soit 36, recensés dans le tableau suivant :

Figure 3.42 : Tableau recensant les réponses relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes

	AV	AC	OE	Total
Code des assurances	0	43	0	43
Droit de l'Union européenne	2	13	3	18
Code de commerce	1	9	3	13
Code général des collectivités territoriales (CGCT)	3	6	1	10
Code du travail	2	6	1	10
Loi du 30 octobre 2018 dite « Egalim » ¹⁵⁰⁵	0	10	0	10
Code de l'urbanisme	2	2	0	4
Cahier des clauses administratives générales (CCAG)	0	2	1	3
Code de la santé publique	1	1	1	3
Code de l'énergie	0	3	0	3
Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)	0	2	1	3
Circulaires	0	3	0	3
Code de la construction et l'habitat	0	1	1	2
Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)	0	2	0	2
Code civil	0	1	1	2
Code des transports	0	1	1	2
Loi du 22 août 2021 dite « Climat et Résilience » ¹⁵⁰⁶	0	2	0	2
Loi du 23 octobre 2023 dite « Industrie verte » ¹⁵⁰⁷	0	2	0	2
Code de la consommation	0	1	0	1
Code de la sécurité sociale	0	1	0	1
Code pénal	1	0	0	1
Code de la sécurité intérieure	0	1	0	1
Code de l'action sociale et des familles (CASF)	0	1	0	1
Code de la recherche	0	1	0	1
Code de justice administrative (CJA)	1	0	0	1
Réglementation relative à l'archivage	0	1	0	1
Loi du 22 mai 2019 dite « PACTE » ¹⁵⁰⁸	0	1	0	1
Loi du 22 février 2020 dite « AGEC » ¹⁵⁰⁹	0	1	0	1
Loi du 12 juillet 1985 dite « MOP » ¹⁵¹⁰	0	1	0	1
Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ¹⁵¹¹	0	1	0	1
Loi du 29 décembre 2023 de finances pour 2024 ¹⁵¹²	0	1	0	1
Loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables ¹⁵¹³	0	1	0	1
Constitution	0	1	0	1
Jurisprudence	0	8	0	8

¹⁵⁰⁵ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 253 du 1 novembre 2018.

¹⁵⁰⁶ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196 du 24 août 2021.

¹⁵⁰⁷ Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte, *JORF* n° 0247 du 24 octobre 2023.

¹⁵⁰⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* 0119 du 23 mai 2019.

¹⁵⁰⁹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF* n° 0035 du 11 février 2020.

¹⁵¹⁰ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

¹⁵¹¹ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

¹⁵¹² Loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024, *JORF* n° 0303 du 30 décembre 2023.

¹⁵¹³ Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, *JORF* n° 0060 du 11 mars 2023.

Cours régionales des comptes	0	3	0	3
Fiches / recommandations de la DAJ	0	2	0	2

- **Code des assurances.** Sur les 153 sondés à avoir formulé un commentaire, près d'un tiers (43 au total) éprouve des difficultés à articuler les dispositions du Code de la commande publique avec celle du Code des assurances. Plusieurs sondés estiment, en effet, que le Code des assurances « *déséquilibre les relations contractuelles* » en défaveur des autorités contractantes¹⁵¹⁴. Les sondés précisent que les assureurs « *opposent* »¹⁵¹⁵ les dispositions du Code des assurances pour déroger aux clauses prévues dans les marchés publics¹⁵¹⁶ ou imposer « *unilatéralement* » des conditions, voire procéder à une « *résiliation inopinée* » du contrat¹⁵¹⁷. En définitive, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, reconnu aux personnes publiques par les dispositions de l'article L. 6 du Code de la commande publique, entrerait en contradiction avec la faculté reconnue à l'assureur de dénoncer le contrat d'assurance¹⁵¹⁸. D'autres sondés estiment enfin que l'obligation de passer les contrats d'achat d'assurance en procédure d'appel d'offres – qui fait obstacle à la négociation – est « *très défavorable aux collectivités publiques* »¹⁵¹⁹, avant d'appeler à une « *mise en concurrence simplifiée (sur devis)* »¹⁵²⁰.
- **Droit de l'Union européenne.** 18 sondés soulèvent des contradictions entre le droit de l'Union européenne et le Code de la commande publique. Certains visent, de manière très générale, les directives européennes de 2014¹⁵²¹. D'autres, en revanche, sont plus précis, qu'ils évoquent, par exemple, des divergences relatives à la notion de « *nature globale du contrat* », uniquement mentionnée dans le régime français des modifications¹⁵²², ou qu'ils soulignent que l'interprétation française de la notion de modification substantielle peut sembler plus « *permissive* » que celle de la jurisprudence européenne¹⁵²³. Ils peuvent également mettre en lumière des difficultés concernant la notion de « *sous-traitance* », absente des dispositions du Code de la commande publique relatives aux contrats de concession¹⁵²⁴, alors qu'elle figure dans la directive

¹⁵¹⁴ 1 AC.

¹⁵¹⁵ 1 AC.

¹⁵¹⁶ 1 AC.

¹⁵¹⁷ 2 AC.

¹⁵¹⁸ 1 AC.

¹⁵¹⁹ 1 AC.

¹⁵²⁰ 1 AC.

¹⁵²¹ 3 AC.

¹⁵²² 1 AC.

¹⁵²³ 1 OE.

¹⁵²⁴ 1 AC.

afférente¹⁵²⁵, ainsi que l'existence d'entités issues de pays tiers et reconnues par le droit de l'Union européenne, mais ne répondant à aucune disposition du cadre juridique interne relatif à la sous-traitance¹⁵²⁶. Dans le prolongement de cette idée, 3 autorités contractantes sondées évoquent, à l'instar de certains interviewés, le règlement européen relatif aux subventions étrangères¹⁵²⁷ supposément plus strict que les dispositions du Code de la commande publique. Enfin, certains visent des « *réglementations européennes* » sectorielles à l'image de la *Directive-cadre sur l'eau*¹⁵²⁸ qui impose des agréments dans l'analyse de la qualité de l'eau, contredisant ainsi l'obligation faite aux autorités contractantes par le Code de la commande publique d'accepter des équivalents aux labels qu'elles imposent aux soumissionnaires¹⁵²⁹, ou encore plusieurs règlements européens¹⁵³⁰ qui comportent au moins une disposition relative aux marchés publics écologiques dont la compatibilité avec les règles de la commande publique peut apparaître douteuse¹⁵³¹.

- **Code de commerce.** Ils sont 13 sondés à évoquer des hiatus entre le Code de la commande publique et le Code de commerce. Certains mentionnent, sans autre précision, les délais de paiement¹⁵³², la désignation du commissaire aux comptes¹⁵³³, l'obligation de créer une société dédiée pour l'exploitation d'une concession¹⁵³⁴ ou encore les difficultés suscitées par l'exécution des contrats privés de la commande

¹⁵²⁵ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 42.

¹⁵²⁶ 3 AC.

¹⁵²⁷ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

¹⁵²⁸ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

¹⁵²⁹ 1 AC.

¹⁵³⁰ Plusieurs sont cités : le règlement (UE) 2024/1610 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 modifiant le règlement (UE) 2019/1242 en ce qui concerne le renforcement des normes de performance en matière d'émissions de CO₂ pour les véhicules utilitaires lourds neufs et intégrant des obligations de déclaration, modifiant le règlement (UE) 2018/858 et abrogeant le règlement (UE) 2018/956 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le règlement (UE) 2024/1735 du Parlement européen et du Conseil du 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le Règlement (UE) 2024/1781 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception pour des produits durables, modifiant la directive (UE) 2020/1828 et le règlement (UE) 2023/1542 et abrogeant la directive 2009/125/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le Règlement (UE) 2024/3110 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2024 établissant des règles harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant le règlement (UE) n° 305/2011 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ou encore le règlement (UE) 2025/40 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2024 relatif aux emballages et aux déchets d'emballages, modifiant le règlement (UE) 2019/1020 et la directive (UE) 2019/904, et abrogeant la directive 94/62/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

¹⁵³¹ 1 AC.

¹⁵³² 1 AC.

¹⁵³³ 1 AC.

¹⁵³⁴ 1 OE.

publique au regard du Code de commerce¹⁵³⁵. Certains sont plus diserts lorsqu'ils soulignent que la rupture des relations commerciales établies – laquelle engage la responsabilité de son auteur en vertu des dispositions de l'article L. 442-1 du Code de commerce – entre en contradiction avec l'obligation de remise en concurrence périodique des contrats de la commande publique¹⁵³⁶, ou lorsqu'ils visent la situation des sociétés publiques locales et des sociétés d'économie mixte tiraillées entre le respect dû aux dispositions du Code de la commande publique et les objectifs d'entreprise privée qui leur sont fixés¹⁵³⁷.

- **Code général des collectivités territoriales.** Plusieurs des 10 sondés à viser le Code général des collectivités territoriales s'en expliquent dans leurs commentaires. L'organisation des commissions d'appel d'offres, imposée par le Code général des collectivités territoriales, constitue un point de divergence avec le Code de la commande publique identifié par 2 autorités contractantes sondées¹⁵³⁸. Dans le prolongement de cette idée, une autre autorité contractante expose ses difficultés à articuler l'exigence de présentation à cette commission des avenants d'un montant supérieur à 5% du prix initial (article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales), avec le raisonnement « *avenant par avenant* »¹⁵³⁹ promu par le Code de la commande publique. Enfin, un opérateur économique souligne d'autres obligations prévues par le Code général des collectivités territoriales pouvant entrer en conflit avec les délais ou les procédures du Code de la commande publique. Il cite la délégation de compétences, l'approbation ou les délais de transmission de certains actes, ainsi que certaines règles de la comptabilité publique qui contrarient la souplesse contractuelle voulue par le Code de la commande publique en matière de délai de paiement, d'avances ou d'acomptes¹⁵⁴⁰.
- **Code du travail.** Sur les 153 sondés à avoir formulé un commentaire, 10 d'entre eux visent les contrariétés entre le Code de la commande publique et le Code du travail. Il existe, par exemple, des problématiques liées à la temporalité de certaines procédures, comme la déclaration de détachement des salariés¹⁵⁴¹ ou la vérification des motifs d'exclusion qui doit, selon le Code de la commande publique, s'opérer en phase candidature lors même que, selon le Code du travail, certains documents ne peuvent être

¹⁵³⁵ 1 AC.

¹⁵³⁶ 1 AC.

¹⁵³⁷ 1 AC.

¹⁵³⁸ 2 AC.

¹⁵³⁹ 1 AC.

¹⁵⁴⁰ 1 OE.

¹⁵⁴¹ 1 AC.

exigés qu'à l'ouverture du chantier¹⁵⁴². Dans une logique identique, le Code du travail impose certaines formalités pourtant absentes du Code de la commande publique. Il en va ainsi de la consultation du Comité social et économique (CSE)¹⁵⁴³ ou de la fourniture de documents spécifiques, comme le formulaire *K bis* dans le cadre de l'obligation de vigilance¹⁵⁴⁴, sans oublier les nombreux renvois du Code de la commande publique vers le Code du travail pour déterminer les pièces à réclamer à l'attributaire¹⁵⁴⁵. Enfin, un opérateur économique ne manque pas de souligner des difficultés d'articulation entre les règles du Code de la commande publique applicables au changement de prestataire et l'obligation de transfert de salariés des articles L.1224-1 et suivants du Code du travail ou encore en matière de reprise du personnel. Ce dernier détaille :

« [l]orsqu'on passe d'un opérateur économique classique à un prestataire de marché réservé (ESAT, entreprises adaptées, etc.) et inversement, il est difficile de savoir précisément si la reprise de personnel s'applique et si oui comment. Il faut se plonger dans les règles du droit du travail, sa jurisprudence et les conventions collectives, ce qui complexifie la matière. »¹⁵⁴⁶

- **Loi du 30 octobre 2018 dite « Egalim ».** 10 autorités contractantes signalent, sans apporter de précision, les difficultés qu'elles éprouvent à concilier d'une part l'objectif de provenance géographique française et la promotion des circuits courts par la *loi Egalim* et d'autre part l'interdiction du localisme sous-tendue par le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la provenance issue du droit de la commande publique¹⁵⁴⁷.
- **Code de l'urbanisme.** Parmi les 153 sondés, 4 mentionnent des contradictions entre le Code de la commande publique et le Code de l'urbanisme, sans en dire davantage.
- **CCAG.** Sur les 3 sondés à avoir visé les CCAG, 2 s'en expliquent. Pour une autorité contractante sondée, il existe une contradiction entre, d'une part, l'article 14.2 du CCAG maître d'œuvre qui permet de notifier, par ordres de service, les prestations supplémentaires et modificatives au maître d'œuvre et le caractère définitif du prix de ces prestations si le maître d'œuvre n'a pas transmis ses observations dans le délai

¹⁵⁴² 1 AC.

¹⁵⁴³ 1 AC.

¹⁵⁴⁴ 1 AC.

¹⁵⁴⁵ 1 OE.

¹⁵⁴⁶ 1 OE.

¹⁵⁴⁷ 10 AC.

imposé, et, d'autre part, l'article L.2432-2 du Code de la commande publique qui impose une modification conventionnelle des honoraires en cas de modification de prestations. Elle évoque également les articles 21.1 et 21.2 du CCAG Travaux qui laissent entendre que le marché peut fixer la provenance des matériaux, produits ou composants de construction, tandis que l'article R.2111-7 du Code de la commande publique interdit de faire référence dans le marché à une provenance ou origine déterminée¹⁵⁴⁸. Pour sa part, un opérateur économique évoque, sans beaucoup de précision, certains points du CCAG travaux entrant en contradiction avec le Code de la commande publique. Il cite, pour exemple, l'interruption ou la suspension des délais lorsqu'un mode alternatif de règlement des litiges est mis en œuvre¹⁵⁴⁹.

- **Code de la santé publique.** Seul un des 3 sondés à viser le Code de la santé publique précise que certaines de ses dispositions en matière de convention avec les laboratoires contrarient le Code de la commande publique¹⁵⁵⁰.
- **Code de l'énergie.** Les 3 sondés évoquant le Code de l'énergie précisent les éventuelles contrariétés avec le Code de la commande publique. Ils exposent que certaines règles, par exemple celles relatives à l'achat d'énergie, ne figurent pas dans le Code de la commande publique¹⁵⁵¹. Ils éprouvent parfois des difficultés à articuler les dispositifs prévus par le Code de l'énergie, à l'image de l'achat d'électricité en autoconsommation collective, avec les règles du droit de la commande publique¹⁵⁵². L'un d'eux fait également mention d'une incompatibilité entre le modèle de convention de raccordement prévu à l'article L. 342-22 du Code de l'énergie et l'établissement d'un marché public¹⁵⁵³.
- **Code général de la propriété des personnes publiques.** Seul un des 3 sondés ayant mentionné ce Code souligne la contradiction entre l'inaliénabilité des propriétés et les garanties offertes au titulaire d'un marché global ou de partenariat par le Code de la commande publique¹⁵⁵⁴.
- **Circulaires des ministères.** 3 sondés visent les circulaires. Parmi eux, une autorité contractante souligne que « *les textes non normatifs (circulaires ne faisant pas grief)*

¹⁵⁴⁸ 1 AC.

¹⁵⁴⁹ 1 OE.

¹⁵⁵⁰ 1 AC.

¹⁵⁵¹ 1 AC.

¹⁵⁵² 1 AC.

¹⁵⁵³ 1 AC.

¹⁵⁵⁴ 1 AC.

sont par moment en contradiction avec les normes en vigueur (parfois, cela tient à certaines formulations pouvant être mal interprétées) »¹⁵⁵⁵.

- **Code de la construction et de l'habitat.** Parmi les 2 sondés à envisager le Code de la construction et de l'habitat, un opérateur économique mentionne les dispositions de l'article L. 433-2 de ce code précisant, à propos du recours à la VEFA, que les demandes de permis de construire doivent avoir été déjà déposées. Selon lui, ces dispositions sont plus restrictives que le cadre actuel de la commande publique, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁵⁶.
- **Code des relations entre le public et l'administration.** Les 2 autorités contractantes sondées à envisager le Code des relations entre le public et l'administration pointent la contradiction, ou, à tout le moins l'« *incohérence entre les dispositions du code de la commande publique portant sur l'information des candidats évincés* [articles R. 2181-1 à R. 2181-6] *et celles du code des relations entre le public et l'administration* [article L. 300-1] »¹⁵⁵⁷, sans s'en expliquer davantage.
- **Code civil.** Les 2 sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – à mentionner le Code civil n'ont apporté aucune précision quant aux dispositions pouvant entrer en contradiction avec celles du Code de la commande publique.
- **Code des transports.** Parmi les 2 sondés à envisager le Code des transports, seul l'opérateur économique précise que ses dispositions relatives à la « *passation des marchés de conception-réalisation, pour SNCF Réseau par exemple* » peuvent contredire celles du Code de la commande publique dédiées à ce montage contractuel.
- **Loi du 22 août 2021 dite « Climat et résilience ».** Seulement 2 sondés visent expressément la loi « *Climat et Résilience* ». L'un d'eux précise que la prise en compte des enjeux environnementaux imposée par ce texte heurte le principe de non-discrimination issu du droit de la commande publique. On relèvera toutefois que certains sondés évoquent également les « *aspects liés aux objectifs de développement durable* »¹⁵⁵⁸ ou encore « *les obligations environnementales* »¹⁵⁵⁹ qui contredisent les principes de la commande publique. À ce sujet, une autorité contractante sondée évoque l'adoption :

¹⁵⁵⁵ 1 AC.

¹⁵⁵⁶ 1 OE. Ce dernier cite l'arrêt du 22 avril 2021, *Commission européenne contre République d'Autriche*, aff. C-537/19.

¹⁵⁵⁷ 2 AC.

¹⁵⁵⁸ 1 AC.

¹⁵⁵⁹ 1 AC.

*« de plus en plus de textes en faveur du développement durable dont les dispositions vont à l'encontre des règles de la commande publique et demandent une manipulation du droit de la commande publique très précise pour permettre un résultat (interdiction de localisme face aux achats de denrées locaux et bio, obligation d'achat d'articles en matières recyclées, dernière jurisprudence interdisant des spécifications techniques trop précises). »*¹⁵⁶⁰

- **Loi du 23 octobre 2023 dite « Industrie verte ».** Dans le prolongement des propos précédents, 2 autorités contractantes sondées mentionnent la loi « *Industrie verte* », sans apporter davantage de précision sur les dispositions de ce texte pouvant contrarier celles du Code de la commande publique.
- **Autres textes :** plusieurs textes portant en germe des contradictions avec le Code de la commande publique sont mentionnés par les sondés. Dans la mesure où ils réunissent un seul sondé à chaque fois, ces textes ne seront pas envisagés dans le détail, mais simplement énumérés. Parmi eux, on compte le Code de la consommation¹⁵⁶¹, le Code de la sécurité sociale¹⁵⁶², le Code pénal¹⁵⁶³, le Code de la sécurité intérieure¹⁵⁶⁴, le Code de l'action sociale et des familles¹⁵⁶⁵, le Code de la recherche¹⁵⁶⁶, le Code de justice administrative¹⁵⁶⁷, la réglementation relative à l'archivage administratif¹⁵⁶⁸, la loi du 22 mai 2019 dite « *PACTE* »¹⁵⁶⁹, la loi du 20 février 2020 dite « *AGEC* »¹⁵⁷⁰, la loi du 12 juillet 1985 dite « *MOP* »¹⁵⁷¹, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-

¹⁵⁶⁰ 1 AC.

¹⁵⁶¹ L'autorité contractante sondée précise « *les dispositions relatives au paiement* ».

¹⁵⁶² 1 AC.

¹⁵⁶³ 1 AV.

¹⁵⁶⁴ 1 AC.

¹⁵⁶⁵ 1 AC.

¹⁵⁶⁶ 1 AC.

¹⁵⁶⁷ 1 AV.

¹⁵⁶⁸ L'autorité contractante sondée précise : « *les archives nationales n'acceptent que des dossiers papiers ou des dossiers de marchés intégralement dématérialisés. Or, la règle du Code de la commande publique (annexe 12) selon laquelle la signature électronique du marché n'est pas obligatoire provoque une situation hybride (dossier de passation dématérialisé, mais finalisation du contrat et son exécution en papier) refusée par les archives publiques* »

¹⁵⁶⁹ L'autorité contractante sondée précise « *la suppression pour les entreprises de donner l'extrait Kbis : non applicable au droit de la commande publique* ».

¹⁵⁷⁰ 1 AC.

¹⁵⁷¹ 1 AC.

traitance¹⁵⁷², la loi du 29 décembre 2023 de finances pour 2024¹⁵⁷³, la loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables,¹⁵⁷⁴ ou encore la Constitution¹⁵⁷⁵.

- **Jurisprudence.** Parmi les 153 sondés, 8 estiment que la jurisprudence entre en contradiction avec les dispositions du Code de la commande publique. Parmi eux, 4 apportent des précisions dans leurs commentaires : ils visent soit la jurisprudence relative aux trois devis¹⁵⁷⁶, soit la « *jurisprudence financière* »¹⁵⁷⁷, soit les contradictions entre les jurisprudences judiciaire et administrative¹⁵⁷⁸.
- **Cours régionales des comptes.** 3 sondés mentionnent les « *remarques* »¹⁵⁷⁹ ou les « *exigences parfois contradictoires* »¹⁵⁸⁰ des cours régionales des comptes, par exemple en ce qui concerne la traçabilité des achats ayant bénéficié de la *loi ASAP*, étant entendu que les dispositions de ce texte sont silencieuses à cet égard¹⁵⁸¹.
- **Fiches / recommandations de la Direction des affaires juridiques de Bercy.** Enfin, 2 autorités contractantes sondées visent les recommandations ou les fiches de la Direction des affaires juridiques de Bercy, l'une d'elles illustrant son propos avec la question de l'exclusivité des accords-cadres¹⁵⁸².

6. La multiplicité des procédures de passation

Données. La multiplicité des procédures de passation se situe au sixième rang des facteurs de complexité proposés dans le questionnaire à choix multiples, avec un taux de réponse de 10,6 %. Parmi les sondés à avoir répondu au questionnaire à choix multiples, ils sont 37 % à identifier la multiplicité des procédures de passation comme un facteur de complexité.

¹⁵⁷² L'autorité contractante sondée rappelle que si ce texte autorise la sous-traitance totale pour les marchés privés de la commande publique, le code de la commande publique y fait obstacle.

¹⁵⁷³ L'autorité contractante sondée souligne la contradiction entre l'« *interdiction d'une préférence régionale* » issue de la commande publique et l'obligation faite aux collectivités territoriales par la loi de finances 2024 d'établir un « *budget vert* ».

¹⁵⁷⁴ 1 AC.

¹⁵⁷⁵ 1 AC.

¹⁵⁷⁶ 2 AC.

¹⁵⁷⁷ 1 AC.

¹⁵⁷⁸ 1 AC.

¹⁵⁷⁹ 1 AC.

¹⁵⁸⁰ 1 AC.

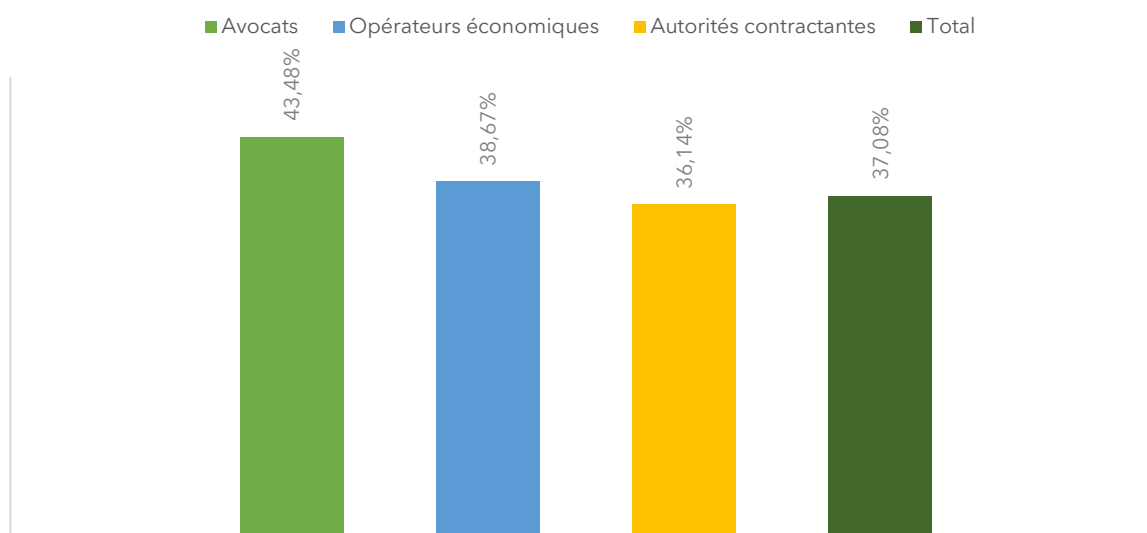
¹⁵⁸¹ 1 AC.

¹⁵⁸² 1 AC.

Figure 3.43 : Tableau comparatif de réponses relatives la « *multiplicité des procédures de passation* »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	21	46	43,4
Opérateurs économiques	29	75	38,6
Autorités contractantes	179	440	36,1
Total	229	561	40,8

Figure 3.44 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « *la multiplicité des procédures de passation* » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. Une minorité de sondés, soit à peine plus d'un tiers, vise la multiplicité des procédures de passation. Ces résultats ne sont guère éloignés des ceux de l'enquête qualitative puisque 33,3 % des interviewés¹⁵⁸³ réclamaient une révision des procédures de passation et/ou des seuils de dispense de publicité et de mise en concurrence.

Le tableau (**Figure 3.43**) et le graphique (**Figure 3.44**) ci-dessus permettent d'observer une répartition relativement équilibrée entre les catégories de sondés sur cette question. Il est aisément compréhensible que les sondés s'accordent sur ce facteur de complexité au sens où la multiplicité des procédures de passation touche aussi bien les autorités contractantes qui les initient et les opérateurs économiques qui y participent.

¹⁵⁸³ 2 AC, 4 OE, et 1 AV.

Explications. Dans leurs commentaires, 26 sondés (soit environ 6 %) identifient spontanément cette « *différence* »¹⁵⁸⁴, cette « *variété* »¹⁵⁸⁵, ce « *recueil* »¹⁵⁸⁶, cette « *diversité* »¹⁵⁸⁷, cette « *multiplicité* »¹⁵⁸⁸ des procédures comme un facteur de complexité du droit de la commande publique. Les expressions employées sont relativement proches, même si certains visent le nombre important de procédures (« *trop de procédures* »¹⁵⁸⁹ ou un « *grand nombre de procédures* »¹⁵⁹⁰), tandis que d'autres évoquent leurs « *multiples formes* »¹⁵⁹¹ ou encore l'existence de « *procédures à géométrie variable* »¹⁵⁹². À ce sujet, une autorité contractante souligne que cette multiplicité des procédures « *interroge sur la logique poursuivie et leur cohérence* »¹⁵⁹³, tandis qu'une autre considère qu'elle reflète une absence de « *vision stratégique ou d'objectifs globaux* ».

D'autres facteurs de complexité spontanément identifiés par les sondés dans leurs commentaires recoupent largement la question de la multiplicité des procédures : la diversité des seuils, la rigidité des procédures ainsi que leur manque de clarté.

Diversité des seuils. On ne compte pas moins de 63 commentaires (soit environ 14 %) à spontanément envisager les seuils comme un facteur de complexité.

Plus de la moitié de ces commentaires, soit 32 d'entre eux, sont d'ordre quantitatif. Certains visent la « *pléthore* »¹⁵⁹⁴, la « *diversité* »¹⁵⁹⁵, la « *multitude* »¹⁵⁹⁶ ou encore la « *multiplicité* »¹⁵⁹⁷ de seuils, d'autres évoquent leur « *hétérogénéité* »¹⁵⁹⁸, leur « *variété* »¹⁵⁹⁹, leur absence d'harmonisation¹⁶⁰⁰ ou encore leur instabilité. À ce sujet, une autorité contractante fustige « *les changements incompréhensibles des seuils de procédure (et par incidence le seuil du contrôle de légalité)* », tandis qu'une autre s'agace du « *raisonnement par seuil plutôt que par l'importance de la structure ou de l'objet du marché* ».

¹⁵⁸⁴ 6 AC.

¹⁵⁸⁵ 1 OE.

¹⁵⁸⁶ 1 AC.

¹⁵⁸⁷ 1 AC.

¹⁵⁸⁸ 1 AC.

¹⁵⁸⁹ 3 AC.

¹⁵⁹⁰ 1 AC.

¹⁵⁹¹ 1 AC.

¹⁵⁹² 1 AC.

¹⁵⁹³ 1 AC.

¹⁵⁹⁴ 1 AC.

¹⁵⁹⁵ 1 AC.

¹⁵⁹⁶ 2 AC.

¹⁵⁹⁷ 4 AC.

¹⁵⁹⁸ 1 OE.

¹⁵⁹⁹ 1 AC.

¹⁶⁰⁰ 2 AC.

On trouve également 11 commentaires à viser la computation de ces seuils comme un facteur de complexité, sinon une « *source d'erreur* »¹⁶⁰¹ pour les acheteurs, voire un moyen de contourner les règles. À ce sujet, une autorité contractante sondée met en exergue :

« [L]e manque d'information claire sur la computation des seuils, notamment au niveau de l'unité fonctionnelle, soulève certaines ambiguïtés permettant aux acheteurs d'échapper à la mise en concurrence au nom d'une finalité différente alors que le besoin est le même. »¹⁶⁰²

Une autorité contractante propose un autre élément d'explication. Selon elle, la « *computation des seuils* » est « *inégalement appliquée* » parce qu'elle n'est « *pas adaptée à toutes les tailles de structures*. Ainsi, les acheteurs frileux passent plus de 50% de leur temps à recenser et mettre ces informations dans des tableaux plutôt que de se préoccuper de la performance de l'achat (Métropole de Lyon par exemple qui a le processus le plus lourd) ».

Enfin, une petite proportion de sondés¹⁶⁰³ critique les seuils trop bas ou trop faibles eu égard à leur inadaptation « *au regard du contexte économique actuel (inflation)* »¹⁶⁰⁴.

Rigidité des procédures. Au-delà de ces critiques « quantitatives », 43 commentaires mentionnent spontanément la rigidité ou la complexité des procédures et 47 plus spécifiquement le manque de négociation.

Sur le premier point, les qualificatifs ne manquent pas pour décrire les procédures applicables en matière de commande publique et plus spécifiquement pour la passation des marchés publics. Les sondés les qualifient de « *techniques* »¹⁶⁰⁵, d'« *inadaptées* »¹⁶⁰⁶, de « *lourdes* »¹⁶⁰⁷, de « *rigides* »¹⁶⁰⁸, de « *complexes* »¹⁶⁰⁹, de « *contraignantes* »¹⁶¹⁰, de « *tatillonnes* »¹⁶¹¹, voire de « *contreproductives* »¹⁶¹². Selon plusieurs sondés, ces caractéristiques supposent de la part des services une « *expertise juridique élevée* »¹⁶¹³, de sorte

¹⁶⁰¹ 1 AC.

¹⁶⁰² 1 AC.

¹⁶⁰³ 6 AC.

¹⁶⁰⁴ 1 AC.

¹⁶⁰⁵ 1 AC et 1 AV.

¹⁶⁰⁶ 1 OE.

¹⁶⁰⁷ 3 AC et 1 OE.

¹⁶⁰⁸ 1 AC et 1 OE.

¹⁶⁰⁹ 3 AC et 2 OE.

¹⁶¹⁰ 1 AC.

¹⁶¹¹ 1 AC.

¹⁶¹² 1 AC.

¹⁶¹³ 1 AC.

qu'ils « *consomment du temps et de ressources* » au risque de nuire à l'« *efficacité économique* » de l'achat¹⁶¹⁴. Les autorités contractantes pointent parfois plus spécifiquement les délais imposés dans les procédures formalisées, sans autre précision¹⁶¹⁵. Une autorité contractante nuance cependant :

*« Le recours à certaines procédures, pourtant vertueuses, est soumis à des conditions qui peuvent être lourdes (par exemple, le recours à la procédure avec négociation proscrite en appel d'offres, recours aux marchés de conception-réalisation). »*¹⁶¹⁶

Dans le prolongement des propos précédents, 47 commentaires visent le manque de négociation dans les procédures de passation des marchés publics, y compris provenant d'autorités contractantes. Parmi eux, certains expliquent en quoi cette rigidité complexifie le droit de la commande publique, à l'instar de cette autorité contractante :

*« Il faudrait plus de possibilités de négocier et une plus grande souplesse pour permettre aux acheteurs d'être plus réactifs et d'obtenir les meilleures conditions d'achat auprès des entreprises. »*¹⁶¹⁷

En substance, ce manque de négociation est considéré, toujours selon des autorités contractantes, comme « *improductif* »¹⁶¹⁸ du point de vue de « *l'efficacité économique des achats publics* »¹⁶¹⁹, de la réponse aux besoins des acheteurs publics¹⁶²⁰ et, par voie de conséquence, de la « *bonne gestion des deniers publics* »¹⁶²¹. Il est également perçu par certains sondés comme un « *facteur de contre-performance financière* » pour les entreprises¹⁶²².

Manque de clarté des procédures. Parmi les 433 commentaires, 21 visent le manque de clarté de ces procédures. Sur ce point, les sondés s'interrogent massivement sur les marchés publics passés sans publicité et mise en concurrence, ainsi que sur les marchés passés en procédure adaptée (MAPA). Ils critiquent une certaine « *imprécision* »¹⁶²³, un « *flou* »¹⁶²⁴,

¹⁶¹⁴ 2 AC.

¹⁶¹⁵ 7 AC.

¹⁶¹⁶ 1 AC.

¹⁶¹⁷ 1 AC.

¹⁶¹⁸ 1 AC.

¹⁶¹⁹ 1 AC.

¹⁶²⁰ 1 AC.

¹⁶²¹ 2 AC.

¹⁶²² 1 AC.

¹⁶²³ 2 AC.

¹⁶²⁴ 1 AC.

un « *manque de clarté* »¹⁶²⁵ et de « *cohérence* »¹⁶²⁶, des « *non-dits* »¹⁶²⁷, des « *doutes* », ou encore une véritable « *insécurité juridique* » autour des procédures applicables en dessous des seuils européens, eu égard, notamment, au débat national, ou selon à la « *ritournelle* »¹⁶²⁸ des trois devis.

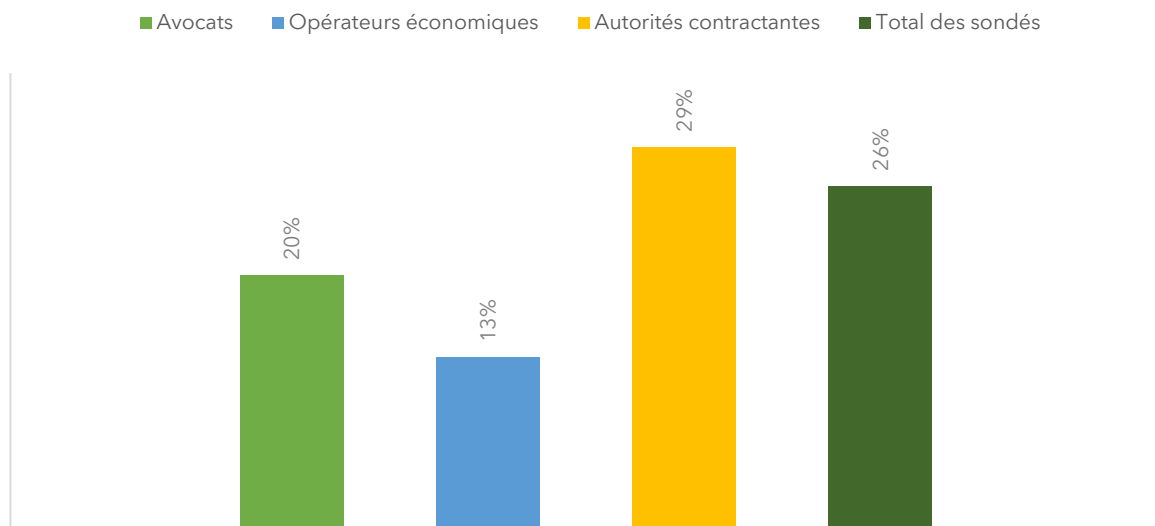
7. La jurisprudence

Données. La jurisprudence se place au huitième et dernier rang des facteurs de complexité, avec 7,3 % du total des réponses. Ce facteur de complexité est, par ailleurs, identifié par seulement 26 % des sondés.

Figure 3.45 : Tableau comparatif de réponses relatives à la « jurisprudence »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	9	46	19,5
Opérateurs économiques	10	75	13,3
Autorités contractantes	129	440	29,3
Total	148	561	26

Figure 3.46 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la jurisprudence » dans le questionnaire à choix multiples



¹⁶²⁵ 3 AC.

¹⁶²⁶ 1 AC.

¹⁶²⁷ 1 AC.

¹⁶²⁸ 1 AC.

Analyse. La jurisprudence est identifiée comme un facteur de complexité par une petite minorité de sondés, ce qui ne saurait étonner au regard des résultats de l'enquête qualitative. En effet, ce facteur de complexité n'était pas spontanément identifié par les interviewés, à de rares exceptions¹⁶²⁹. On relèvera également que ce facteur divise les sondés – il est davantage ressenti par les autorités contractantes que par les opérateurs économiques – comme permettent de le constater le tableau (**Figure 3.45**) et le graphique ci-dessus (**Figure 3.46**).

Explications. On trouve 43 commentaires, soit environ 10 %, à mentionner l'interprétation des textes comme un facteur de complexité. Parmi eux, 25 visent expressément la jurisprudence. Les critiques émises contre la jurisprudence sont de plusieurs ordres ; elles portent sur sa rigidité, son instabilité, ainsi que sur son inaccessibilité intellectuelle. Les premières critiques portent ainsi sur la rigueur de la jurisprudence, qualifiée de « contraignante »¹⁶³⁰ ou de « restrictive par rapport à une réglementation souple »¹⁶³¹. La jurisprudence est, par ailleurs, perçue comme instable, « changeante »¹⁶³², sinon « difficile à comprendre et anticiper »¹⁶³³ au risque de « créer parfois de l'insécurité juridique »¹⁶³⁴.

Enfin, et surtout, la jurisprudence est qualifiée de « byzantine »¹⁶³⁵, sinon d'excessivement « sophistiquée », par exemple en matière de régularisation des offres ou s'agissant des offres anormalement basses¹⁶³⁶. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence peut être perçue comme « difficilement accessible »¹⁶³⁷, « floue »¹⁶³⁸, « protéiforme »¹⁶³⁹, « élastique »¹⁶⁴⁰ ou encore « contradictoire »¹⁶⁴¹, spécialement autour de la « règle »¹⁶⁴² des trois devis. Sur ce point, une autorité contractante souligne que :

« Les règles sont interprétées de plusieurs manières dans la jurisprudence. Il est extrêmement complexe, en tant qu'acheteur, de privilégier telle ou telle

¹⁶²⁹ 2 AV interviewés.

¹⁶³⁰ 1 AC.

¹⁶³¹ 1 AC.

¹⁶³² 2 AC.

¹⁶³³ 1 AC.

¹⁶³⁴ 1 AC.

¹⁶³⁵ 1 AV.

¹⁶³⁶ 1 AC.

¹⁶³⁷ 1 AC.

¹⁶³⁸ 1 AC.

¹⁶³⁹ 1 AC.

¹⁶⁴⁰ 1 OE.

¹⁶⁴¹ 2 AC.

¹⁶⁴² 1 AC.

piste sur un marché public compte tenu de l'absence de principe réellement défini dans la pratique »¹⁶⁴³.

À cet égard, on relèvera utilement que plusieurs commentaires mentionnent les « contradictions » entre la jurisprudence et « les règles écrites »¹⁶⁴⁴, la « doctrine »¹⁶⁴⁵ ou encore les « guides de la Direction des affaires juridiques » de Bercy¹⁶⁴⁶. D'autres commentaires se concentrent sur les recommandations de cette dernière, estimant que les positions qu'elle adopte sur certains sujets, comme les trois devis, manquent de « clarté »¹⁶⁴⁷, « complexifient »¹⁶⁴⁸ le droit au lieu de le clarifier, voire qu'elles créent « plus de doute que de sécurité »¹⁶⁴⁹. En ce sens, une autorité contractante souligne que :

« Les interprétations divergentes des règles de la commande publique par les différents acteurs de l'achat, de l'ordonnateur au payeur, ainsi que par les organes de contrôles (CRC, contrôle de légalité, etc.) : cette appréciation hétérogène du risque juridique par les différents maillons d'une même chaîne crée des lenteurs, des blocages, voire des conflits. »¹⁶⁵⁰

Au-delà de ces facteurs « croisés », c'est-à-dire identifiés dans le questionnaire à choix multiples et dans les commentaires, certains méritent un traitement particulier.

B. Les facteurs « spontanés »

Précisions méthodologiques. Dans leurs commentaires, les sondés identifiaient spontanément de nombreux facteurs de complexité, tous ne correspondant pas forcément à ceux proposés dans le questionnaire. Certains ont pu être traités conjointement avec les réponses cochées dans le questionnaire à choix multiples. D'autres n'auraient pu être étudiés à ce stade, sauf au prix d'un rattachement artificiel. Une analyse de ces facteurs de complexité supposait de les regrouper par mots-clefs, afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie. Les différentes catégories retenues – le manque de clarté et de lisibilité des textes (1.), l'inaccessibilité des règles de droit (2.), leur inadaptation à la pratique (3.), leur rigidité

¹⁶⁴³ 1 AC.

¹⁶⁴⁴ 1 AC.

¹⁶⁴⁵ 1 AC.

¹⁶⁴⁶ 2 AC.

¹⁶⁴⁷ 1 AC.

¹⁶⁴⁸ 1 AC.

¹⁶⁴⁹ 1 AV.

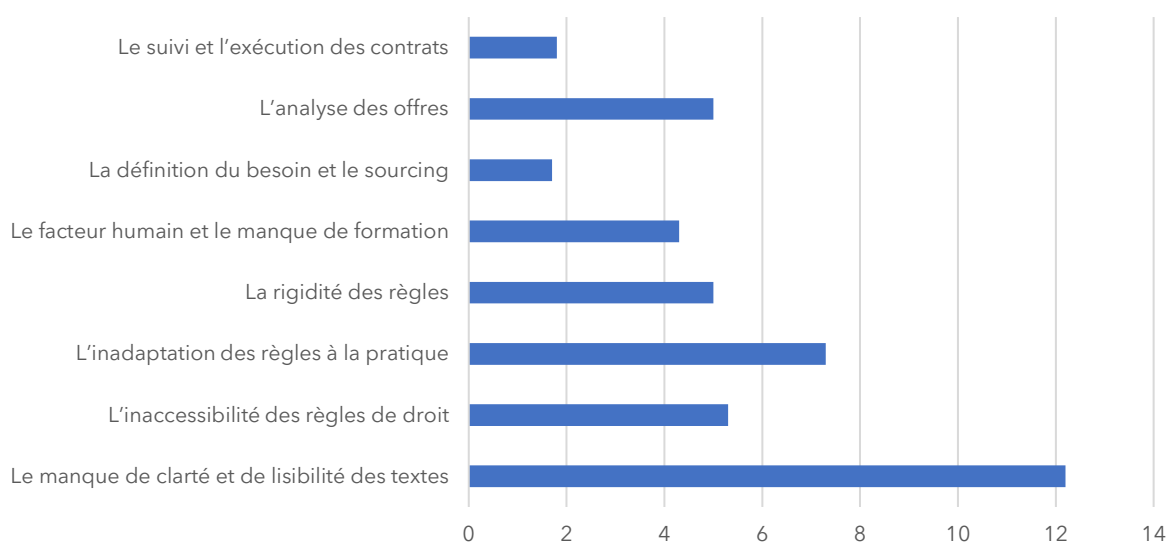
¹⁶⁵⁰ 1 AC.

(4.), le facteur humain (5.), la définition du besoin (6.), l'analyse des offres (7.), ainsi que le suivi de l'exécution des contrats de la commande publique (8.) – sont exposées et comparées dans le tableau (**Figure 3.47**) et le graphique (**Figure 3.48**) suivants, avant d'être analysées plus en détail.

Figure 3.47 : Tableau comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité

	Nb de commentaires	Nb total de commentaires	Valeur en %
Le manque de clarté et de lisibilité des textes	53	433	12,2
L'inaccessibilité des règles de droit	23	433	5,3
L'inadaptation des règles à la pratique	32	433	7,3
La rigidité des règles	22	433	5
Le facteur humain et le manque de formation	19	433	4,3
La définition du besoin et le <i>sourcing</i>	8	433	1,7
L'analyse des offres	22	433	5
Le suivi et l'exécution des contrats	8	433	1,8

Figure 3.48 : Graphique comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité



1. Le manque de clarté et de lisibilité des textes

Données. Le manque de clarté des textes constituait un facteur de complexité du droit de la commande publique ressenti par 10 des 21 interviewés¹⁶⁵¹, soit 47,6 % d'entre eux. À rebours, seulement 12,2 % des commentaires, soit 53 sur 433, font état d'une imprécision ou d'un manque de clarté des textes juridiques. Les formulations employées varient

¹⁶⁵¹ 4 AC, 3 OE, 2 AV et 1 AU.

substantiellement, puisqu'elles portent tantôt sur l'absence de clarté des règles de droit, tantôt sur le manque de lisibilité des textes.

Absence de clarté. Plusieurs sondés critiquent l'utilisation, par les règles du droit de la commande publique, de « *critères de qualification juridique* »¹⁶⁵² et de « *notions* »¹⁶⁵³ imprécis. Sur ce point, un avocat sondé constate que « *des pans du droit de la commande publique ne sont pas expressément abordés par les textes* ». Dans le même registre, plusieurs enquêtés visent les lacunes de ces textes lorsqu'ils mentionnent l'« *imprécision* »¹⁶⁵⁴, l'« *absence de précision* »¹⁶⁵⁵, les « *silences et les non-dits* »¹⁶⁵⁶, le « *flou* » qui entoure ces règles de droit¹⁶⁵⁷, ou encore un manque de « *clarification* »¹⁶⁵⁸, sinon de « *clarté* »¹⁶⁵⁹ de ces dernières. En ce sens, un avocat sondé met en exergue « *la clarté très relative des dispositions réglementaires et législatives puis l'interprétation équilibrée du Conseil d'État. Entre-temps, c'est le flou artistique* »¹⁶⁶⁰. Un autre abonde dans ce sens : « *les textes sont souvent imbriqués, avec des références croisées difficiles à suivre, et certaines notions restent très floues, même pour un professionnel* ». C'est pourquoi un opérateur économique sondé plaide « *à la fois pour plus de clarté et précision, même si la conséquence pourrait être une plus faible flexibilité* ».

D'autres sondés évoquent des normes « *floues* »¹⁶⁶¹, « *pas claires* »¹⁶⁶², « *implicites* »¹⁶⁶³, « *obscuras, trop larges* »¹⁶⁶⁴, « *trop générales* »¹⁶⁶⁵, « *contradictaires* »¹⁶⁶⁶ ou encore « *sujettes à interprétation et sources d'insécurité juridique* »¹⁶⁶⁷. Ils en citent plusieurs exemples, allant des règles qui encadrent la demande de régularisation des offres, la modification des contrats de la commande publique, la durée maximale des accords-cadres, la procédure de passation des concessions¹⁶⁶⁸, ou encore la signature électronique.

¹⁶⁵² 1 AV.

¹⁶⁵³ 1 AC et 1 AV.

¹⁶⁵⁴ 1 AC et 1 OE.

¹⁶⁵⁵ 1 AC et 1 AV.

¹⁶⁵⁶ 1 AC.

¹⁶⁵⁷ 1 AC.

¹⁶⁵⁸ 1 AV.

¹⁶⁵⁹ 1 AV.

¹⁶⁶⁰ 1 AV.

¹⁶⁶¹ 1 AC.

¹⁶⁶² 3 AC.

¹⁶⁶³ 1 AC.

¹⁶⁶⁴ 1 AC.

¹⁶⁶⁵ 3 AC.

¹⁶⁶⁶ 1 AC.

¹⁶⁶⁷ 3 AC.

¹⁶⁶⁸ Sur ce point, un avocat sondé mentionne « *la procédure peu développée pour les concessions* » avant de s'interroger « *comment organiser une procédure ouverte ? Quand ?* ».

Manque de lisibilité. Les sondés sont nombreux à faire état du manque de lisibilité des textes en visant des « *maladresses rédactionnelles* »¹⁶⁶⁹, une « *mauvaise rédaction* »¹⁶⁷⁰ voire une « *inintelligibilité* » dans la rédaction de certains textes juridiques pouvant, selon certains, « *compliquer voire empêcher la réponse aux marchés publics des petits opérateurs économiques* »¹⁶⁷¹. Dans cet ordre d'idées, certains dénoncent des « *règles simples rédigées de manière complexe* »¹⁶⁷², des « *régimes souvent illisibles* »¹⁶⁷³, des textes juridiques « *techniques* »¹⁶⁷⁴, « *peu clairs* »¹⁶⁷⁵, « *difficilement lisibles* »¹⁶⁷⁶, « *ambigus, voire contradictoires* »¹⁶⁷⁷, sinon « *abscons* »¹⁶⁷⁸, en raison, notamment, des renvois entre les différents textes. À cet égard, une autorité contractante s'agace :

« [...] par qui sont rédigés ces textes !? Pitié pas de nouvelles réformes ou de soi-disant simplification qui ne font que complexifier la lecture du droit. »¹⁶⁷⁹

Focus n° 1 : le Code de la commande publique

Pour illustrer les propos précédents, on relèvera que 19 commentaires, soit 4,3 % du total, mentionnent expressément le Code de la commande publique¹⁶⁸⁰.

De manière très générale, le code est qualifié de « *complètement illisible* »¹⁶⁸¹. Certains sondés mettent en lumière une évolution lorsqu'ils soulignent que « *le code s'est complexifié* » en comparaison avec le Code des marchés publics qui était, selon eux, « *beaucoup plus simple à appréhender* »¹⁶⁸².

Mais, la majorité des commentaires se concentre sur la **structure du code, celle-ci étant jugée « *illisible pour les néophytes* »**¹⁶⁸³. En effet, ce ne sont pas moins de 4 commentaires

¹⁶⁶⁹ 1 AC.

¹⁶⁷⁰ 1 OE.

¹⁶⁷¹ 1 AC.

¹⁶⁷² 1 AC.

¹⁶⁷³ 1 OE.

¹⁶⁷⁴ 1 AC.

¹⁶⁷⁵ 1 AC.

¹⁶⁷⁶ 2 AC.

¹⁶⁷⁷ 1 AC.

¹⁶⁷⁸ 1 AC.

¹⁶⁷⁹ 1 AC.

¹⁶⁸⁰ Pour rappel, 6 des 21 interviewés appelaient de leurs vœux une réforme du Code de la commande publique.

¹⁶⁸¹ 1 AC.

¹⁶⁸² 1 AC.

¹⁶⁸³ 1 AC.

qui évoquent « *l'éclatement des règles et des process* »¹⁶⁸⁴, ou selon « *l'éparpillement des dispositions* » entre la partie législative et la partie réglementaire, ainsi que la « *numérotation des articles et la structure du code* »¹⁶⁸⁵. Sur ce point, une autorité contractante synthétise :

« [1] *l'ordre de présentation des règles : la présentation découpée en partie législative et réglementaire n'apporte pas de plus-value aux praticiens, elle est source de complexité, car beaucoup de règles sont dans la partie réglementaire tandis que d'autres dispositions n'existent qu'au niveau législatif (ex. définition des contrats, des marchés, grands principes, etc.).* »¹⁶⁸⁶

Parfois, les critiques se font plus spécifiques, soit qu'elles portent sur les lacunes du Code de la commande publique, soit sur la rédaction de certaines de ses dispositions. Sur le premier point, 2 commentaires évoquent « *la codification inachevée du droit de la commande publique* »¹⁶⁸⁷, ainsi que le « *manque de définition de certaines notions au sein du code* »¹⁶⁸⁸. Sur le deuxième point, plusieurs sondés se plaignent des « *différents renvois* » opérés entre les articles du code, voire de certaines « *subtilités* » le rendant difficilement lisible¹⁶⁸⁹. Ils en égrainent quelques exemples, parmi lesquels l'article L. 2500-1 du Code de la commande publique¹⁶⁹⁰ ou encore l'article L. 2141-1¹⁶⁹¹ qui renvoie à plus de 30 autres articles, ou encore le régime des variantes¹⁶⁹². Dans le même registre, certains remarquent un éparpillement, au sein du code, de dispositions portant sur une même procédure, comme

¹⁶⁸⁴ 1 AC.

¹⁶⁸⁵ 1 OE.

¹⁶⁸⁶ 1 AC.

¹⁶⁸⁷ 1 OE.

¹⁶⁸⁸ 1 AC.

¹⁶⁸⁹ 1 AC.

¹⁶⁹⁰ « Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier sont soumises aux règles particulières définies au titre II »

¹⁶⁹¹ « Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne. La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions. Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ».

¹⁶⁹² 1 AC.

celles relatives à aux marchés de conception-réalisation (articles L. 2152-2 et L. 2171-1)¹⁶⁹³. Enfin, 2 commentaires concernent « *la formulation de certains articles* »¹⁶⁹⁴ ou leur « *rédaction parfois approximative et lourde* »¹⁶⁹⁵ à l'image de l'article R. 2191-7 relatif au calcul des avances¹⁶⁹⁶.

Focus n° 2 : CCAG et CCAP

Pour prendre un deuxième exemple, 12 commentaires portent directement sur les cahiers des charges administratives générales (CCAG) et les cahiers des charges administratives particulières (CCAP).

En effet, certains sondés qualifient les CCAG d' « assez compliqués »¹⁶⁹⁷ ou de « trop opaques et peu adaptés »¹⁶⁹⁸, tandis que d'autres se plaignent de l' « absence d'unification ou de regroupement » de ces textes¹⁶⁹⁹.

C'est parfois l'articulation entre les CCAG et les CCAP qui complexifie, selon les sondés, la pratique de la commande publique. Sur ce point, un avocat souligne que « *malgré la réforme des CCAG, les acheteurs tentent parfois de complexifier par le jeu de leur CCAP* »¹⁷⁰⁰, tandis qu'un opérateur économique mentionne l' « *application des CCAG et des CCAP inappropriés, déséquilibrés, ne laissant aucune place à la négociation* »¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹³ 1 AC.

¹⁶⁹⁴ 1 AV.

¹⁶⁹⁵ 1 AC.

¹⁶⁹⁶ Cet article est ainsi rédigé : « Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Pour les marchés publics passés par l'État, le taux de l'avance est porté à 20 % lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite et moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13.

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande conformément aux dispositions des articles R. 2191-36 à R. 2191-42. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques titulaires d'un marché. »

¹⁶⁹⁷ 1 AC.

¹⁶⁹⁸ 1 AC.

¹⁶⁹⁹ 1 AC.

¹⁷⁰⁰ 1 AV.

¹⁷⁰¹ 1 OE.

Enfin, plusieurs autorités contractantes évoquent la rédaction, « *pas simple* »¹⁷⁰² des CCAP. Selon un autre sondé :

« [i]l existe trop de mentions obligatoires à intégrer aux règlements de consultation ou au cahier des charges administratives et particulières alors même qu'elles n'intéressent pas 95% des entreprises et aboutissent à des cahiers des charges trop lourds qui font peur aux PME »¹⁷⁰³, tant est si bien que ces documents « *deviennent inutilisables tellement ils sont détaillés* »¹⁷⁰⁴.

2. L'inaccessibilité des règles de droit

Données. Dans le prolongement des propos précédents, 23 commentaires¹⁷⁰⁵ mentionnent, parmi les facteurs de complexité, un manque d'accessibilité des règles de droit, qu'elle soit matérielle et/ ou intellectuelle. À titre de comparaison, 5 des 21 interviewés appelaient à une amélioration de l'accessibilité des textes, au moyen, par exemple, de l'utilisation d'outils issus du *legal design*.

Accessibilité matérielle. Pour en revenir à l'enquête quantitative, 5 sondés éprouvent des difficultés dans l'accès à l'information¹⁷⁰⁶ ou aux règles de droit¹⁷⁰⁷. Sur ce point, on peut relever qu'un opérateur économique sondé se réfère encore au « *code des marchés publics* » pourtant abrogé. Pour sa part, une autorité contractante met en exergue les conséquences du manque d'accessibilité matérielle de certains « *documents, outils ou informations propres à expliquer et permettre une appropriation du droit de la commande publique* » par les praticiens. Selon elle, cette situation conduit, en interne, à un véritable « *turn-over dans les équipes* » tout en suscitant un « *sentiment d'insécurité* », tandis qu'en externe, elle freine la concurrence¹⁷⁰⁸.

Accessibilité intellectuelle. Au-delà, les sondés sont nombreux à se plaindre du manque d'accessibilité intellectuelle du droit de la commande publique pour deux types d'acteurs bien identifiés : les collectivités locales d'une part, les petites et moyennes entreprises d'autre part. Les premières sont supposées, selon 2 opérateurs économiques, ne pas maîtriser

¹⁷⁰² 1 AC.

¹⁷⁰³ 1 AC.

¹⁷⁰⁴ 1 AC.

¹⁷⁰⁵ Soit 5,3 % des 433 commentaires.

¹⁷⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

¹⁷⁰⁷ 1 AV.

¹⁷⁰⁸ 1 AC.

« *les procédures et le droit* » de la commande publique¹⁷⁰⁹ ou, à tout le moins, en avoir une « *mauvaise compréhension* »¹⁷¹⁰. Plus nuancées, les autorités contractantes sondées concèdent cependant que « *les diverses règles encadrant la commande publique sont lourdes à maîtriser pour une petite collectivité* »¹⁷¹¹, ainsi que les « *difficultés* » des services internes à « *comprendre les articles du Code* » ou à se les approprier.

Les petites et moyennes entreprises sont également touchées par cette complexité, ainsi que le soulignent plusieurs sondés lorsqu'ils critiquent un « *jargon non compréhensible pour les PME* »¹⁷¹² ou encore un « *vocabulaire complexe pour les non-initiés et des tournures de phases alambiquées* »¹⁷¹³, des procédures¹⁷¹⁴ ou un droit de la commande publique jugé, dans son ensemble, « *illisible* »¹⁷¹⁵, sinon trop « *complexe* » pour ces entreprises¹⁷¹⁶. Pour conclure, une autorité contractante propose un autre élément d'explication :

« [l]'expertise juridique peut être mise à mal par rapport à des concepts très économiques tels que l'offre anormalement basse ou la dépendance économique. »¹⁷¹⁷

3. L'inadaptation des règles à la pratique

Données. On dénombre 33 commentaires, soit 7,6 % d'entre eux, à viser le caractère inadapté des règles à la pratique ou à la réalité opérationnelle. Certains commentaires sont très généraux, tandis que d'autres sont plus ciblés.

Généralités. Deux sondés visent, de manière très générale, le droit de la commande publique dans son ensemble, pour en critiquer le caractère « *inadapté à une application sur le terrain* »¹⁷¹⁸ ou « *trop artisanal, inadapté à certains cadres [...] en un mot, bricolé* »¹⁷¹⁹. Les autres sont plus nuancés lorsqu'ils mentionnent plus spécifiquement des « *textes éloignés de la*

¹⁷⁰⁹ 1 OE.

¹⁷¹⁰ 1 OE.

¹⁷¹¹ 1 AC.

¹⁷¹² 1 OE.

¹⁷¹³ 1 AC.

¹⁷¹⁴ 1 AC.

¹⁷¹⁵ 1 AC.

¹⁷¹⁶ 2 AC.

¹⁷¹⁷ 1 AC.

¹⁷¹⁸ 1 AC.

¹⁷¹⁹ 1 OE.

réalité opérationnelle »¹⁷²⁰, des « *normes souvent peu adaptées* »¹⁷²¹ voire « *incompatibles avec la pratique* »¹⁷²², des « *règles déconnectées* »¹⁷²³, « *trop complexes à mettre en œuvre* »¹⁷²⁴, sinon « *impossibles à appliquer en pratique* »¹⁷²⁵. Dans le même registre, certains sondés mentionnent des « *écarts entre les règles fixées et les réalités du terrain* »¹⁷²⁶, ainsi que des « *évolutions* » difficiles à mettre en œuvre « *sur le plan opérationnel* »¹⁷²⁷. Sur ce point, une autorité contractante estime que « *[l]’adaptation aux réformes du droit de la commande publique n’est pas réalisée dans de bonnes conditions (par exemple pour la Loi Climat et Résilience) ou pas réalisables par manque de moyens* »¹⁷²⁸. Pour sa part, un opérateur économique sondé remarque que :

« Trop souvent, la dimension stratégique est reléguée au second plan au profit d’une gestion essentiellement administrative et juridique des procédures. Cela peut conduire à des procédures inadaptées, à une mauvaise évaluation des besoins ou à des choix de critères peu pertinents. En conséquence, la qualité de la commande publique s’en trouve affaiblie, tant sur le plan économique que technique. »

Précisions. D’autres commentaires visent plus précisément l’inadaptation des règles aux singularités de chaque autorité contractante, compte tenu de la diversité qui les caractérise¹⁷²⁹, qu’il s’agisse de leur « *taille* »¹⁷³⁰ ou de leur « *statut juridique* »¹⁷³¹. À cet égard, une autorité contractante sondée met en lumière que :

*« Le droit de la commande publique repose sur la fiction d’un acheteur capable d’anticiper toutes les éventualités, ce qui ne correspond ni à la réalité opérationnelle ni à la diversité des profils d’acheteurs. Il faut reconnaître à l’acheteur une faculté d’adaptation raisonnable aux imprévus. »*¹⁷³²

¹⁷²⁰ 1 OE.

¹⁷²¹ 1 OE.

¹⁷²² 1 OE.

¹⁷²³ 1 AV.

¹⁷²⁴ 1 AC.

¹⁷²⁵ 1 AC.

¹⁷²⁶ 1 AC.

¹⁷²⁷ 1 AC.

¹⁷²⁸ 1 AC.

¹⁷²⁹ 1 AC.

¹⁷³⁰ 1 AC.

¹⁷³¹ 1 AC.

¹⁷³² 1 AC.

Enfin, ils sont nombreux juger que certaines règles du droit de la commande publique – par exemple la durée de validité des offres¹⁷³³, le principe d’intangibilité des groupements d’opérateurs économiques¹⁷³⁴ ou encore le recours très encadré à la négociation¹⁷³⁵ – sont inadaptées à la réalité économique, aux « *modèles économiques et usages commerciaux sectoriels* »¹⁷³⁶ ou encore aux contraintes propres à des secteurs « *sinistrés* »¹⁷³⁷, sinon très spécifiques, comme la recherche, la santé¹⁷³⁸, l’électricité et le gaz¹⁷³⁹ ou bien les assurances¹⁷⁴⁰. Une autorité contractante nous fournit un dernier exemple précis, celui de la durée maximale des marchés, qu’elle estime « *sans rapport avec les nouveaux modes de commercialisation des opérateurs économiques (mode SaaS) ou la durée réelle de mise en œuvre des projets* »¹⁷⁴¹.

4. La rigidité des règles

Données. Dans le prolongement des propos précédents, 22 commentaires, soit 5 % des 433 totalisés, ciblent comme facteur de complexité, la « *technicité* »¹⁷⁴², la « *rigidité* »¹⁷⁴³, la « *rigueur* » excessive¹⁷⁴⁴, ou encore le « *manque de souplesse* » des règles du droit de la commande publique¹⁷⁴⁵. Parmi eux, certains soulignent que ce facteur de complexité œuvre au détriment de « *la performance* »¹⁷⁴⁶, de « *l’efficience* »¹⁷⁴⁷ ou de l’optimisation de l’achat public¹⁷⁴⁸.

Précisions. Au-delà de ces commentaires généraux, certains sondés se plaignent plus précisément d’un « *manque de souplesse pour certains achats liés à des activités d’intérêt général, comme les achats d’équipements ou de services en lien avec des activités de recherche* »¹⁷⁴⁹, ainsi que pour certaines autorités contractantes à l’image des établissements

¹⁷³³ 1 OE.

¹⁷³⁴ 1 AC.

¹⁷³⁵ 1 AV.

¹⁷³⁶ 1 AC.

¹⁷³⁷ 1 AC.

¹⁷³⁸ 1 AC.

¹⁷³⁹ 1 AC.

¹⁷⁴⁰ 2 AC.

¹⁷⁴¹ 1 AC.

¹⁷⁴² 1 AC.

¹⁷⁴³ 1 AC.

¹⁷⁴⁴ 1 AC.

¹⁷⁴⁵ 4 AC.

¹⁷⁴⁶ 1 AC.

¹⁷⁴⁷ 1 AC.

¹⁷⁴⁸ 1 AC.

¹⁷⁴⁹ 1 AC.

sociaux pour l'habitat¹⁷⁵⁰, des entités adjudicatrices intervenant sur des marchés concurrentiels comme celui de l'électricité¹⁷⁵¹, ou des « *petites communes et territoires sur lesquels la concurrence est moindre* »¹⁷⁵². Enfin, 2 commentaires mentionnent directement des règles dont la rigidité est jugée excessive : celles relatives au montage contractuel (par exemple l'absence de remise en concurrence dans un accord-cadre à bons de commande), le cadre juridique de l'analyse des offres¹⁷⁵³, ou encore les règles relatives aux délais ou au nombre de pièces demandées aux soumissionnaires¹⁷⁵⁴.

Focus n° 1 : Le régime des modifications contractuelles

Une partie des sondés – 12 au total – vise le régime des modifications contractuelles comme un facteur de complexité. À titre comparatif, ils étaient 5 interviewés à estimer que le régime des modifications mériterait certaines clarifications.

Or, au regard des commentaires des sondés, il apparaît que c'est **la rigidité des règles encadrant ce régime qui prête le flanc à la critique**. En effet, ces derniers mettent en lumière « *une adaptabilité limitée [des contrats] aux modifications contextuelles* »¹⁷⁵⁵, ou soulignent, plus clairement encore, « *l'encadrement restrictif* »¹⁷⁵⁶, sinon « *trop strict* »¹⁷⁵⁷ par le droit de la commande publique des modifications contractuelles.

Focus n° 2 : Le régime des accords-cadres

Plusieurs commentaires émanant exclusivement d'autorités contractantes – 9 au total – identifient spontanément **le régime des « techniques d'achats »**¹⁷⁵⁸ ou des « accords-

¹⁷⁵⁰ 1 AC.

¹⁷⁵¹ 1 AC.

¹⁷⁵² 1 AC.

¹⁷⁵³ 1 AC.

¹⁷⁵⁴ 2 AC.

¹⁷⁵⁵ 1 OE.

¹⁷⁵⁶ 1 AC.

¹⁷⁵⁷ 1 AC.

¹⁷⁵⁸ 1 AC.

cadres »¹⁷⁵⁹ comme une source de complexité. Là encore, c'est la rigidité des règles encadrant les accords-cadres qui semble susciter les difficultés les plus importantes. En ce sens, une autorité contractante sondée évoque :

« l'absence de réelle souplesse en matière de dérogation à la durée maximale des accords-cadres, notamment pour la maintenance informatique, d'équipement ou pour des activités externalisées pour lesquelles un business plan pertinent doit être une durée d'au moins 5 ou 6 ans. Dans ce dernier cas, la prime au sortant est source d'une très forte distorsion de concurrence en raison du coût d'entrée sur le marché qui ne permet d'envisager des marges bénéficiaires que sur une relativement longue période (infogérance, gestion complexe d'ateliers courriers/repro/imprimerie, maintenance multi-technique, etc...). »

Dans le même sens, la majorité des critiques portent, comme lors des entretiens, sur **la durée maximale des accords-cadres**¹⁷⁶⁰, étant précisé par une autorité contractante sondée, que le manque de souplesse dans ce domaine est particulièrement complexe en matière d'équipement, de maintenance informatique ou d'activités externalisées¹⁷⁶¹.

D'autres sources de rigidité sont identifiées par les sondés, par exemple dans **le régime de leur modification**¹⁷⁶² ou encore dans **« la nécessité de recourir à des accords-cadres pour avoir des marchés à prix mixtes (forfaitaire et unitaire) »**¹⁷⁶³.

5. Le facteur humain et le manque de formation

Le facteur humain. Le « facteur humain »¹⁷⁶⁴, « la force de l'habitude »¹⁷⁶⁵, « la culture des acheteurs »¹⁷⁶⁶, ou selon, « les biais de chacun »¹⁷⁶⁷, est spontanément envisagé

¹⁷⁵⁹ 1 AC.

¹⁷⁶⁰ 3 AC.

¹⁷⁶¹ 1 AC.

¹⁷⁶² 1 AC.

¹⁷⁶³ 1 AC.

¹⁷⁶⁴ 1 AC.

¹⁷⁶⁵ 1 AC.

¹⁷⁶⁶ 1 AC.

¹⁷⁶⁷ 1 AC.

comme une source de complexité par 15 commentaires, soit 3,4 % du total. À cet égard, un opérateur économique précise son raisonnement :

*« Le facteur humain rend chaque individu [...] plus ou moins sensible aux principes de la commande publique. Le spectre est large : il va de l'individu ignorant certaines dispositions et créant un risque sérieux d'infraction au droit pénal des affaires, à l'individu sachant mais "frileux" ne souhaitant pas s'engager en dehors de règles non équivoques. »*¹⁷⁶⁸

Opérateurs économiques et autorités contractantes. On ne s'étonnera guère que des opérateurs économiques se plaignent des « *multiples façons de faire selon les organismes* »¹⁷⁶⁹, de l'existence de « *règles internes dérogatoires* » aux dispositions du Code de la commande publique¹⁷⁷⁰, sinon d'une « *mauvaise application* » des règles par les autorités contractantes¹⁷⁷¹. Sur ce point, 2 opérateurs économiques sondés se plaignent plus précisément :

« [d]es pratiques des collectivités qui passent par une procédure formalisée pour des marchés dont le montant relève d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence » ou que « *les collectivités locales ne maîtrisant pas les procédures et le droit, mettent en œuvre des procédures illisibles, souvent éloignées du droit et ainsi pas toujours transparentes, ce qui ne favorise pas le renouvellement des opérateurs économiques déjà en place.* »

En revanche, il est plus surprenant de constater que ces dernières dressent le même bilan lorsqu'elles évoquent « *l'hétérogénéité des pratiques* »¹⁷⁷², des « *règles internes propres à chaque donneur d'ordre public* »¹⁷⁷³, des « *différences d'application du droit* »¹⁷⁷⁴ ou diverses « *manières de fonctionner* »¹⁷⁷⁵, voire des interprétations téléologiques des textes suivant une « *logique clientéliste* »¹⁷⁷⁶. Une autorité contractante nuance cependant :

¹⁷⁶⁸ 1 AC.

¹⁷⁶⁹ 1 OE.

¹⁷⁷⁰ 1 OE.

¹⁷⁷¹ 1 OE.

¹⁷⁷² 2 AC.

¹⁷⁷³ 1 AC.

¹⁷⁷⁴ 1 AC.

¹⁷⁷⁵ 1 AC.

¹⁷⁷⁶ 1 AC.

« La pratique des acheteurs influence fortement la complexité ou la simplicité du droit applicable pour les entreprises. Il faut changer de prisme : simplifier la vie des acheteurs pour qu'ils simplifient celle des entreprises. »¹⁷⁷⁷

Le manque de formation. Dans la continuité des propos précédents, 19 commentaires – soit 4,3 % du total – mentionnent, parmi les facteurs de complexité, un manque ou une mauvaise formation des acteurs de la commande publique.

Ces résultats confortent le bilan dressé au stade de la définition positive de la simplification ainsi qu'à l'occasion de l'enquête qualitative. En effet, ils étaient 5 interviewés à réclamer une meilleure formation des acteurs de la commande publique. Sur ce point, les remarques des sondés sont parfois très générales, lorsqu'elles visent *« le manque de formation »¹⁷⁷⁸* ou de *« compétence »¹⁷⁷⁹* des acteurs de la commande publique, voire *« l'absence de connaissance des règles »¹⁷⁸⁰*. En ce sens également, *« la non-professionnalisation des acheteurs ainsi que la non-acculturation des opérateurs économiques à la commande publique »¹⁷⁸¹* et *« l'absence de formation des élus rendant la vie très difficile aux acheteurs »¹⁷⁸²* sont tenues pour responsables de la complexité du droit de la commande publique. Une autorité contractante synthétise ces points de vue :

« Le droit de la commande publique est perçu comme complexe, car il est pratiqué par des personnes qui ne maîtrisent pas suffisamment les règles qu'il s'agisse des agents de catégorie B, des petites collectivités ou des opérateurs économiques. Aussi, il faut mettre en œuvre des mesures de professionnalisation et de formation. »¹⁷⁸³

Au-delà de ces considérations très générales, de nombreux commentaires visent plus spécifiquement la mauvaise formation soit des autorités contractantes, soit des opérateurs économiques.

À cet égard, 2 opérateurs économiques sondés mentionnent, pour l'un *« une mauvaise compréhension du droit de la commande publique par les collectivités publiques »¹⁷⁸⁴* et pour

¹⁷⁷⁷ 1 AC.

¹⁷⁷⁸ 2 AC.

¹⁷⁷⁹ 1 OE.

¹⁷⁸⁰ 1 AC.

¹⁷⁸¹ 1 AC.

¹⁷⁸² 1 AC.

¹⁷⁸³ 1 AC.

¹⁷⁸⁴ 1 OE.

l'autre « *manque de compétence des acheteurs en matière de stratégie d'achat* », étant précisé que s' « *ils maîtrisent généralement le cadre juridique, l'interprétation des règles et leur application opérationnelle nécessitent une expertise spécifique que tous ne possèdent pas* »¹⁷⁸⁵. Une autorité contractante sondée abonde dans le même sens lorsqu'elle pointe « *l'absence de culture juridique des acheteurs* »¹⁷⁸⁶. Une autre enquêtée précise les causes de cette situation en déplorant un manque de moyens et de ressources pour former les agents au droit de la commande publique¹⁷⁸⁷. Enfin, 2 autorités contractantes sondées insistent sur les conséquences de cette situation. En effet, l'une d'elles constate que, faute d'expertise en interne, le suivi des contrats est parfois confié à des prestataires privés¹⁷⁸⁸. Une autre estime que :

« [1] *l'aspect multicartes de l'acheteur : il doit être juriste, acheteur, financier, comptable... soit 4 postes, mais avec le salaire d'un seul. Cet éparpillement nuit à son expertise et engendre des problèmes de recrutement croissants.* »¹⁷⁸⁹

À rebours, plusieurs commentaires tiennent pour responsable de la complexité du droit de la commande publique la mauvaise formation des opérateurs économiques. L'une des autorités contractantes insiste sur « *la nécessité d'expliquer de façon simple aux opérateurs économiques les principales étapes du processus achat* »¹⁷⁹⁰. Abondant dans le même sens, une autre souligne que :

« [1] *a complexité de la commande publique est justifiée par une mauvaise connaissance de ce droit par les opérateurs économiques. Je ne parle pas des grandes entreprises qui peuvent avoir un service juridique en interne, mais des plus petites structures. Pour celles-ci, il faut avant tout développer des outils permettant de mieux comprendre comment fonctionne un marché. Beaucoup sont déclarés irréguliers, car ils ne respectent pas le CCTP, car ils modifient le BPU etc.... Pour répondre à la question, je trouve que le plus grand facteur de complexité est la méconnaissance de ce droit qui pourrait être fortement atténué grâce au legal design, ou plus généralement grâce à des outils permettant de rendre accessible la commande publique.* »

¹⁷⁸⁵ 1 OE.

¹⁷⁸⁶ 1 AC.

¹⁷⁸⁷ 2 AC.

¹⁷⁸⁸ 1 AC.

¹⁷⁸⁹ 1 AC.

¹⁷⁹⁰ 1 AC.

Ce sentiment est même partagé par un opérateur économique, qui rappelle que « *toutes les entreprises ne peuvent pas investir dans un emploi à temps plein pour pouvoir connaître la matière et répondre aux consultations. Et le nombre conséquent de juristes en collectivités prouve que rien n'est facile* ».

6. La définition du besoin et le sourcing

Données. Au total, 8 commentaires mentionnent la définition du besoin et 2 le *sourcing* parmi les facteurs de complexité. Ces résultats s'inscrivent dans la continuité des interviews au cours desquelles 3 avocats promouvaient le *sourcing* pour une meilleure définition du besoin. Ces deux aspects étant intrinsèquement liés, il semble pertinent de les analyser conjointement.

Définition du besoin. Identifiée par 3 interviewés¹⁷⁹¹, la mauvaise définition du besoin est également mentionnée par quelques rares sondés¹⁷⁹² comme un facteur de complexité. Si un opérateur économique accuse une « *mauvaise définition du besoin* » par les autorités contractantes¹⁷⁹³, ces dernières concèdent également un « *manque de clarté* »¹⁷⁹⁴, une « *mauvaise évaluation financière* » du besoin¹⁷⁹⁵. Plusieurs d'entre elles tentent d'expliquer ce problème en l'imputant soit à la « *nécessité d'anticiper des besoins en permanence, même ceux-ci qui ne sont pas encore nés* », soit à la « *difficulté à choisir le bon outil qui lui correspond* ».

Sourcing. On peut associer ces commentaires avec le constat, opéré par 2 autorités contractantes sondées, s'agissant du « *manque de sourcing* »¹⁷⁹⁶ ou de l'encadrement jugé excessif de cette technique, privant « *les acheteurs des bénéfices d'une relation avec les fournisseurs qui dépasse le cadre des contrats ou marchés conclus* »¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹¹ 2 OE et 1 AV.

¹⁷⁹² 8 au total.

¹⁷⁹³ 1 OE.

¹⁷⁹⁴ 1 AC.

¹⁷⁹⁵ 1 AC.

¹⁷⁹⁶ 1 AC.

¹⁷⁹⁷ 1 AC.

7. L'analyse des candidatures et des offres

Données. L'analyse des offres et le choix du cocontractant, ou selon les termes d'un enquêté, « *les règles régissant les relations entre autorités contractantes et candidats* »¹⁷⁹⁸, qui n'avaient pas été explicitement mentionnés lors des interviews, constituent pourtant une source de complexité spontanément identifiée par 22 sondés dans leurs commentaires (soit 5 %).

Choix du cocontractant. Plusieurs sondés évoquent de manière très générale les difficultés rencontrées dans « *le choix de l'opérateur économique* »¹⁷⁹⁹. Sur ce point, un avocat sondé se montre plus précis lorsqu'il mentionne l'existence de « *strates de la procédure de sélection des candidats et des offres (plusieurs décisions à prendre)* ». D'autres visent plus précisément les « *cas* »¹⁸⁰⁰, les « *régimes* »¹⁸⁰¹, ou les « *motifs d'exclusion* »¹⁸⁰² dont la « *vérification* » est jugée « *incompréhensible* » par une autorité contractante sondée, en particulier, en ce qui concerne les motifs facultatifs (« *à l'appréciation de l'acheteur* »¹⁸⁰³).

Analyse des offres. En ce qui concerne l'analyse des offres, un avocat sondé mentionne « *les règles relatives à l'analyse des offres que ce soit en marchés comme en concessions* », sans préciser s'il les juge imprécises ou trop rigides.

En revanche, les autorités contractantes sondées qui évoquent l'analyse des offres mettent en avant plusieurs difficultés spécifiques, à commencer par le « *manque de souplesse* » ou l'étroite « *marge de manœuvre* » dont elles disposent en matière de régularisation des offres et de respect de l'égalité de traitement¹⁸⁰⁴. Une autre difficulté rencontrée par les autorités contractantes concerne l'analyse des variantes exigées¹⁸⁰⁵ et des prestations supplémentaires éventuelles¹⁸⁰⁶.

Par ailleurs, 2 commentaires mentionnent la qualification des offres anormalement basses, dont le régime est « *clair dans les textes, mais très difficilement applicable jusqu'au bout* »¹⁸⁰⁷, tandis qu'un autre évoque « *la notion de substantialité* » qui, tout en étant centrale

¹⁷⁹⁸ 1 AC.

¹⁷⁹⁹ 1 AV.

¹⁸⁰⁰ 1 AC.

¹⁸⁰¹ 1 AC.

¹⁸⁰² 1 OE.

¹⁸⁰³ 1 AC.

¹⁸⁰⁴ 4 AC.

¹⁸⁰⁵ 2 AC.

¹⁸⁰⁶ 2 AC.

¹⁸⁰⁷ 1 AC.

dans la qualification des offres irrégulières, est « *complexe à définir selon les situations* ». Enfin, 3 commentaires mentionnent l'intervention obligatoire de la commission d'appel d'offres pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales au-dessus du seuil de 221 000 euros¹⁸⁰⁸.

Critères d'attribution. Plus indirectement, un petit nombre des commentaires concerne les critères d'attribution ou de notation¹⁸⁰⁹, jugés « *peu pertinents* », voire « *illisibles* », par 2 opérateurs économiques tandis qu'un autre se plaint de l'« *absence de transparence concernant les méthodes de notation* ». Pour leur part, les autorités contractantes se plaignent des « *exigences* » liées à ces critères sans autre précision¹⁸¹⁰, de leur caractère « *difficilement compréhensible pour les services opérationnels* »¹⁸¹¹, ou encore du « *principe d'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse qui impose, de fait, le critère prix comme étant le plus sécurisant au détriment de l'intérêt général* »¹⁸¹².

8. Le suivi et l'exécution financière des contrats

Données. Le suivi et l'exécution financière des contrats de la commande publique constituent un facteur de complexité pour 8 sondés, tandis que 5 interviewés réclamaient une simplification de ce régime. À cet égard, un opérateur économique sondé souligne le caractère, selon lui déséquilibré, du droit de la commande publique :

« La majorité des mesures concernent la passation et les acheteurs tandis que l'exécution des marchés publics est trop peu décrite. La commande publique ne se place que très peu du côté des opérateurs économiques pour la passation et encore moins pour l'exécution. »

Exécution financière. Dans leurs commentaires, les sondés toutes catégories confondues identifient plusieurs difficultés, à commencer par l'exécution financière des contrats de la commande publique. Pour un opérateur économique sondé, la complexité réside aussi bien dans les « *modalités de paiement (versement des acomptes, avances et délais de paiement)* » que dans la « *comptabilité publique (par exemple le paiement direct du sous-*

¹⁸⁰⁸ 3 AC.

¹⁸⁰⁹ 4 AC et 2 OE.

¹⁸¹⁰ 1 AC.

¹⁸¹¹ 1 AC.

¹⁸¹² 1 AC.

traitant au-delà de 600 TTC, ce qui ne fait pas obstacle aux retards de paiement conséquents) »¹⁸¹³. Une autorité contractante sondée abonde dans ce sens lorsqu'elle constate « la distance très grande entre la comptabilité publique et privée. Par exemple, on ne peut pas verser des acomptes en début de marché, mais uniquement des avances »¹⁸¹⁴. Une autre autorité contractante sondée évoque, quant à elle, les « différents taux à appliquer selon la taille de la collectivité (par exemple la retenue de garantie ou les avances) »¹⁸¹⁵, tandis qu'une autre éprouve des difficultés dans le « calcul et le traitement comptable des avances, des pénalités, des révisions... »¹⁸¹⁶.

Suivi de l'exécution des contrats. Enfin 2 autorités contractantes ne manquent pas de souligner le caractère « exigeant, rigoureux »¹⁸¹⁷, sinon « chronophage »¹⁸¹⁸ du suivi de l'exécution des contrats de la commande publique, imputable à la promotion de l'achat stratégique à travers la mutualisation des achats responsables ou tenant à l'obligation de suivi des attestations URSSAF tous les 6 mois, ainsi que du bilan d'émission de gaz à effet de serre.

Si la première partie de l'enquête quantitative était consacrée à l'identification positive et négative de la simplification du droit de la commande publique, la seconde invitait les praticiens à dresser un bilan des mesures déjà adoptées, à dessein, par le pouvoir réglementaire et le législateur.

¹⁸¹³ 1 OE.

¹⁸¹⁴ 1 AC.

¹⁸¹⁵ 1 AC.

¹⁸¹⁶ 1 AC.

¹⁸¹⁷ 1 AC.

¹⁸¹⁸ 1 AC.

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'essentiel à retenir

La majorité des sondés reconnaît, spontanément ou en réponse à des questions évoquant des mesures précises de simplification, que la simplification du droit de la commande publique est **en cours ces dernières années**. Il convient ainsi de **relativiser la perception négative** de cette simplification ou son absence au sein du droit positif.

Les **deux mesures de simplification les plus consensuelles** au sein des sondés sont le **rehaussement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux ainsi que la codification du droit de la commande publique**. Les effets simplificateurs de ces mesures peuvent toutefois être légèrement nuancés par d'autres réponses au sondage. S'agissant de la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux, la majorité des sondés affirme n'y recourir que rarement (soit dans moins de 24,99 % des marchés de travaux de moins de 100 000 euros) ou jamais. En ce qui concerne la codification, l'effet simplificateur de la structure du Code de la commande publique est reconnu par moins de sondés que l'adoption du Code.

D'autres mesures dites de simplification recueillent l'avis favorable de sondés, mais dans une plus faible proportion, comme le **nouveau régime de modification contractuelle résultant des directives européennes** ou les **mesures issues du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024** (possibilité de changement de la composition d'un groupement ou de constitution d'un groupement en cours de passation dans le cadre de la procédure avec négociation ou du dialogue compétitif, suppression de la borne de fin de remboursement des avances, et abaissement de la retenue de garantie de 5 % à 3 % pour les PME et TPE).

Modalités de l'enquête. Dans le cadre du sondage en ligne, les participants devaient, dans un premier temps, indiquer spontanément les évolutions récentes en droit de la commande publique qu'ils estiment simplificatrices, c'est-à-dire sans qu'il leur soit proposé des exemples de mesures présentées comme simplificatrices (§I.). Afin d'éviter toute falsification des résultats, le questionnaire a pris soin d'afficher sur une page préliminaire indépendante la question ouverte sur le partage spontané des évolutions simplificatrices par les sondés. Cette précaution technique¹⁸¹⁹ entend réduire les risques de biais dans les résultats pouvant provenir d'une quelconque influence des questions suivantes. Elle était nécessaire au regard de la deuxième phase de l'enquête. Effectivement, dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir parmi une sélection de mesures récentes¹⁸²⁰, celles qui, selon eux, participent à la simplification du droit de la commande publique (§II.)¹⁸²¹. Partant, un panorama plus précis de l'appréhension de la simplification par les praticiens se dessine.

§I. Les évolutions simplificatrices récentes spontanément relevées par les sondés

Constat. Si une part significative des 334 répondants¹⁸²², interrogés de manière générale via une question ouverte et non guidés par des propositions de mesures spécifiques, considèrent qu'aucune mesure récente n'emporte de simplification du droit de la commande publique (A.), une forte majorité de sondés reconnaît spontanément que des évolutions ont participé à simplifier la matière (B.). Tel est le cas, notamment, de la dématérialisation, de la codification et du rehaussement des seuils.

¹⁸¹⁹ À noter : aucun retour en arrière n'était autorisé lors de l'enquête afin de, là encore, préserver l'authenticité des résultats.

¹⁸²⁰ L'équipe de recherche de la Chaire et la direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie et des Finances ont privilégié, dans cette sélection, les principales mesures réglementaires et législatives présentées explicitement comme simplificatrices soit par les autorités, soit par la doctrine, depuis l'adoption des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE.

¹⁸²¹ Une question supplémentaire était prévue pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques permettant d'évaluer la proportion de marchés publics de travaux conclus par eux sans de gré à gré, en dessous du seuil de 100 000 euros. Les données récoltées permettent de vérifier l'opportunité de la pérennisation du seuil de 100 000 euros dans les marchés publics de travaux sans publicité et mise en concurrence.

¹⁸²² 271 AC, 43 OE et 20 AV.

A. L'absence de simplification récente relevée par plusieurs sondés

Absence de simplification. À l'instar des interviewés¹⁸²³, qui étaient plus de 23 % à exprimer leur scepticisme, nombreux sont les sondés (71 sur 334, soit 21,26 %)¹⁸²⁴ à porter un regard négatif sur les mesures récentes dites de simplification du droit de la commande publique. Au contraire, pour l'un des avocats sondés, « *toutes les nouvelles dispositions vont dans le sens d'une complexité croissante par un empilement normatif difficile à maîtriser* ». Un opérateur économique confirme cette observation. Dans sa réponse, il dépeint un manque d'efforts pour réduire le principal problème que représente la lourdeur administrative. Pour lui, les réformes récentes « *ne servent qu'à créer un cadre instable sur des mesures très dispensables* ». Il en va de même pour 5 autorités contractantes qui abondent en ce sens. Elles estiment que les mesures récentes deviennent « *de plus en plus complexes, car le législateur n'écoute pas le terrain* » et, par conséquent, qu'elles « *ne concernent pas la réalité du terrain et ne sont pas généralisantes* »¹⁸²⁵. Les propos de 2 opérateurs économiques illustrent ce décalage. En effet, le premier regrette que les mesures récentes ne résolvent pas des difficultés pratiques relatives à l'imprécision des critères RSE et à la volonté politique d'une préférence aux entreprises à capital français. Le deuxième, quant à lui, critique l'absence de connexion de la plateforme PLACE aux supports de diffusion et les risques de délaissement des entreprises locales au profit de grands groupes nationaux, plus aguerris à de tels outils. Une commune, quant à elle, considère que les obligations environnementales ont « *considérablement complexifié le droit de la commande publique* »¹⁸²⁶. Finalement, pour une administration centrale de l'État, les évolutions récentes ne sont que des « *mesures de management, des mesures informatives* »¹⁸²⁷, non pas de véritables refontes simplificatrices de la commande publique. Le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux et le décret n° 2024-1251 ne porteraient ainsi que sur « *des détails* », « *déplaçant le curseur financier* », à lire 2 autres autorités contractantes.

¹⁸²³ Le même parallèle peut être dressé s'agissant de certains sondés indiquant spontanément leur perception négative de la simplification du droit de la commande publique dans le cadre de la première question du sondage relative à la définition du droit de la commande publique : cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., A., 1.

¹⁸²⁴ 58 AC sur 271, 9 OE sur 43 et 4 AV sur 20.

¹⁸²⁵ 1 AC.

¹⁸²⁶ 1 AC.

¹⁸²⁷ 1 AC.

Par ailleurs, pour 4 autorités contractantes, la simplification est inobservable du côté des acheteurs et des autorités concédantes : la faveur est aux entreprises. L'une d'elles égraine plusieurs exemples, parmi lesquels :

*« la régularisation des offres, le droit à l'erreur, la possibilité de retenir les offres mêmes si les entreprises sont en redressement judiciaire, l'obligation pour l'acheteur de vérifier la régularité fiscale et le respect des obligations sociales tout au long de la durée de l'exécution du marché, ainsi que la mise en œuvre des clauses d'exécution des contrats (comme l'utilisation des matériaux issus du recyclage), sans compter la publication des données essentielles en sus des avis d'attribution et la déclaration des achats durables. »*¹⁸²⁸

Cette impression de faveur pour les opérateurs économiques ne semble, pour autant, pas majoritairement partagée par les répondants, en particulier au regard du nombre de réponses d'autorités contractantes reconnaissant, spontanément, des évolutions simplificatrices récentes.

B. La reconnaissance majoritaire d'un mouvement de simplification

Reconnaissance de simplification. Majoritairement, 254 participants sur 334 (soit 76,05 %) ¹⁸²⁹ constatent des évolutions favorables à une simplification de la commande publique ces dernières années.

Tout d'abord, cette donnée permet de démystifier le caractère illusoire de la simplification du droit de la commande publique – qui pouvait d'ailleurs ressortir de l'enquête qualitative¹⁸³⁰ – puisque, d'eux-mêmes, les répondants partagent, à une forte proportion, des phénomènes ou des mesures qu'ils considèrent simplificateurs. Il importe de souligner que ces réponses sont spontanées, en ce qu'elles font suite à une question ouverte sur les évolutions récentes simplificatrices, sans aucune proposition de mesure spécifique. Parmi ces mesures spontanément identifiées comme simplificatrices figurent le rehaussement des seuils pour les marchés publics conclus sans publicité ni mise en concurrence (136 sondés sur 334, soit

¹⁸²⁸ 1 AC.

¹⁸²⁹ 205 AC sur 271, 33 OE sur 43 et 16 AV sur 20. Un total de 9 sondés a expressément indiqué n'avoir aucune opinion sur ce sujet, certains d'entre eux expliquant ceci par une prise récente de poste.

¹⁸³⁰ À cette occasion, les interviewés étaient peu nombreux à avoir une perception positive des mesures récentes de simplification.

40,72 %) ¹⁸³¹, l'évolution de certaines règles des procédures de passation vers davantage de souplesse (57 sur 334, soit 17,07 %) ¹⁸³², la dématérialisation de la commande publique (44 sur 334, soit 13,17 %) ¹⁸³³, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 (30 sur 334, soit 8,98 %) ¹⁸³⁴, et la codification opérée par le Code de la commande publique (27 sur 334, soit 8,08 %) ¹⁸³⁵.

Le tableau ci-après détaille les réponses des répondants dans leur identification spontanée d'évolutions récentes simplifiant le droit de la commande publique (**Figure 3.49**). Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade. L'analyse des réponses spontanées sur les mesures récentes considérées comme simplificatrices par les sondés nécessitait un regroupement par mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie dans ce tableau.

Figure 3.49 : Réponses spontanées des sondés sur les évolutions récentes du droit de la commande publique perçues comme simplificatrices

	AV	AC	OE	Total
<i>Nombre de réponses exploitables</i> ¹⁸³⁶	20	271	43	334
Code de la commande publique	3	18	6	27
Harmonisation du droit de la commande publique	2	0	0	2
Adoption des nouveaux CCAG	1	6	2	9
Rehaussement des seuils	6	120	10	136
Adaptation/assouplissement des procédures de passation	4	53	0	57
Obligation d'allotir	0	0	1	1
Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024	2	18	10	30
Dématérialisation, numérique et IA	6	30	8	44
Réduction du formalisme	1	18	2	21
Standardisation des documents (DUME, FNS, etc.)	2	8	5	15
Jurisprudence (imprévision, règle des 3 devis, etc.)	0	4	1	5
Environnementalisation	1	1	0	2
Révision des prix	0	2	0	2
Régime des avances	0	4	0	3
Aucune	4	58	9	71
<i>Sans opinion</i>	0	8	1	9

¹⁸³¹ 120 AC sur 271, 10 OE sur 43 et 6 AV sur 20.

¹⁸³² 53 AC sur 271 et 4 AV sur 20.

¹⁸³³ 30 AC sur 271, 8 OE sur 43 et 6 AV sur 20. Ce résultat conforte ceux d'un précédent rapport de la Chaire. Voir : F. Lichère (dir.), *La digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-digitalisation-de-la-commande-publique>.

¹⁸³⁴ 20 AC sur 271, 10 OE sur 43 et 2 AV sur 20.

¹⁸³⁵ 18 AC sur 271, 6 OE sur 43 et 3 AV sur 20.

¹⁸³⁶ Certaines réponses ne peuvent être exploitées en raison de la déconnexion entre les propos partagés et la question posée, par exemple en évoquant des attentes ou des propositions prospectives ou en ne ciblant pas des mesures récentes (antérieures aux directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE). Pour éviter tout biais dans l'analyse des résultats, le choix a été fait de les exclure du panel des réponses à la question : « *Quelle(s) évolution(s) récente(s) du droit de la commande publique jugez-vous simplificatrice(s) ? Pourquoi ?* ».

Ensuite, en décomposant les résultats en fonction de la qualité du répondant (avocat, autorité contractante ou opérateur économique), la subjectivité qui pourrait imprégner la notion de simplification s'estompe quelque peu, sans pour autant être totalement objective. La substance de la simplification semble avoir un socle commun aux trois catégories de sondés, à quelques rares exceptions près (notamment concernant l'adaptation des procédures de passation¹⁸³⁷). Les principales catégories d'évolutions récentes coïncident, mise à part l'adaptation des procédures, auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Dès lors, la croyance d'une simplification en faveur exclusivement des entreprises tombe face à ces données.

Au-delà de l'identification d'évolutions récentes ayant eu des effets positifs sur la simplification du droit de la commande publique, plusieurs sondés ont précisé les raisons qui, selon eux, expliquent que les mesures qu'ils ont mentionnées s'inscrivent dans une démarche simplificatrice du droit.

Code de la commande publique. Pour 27 sondés¹⁸³⁸, l'adoption du Code de la commande publique est une mesure de simplification, tandis qu'ils étaient 5 interviewés à avoir une perception positive de la codification et 9 à exprimer une opinion plus nuancée.

Pour en revenir à l'enquête quantitative, 2 avocats sondés insistent sur les atouts de cette codification : sa clarté, sa structure, et le fait qu'elle ait été effectuée à droit constant. Le Code de la commande publique améliore la lisibilité des règles, notamment en réunissant dans un seul corpus de règles des textes auparavant éparpillés (à l'image de la *loi MOP* ou du régime des concessions, soulignent 7 autorités contractantes). Il apporte, dans la continuité des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, des précisions bienvenues, selon un opérateur économique, au regard des attentes, à l'époque, des praticiens. Tel est le cas, en particulier, de la clarification du régime des modifications en cours d'exécution des contrats de la commande publique, de la mutualisation des besoins à travers des groupements de commandes, de l'encadrement juridique du sourçage et de la procédure avec négociation.

CCAG. Dans la continuité de l'adoption du Code de la commande publique, un avocat, 6 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques associent l'adoption des nouveaux CCAG en 2021 à une mesure de simplification du droit de la commande publique. L'un des opérateurs

¹⁸³⁷ Cette différence se comprend aisément par le fait que sont, ici, en cause des mesures qui concernent directement les autorités contractantes, peu les opérateurs économiques.

¹⁸³⁸ 18 AC sur 271, 6 OE sur 43 et 3 AV sur 20.

économiques, suivi par une autorité contractante, constate que la création d'un CCAG dédié aux marchés publics de maîtrise d'œuvre témoigne d'une adaptation des documents contractuels aux spécificités des prestations d'un maître d'œuvre, même si « *le CCAG-MOE fait l'objet de nombreuses dérogations dans les CCAP* ».

Harmonisation. L'adoption, ces dernières années, de certaines mesures réglementaires ou législatives d'alignement du régime des délégations de service public au régime des concessions de services participe à la simplification du droit de la commande publique. Tel est le cas, pour un avocat sondé, de la modification en 2024 de l'arrêté de 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos¹⁸³⁹ permettant d'éviter la conclusion d'un bail emphytéotique administratif dans le cadre d'une délégation de service public et de la modification des dispositions relatives aux délégations de service public du Code général des collectivités territoriales. Ainsi, la simplification semble, à en croire les exemples fournis par les sondés, portée par l'effort de clarification et d'harmonisation des régimes des différents contrats de la commande publique.

Dans le même sens, un avocat relève l'harmonisation partielle des régimes des marchés publics et des contrats de concessions. Aucun élément n'est, en revanche, apporté par le répondant pour étayer son propos.

Rehaussement des seuils. Pour 136 sondés¹⁸⁴⁰, le rehaussement des seuils d'exception de mise en concurrence (dont celui à 100 000 euros pour les marchés de travaux¹⁸⁴¹ et celui à 300 000 euros pour les marchés innovant dans la défense et la sécurité¹⁸⁴²) est gage de simplification au quotidien pour les acheteurs¹⁸⁴³. Ces résultats confortent ceux de l'enquête qualitative puisque 11 interviewés avaient estimé que le rehaussement des seuils avait un effet potentiellement simplificateur. Même si, selon l'un des avocats sondés ayant répondu à la question, ce n'est pas nécessairement une solution adéquate au regard des principes fondamentaux de la commande publique, ceci atteste d'une volonté de prendre en considération la réalité des acheteurs. En effet, comme l'observe un opérateur économique, « *les différents*

¹⁸³⁹ Arrêté du 24 octobre 2024 modifiant l'arrêté du 14 mai 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, *JORF*, n° 0258 du 30 octobre 2024, texte n° 15.

¹⁸⁴⁰ 120 AC, 10 OE et 6 AV.

¹⁸⁴¹ Régime dérogatoire prolongé jusqu'au 31 décembre 2025 par le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux (*JORF*, n° 0308 du 29 décembre 2024, texte n° 26).

¹⁸⁴² Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, *JORF*, n° 0309 du 31 décembre 2024, texte n° 67.

¹⁸⁴³ Le seuil pour les achats innovants est également évoqué par certains sondés.

*relèvements des seuils de publicité sont particulièrement pratiques au niveau opérationnel pour des marchés répondant à des petits besoins »*¹⁸⁴⁴. Les collectivités territoriales avec de faibles moyens sont d'ailleurs les premières concernées, car, suivant l'expérience d'un autre opérateur économique, nombreuses sont celles à ne pas être en capacité technique de traiter l'émission d'un dossier de consultation, la passation et le suivi d'un marché. Enfin, un dernier opérateur économique applaudit cette évolution :

*« [elle] réduit le formalisme, optimise le temps et les ressources des acheteurs publics, facilite l'accès des TPE et des PME à la commande publique augmentant les opportunités de réponses rapides à l'échelle locale »*¹⁸⁴⁵.

De leur côté, les autorités contractantes approuvent *« l'adaptation au terrain et à la flexibilité attendue par le monde économique »* d'une telle mesure¹⁸⁴⁶. Elle offre *« une meilleure réactivité en cas de travaux d'ampleur modeste »*, selon l'une d'elles¹⁸⁴⁷. Confirmant cet avis, une autre défend le montant de 100 000 euros qui lui *« paraît justifié compte tenu du fait que la plupart du temps ce sont des marchés sans grande complexité technique et permettant aux acheteurs de privilégier, pour ces marchés, des opérateurs locaux dont les tarifs sont connus »*¹⁸⁴⁸. Toutefois, une autorité contractante regrette que *« les collectivités soient frileuses et refusent d'utiliser la souplesse qu'apporte le rehaussement du seuil pour les marchés de travaux »*¹⁸⁴⁹. À cela, une collectivité territoriale répond qu'il ne s'agit que d'une faculté pour les structures publiques d'y recourir lorsqu'elles estiment cela intéressant. D'ailleurs, une autre collectivité insiste sur la nécessité de renforcer le contrôle interne lors de la conclusion de tels contrats :

« Le risque de délit de favoritisme augmente proportionnellement avec le montant du seuil. Il y a plus de risque à 100 000 euros qu'à 40 000 euros. Les parlementaires ont souhaité libérer le temps de la passation tandis que le juge pénal et la chambre régionale des comptes augmentent leurs contrôles sur

¹⁸⁴⁴ 1 OE.

¹⁸⁴⁵ Un autre opérateur économique estime que le rehaussement des seuils est bénéfique pour les acheteurs en termes de temps et de ressources, car *« la mise en concurrence coûte parfois plus cher que l'achat lui-même »*.

¹⁸⁴⁶ 1 AC.

¹⁸⁴⁷ Une autre collectivité territoriale reconnaît la vertu simplificatrice de ce dispositif en particulier en cas de besoins urgents de travaux à la suite d'un sinistre.

¹⁸⁴⁸ 1 AC.

¹⁸⁴⁹ Ce propos est quelque peu corroboré par les données statistiques résultant de la question à choix multiple. Voir : *infra*.

*ces procédures. Il faut donc créer des règles internes plus contraignantes que le texte initial par crainte des poursuites judiciaires. »*¹⁸⁵⁰

Quoiqu'il en soit, la moitié des autorités contractantes ayant répondu reconnaît spontanément le gain de temps résultant de ce rehaussement des seuils.

Adaptation des procédures. Par ailleurs, l'un des avocats sondés reconnaît les vertus de la pratique des trois devis. Pour un de ses confrères, le régime des « *petits lots* » a également eu un effet simplificateur en permettant « *d'avantage de souplesse sans remettre en cause les principes fondamentaux* » de la commande publique¹⁸⁵¹. Un troisième avocat, quant à lui, estime l'absence de publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics innovants comme un vecteur de simplification. Il en va de même, pour un autre avocat sondé, de la prolongation de l'expérimentation des achats innovants.

L'adaptation des procédures de passation est également évoquée par 53 autorités contractantes (sur 271). Sont notamment mentionnées, sans que cette liste ne soit exhaustive¹⁸⁵², par les répondants :

- **L'inversion des phases de candidatures et d'offres qui permet de ne vérifier la candidature que de l'offre retenue** : pour 12 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le régime dérogatoire des marchés innovants qui permet d'envisager la contractualisation de solution à coconstruire entre l'entreprise innovante et l'acheteur** : pour 8 autorités contractantes sur 53 ;
- **La régularisation des offres** : pour 5 autorités contractantes sur 53 ;
- **L'absence de signature à la remise de l'offre de l'acte d'engagement réduisant les risques d'un formalisme rigide, en cas d'absence du document puisqu'elle ne constitue plus une irrégularité de l'offre** : pour 5 autorités contractantes sur 53 ;
- **La possibilité de négocier, dans certains cas, pour une meilleure adéquation des offres au besoin de l'acheteur et une meilleure gestion des deniers publics** : pour 5 autorités contractantes sur 53 ;

¹⁸⁵⁰ 1 AC.

¹⁸⁵¹ 1 AV.

¹⁸⁵² Certains sondés (6 AC sur 53) ont indiqué, sans précision, la *Loi ASAP*. Par ailleurs, une réponse ne peut être partagée pour respecter l'anonymat. Elle peut être brièvement présentée comme étant l'introduction d'un régime d'exclusion pour certains marchés dans des secteurs stratégiques sensibles. Enfin, sans précision, la *Loi Sapin 2* est considérée comme une mesure de simplification pour une dernière autorité contractante.

- **Les allègements liés au rôle et aux compétences de la commission d'appels d'offres** : pour 4 autorités contractantes sur 53 ;
- **La simplification des accords-cadres** : pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le sourcing pour préciser les besoins de l'acheteur** : pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le recours à des marchés globaux** : pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **La suppression de l'obligation d'allotissement pour les entités adjudicatrices en cas de risque de procédure infructueuse** : pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **La possibilité pour les entités adjudicatrices d'autoriser les opérateurs économiques à remettre des offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus, en cas d'allotissement** : pour une autorité contractante sur 53.

Obligation d'allotissement. Un opérateur économique sondé accueille favorablement le principe de l'allotissement obligatoire. Il la juge comme « *une évolution récente véritablement simplificatrice, car elle favorise l'accès des TPE et PME à la commande publique en leur permettant de répondre à des marchés adaptés à leur taille et à leurs capacités* », et « *elle simplifie leur entrée sur des segments auparavant dominés par de grands groupes* »¹⁸⁵³. La division en lots accroît la concurrence et renforce la transparence, selon lui : « *ce mécanisme contribue ainsi à une meilleure répartition des marchés et à une économie plus inclusive* ». À rebours, 3 interviewés¹⁸⁵⁴ appelaient de leurs vœux un inversement du principe de l'allotissement et des marchés globaux.

Décret du 30 décembre 2024. Le décret du 30 décembre 2024¹⁸⁵⁵ atteint, selon 30 sondés¹⁸⁵⁶, sa finalité de simplification du droit de la commande publique au regard de la possibilité de modifier la composition des groupements en cours de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif. Contrairement à la majorité des interviewés qui avaient exprimé un avis négatif¹⁸⁵⁷ sur la souplesse accordée dans la composition des candidatures des groupements, les sondés accueillent favorablement la souplesse accordée par le décret du

¹⁸⁵³ 1 OE.

¹⁸⁵⁴ 1 AC et 2 AV.

¹⁸⁵⁵ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, *JORF*, n° 0309 du 31 décembre 2024, texte n° 67.

¹⁸⁵⁶ 18 AC, 10 OE et 2 AV.

¹⁸⁵⁷ 3 AC, 3 OE et 2 AV.

30 novembre 2024. Comme en témoigne un opérateur économique sondé, le régime antérieur n'était pas adapté à la réalité économique en raison de l'augmentation des marchés globaux, des délais des procédures avec négociation, mais surtout du fait de l'inadéquation avec les injonctions économiques du marché que sont la disparition d'entreprises ou leur fragilisation, le changement de stratégie commerciale ou le développement de nouveaux produits en cours de procédure. En outre, un répondant partage que « *les accords préliminaires visant à constituer un groupement pour une candidature étaient généralement insatisfaisants du fait de l'information très limitée disponible avant l'émission d'un DCE* »¹⁸⁵⁸. Ceci était d'autant plus préjudiciable pour les projets publics que, comme l'indique un autre opérateur économique, les besoins de l'acheteur peuvent évoluer au fur et à mesure de la procédure en dialogue compétitif : « *le groupement doit alors pouvoir s'adapter lui aussi* »¹⁸⁵⁹, ce qui est désormais le cas. Dès lors, l'effet simplificateur de cette disposition s'explique, à suivre un troisième opérateur économique, par « *la souplesse accordée afin d'adapter les offres en pluridisciplinarité et encourage des consortiums innovants* »¹⁸⁶⁰.

Par ailleurs, certains sondés¹⁸⁶¹ relèvent comme mesure simplificatrice de ce décret : l'assouplissement des règles d'exécution financière avec la réduction du montant de la garantie pour les marchés conclus avec les TPE et les PME. Ceci « *améliore la trésorerie desdites entreprises* »¹⁸⁶², confie un des opérateurs économiques. L'augmentation de la part minimale réservée aux TPE et PME dans les marchés globaux à 20 % est également évoquée par celui-ci, ainsi que par une autorité contractante.

Dématérialisation. Pour 44 sondés¹⁸⁶³, la dématérialisation participe à la simplification du droit de la commande publique¹⁸⁶⁴. Comme l'expliquent un avocat et 4 autorités contractantes, les effets positifs de la dématérialisation se rencontrent dans la réduction

¹⁸⁵⁸ 1 OE.

¹⁸⁵⁹ 1 OE.

¹⁸⁶⁰ 1 OE.

¹⁸⁶¹ 4 AC, 2 OE et 1 AV.

¹⁸⁶² 1 OE.

¹⁸⁶³ 30 AC, 8 OE et 6 AV. Plus spécifiquement, 2 opérateurs économiques mentionnent l'intelligence artificielle, le numérique et la plateforme PLACE pour les contrats de l'État.

¹⁸⁶⁴ Un avocat sondé admet toutefois que la dématérialisation des procédures s'est faite, pendant la phase de transition et d'adaptation, au prix d'une complexification des pratiques pour les acheteurs. Un opérateur économique confirme et ajoute que les solutions numériques pour les achats engendrent parfois des lenteurs et des redondances inutiles en raison de process inaboutis.

significative des délais et des coûts des échanges entre les opérateurs économiques et les acheteurs¹⁸⁶⁵. À ce titre, un opérateur économique reconnaît que la dématérialisation :

*« permet non seulement un accès élargi à la commande publique, mais aussi, dans sa mise en œuvre, elle évite de nombreuses impressions papier, et offre la possibilité de travailler sur des offres jusqu'au dernier moment pour y apporter d'éventuelles modifications ou apports avant le délai de remise des offres. »*¹⁸⁶⁶

Ces résultats nuancent les constats dressés sur les facteurs de complexité lorsqu'ils n'infirmement pas ceux de l'enquête qualitative à l'occasion de laquelle 3 interviewés avaient jugé la dématérialisation, ou certaines mesures de dématérialisation, peu simplificatrices, voire inopérantes.

Réduction du formalisme. En outre, pour un avocat, l'encadrement des modalités de constitution des dossiers de candidature est simplificateur. Pour autant, aucun élément n'est apporté par le répondant afin d'explicitier son propos. La réduction du formalisme est également soulignée par 18 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, notamment avec le guichet unique du « *dites-le-nous une fois* ». Pour une des autorités contractantes, ceci favorise l'accès des TPE et PME à la commande publique. Une autre autorité contractante relève essentiellement la levée de l'obligation de vérification du casier judiciaire qui allège la pratique¹⁸⁶⁷.

Standardisation des documents. Pour 15 sondés¹⁸⁶⁸, l'institution du document unique de marché européen (DUME) et du formulaire national standard (FNS) facilite la candidature des opérateurs économiques, y compris pour les TPE et les PME¹⁸⁶⁹. Un opérateur économique explique que le DUME « *fait gagner du temps aux entreprises répondant aux*

¹⁸⁶⁵ Une des autorités contractantes ajoute : « *La simplification vient également des outils récents précieux mis à disposition : API permettant de récupérer souvent depuis un profil d'acheteur automatiquement certains documents des entreprises (attestations Urssaf, etc.). Le site Annuaire entreprises est très facilitant également pour les agents publics par exemple pour vérifier si des entreprises font l'objet de faillite ou de redressement judiciaires (les entreprises oublient souvent de prévenir les acheteurs malgré les règles leur imposant dans le CCAG). Chorus Pro pour le dépôt des factures des entreprises. Chorus Pro Signature électronique est un vrai plus aussi. Enfin, il y a la plateforme « marchés de l'inclusion », le site récapitulant les ressources (très nombreuses) sur le développement durable dans la commande publique: <https://achats-durables.gouv.fr> ».*

¹⁸⁶⁶ 1 OE.

¹⁸⁶⁷ Attention, la Chaire souhaite rappeler qu'il demeure obligatoire pour les acheteurs et les autorités concédantes d'exclure tout candidat ayant été condamné à certaines infractions conformément aux dispositions des articles L. 2141-1 et suivants, et L. 3123-1 et suivants du Code de la commande publique.

¹⁸⁶⁸ 8 AC, 5 OE et 2 AV.

¹⁸⁶⁹ L'un des avocats sondés souligne toutefois qu'il n'a, pour l'heure, jamais utilisé le DUME.

marchés sans pour autant porter atteinte aux besoins d'appréciation des acheteurs publics »¹⁸⁷⁰. Pour autant, un autre opérateur économique confie que le service *Marché public simplifié* (MPS) qui existait jusqu'au 30 septembre 2019 s'avérait plus efficace que le DUME, ce dernier a quelque peu complexifié la situation « *en raison d'une mauvaise utilisation par les entreprises et les acheteurs, ainsi que la transmission de fichiers volumineux en lieu et place d'un seul KBIS* ». Ces points de vue contrastent avec ceux qui avaient été exprimés lors des interviews puisque 5¹⁸⁷¹ des 21 répondants à s'être prononcés sur le DUME estimaient, sans exception, qu'il ne s'agissait pas d'une mesure de simplification du droit.

Jurisprudence. L'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022¹⁸⁷² intéressant, en partie, l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de la commande publique apporte un éclairage utile pour 2 opérateurs économiques et une autorité contractante¹⁸⁷³. Ces derniers considèrent cette interprétation du Conseil d'État comme simplificatrice, sans pour autant apporter d'explications à leur propos. Dans cette continuité, 3 autres autorités contractantes considèrent la jurisprudence comme un vecteur de simplification, notamment pour clarifier les règles procédurales pour les marchés sous les seuils de publicité, comme la règle dite des trois devis.

Environnementalisation. Sans préciser son propos, un avocat sondé estime le mouvement de verdissement de la commande publique comme vecteur de simplification en tenant en compte le coût du cycle de vie des matériaux et produits dans la définition des besoins et l'analyse des offres. Le verdissement de la commande publique est également perçu comme un mouvement de simplification pour une autorité contractante qui évoque le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER) comme un outil pertinent pour une meilleure prise en compte des critères sociaux et environnementaux dans l'achat public.

Révision des prix et régime des avances. Enfin, deux évolutions récentes ont été relevées uniquement par les autorités contractantes, sans apporter de précisions particulières : celle concernant la révision des prix¹⁸⁷⁴ et celle relative au régime des

¹⁸⁷⁰ 1 OE. Une autorité contractante confirme ce propos : « *Le DUME permet à une entreprise de ne perdre du temps qu'une seule fois* ».

¹⁸⁷¹ 1 AC, 3 OE et 1 AV.

¹⁸⁷² CE, Ass., Avis, 15 sept. 2022, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*, n° 405540.

¹⁸⁷³ Celle-ci considère l'avis comme l'unique mesure de simplification du droit de la commande publique.

¹⁸⁷⁴ 2 AC.

avances¹⁸⁷⁵. Sur ce point, on rappellera utilement que 8¹⁸⁷⁶ interviewés avaient considéré que ces mesures n'étaient pas simplificatrices, à l'instar de la doctrine.

§II. L'évaluation par les sondés d'une sélection de mesures simplificatrices

Présentation. Après avoir spontanément indiqué, dans le cadre d'une question ouverte, les mesures récentes qu'ils estiment simplificatrices, les sondés devaient choisir parmi une sélection de mesures récentes, celles qui, selon eux, simplifient le droit de la commande publique, avec la possibilité de cocher plusieurs réponses. Les résultats permettent d'affirmer qu'une forte majorité des 537 praticiens ayant répondu à cette question¹⁸⁷⁷ observe, depuis quelques années, un véritable phénomène de simplification du droit de la commande publique (A.). L'analyse des données recueillies auprès des autorités contractantes et des opérateurs économiques offre un aperçu plus précis des mesures considérées comme simplificatrices en fonction de la nature de la structure du répondant (B.).

A. La reconnaissance d'un mouvement de simplification par les sondés

Relativisation de l'absence de simplification. Si, spontanément, 71 des 334 sondés ayant répondu à la question ouverte sur les évolutions simplificatrices récentes (soit 21,26 %) n'en constataient aucune¹⁸⁷⁸, uniquement 10,99 % (soit 59 répondants) des 537 participants n'ont sélectionné aucune mesure récente parmi les huit proposées dans la liste qui leur était soumise. Précisément, ces retours proviennent de 9 avocats sur 42 (soit 21,43 % des avocats ayant répondu à la question)¹⁸⁷⁹, 41 autorités contractantes sur 426 (soit 9,62 % des autorités contractantes ayant répondu)¹⁸⁸⁰ et 9 opérateurs économiques sur 69 (soit 13,04 % des opérateurs économiques ayant répondu)¹⁸⁸¹. Au regard de la diversité de nature de ces répondants (voir **Figure 3.50**), aucune hypothèse particulière ne peut être formulée sur les

¹⁸⁷⁵ 4 AC.

¹⁸⁷⁶ 2 AC, 4 OE et 2 AV.

¹⁸⁷⁷ 426 AC, 42 AV et 69 OE.

¹⁸⁷⁸ Voir *supra*.

¹⁸⁷⁹ Parmi eux, un avocat conseille uniquement les autorités contractantes, un autre les opérateurs économiques, et les 7 derniers indistinctement les deux.

¹⁸⁸⁰ Dont 6 communes, 5 EPCI, 4 départements, 3 sociétés nationales à capitaux publics, une personne publique *sui generis*, 3 établissements publics de santé, 5 établissements publics administratifs de l'État, 2 établissements publics locaux d'enseignement, 2 établissements publics administratifs locaux, une société d'économie mixte, 3 administrations centrales de l'État, 3 administrations territoriales de l'État et 3 autres organismes qui n'ont pas souhaité préciser leur nature.

¹⁸⁸¹ À savoir : 2 entreprises de moins de 10 employés, 3 de moins de 50, 2 de moins de 500 et 2 de plus de 500.

raisons qui expliqueraient l'absence de reconnaissance d'un caractère simplificateur des mesures législatives et réglementaires récentes proposées aux répondants.

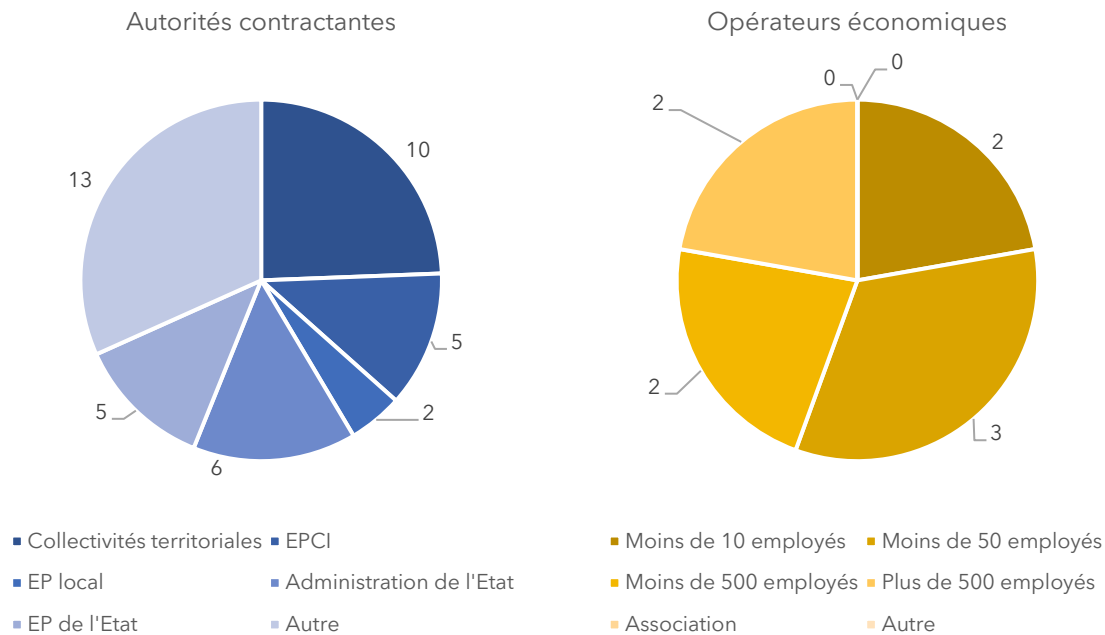
En revanche, une observation intéressante est à souligner en croisant ces résultats aux données précédemment obtenues lors de la phase de réponse spontanée. Le nombre, en valeur absolue, de répondants n'estimant pas connaître de mesures simplificatrices récentes a diminué de 12 (71 à 59) tandis que l'échantillon a augmenté de 203 (334 à 537). Ce résultat ne peut se comprendre qu'à la condition que des sondés ayant répondu spontanément aient reconnu ensuite, lors de la lecture de la liste qui leur était soumise, des vertus simplificatrices à certaines mesures récentes auxquelles ils n'avaient vraisemblablement pas pensé. Tel est, effectivement, le cas puisque 62 sondés sur 71 (soit 87,32 %) ¹⁸⁸² sont revenus sur leur déclaration en relevant, au minimum, une mesure simplificatrice, généralement la codification du Code de la commande publique ou la révision du régime des modifications des marchés publics et des contrats de concessions à la suite de la transposition des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE ¹⁸⁸³. D'ailleurs, 2 autorités contractantes ont finalement admis que sur les huit propositions soumises, sept étaient simplificatrices, à l'exception, pour leur part, de la révision du régime des modifications ¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁸² 52 AC sur 58, 7 OE sur 9 et 3 AV sur 4.

¹⁸⁸³ À l'inverse, un cas intrigue, celui d'un avocat qui avait insisté sur l'apport simplificateur du rehaussement des seuils de passation sans publicité et mise en concurrence. À l'occasion de la question à choix multiple, il dénie tout caractère simplificateur aux mesures proposées, dont le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux à 100 000 euros.

¹⁸⁸⁴ La complexité du nouveau régime de modification avait pu être relevée par certains enquêtés lors des enquêtes de terrain menées à l'occasion du rapport sur les modifications en 2023 par la Chaire. Voir : F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

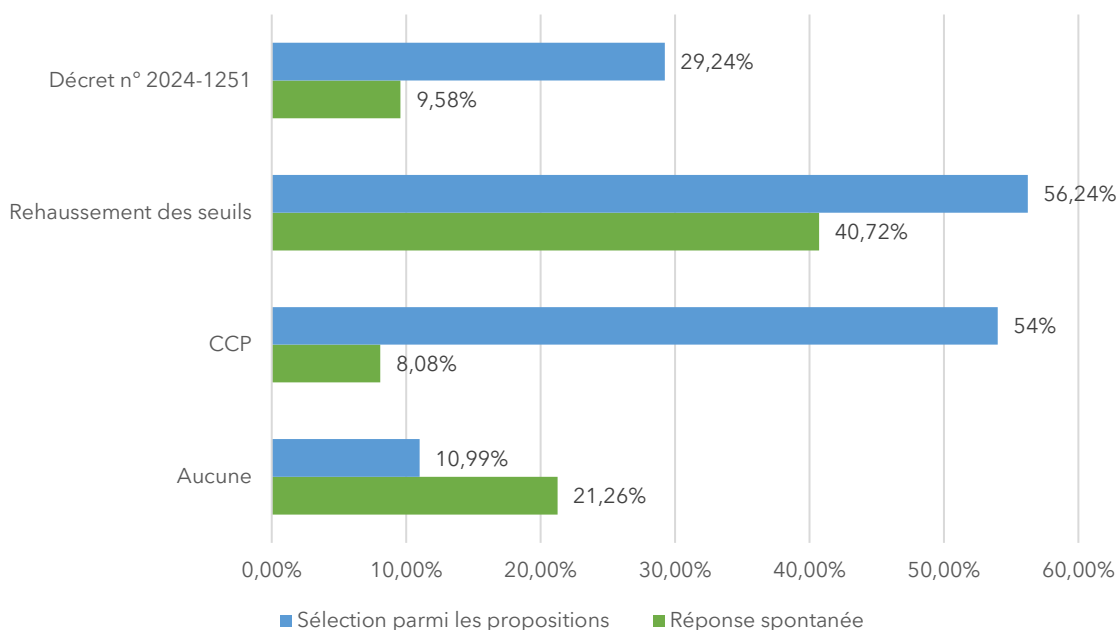
Figure 3.50 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant non simplificatrices les mesures législatives et réglementaires récentes



À ce propos, le graphique ci-après dresse un bref panorama comparatif entre les réponses des sondés dans le cadre de la question ouverte et celles dans le cadre de la question à choix multiples (**Figure 3.51**). Certaines évolutions récentes sont plus associées à la simplification lors de cette deuxième phase de l'enquête qu'au moment des réponses spontanées des répondants. Alors que le Code de la commande publique participait à la simplification du droit de la commande publique seulement pour seulement 8,08 % des sondés à l'occasion de la question ouverte, ce taux grimpe, ici, à 54 %¹⁸⁸⁵. Il en va de même pour le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 qui recueille jusqu'à 29,24 % des opinions des participants (s'agissant de l'autorisation de la constitution et de la modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché), contre 9,58 % de manière spontanée.

¹⁸⁸⁵ Ceci pourrait s'expliquer par le fait que les sondés n'aient pas spontanément songé au Code de la commande publique lors de la première phase de l'enquête en raison de la formulation de la question. En effet, compte tenu de la date d'adoption du Code, il est possible que les sondés n'aient pas songé que cela faisait partie des évolutions récentes évoquées dans le cadre de la question ouverte de la première phase.

Figure 3.51 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leur évaluation du caractère simplificateur de mesures présélectionnées¹⁸⁸⁶



Reconnaissance de simplification affirmée. À travers ce sondage, un constat clair est tiré : celui d'un consensus sur la réalité du phénomène de simplification du droit de la commande publique. Loin d'être illusoire, l'objectif de simplification est atteint par certaines mesures récemment adoptées, en particulier le Code de la commande publique, sa structuration, la révision du régime de modification des contrats de la commande publique dans le cadre de la transposition des directives européennes de 2014, le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros (prolongé par le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024), l'augmentation du taux des avances à 30 % par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, et les principaux apports du décret n° 2014-1251 du 30 décembre 2024 (affichant explicitement

¹⁸⁸⁶ La comparaison a nécessité quelques accommodements raisonnables afin d'en faciliter la présentation. Tout d'abord, pour la codification du Code de la commande publique, seules ont été retenues pour ce graphique les données relatives à son adoption (et non sa structure) parmi les données provenant de la question fermée à choix multiple. Les propos relevés spontanément par les sondés allaient, effectivement, dans ce sens. Par ailleurs, en raison d'une faible occurrence dans les réponses spontanées des sondés de la révision du régime des modifications des marchés publics et des concessions, cette catégorie n'apparaît pas dans le comparatif. Enfin, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 (précité) regroupe l'ensemble des mesures qu'il porte. Ainsi, seule la statistique la plus élevée (celle correspondant à l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché) a été retenue pour représenter, sommairement, la position du panel d'enquête.

sa volonté de simplification du droit de la commande publique)¹⁸⁸⁷. En effet 478 sondés sur 537 (soit 89,01 %) ¹⁸⁸⁸ considèrent qu'au moins une de ces mesures est simplificatrice.

Précisément, la mesure phare de la simplification est, selon 302 sondés sur 537 (soit 56,24 %) ¹⁸⁸⁹, le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux à 100 000 euros et sa prolongation par le décret n° 1217-2024 du 28 décembre 2024. L'adoption du Code de la commande publique participe également à la simplification du droit de la commande publique, pour 290 participants sur 537 (soit 54 %) ¹⁸⁹⁰, ainsi que sa structure pour 158 répondants sur 537 (soit 29,42 %) ¹⁸⁹¹. Le nouveau régime de modifications, découlant de la transposition des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, est quant à lui moins plébiscité pour son caractère simplificateur. Seuls 93 sondés sur 537 (soit 17,32 %) ¹⁸⁹² lui reconnaissent une telle vertu. Les avis sont également plus mitigés s'agissant des dispositions du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024. Certes, l'objectif de simplification porté par l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'entreprises avant la signature du marché est approuvé par 157 répondants sur 537 (soit 29,24 %) ¹⁸⁹³. Toutefois, les deux autres principales mesures de simplification ne sont pas considérées en tant que telles par une grande majorité des participants. Uniquement 56 sur 537 sondés (soit 10,43 %) ¹⁸⁹⁴ estiment simplificatrice la suppression de la borne de fin de remboursement des avances, et 50 sur 537 (soit 9,31 %) ¹⁸⁹⁵ la diminution de la retenue de garantie de 5 % à 3 % lorsque le titulaire est une très petite, petite ou moyenne entreprise. Enfin, l'augmentation du taux des avances de 20 à 30 % pour les marchés par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 n'est considérée comme simplificatrice que pour 51 sondés sur 537 (soit 9,50 %) ¹⁸⁹⁶.

Le graphique ci-après détaille la répartition des réponses des participants en fonction de leur qualité d'avocat, d'autorité contractante ou d'opérateur économique (**Figure 3.52**). Il en ressort que les mesures liées à la codification, à savoir l'adoption et la structure du Code de la commande publique, sont perçues de manière analogue par les différentes catégories de répondants. Pour l'adoption du Code de la commande publique, le delta entre le taux le plus

¹⁸⁸⁷ Les mesures proposées ont été sélectionnées en fonction de leurs objectifs explicitement attribués par les autorités ou par la doctrine. Les entretiens menés préalablement au sondage ont permis d'affiner cette sélection.

¹⁸⁸⁸ 426 AC, 69 OE et 42 AV.

¹⁸⁸⁹ 252 AC, 30 OE et 20 AV.

¹⁸⁹⁰ 228 AC, 38 OE et 24 AV.

¹⁸⁹¹ 124 AC, 22 OE et 12 AV.

¹⁸⁹² 68 AC, 16 OE et 9 AV.

¹⁸⁹³ 116 AC, 29 OE, 12 AV.

¹⁸⁹⁴ 41 AC, 13 OE et 2 AV.

¹⁸⁹⁵ 35 AC, 11 OE et 4 AV.

¹⁸⁹⁶ 33 AC, 16 OE et 2 AV.

élevé d'approbation et le taux le plus faible est inférieur à cinq points, une différence négligeable au regard de l'écart important du nombre de répondants entre les trois catégories. En effet, 57,16 % des avocats (24 sur 42) considèrent l'adoption du code comme simplificatrice, 55,07 % pour les opérateurs économiques (38 sur 69) et 53,52 % pour les autorités contractantes (228 sur 426). Seulement, le delta de 3,84 points entre les avocats et les autorités contractantes se comprend en raison de la disparité du nombre de réponses : 384 participations de plus pour les autorités contractantes. Il est donc raisonnable de conclure que, peu importe la qualité du répondant, l'appréciation du caractère simplificateur de l'adoption du Code de la commande publique est similaire auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Il en va de même pour la structure du code avec des retours positifs à hauteur de 31,88 % pour les opérateurs économiques (22 sur 69), 29,11 % pour les autorités contractantes (124 sur 426) et 28,57 % pour les avocats (12 sur 42) : le delta étant ici de 3,31 points entre la plus haute et la plus faible valeur. La codification apparaît donc, bel et bien, comme un vecteur de simplification du droit de la commande publique. La vertu simplificatrice de l'adoption du Code de la commande publique emporte plus la conviction des participants que sa structure.

Le consensus est plus modéré sur le caractère simplificateur des autres mesures, le delta entre la plus haute et la plus faible valeur étant à chaque fois supérieur à 5 points, sans que des écarts de participations ne puissent l'expliquer. Trois tendances s'observent :

- **La mesure dont le caractère simplificateur est moins reconnu par les autorités contractantes que par les avocats et les opérateurs économiques** : la révision du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite de la transposition des directives européennes de 2014. Cette réforme est vue comme simplificatrice par 21,43 % des avocats (9 sur 42), 23,19 % des opérateurs économiques (16 sur 69) et 15,96 % des autorités contractantes (68 sur 426), avec un delta de 7,23 points entre les réponses des opérateurs économiques et celles des autorités contractantes. Les hypothèses peuvent être nombreuses à expliquer cette situation. Dans un précédent rapport¹⁸⁹⁷, la Chaire a pu observer que les risques pénaux liés aux modifications, la nécessité d'entrer dans un des cas de modification prévus par le Code de la commande publique et l'imprécision de la notion de « modification substantielle » affectaient la pratique de certains acheteurs moins

¹⁸⁹⁷ Voir : F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

enclins à réviser unilatéralement ou conventionnellement leurs contrats. De plus, des enquêtés soulignaient, à cette époque, que l'ancien régime reposant sur la décision *Pressetext*¹⁸⁹⁸ était plus simple, mais plus contraignant. Le nouveau régime, quant à lui, s'avère complexe, mais, de manière générale, sécurisant juridiquement¹⁸⁹⁹. Ces résultats confortent ceux de l'enquête qualitative puisque 11 des 21 interviewés¹⁹⁰⁰ estimaient que la révision du régime des modifications contractuelles par le paquet de directives européennes de 2014 n'avait pas résolu toutes les difficultés.

- **La mesure dont le caractère simplificateur est beaucoup plus soutenu par les autorités contractantes que par les avocats et les opérateurs économiques :** le rehaussement du seuil de passation sans publicité ni mise en concurrence des marchés publics de travaux à 100 000 euros. En effet, 59,15 % des autorités contractantes (252 sur 426), 47,62 % des avocats (20 sur 42) et 43,48 % des opérateurs économiques (30 sur 69) y voient de la simplification. Une hypothèse peut être ici formulée pour expliquer le delta de 15,67 points entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques. Les formalités procédurales sont principalement entre les mains des services des autorités contractantes. Le rehaussement apporte de la souplesse aux agents et un gain de temps significatif. Ces résultats confortent largement ceux de l'enquête qualitative, le rehaussement des seuils constituant la mesure en lien avec la passation la mieux accueillie par près de la moitié des 11 interviewés s'étant prononcés sur le sujet¹⁹⁰¹. On peut être, d'autre part, surpris que ce taux ne soit pas supérieur. Mais cela peut s'expliquer par l'incertitude juridique entourant les obligations des marchés sans publicité ni mise en concurrence, en particulier en raison de jurisprudences de juridictions du fond qui assimilent la demande de trois devis à une soumission à la procédure adaptée. En revanche, on comprend mieux que ce relèvement n'entraîne pas un fort enthousiasme du côté des opérateurs économiques, certains d'entre eux pouvant y voir le risque de rentes de situation avec un recours systématique aux mêmes entreprises (cf. *supra*).
- **Les mesures dont le caractère simplificateur est fortement identifié par les opérateurs économiques par rapport aux avocats et aux autorités**

¹⁸⁹⁸ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06.

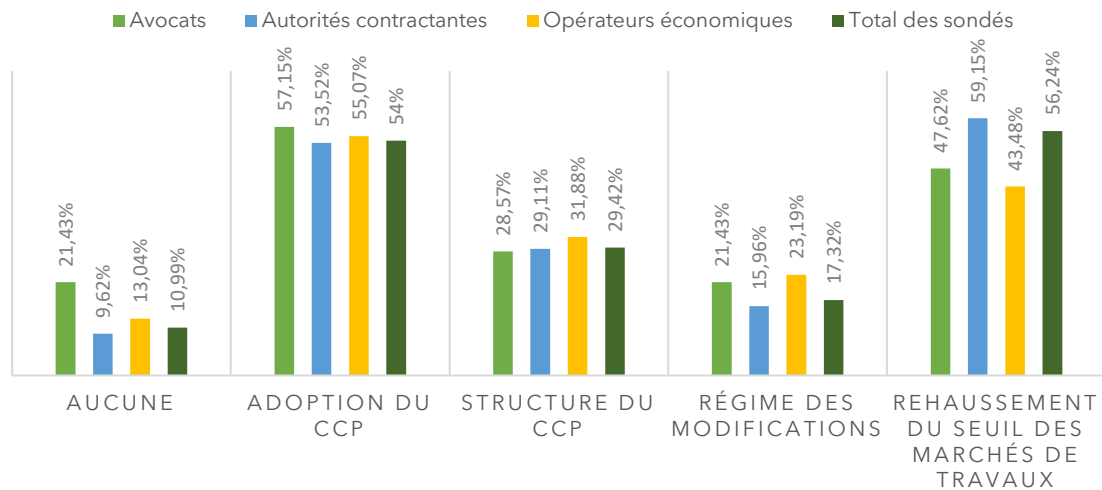
¹⁸⁹⁹ F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, p. 267 et s.

¹⁹⁰⁰ 4 AC, 3 OE et 4 AV.

¹⁹⁰¹ 6 AC, 2 OE et 3 AV.

contractantes : l'augmentation du taux des avances à 30 % (23,19 % des opérateurs économiques, 7,75 % des autorités contractantes et 4,76 % des avocats)¹⁹⁰², la suppression de la borne de fin de remboursement des avances (18,84 % des opérateurs économiques, 9,62 % des autorités contractantes et 4,76 % des avocats)¹⁹⁰³, l'abaissement de la retenue de garantie à 3 % pour les TPE et les PME (15,94 % des opérateurs économiques, 8,22 % des autorités contractantes et 9,52 % des avocats)¹⁹⁰⁴, ainsi que l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché (42,03 % des opérateurs économiques, 28,57 % des avocats et 27,23 % des autorités contractantes)¹⁹⁰⁵. Le delta est à chaque fois important, pouvant aller jusqu'à près de 15 points pour certaines mesures. Une hypothèse peut se trouver dans l'objectif recherché par lesdites évolutions, à savoir le renforcement de l'activité économique des entreprises et de leur accès à la commande publique, en particulier des TPE et PME.

Figure 3.52 : Reconnaissance par les sondés du caractère simplificateur de mesures législatives et réglementaires récentes

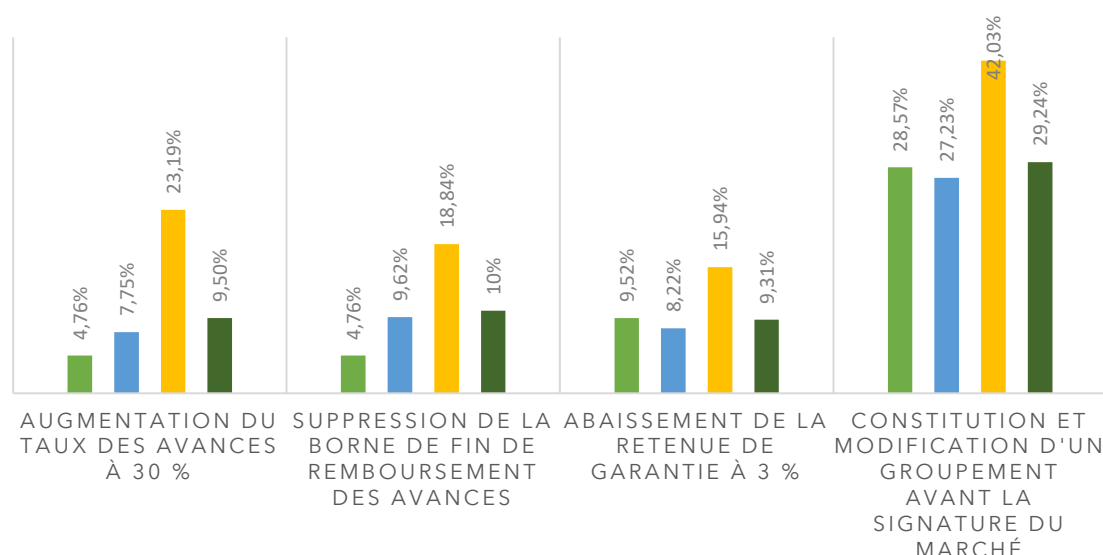


¹⁹⁰² Soit 33 AC sur 426, 16 OE sur 69 et 2 AV sur 42.

¹⁹⁰³ Soit 41 AC sur 426, 13 OE sur 69 et 2 AV sur 42.

¹⁹⁰⁴ Soit 35 AC sur 426, 11 OE sur 69 et 4 AV sur 42.

¹⁹⁰⁵ Soit 116 AC sur 426, 29 OE sur 69 et 12 AV sur 42.



Constats généraux. L'ensemble de ces résultats permet de dresser un constat qu'une minorité de sondés affirmait dans le cadre des réponses ouvertes : les mesures les plus récentes, à l'exception du rehaussement du seuil des marchés de travaux, se concentrent sur les opérateurs économiques et non les autorités contractantes. Pour autant, il faut garder à l'esprit un élément essentiel, celui de la surreprésentation des acheteurs et des autorités concédantes dans les réponses au sondage. Le nombre d'autorités contractantes ayant participé à cette enquête est 6,17 fois plus important que le nombre d'opérateurs économiques. Il convient donc de rester prudent sur les conclusions à tirer de ces résultats. En l'état, il est tout de même possible de considérer que l'objectif principal du décret n° 2024-1517 du 30 décembre 2024 est atteint puisqu'il visait à « *simplifier l'accès des entreprises à la commande publique* », ce que les opérateurs économiques semblent confirmer.

En outre, ces données témoignent que si une part de subjectivité peut guider l'évaluation qu'un sujet peut avoir de la simplification du droit de la commande publique, il demeure possible de trouver des consensus et, surtout, de considérer une mesure comme simplificatrice, sans être directement concerné par elle. L'appréhension de la simplification du droit n'est donc pas enfermée dans la subjectivité : même si le risque d'une telle réaction ne doit pas être écarté, la simplification ne dépend pas uniquement du référentiel dans lequel se trouve l'observateur. Ce dernier peut souscrire à la simplification même s'il n'en récolte pas, lui-même, les principaux fruits. Des mesures portées par un objectif de simplification pour une catégorie peuvent finalement se répercuter positivement pour une autre, à l'image de l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché qui, si elle vise principalement les opérateurs économiques, est tout de même

plébiscitée par les autorités contractantes pour la souplesse opérationnelle et la sécurité juridique qu'elles obtiennent.

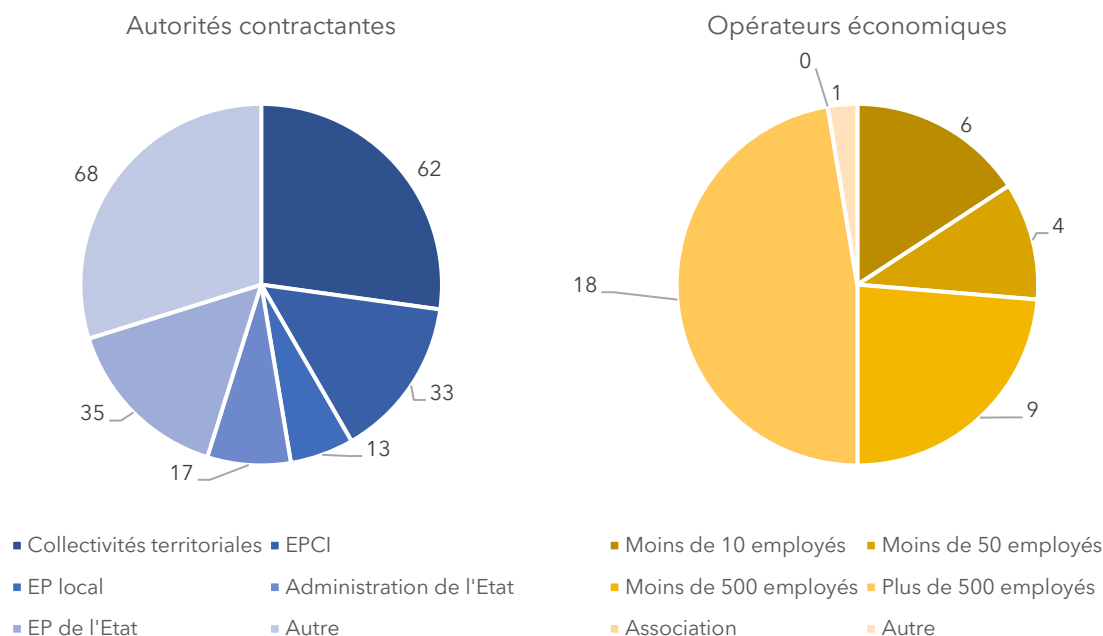
B. L'analyse approfondie des résultats pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques

Répartition des sondés. Les figures suivantes dressent un aperçu de la nature des répondants, pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques, en fonction de la mesure proposée (**Figures 3.53 à 3.70**). Chacune d'elles est accompagnée d'un tableau indiquant la proportion (en pourcentage), pour chaque catégorie, de répondants ayant reconnu le caractère simplificateur de la mesure en fonction du nombre total de sondés ayant répondu à la question à choix multiples (**Figures 3.53 à 3.70**).

Les résultats sont présentés dans l'ordre de la liste soumise aux enquêtés : l'adoption du Code de la commande publique (**1.**), sa structure (**2.**), la révision du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite de la transposition des directives européennes de 2014 (**3.**), le rehaussement du seuil de conclusion de gré à gré des marchés de travaux (**4.**), l'augmentation du taux des avances à 30 % (**5.**), la suppression de la borne de fin de remboursement des avances (**6.**), l'abaissement du taux de garantie à 3 % pour les TPE et les PME (**7.**), et la constitution et la modification des groupements d'opérateurs économiques avant la signature du marché (**8.**).

1. L'adoption du Code de la commande publique

Figure 3.53 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'adoption du Code de la commande publique



Données. Sur les 228 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 42 sont des communes, 33 des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 16 des départements, 4 des régions, 11 des administrations centrales de l'État, 6 des administrations territoriales de l'État, 2 des autorités administratives indépendantes, 27 des établissements publics (EP) administratifs de l'État, 8 des établissements publics industriels et commerciaux de l'État, 5 des établissements publics administratifs locaux, 8 des établissements publics industriels et commerciaux locaux, 14 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 7 des sociétés nationales à capitaux publics, 3 des personnes publiques *sui generis* et 42 autres. Parmi ces 42 autres, ont été recensés notamment 7 établissements publics hospitaliers ou de santé, 3 syndicats mixtes, 11 bailleurs sociaux, 4 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 3 établissements publics locaux d'enseignement et 5 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 38 opérateurs économiques, 6 ont moins de 10 employés, 4 moins de 50, 9 moins de 500 et 18 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 3.54 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Adoption du CCP]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	42	72	58,33
EPCI	33	56	58,93
Département	16	30	53,33
Région	4	8	50
Administration centrale de l'État	11	23	47,83
Administration territoriale de l'État	6	19	31,58
Autorité administrative indépendante	2	4	50
EPA de l'État	27	50	54
EPIC de l'État	8	16	50
EPA local	5	11	45,45
EPIC local	8	14	57,14
SEM ou SPL	14	23	60,87
Société nationale à capitaux publics	7	11	63,64
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	6	50
Autre	42	83	50,6
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	6	11	54,55
Moins de 50 employés	4	10	40
Moins de 500 employés	9	15	60
Plus de 500 employés	18	31	58,07
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

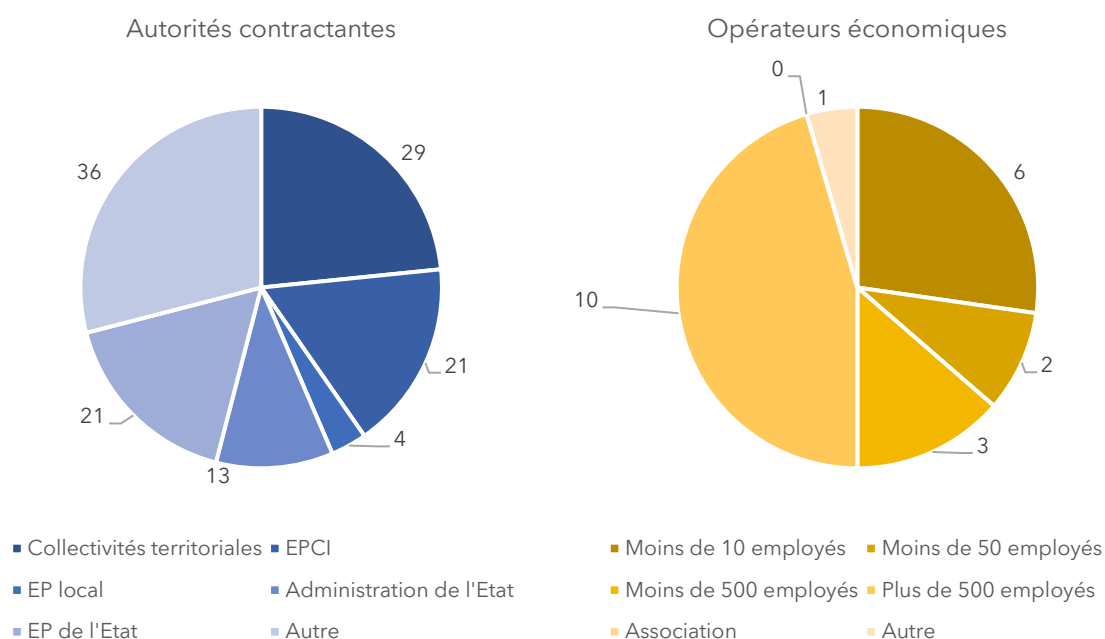
Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de cette mesure est relativement similaire en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 50,6 % avec 31,58 % en valeur la plus faible pour les administrations territoriales de l'État, contre 63,64 % en valeur maximale pour les sociétés nationales à capitaux publics. Outre la valeur minimale, uniquement deux autres valeurs sont inférieures à 50 % : 45,45 % pour les EP administratifs locaux et 47,83 % pour les administrations centrales de l'État. Il en va de même pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 56,3 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 60 % pour les entreprises de plus de 500 employés, tandis que la valeur minimale est de 40 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés.

Ainsi, la codification du droit de la commande publique opérée par l'adoption du Code de la commande publique apparaît comme une véritable mesure de simplification pour l'ensemble des acteurs de la commande publique. Vraisemblablement, les précisions et les éclairages apportés par les dispositions dudit code, ainsi que le regroupement au sein d'un même texte des régimes de l'ensemble des contrats de la commande publique, justifient une

telle évaluation de la part des sondés. La prévisibilité de la règle rassure tant les acheteurs et autorités concédantes que les opérateurs économiques titulaires, concessionnaires ou candidats. D'où l'appréciation consensuelle sur les vertus simplificatrices de l'adoption du Code de la commande publique.

2. La structure du Code de la commande publique

Figure 3.55 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la structure du Code de la commande publique



Données. Sur les 124 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 19 sont des communes, 21 des EPCI, 8 des départements, 2 des régions, 8 des administrations centrales de l'État, 5 des administrations territoriales de l'État, 3 des autorités administratives indépendantes, 14 des EP administratifs de l'État, 7 des EP industriels et commerciaux de l'État, 2 des EP administratifs locaux, 2 des EP industriels et commerciaux locaux, 6 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 2 des sociétés nationales à capitaux publics, 2 des personnes publiques *sui generis* et 23 autres. Parmi ces 23 autres, ont été recensés notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, 2 syndicats mixtes, 9 bailleurs sociaux et 8 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique. Quant aux 22 opérateurs économiques, 6 ont moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 10 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « autre », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 3.56 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Structure du CCP]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	19	72	26,39
EPCI	21	56	37,5
Département	8	30	26,67
Région	2	8	25
Administration centrale de l'État	8	23	34,78
Administration territoriale de l'État	5	19	26,32
Autorité administrative indépendante	3	4	75
EPA de l'État	14	50	28
EPIC de l'État	7	16	43,75
EPA local	2	11	18,18
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	6	23	26,09
Société nationale à capitaux publics	2	11	18,18
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	6	33,33
Autre	23	83	27,71
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	6	11	54,55
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	10	31	32,26
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de cette mesure varie fortement en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 26,67 % avec 14,29 % en valeur la plus faible pour les EPIC locaux, contre 75 % en valeur maximale pour les autorités administratives indépendantes. La dynamique est similaire pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 26,13 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 54,55 % pour les entreprises de moins de 10 employés, tandis que la valeur minimale est de 20 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés et celles ayant entre 51 et 500 employés.

À la lecture des résultats, aucune hypothèse ne permet d'expliquer objectivement cette variation. Certes, il est possible de supposer que la structure du Code de la commande publique est inadaptée à certaines catégories, comme pour les établissements publics locaux. Cependant, le fait que les établissements publics de l'État ou que les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics hospitaliers ou de santé aient une opinion bien différente relativise une telle hypothèse.

Dans la même lignée, les très petites entreprises et les grandes entreprises estiment la structure actuelle du code comme étant vectrice de simplification, la structure suivant la vie du contrat. Pourtant, les PME et les entreprises intermédiaires ont une approche plus nuancée. S'il était possible d'évoquer un manque de ressources humaines pour maîtriser le droit de la commande publique et s'orienter au sein du code, la proportion importante de TPE y fait obstacle. Les TPE ont, par définition, des moyens humains plus réduits que les PME et les entreprises intermédiaires. Ainsi, comme pour les autorités contractantes, la variation ne trouve pas d'explication objective.

3. *La réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique*

Données. Sur les 68 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, sont recensés 5 communes, 11 EPCI, 3 départements, 5 régions, 5 administrations centrales de l'État, une administration territoriale de l'État, 8 EP administratifs de l'État, 5 EP industriels et commerciaux de l'État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux, 3 sociétés d'économies mixtes locales ou sociétés publiques locales, une société nationale à capitaux publics, 3 personnes publiques *sui generis* et 15 catégorisés comme « *autres* ». Parmi ces 15 autres, ont répondu notamment 6 établissements publics hospitaliers ou de santé, 4 bailleurs sociaux, 2 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique et un établissement relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 16 opérateurs économiques, 4 ont moins de 10 employés, 2 moins de 500 et 9 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 3.57 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite des directives de 2014

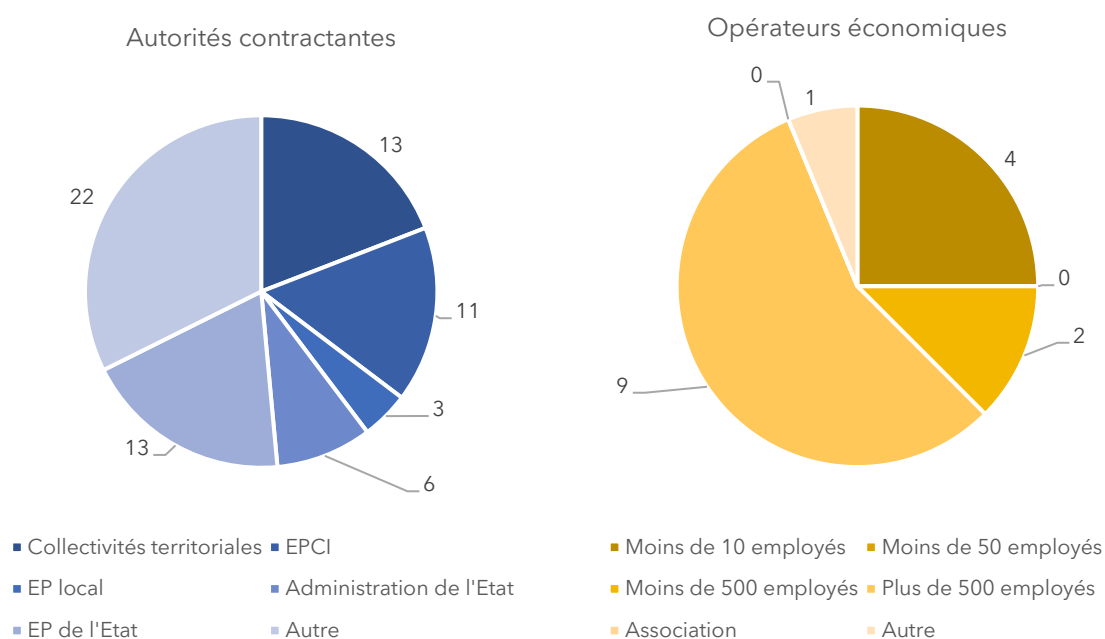


Figure 3.58 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Régime des modifications]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	5	72	6,94
EPCI	11	56	19,64
Département	3	30	10
Région	5	8	62,5
Administration centrale de l'État	5	23	21,74
Administration territoriale de l'État	1	19	5,26
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	8	50	16
EPIC de l'État	5	16	31,25
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	3	23	13,04
Société nationale à capitaux publics	1	11	9,09
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	6	50
Autre	15	83	18,07
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	4	11	36,36
Moins de 50 employés	0	10	0
Moins de 500 employés	2	15	13,33
Plus de 500 employés	9	31	29,03
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. À l’instar de la structure du Code de la commande publique, l’appréciation du caractère simplificateur de la réforme du régime des modifications fluctue considérablement en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 14,29 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, contre 62,5 % en valeur maximale pour les régions. La situation est analogue pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 21,18 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu’un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 36,36 % pour les entreprises de moins de 10 employés, tandis que la valeur minimale est de 0 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés.

Les raisons commandant de tels écarts peuvent, hypothétiquement, être nombreuses. S’agissant des autorités contractantes, une tendance s’observe : les structures locales sont plus critiques vis-à-vis de la réforme du régime des modifications. En effet, si les régions approuvent le caractère simplificateur de la mesure à hauteur de 62,5 %, cette valeur chute à 10 % pour les départements, 19,64 % pour les EPCI et 6,94 % pour les communes. Il en est de même pour les administrations de l’État où la valeur pour le niveau central est de 21,74 % et de 5,26 % pour le niveau territorial. Le même constat peut être fait pour les EP avec 16 % pour les EP administratifs de l’État et 9,09 % pour les EP administratifs locaux, 31,25 % pour les EP industriels et commerciaux de l’État et 14,29 % pour les EP industriels et commerciaux locaux. Seules les sociétés contredisent ces observations puisque la valeur pour les sociétés nationales à capitaux publics est de 9,09 % contre 13,04 % pour les sociétés d’économie mixte ou les sociétés publiques locales. En faisant exception de la spécificité des sociétés de la sphère publique, une des justifications à ces variations dans les résultats peut être liée aux ressources des acheteurs et des autorités concédantes. Plus la structure est importante, plus ses services ont les moyens financiers, techniques et humains de gérer l’exécution des contrats ou de solliciter le conseil d’avocats¹⁹⁰⁶.

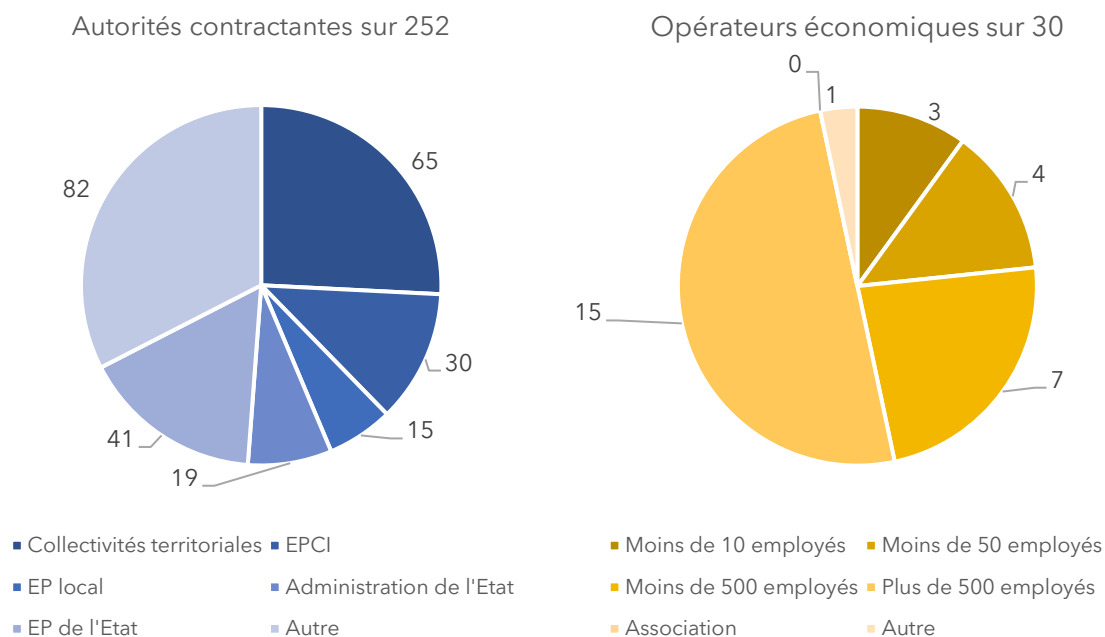
Un constat similaire peut être dressé pour les opérateurs économiques. En effet, la valeur augmente avec l’importance de la structure : 29,03 % pour les grandes entreprises ayant plus de 500 employés, 13,33 % pour les PME et les entreprises intermédiaires ayant entre 51 et 500 employés, et 0 % pour les PME ayant entre 11 et 50 employés. En revanche, une donnée peut *a priori* surprendre et contredire cette analyse. En effet, les entreprises de moins de

¹⁹⁰⁶ Attention, ceci n’est qu’une hypothèse et ne saurait, en l’absence d’éléments supplémentaires, être admise comme valide.

10 employés reconnaissent que la révision du régime des modifications est simplificatrice à hauteur de 36,36 %, soit la valeur maximale. Pour cette catégorie, la justification pourrait être d'un autre ordre et liée, non pas aux moyens qu'une telle entreprise possède, mais aux contrats auxquels elle peut prétendre et qui peuvent être moins sujets à des modifications de forte ampleur (qui nécessiteraient des motivations particulières pour entrer dans une des hypothèses de modification prévues aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique, autre que les modifications de faible montant). Sur ce point, la présente étude ne permet pas de confirmer ou d'infirmer une telle hypothèse. Des investigations supplémentaires seraient nécessaires.

4. Le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros

Figure 3.59 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur le rehaussement du seuil des marchés de travaux



Données. Sur les 252 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 46 sont des communes, 30 des EPCI, 16 des départements, 3 des régions, 7 des administrations centrales de l'État, 12 des administrations territoriales de l'État, 4 des autorités administratives indépendantes, 31 des EP administratifs de l'État, 10 des EP industriels et commerciaux de l'État, 5 des EP administratifs locaux, 10 des EP industriels et commerciaux locaux, 19 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 7 des sociétés nationales à capitaux publics, 3 des personnes publiques *sui generis* et

49 autres. Parmi ces 49 autres, ont été recensés notamment 6 établissements publics hospitaliers ou de santé, un syndicat mixte, 10 bailleurs sociaux, 4 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 2 établissements publics locaux d'enseignement et 3 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 30 opérateurs économiques, 3 ont moins de 10 employés, 4 moins de 50, 7 moins de 500 et 15 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.60 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Rehaussement du seuil]

Autorités contractantes			
	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Autorités contractantes estimant la mesure comme étant simplificatrice	252	426	59,15
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	46	72	63,89
EPCI	30	56	53,57
Département	16	30	53,33
Région	3	8	37,5
Administration centrale de l'État	7	23	30,43
Administration territoriale de l'État	12	19	63,15
Autorité administrative indépendante	4	4	100
EPA de l'État	31	50	62
EPIC de l'État	10	16	62,5
EPA local	5	11	45,45
EPIC local	10	14	71,43
SEM ou SPL	19	23	82,60
Société nationale à capitaux publics	7	11	53,53
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	6	50
Autre	49	83	59,04
Opérateurs économiques			
	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Opérateurs économiques estimant la mesure comme étant simplificatrice	30	69	43,48
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	3	11	27,27
Moins de 50 employés	4	10	40
Moins de 500 employés	7	15	46,67
Plus de 500 employés	15	31	48,39
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur du rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros est relativement similaire en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 62 % avec 30,43 % en valeur la plus faible pour les administrations centrales de l'État, contre 100 % en valeur maximale pour les autorités administratives indépendantes. Outre la valeur minimale, uniquement deux autres valeurs sont inférieures à 50 % : 45,45 % pour les EP administratifs locaux et 37,5 % pour les régions. Il en

va de même pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 43,33 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 48,39 % pour les entreprises de plus de 500 employés, tandis que la valeur minimale est de 27,27 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

Ces résultats appellent deux commentaires. Tout d'abord, à l'exception de trois catégories d'entités publiques (les administrations centrales de l'État, les régions et les EP administratifs locaux), les autorités contractantes plébiscitent fortement cette mesure en raison de la simplification qu'elle emporte. L'objectif poursuivi par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)¹⁹⁰⁷ et le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 de simplification de l'action publique semble donc atteint pour ces répondants.

Ensuite, l'amendement parlementaire n° 881 sur le projet de loi ASAP prévoyait également de faciliter l'accès aux marchés publics pour les PME pour relancer l'économie française à la suite de la crise économique provoquée par la pandémie de la Covid-19¹⁹⁰⁸. Il était expressément indiqué que « *les acheteurs pourront en effet contracter plus rapidement avec des entreprises et notamment des PME grâce au maintien de l'obligation d'allotissement* »¹⁹⁰⁹. Or, force est de constater que la finalité n'est que partiellement atteinte. S'il est vrai que 40 % des entreprises ayant entre 11 et 50 employés et 46,67 % de celles ayant entre 51 et 500 employés estiment que la mesure est simplificatrice, uniquement 27,27 % des entreprises de moins de 10 employés souscrivent à cet avis. Certes, les entreprises de moins de 10 salariés sont généralement des TPE (ou microentreprises) et non des PME (sauf à ce que leur chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excèdent pas 2 millions d'euros¹⁹¹⁰). Pour autant, celles-ci ne semblent pas bénéficier de l'effet salvateur de la mesure de rehaussement du seuil à 100 000 euros pour les marchés publics de travaux¹⁹¹¹. Le faible taux de réponse impose, toutefois, de relativiser l'ampleur de cette conclusion.

¹⁹⁰⁷ Voir les motifs de l'amendement parlementaire n° 881 sur le projet de loi n° 3447 : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/liasse/2025-08-01/e48ef8c9ed5f46a0e12aad6058ed150d-3.pdf>.

¹⁹⁰⁸ *Idem.*

¹⁹⁰⁹ *Idem.*

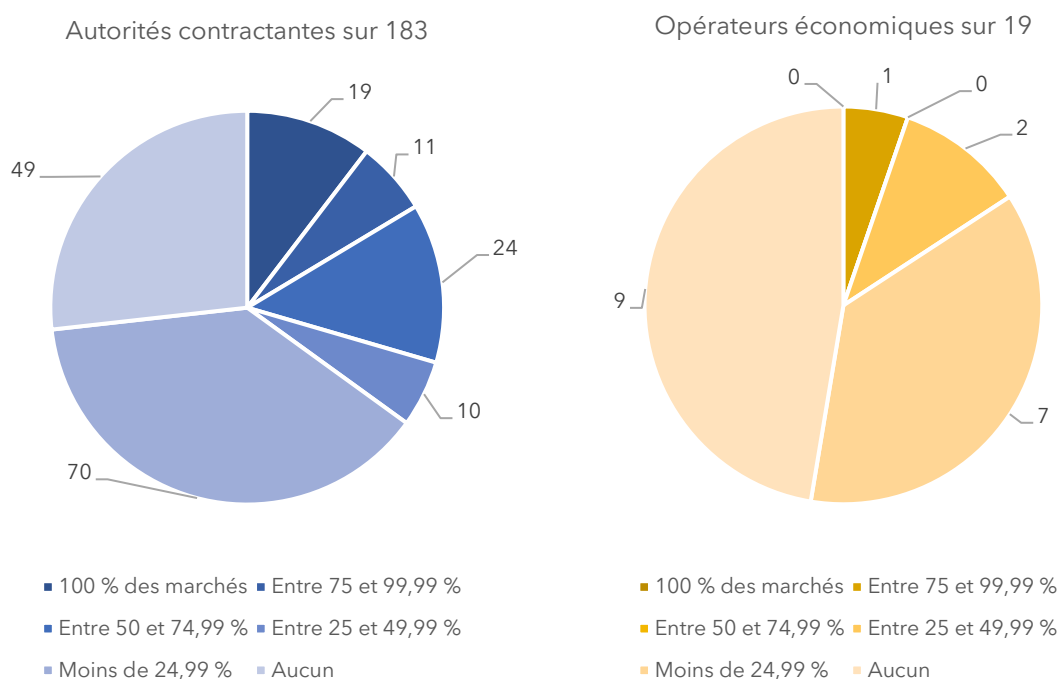
¹⁹¹⁰ Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, *JORF*, n°0296 du 20 décembre 2008, art. 3.

¹⁹¹¹ À l'inverse, les grandes entreprises de plus de 500 employés reconnaissent la vertu simplificatrice de la mesure. Attention, cette donnée ne doit pas être interprétée comme le fait que ces entreprises bénéficient plus de cette mesure. La question ne concerne que l'appréciation du caractère simplificateur du rehaussement du seuil à 100

En tout état de cause, la mesure a majoritairement convaincu les sondés. L'objectif initial a été atteint, même si les TPE sont encore dubitatives sur la simplification qu'elle emporte.

Proportion de marchés de travaux conclus de gré à gré. À ce propos, une question supplémentaire était posée aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques quant à la proportion de leurs marchés publics de travaux, dont la valeur est inférieure à 100 000 euros, passés sans publicité ni mise en concurrence. En somme, il s'agit de déterminer le pourcentage de marchés de travaux conclus de gré à gré en application du décret n° 2022-1525. La figure ci-après présente les données recueillies (**Figure 3.61**).

Figure 3.61 : Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré auprès des structures sondées



Parmi les 236 autorités contractantes ayant répondu à cette question complémentaire, 53 ont expressément indiqué ne pas avoir de données ou d'estimation sur ce point. En revanche, 183 acheteurs ont, selon les cas, partagé leur estimation personnelle (au regard de leurs dossiers) ou des données exactes¹⁹¹².

000 euros pour les marchés publics de travaux. Il ne s'agit pas de déterminer, par ce biais, si les principaux titulaires de ces marchés sont des TPE, des PME ou des grandes entreprises.

¹⁹¹² Parmi ces 183 autorités contractantes, ont été recensés : 37 communes, 29 EPCI, 12 départements, 3 régions, 2 administrations centrales de l'État, 5 administrations territoriales de l'État, une autorité administrative indépendante, 25 EP administratifs de l'État, 4 EP industriels et commerciaux de l'État, 6 EP administratifs locaux,

Uniquement 49 autorités contractantes sur 183 (soit 26,78 %) admettent ne jamais utiliser la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables fondée sur le prix, lorsque la valeur estimée est comprise entre 40 000 et 100 000 euros. Ainsi, 134 autorités contractantes affirment se saisir de la souplesse qu'offre le décret n° 2022-1525, dont le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 a prolongé l'application aux marchés conclus jusqu'au 31 décembre 2025. Précisément, 54 d'entre eux (représentant 29,51 % des 183 sondés ayant répondu à la question avec un estimatif ou des données exactes) concluent régulièrement sans publicité ni mise en concurrence des marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 euros. Au sein de leurs organismes, les marchés de travaux conclus de gré à gré en raison de leur montant représentent plus de 50 % de leurs marchés de travaux de même valeur. Ces mêmes répondants ont, d'ailleurs, approuvé la vertu simplificatrice de la mesure. Cependant, la pratique la plus courante est de n'y recourir que rarement ou exceptionnellement (70 autorités contractantes sur 183, soit 38,25 %), c'est-à-dire dans moins de 24,99 % des cas. L'utilisation de ce dispositif est d'ailleurs très rare pour 30 de ces autorités contractantes (soit moins de 4,99 % de l'ensemble de leurs marchés publics de travaux dont le montant est inférieur à 100 000 euros).

Par ailleurs, en croisant les réponses avec les données du profil des sondés, la répartition entre les diverses natures d'autorités contractantes permet de déterminer les structures qui mobilisent le plus ce nouvel outil. En effet, la lecture croisée des résultats indique, pour les principales catégories¹⁹¹³ :

- **Pour les 37 communes** : 9 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 24,32 % de la catégorie), 8 (soit 21,62 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 10 (soit 27,02 %) entre 50 et 74,99 %, et 10 (soit 27,02 %) à plus de 75 % (dont 5 à 100 %¹⁹¹⁴) ;
- **Pour les 29 EPCI** : 2 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 6,9 % de la catégorie), 16 (soit 55,17 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 2 (soit 6,9 %) entre 25 et 49,99 %, 5 (soit 17,24 %) entre 50 et 74,99 %, et 4 (soit 13,8 %) à plus de 75 % (dont 1 à 100 %) ;

7 EP industriels et commerciaux locaux, 13 sociétés d'économies mixtes ou sociétés publiques locales, 3 sociétés nationales à capitaux publics, et 36 autres organismes.

¹⁹¹³ Les catégories avec un faible taux de répondants (inférieur à 10 répondants) ne sont pas présentées dans cette liste détaillée.

¹⁹¹⁴ Un sondé précise que, dans une autre expérience en commune de plus de 40 000 habitants, aucun marché de travaux n'était conclu de gré à gré lorsque cela était autorisé.

- **Pour les 12 départements** : 5 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 41,67 % de la catégorie), 3 (soit 25 %) évaluent cette proportion à moins de 5 %, un (soit 8,33 %) entre 25 et 49,99 %, et 3 (soit 25 %) à plus de 75 % ;
- **Pour les 25 EP administratifs de l'État** : 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 16 % de la catégorie), 7 (soit 28 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 2 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 3 (soit 12 %) entre 25 et 49,99 %, 5 (soit 20 %) entre 50 et 74,99 %, et 6 (soit 24 %) à 100 % ;
- **Pour les 13 sociétés d'économie mixte ou sociétés publiques locales** : 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 30,77 % de la catégorie), 6 (soit 46,15 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 4 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), un (soit 7,7 %) entre 25 et 49,99 %, et 2 (soit 15,38 %) à 100 % ;
- **Pour les 36 organismes relevant de la catégorie « autre »¹⁹¹⁵** : 12 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 33,33 % de la catégorie), 13 (soit 36,11 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 2 (soit 5,56 %) entre 25 et 49,99 %, 4 (soit 11,11 %) entre 50 et 74,99 %, et 5 (soit 13,89 %) à 100 %.

Plusieurs tendances se dessinent. Globalement, les autorités contractantes recourent peu au dispositif mis en place par le décret n° 2022-1525. En effet, nombreux sont les EPCI et les autres organismes du secteur public ou parapublic à estimer que les marchés de travaux conclus de gré à gré en raison de leur montant représentent moins de 24,99 % des marchés de travaux d'un même montant conclus après publicité et mise en concurrence. Les communes, quant à elles, privilégient cet outil : la majorité de ces marchés sont passés sans publicité ni mise en concurrence. Pour autant, un mouvement contraire s'observe également au sein des communes, puisqu'une proportion non négligeable d'entre elles refuse de procéder de gré à gré, sauf rares exceptions (représentant moins de 5 % de l'ensemble des marchés similaires). Selon 2 sondés, ceci résulte de politiques internes aux collectivités. Un constat analogue peut être dressé pour

¹⁹¹⁵ Notamment, et sans que cette liste ne soit exhaustive : 13 bailleurs sociaux, 6 établissements hospitaliers ou de santé, 4 personnes morales de droit privé soumises au Code de la commande publique, 3 groupements d'intérêt public, 2 établissements publics locaux d'enseignement, et 2 établissements relevant de l'enseignement supérieur et de la recherche.

les établissements publics administratifs de l'État. À la lecture de ces résultats, le dispositif de gré à gré ne semble donc pas autant mobilisé qu'aurait pu laisser penser une telle évolution. Il pourrait être supposé que les autorités contractantes fassent preuve de prudence dans l'utilisation de ce nouvel outil et privilégient des mesures de publicité et de mise en concurrence adaptées pour éviter, par exemple, d'éventuelles poursuites pénales ou l'annulation du marché¹⁹¹⁶.

De leur côté, seuls 36 opérateurs économiques ont répondu à la question, dont 17 n'ayant pas d'informations, d'estimations ou de données en la matière. Le nombre de réponses exploitables pour cette catégorie est alors de 19. Parmi ces opérateurs économiques, 9 ont précisé n'être titulaires d'aucun marché public de travaux à la suite de l'application du dispositif en cause (soit 47,37 %). Globalement, ces marchés conclus de gré à gré en raison de leur montant sont peu courants puisqu'ils représentent moins de 24,99 % des marchés publics d'une valeur de moins de 100 000 euros pour 7 opérateurs économiques sur 19 (soit 36,84 %) et entre 25 % et 49,99 % pour 2 autres (soit 10,53 %). Un opérateur économique (soit 5,26 %) évalue, quant à lui, cette proportion entre 75 % et 99,99 %. Précisément, la répartition entre les 19 opérateurs économiques se présente de la manière suivante :

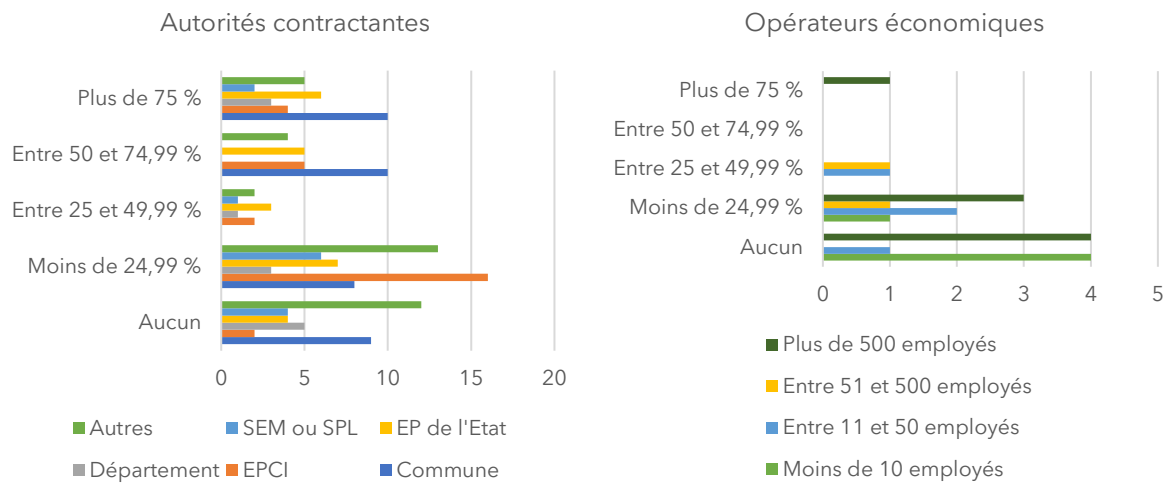
- **Pour les 5 entreprises de moins de 10 employés :** 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 80 % de la catégorie) et un (soit 20 %) évalue cette proportion à moins de 24,99 % ;
- **Pour les 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés :** un n'a aucun de marché de travaux de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 25 % de la catégorie), 2 (soit 50 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 %, et 1 (soit 25 %) entre 25 et 49,99 % ;
- **Pour les 2 entreprises ayant entre 51 et 500 employés :** un (soit 50 % de la catégorie) évalue la proportion de tels marchés de travaux à moins de 24,99 %, et un (soit 50 %) entre 25 et 49,99 % ;
- **Pour les 8 entreprises de plus de 500 employés :** 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 50 % de la catégorie), 3 (soit 37,5 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 %, et un (soit 12,5 %) à plus de 75 %.

¹⁹¹⁶ Cette hypothèse provient de compléments d'information transmis par 4 autorités contractantes dans leur formulaire de réponse. En outre, des autorités contractantes, avec un fort flux de contrats de la commande publique, ont pu souligner que, même en appliquant la règle de computation des seuils, les opérations de travaux dont la valeur est inférieure à 100 000 euros sont rares. À ce titre, une dizaine d'autorités contractantes sondées ont pu indiquer que la part des marchés de travaux dont le montant est inférieur à 100 000 euros (sans considération de la procédure de passation) est très faible par rapport aux autres marchés.

Partant, si l'objectif de simplification semble atteint pour nombre de sondés, l'objectif d'accroissement de l'accès des TPE et des PME à la commande publique l'est bien moins, à en croire les données recueillies puisque 4 grandes entreprises indiquent en bénéficier, dont une à hauteur de plus de 75 % des marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 euros dont elle est titulaire. Seulement, cette observation doit être relativisée par le faible taux de réponses à cette question.

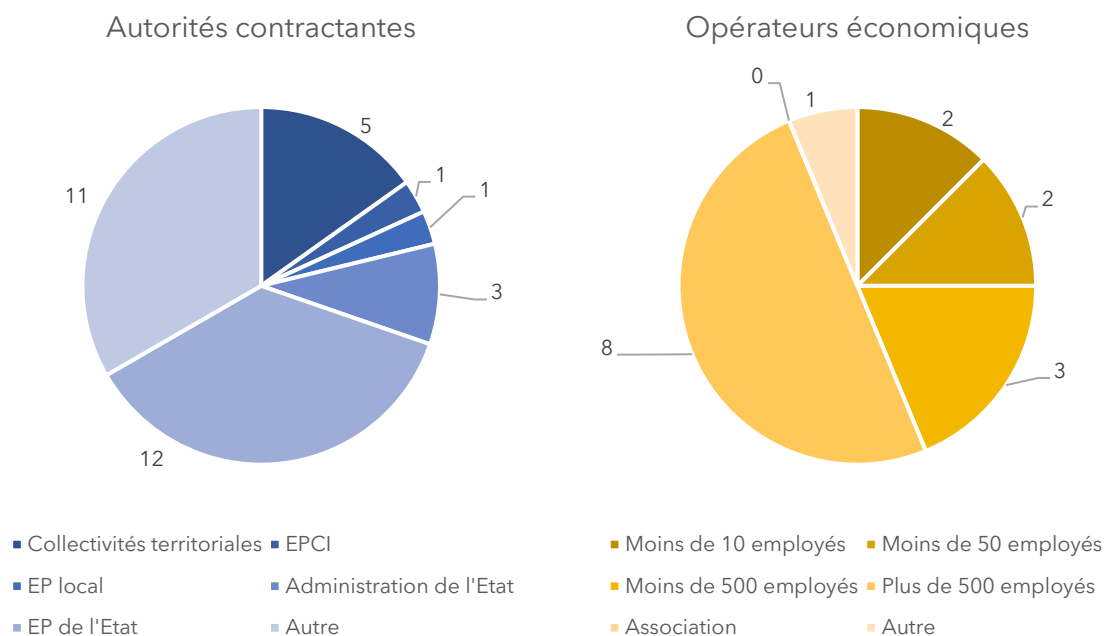
La figure ci-après synthétise la répartition entre les principales catégories d'autorités contractantes et d'opérateurs économiques sondés (Figure 3.62).

Figure 3.62 : Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré selon les principales catégories d'autorités contractantes et d'opérateurs économiques sondés



5. L'augmentation du taux des avances à 30 %

Figure 3.63 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'augmentation du taux des avances à 30 % pour les marchés publics de l'État



Données. Sur les 33 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, sont recensés 2 communes, un EPCI, 3 départements, 3 administrations centrales de l'État, 10 EP administratifs de l'État, 2 EP industriels et commerciaux de l'État, un EP industriel et commercial local, 2 sociétés d'économies mixtes locales ou sociétés publiques locales et 9 autres entités. Parmi ces 9 autres, ont répondu notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, un bailleur social, un établissement public local d'enseignement et 3 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 16 opérateurs économiques, 2 ont moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 8 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de l'augmentation du taux des avances à 30 % varie considérablement entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques. Si pour les opérateurs économiques les valeurs demeurent stables selon la qualité du répondant (la valeur minimale étant de 18,18 % pour les entreprises de moins de 10 employés, la maximale de 25,81 % pour les entreprises avec plus de 500 employés, et avec

une médiane à 20 %¹⁹¹⁷), la situation diffère au sein des acheteurs publics et des autorités concédantes. En effet, les résultats fluctuent au regard de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 2,78 % avec 0 % en valeur la plus faible (pour les régions, les administrations territoriales de l'État, les autorités administratives indépendantes, les EP administratifs locaux, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*), contre 20 % en valeur maximale pour les EP administratifs de l'État.

Figure 3.64 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Augmentation du taux des avances]

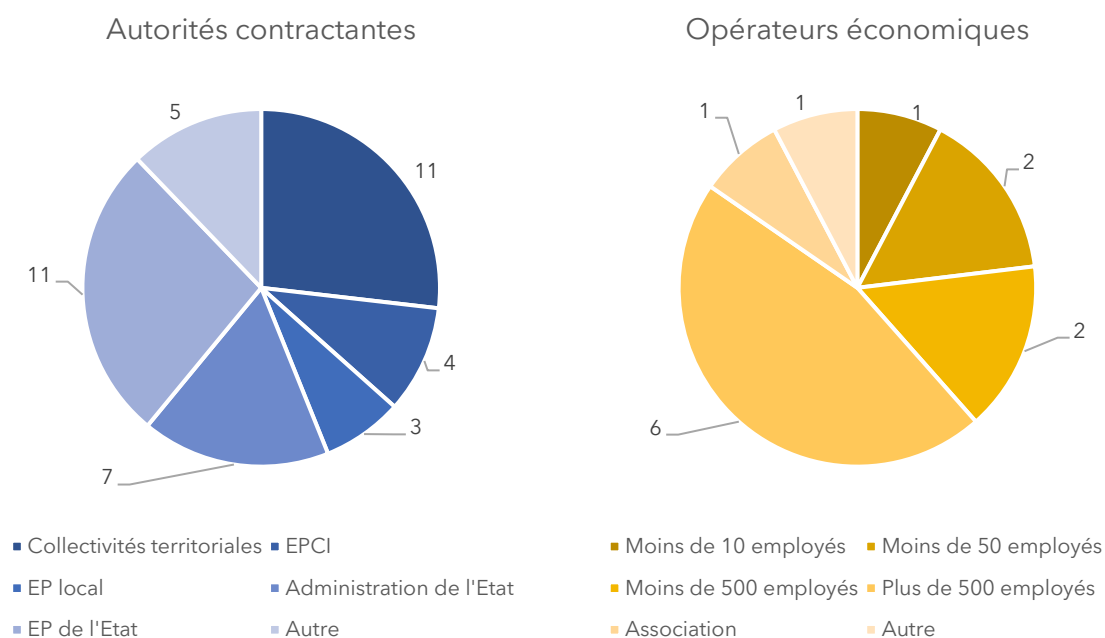
Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	2	72	2,78
EPCI	1	56	1,79
Département	3	30	10
Région	0	8	0
Administration centrale de l'État	3	23	13,04
Administration territoriale de l'État	0	19	0
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	10	50	20
EPIC de l'État	2	16	12,5
EPA local	0	11	0
EPIC local	1	14	7,14
SEM ou SPL	2	23	8,7
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	6	0
Autre	9	83	10,84
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	2	11	18,18
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	8	31	25,81
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

L'écart entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes se comprend en raison du bénéficiaire de la mesure : l'opérateur économique. Fondamentalement, ceci ne semble pas affecter la pratique des autorités contractantes, le mécanisme des avances n'étant pas, dans cette mesure, affecté. Toutefois, pour les entreprises, cette augmentation renforce leur trésorerie. D'où l'accueil favorable qu'elles lui réservent. Concernant les différences d'appréciation entre les diverses catégories d'autorités contractantes, aucune hypothèse particulière ne peut être émise en l'état actuel des travaux.

¹⁹¹⁷ Ces données excluent les catégories « autre » et « association à but non lucratif » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles).

6. La suppression de la borne de fin de remboursement des avances

Figure 3.65 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la suppression de la borne de fin de remboursement des avances



Données. Sur les 41 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 6 communes, 4 EPCI, 4 départements, une région, 4 administrations centrales de l'État, 3 administrations territoriales de l'État, 8 EP administratifs de l'État, 3 EP industriels et commerciaux de l'État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux et 5 autres (dont un bailleur social et un établissement relevant de l'enseignement supérieur). Quant aux 13 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 2 moins de 50, 2 moins de 500 et 6 plus de 500. Un est une association à but non lucratif. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de la suppression de la borne de fin de remboursement des avances varie en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 9,09 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*, contre 18,75 % en valeur maximale pour les EP industriels et commerciaux de l'État. Il en va de même (avec un peu plus de stabilité) pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 19,68 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune

qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 20 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 salariés, tandis que la valeur minimale est de 9,09 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

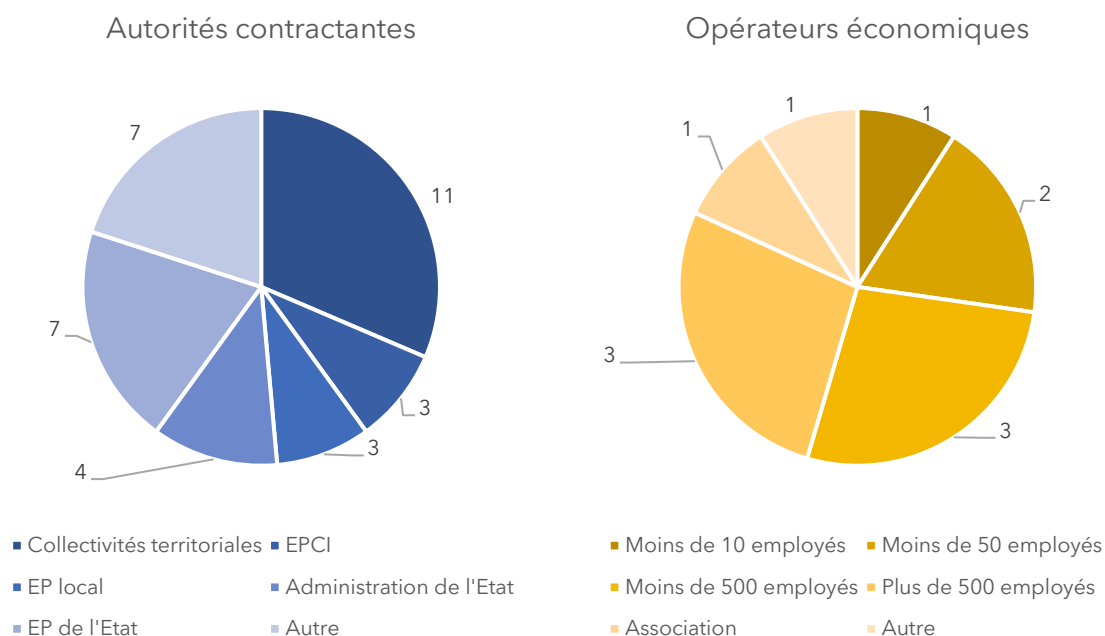
Figure 3.66 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Suppression de la borne de fin de remboursement des avances]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	6	72	8,33
EPCI	4	56	7,14
Département	4	30	13,33
Région	1	8	12,5
Administration centrale de l'État	4	23	17,39
Administration territoriale de l'État	3	19	15,79
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	8	50	16
EPIC de l'État	3	16	18,75
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	0	23	0
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques sui generis	0	6	0
Autre	5	83	6,02
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	1	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	2	15	13,33
Plus de 500 employés	6	31	19,35
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100

En raison de la diversité des résultats, aucune hypothèse spécifique ne peut être, pour l'heure, apportée pour justifier ces variations. En tout état de cause, la finalité de simplification motivant la mesure instaurée par le décret n° 2024-1251 ne semble pas atteinte pour les praticiens.

7. L'abaissement de la retenue de garantie à 3 %

Figure 3.67 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur l'abaissement de la retenue de garantie à 3 %



Données. Sur les 35 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 6 communes, 3 EPCI, 4 départements, une région, 2 administrations centrales de l'État, 2 administrations territoriales de l'État, 6 EP administratifs de l'État, un EP industriel et commercial de l'État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux, 2 sociétés d'économies mixtes locales ou sociétés publiques locales et 5 autres (dont un établissement public hospitalier ou de santé, 2 bailleurs sociaux, une société de droit privé soumise au Code de la commande publique et un établissement relevant de l'enseignement supérieur). Quant aux 11 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 3 plus de 500. Un est une association à but non lucratif. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « autre », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de la baisse de la retenue de garantie à 3 % pour les TPE et les PME fluctue en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 8,7 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*, contre 14,29 % en valeur maximale pour les EP industriels et commerciaux locaux. La situation est quelque peu analogue pour les opérateurs économiques.

Si, la valeur médiane de 20 %¹⁹¹⁸, est identique à la valeur maximale atteinte pour les entreprises ayant entre 11 et 50 salariés et celles ayant entre 51 et 500 salariés, les deux autres catégories avoisinent les 9 %, dont 9,09 % en valeur minimale pour les entreprises de moins de 10 employés.

Figure 3.68 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Abaissement de la retenue de garantie]

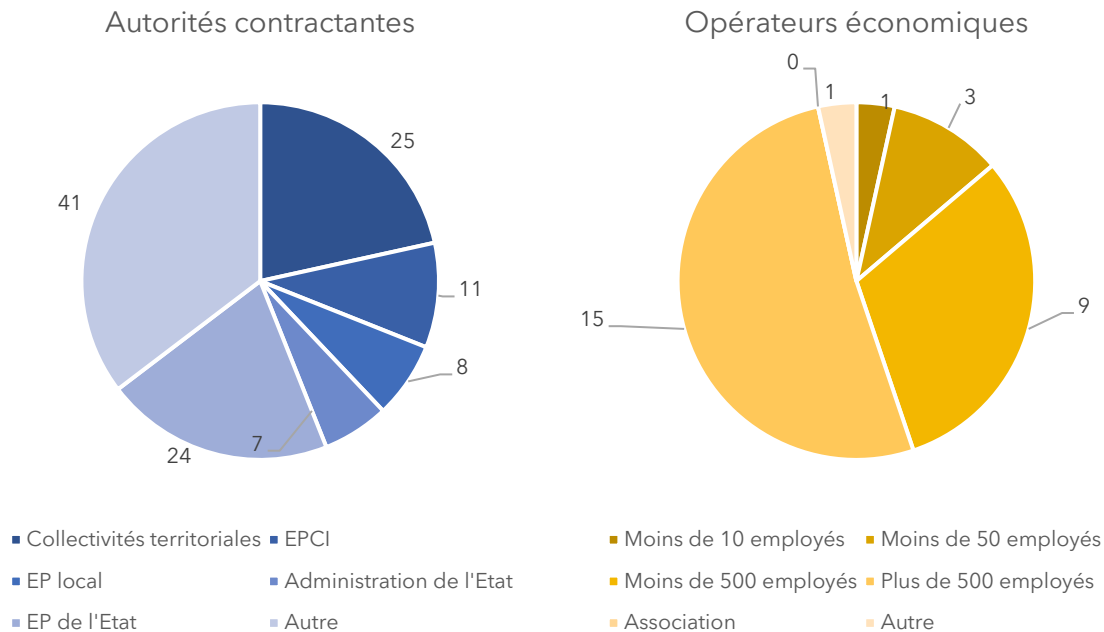
Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	6	72	8,33
EPCI	3	56	5,36
Département	4	30	13,33
Région	1	8	12,5
Administration centrale de l'État	2	23	8,7
Administration territoriale de l'État	2	19	10,53
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	6	50	12
EPIC de l'État	1	16	6,25
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	2	23	8,7
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques sui generis	0	6	0
Autre	5	83	6,02
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	2	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	3	31	9,68
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100

Cette mesure étant prévue pour soutenir les TPE et les PME, la faible approbation par les entreprises de plus de 500 employés n'est pas surprenante. En revanche, les 9,09 % d'entreprises de moins de 10 employés (avec un delta de 10,91 points avec les entreprises ayant entre 11 et 500 employés) laissent sous-entendre que l'objectif n'est que partiellement atteint. Pour autant, il faut garder à l'esprit que ladite mesure provient du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024. Les sondages ayant été menés en juin et juillet 2025, soit six mois environ après la publication du décret, les effets de cette mesure peuvent ne pas encore se faire ressentir. Par ailleurs, et comme pour la mesure précédente, les autorités contractantes n'étant pas les bénéficiaires de cette mesure, la variété des résultats n'appelle aucun commentaire spécifique.

¹⁹¹⁸ Ces données excluent les catégories « autre » et « association à but non lucratif » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles).

8. La constitution et la modification des groupements avant la signature du marché

Figure 3.69 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché



Données. Sur les 116 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 14 communes, 11 EPCI, 9 départements, 2 régions, 6 administrations centrales de l'État, une administration territoriale de l'État, 18 EP administratifs de l'État, 6 EP industriels et commerciaux de l'État, 3 EP administratifs locaux, 5 EP industriels et commerciaux locaux, 9 sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 2 sociétés nationales à capitaux publics, une personne publique *sui generis* et 29 autres. Parmi ces 29 autres, ont été recensés notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, 2 syndicats mixtes, 10 bailleurs sociaux, 8 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 1 établissement public local d'enseignement et 2 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 29 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 3 moins de 50, 9 moins de 500 et 15 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.70 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Constitution et modification d'un groupement avant la signature du marché]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	14	72	19,44
EPCI	11	56	19,64
Département	9	30	30
Région	2	8	25
Administration centrale de l'État	6	23	26,09
Administration territoriale de l'État	1	19	5,26
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	18	50	36
EPIC de l'État	6	16	37,5
EPA local	3	11	27,27
EPIC local	5	14	35,71
SEM ou SPL	9	23	39,13
Société nationale à capitaux publics	2	11	18,18
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	6	16,67
Autre	29	83	34,94
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	1	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	30
Moins de 500 employés	3	15	60
Plus de 500 employés	8	31	48,39
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de l'allègement du régime de constitution et de modification des groupements lors de la passation des contrats de la commande publique varie en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 26,09 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, contre 39,13 % en valeur maximale pour les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales. Il en va de même pour les opérateurs économiques, avec une valeur médiane de 39,19 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 60 % pour les entreprises ayant entre 51 et 500 salariés, tandis que la valeur minimale est de 9,09 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

Pour les autorités contractantes, il est délicat de déterminer un profil des soutiens au caractère simplificateur de cette mesure. Majoritairement, pour les établissements publics et les entreprises ou sociétés de la sphère publique¹⁹¹⁹, le soutien est à plus de 34 % chacun. Pourtant, deux catégories relativisent cette observation : les sociétés nationales à capitaux publics

¹⁹¹⁹ Ce constat inclut les organismes relevant de la catégorie « *autre* ».

(18,18 %) et les EP administratifs locaux (27,27 %). De même le profil ne saurait reposer sur les administrations de l'État, puisque le taux de réponses positives pour les administrations centrales est de 26,09 %, mais chute à 5,26 % (deuxième valeur la plus faible) pour les administrations territoriales. Est-ce dire que l'échelon local est plus critique ? Là encore, la réponse doit être nuancée. D'une part, les EP industriels et commerciaux locaux et les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales contredisent ce constat avec leur valeur de 35,71 % et de 39,13 %. D'autre part, les collectivités territoriales sont également divisées sur le sujet. Si les départements reconnaissent à 30 % la vertu simplificatrice de la mesure, les communes et les EPCI sont plus réservés avec une valeur proche de 20 % (19,44 % pour les communes et 19,64 % pour les EPCI). Les régions arbitrent entre les deux camps avec un taux de 25 %. Conclure à une quelconque hypothèse serait en l'état précipité d'autant que ce nouveau régime pour les groupements a été instauré environ six mois avant le début du sondage, par le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024.

Toutefois, pour les opérateurs économiques, le rejet massif des entreprises de moins de 10 employés, contre une approbation majoritaire du caractère simplificateur de la constitution et de la modification des groupements avant la signature des marchés pour les autres catégories d'entreprises, appelle une hypothèse. Un tel désaveu peut se comprendre par la faible propension des TPE à intégrer des groupements d'opérateurs économiques. Leur pratique n'est donc pas affectée par cette mesure, ce qui altère leur appréciation.

Conclusion. En définitive, une analyse globale des résultats témoigne de la réalité du phénomène de la simplification du droit de la commande publique. Elle révèle également qu'une certaine objectivité irrigue l'appréhension que les praticiens ont de la simplification du droit, ceux pouvant reconnaître (spontanément ou non) des mesures simplificatrices qui ne les affectent pas ou ne leur profitent aucunement ou qu'indirectement. La subjectivité n'est pour autant pas exclue. Elle s'observe particulièrement au sein des autorités contractantes et des opérateurs économiques où les résultats peuvent varier de manière significative en fonction de la nature de l'organisme sondé. En tout état de cause, des mesures récentes font consensus quant à leur vertu simplificatrice : l'adoption du Code de la commande publique et le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros.

Après avoir dressé le bilan des mesures adoptées en droit positif pour simplifier le droit, les praticiens étaient invités à adopter une approche prospective. Cet exercice de fiction

juridique devait permettre d'identifier leurs attentes en matière de simplification du droit de la commande publique.

SECTION 3 : LES ATTENTES DES PRATICIENS EN MATIÈRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'essentiel à retenir

Dans une approche prospective, les sondés étaient interrogés sur **huit mesures potentielles de simplification du droit de la commande publique**. L'intégralité des mesures proposées recueille l'avis favorable d'au moins 57 % des sondés, toutes catégories confondues (autorités contractantes, avocats, et opérateurs économiques).

L'ordre de préférence des sondés est le suivant :

- 1) La centralisation, par l'État, des documents et attestations nécessaires au dossier de candidature (comme les attestations fiscales ou les condamnations éventuelles de l'entreprise) ;
- 2) La réduction du nombre de normes ;
- 3) La généralisation de la procédure adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens (c'est-à-dire la suppression du seuil de 90 000 euros de publicité formalisée) ;
- 4) L'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif ;
- 5) La réinstauration du marché public simplifié (MPS) permettant une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET ;
- 6) La clarification des exigences applicables aux marchés publics inférieurs à 40 000 euros ;
- 7) La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs ;
- 8) La réduction du nombre de procédures de passation des marchés publics.

Sondage. Pour clôturer le sondage en ligne, les participants étaient invités à partager leur opinion sur le caractère simplificateur pour la commande publique d'une sélection de

mesures hypothétiques¹⁹²⁰. Leurs retours étaient attendus sur l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif (§I.), la réduction du nombre de procédures de passation (§II.), la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs (§III.), la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens (§IV.), la clarification des exigences applicables aux marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros (§V.), la réinstauration du dispositif des marchés publics simplifiés (§VI.), la centralisation par l'État des documents et attestations officiels nécessaires au dossier de candidature (§VII.) et la réduction du nombre de normes relatives aux contrats de la commande publique (§VIII.).

§I. L'unification du contentieux de la commande publique

Résultats. Les données statistiques permettent de constater une approbation générale des praticiens à une unification du contentieux de la commande publique afin de simplifier le droit de la commande publique. Plusieurs vertus simplificatrices sont reconnues à cette mesure, notamment pour homogénéiser l'interprétation du droit de la commande publique et faciliter les recours contentieux (A.). Pour autant, certains sondés relèvent des limites découlant, par exemple, de l'inefficacité du dispositif et d'interrogations quant au déliement de la compétence contentieuse et du fond (B.).

A. Les vertus simplificatrices de l'unification du contentieux

Opinions majoritairement favorables. Au stade de l'enquête qualitative, près de la moitié des interviewés¹⁹²¹ était favorable à l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif. Cette mesure suscite un plus grand enthousiasme des sondés, puisqu'elle est perçue comme simplificatrice par 74,77 % (soit 249 sondés sur 333)¹⁹²². Précisément, y sont favorables :

- 32 avocats sur 36 (soit 88,89 %) ;

¹⁹²⁰ Les mesures proposées découlent de l'état du droit et de la doctrine, de l'actualité et des entretiens semi-directifs menés par l'équipe de recherche de la Chaire en amont du sondage.

¹⁹²¹ 4 AC, 3 OE et 4 AV.

¹⁹²² 187 AC sur 256 (soit 73,05 %), 30 OE sur 41 (soit 73,17 %) et 32 AV sur 36 (soit 88,89 %).

- 187 autorités contractantes sur 256 (soit 73,05 %) : 28 communes (sur les 36 ayant répondu à la question, soit 77,78 %), 25 EPCI (sur 33, soit 75,76 %), 13 départements (sur 15, soit 86,67 %), 3 régions (sur 4, soit 75 %), 9 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 64,29 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 13, soit 61,54 %), une autorité administrative indépendante (sur 1, soit 100 %), 23 établissements publics (EP) administratifs de l'État (sur 27, soit 85,19 %), 8 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 66,67 %), 5 EP administratifs locaux (sur 5, soit 100 %), 7 EP industriels et commerciaux locaux (sur 9, soit 77,78 %), 15 sociétés d'économie mixte (SEM) ou sociétés publiques locales (SPL) (sur 21, soit 71,43 %), 6 sociétés nationales à capitaux publics (sur 9, soit 66,67 %), 2 personnes publiques *sui generis* (sur 5, soit 20 %) et 34 autres structures (sur 52, soit 65,38 %) ;
- 30 opérateurs économiques sur 41 (soit 73,17 %) : 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 6 ayant répondu à la question, soit 83,33 % de cette catégorie), 2 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 4, soit 50 %), 9 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 100 %), 13 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 21, soit 61,90 %) et un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %) ¹⁹²³.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.71**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.72**)

¹⁹²³ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 3.71 : Opinion de la vertu simplificatrice de l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif

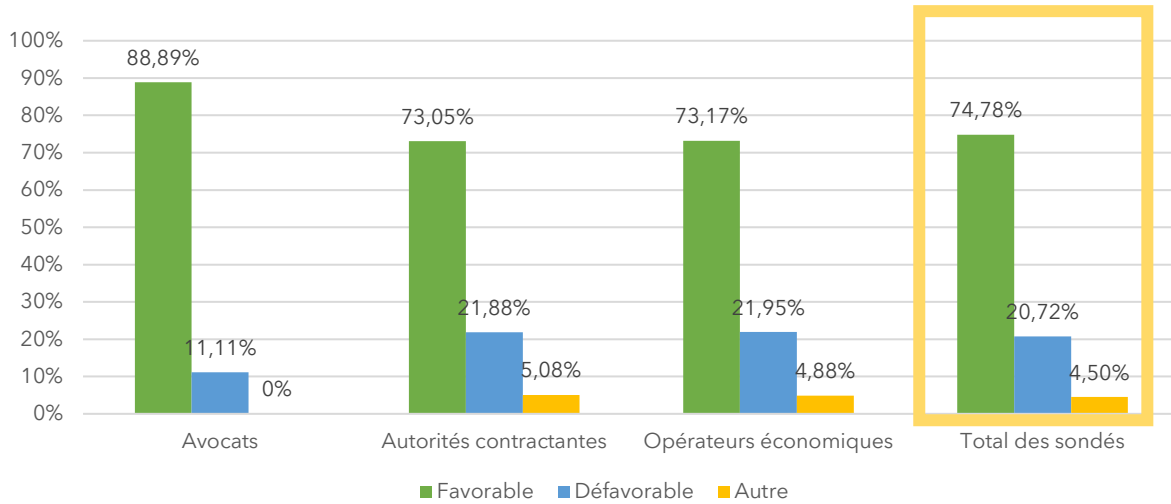


Figure 3.72 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Unification du contentieux]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	28	36	77,78
EPCI	25	33	75,76
Département	13	15	86,67
Région	3	4	75
Administration centrale de l'État	9	14	64,29
Administration territoriale de l'État	8	13	61,54
Autorité administrative indépendante	1	0	100
EPA de l'État	23	27	85,19
EPIC de l'État	8	12	66,67
EPA local	5	5	100
EPIC local	7	9	77,78
SEM ou SPL	15	21	71,43
Société nationale à capitaux publics	6	9	66,67
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	5	20
Autre	34	52	65,38
Total	187	256	73,05
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	5	6	83,33
Moins de 50 employés	2	4	50
Moins de 500 employés	9	9	100
Plus de 500 employés	13	21	61,90
Association à but non lucratif	0	0	0
Autre	1	1	100
Total	30	41	73,17
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	32	36	88,89
Total	32	36	88,89

Homogénéité de l'interprétation et recours simplifiés. Pour 75 sondés (sur 249 ayant répondu positivement, soit 30,12 %) ¹⁹²⁴, une telle mesure instaurant un bloc de compétence unique permettrait d'homogénéiser les décisions juridictionnelles et de réduire les interprétations et appréciations divergentes entre les juridictions ¹⁹²⁵, ainsi que les différences procédurales ¹⁹²⁶. En somme, pour une majorité d'entre eux, une telle mesure renforcerait la sécurité juridique entre les parties en évitant les doutes tenant à la compétence juridictionnelle (lorsque la question se pose), à l'interprétation des normes et aux règles de procédures. L'un des répondants, avocat, explique :

« Malgré les débats doctrinaux que l'unification du contentieux de la commande publique peut soulever, c'est une nécessité pour l'harmonisation des appréciations sur la procédure et surtout les délais. Les procédures accélérées au fond devant le tribunal judiciaire peuvent durer six mois, depuis la réforme des procédures civiles ayant "fait sauter" le référé précontractuel des référés des présidents. Il n'est pas question, dans cette mesure, de déqualifier les contrats privés de la commande publique en les qualifiant de manière erronée en contrat administratifs, ce qu'ils ne peuvent être. En revanche, ce ne sera pas la première fois qu'une unification du contentieux s'effectue au regard de spécificités. L'unification par la Loi Warsmann^[1927] de la compétence judiciaire pour les contentieux des droits de propriétés intellectuelles (même pour les marchés publics) en est un exemple. » ¹⁹²⁸

¹⁹²⁴ 48 AC sur les 187 reconnaissant le caractère simplificateur de l'unification de la compétence contentieuse (soit 25,67 %), 8 OE sur 30 (soit 26,67 %) et 19 AV sur 32 (soit 59,38 %).

¹⁹²⁵ Des divergences « difficiles à expliquer aux commerciaux », selon 1 opérateur économique.

¹⁹²⁶ La simplification s'illustre dans le recours lui-même, en témoigne 1 avocat : « Le juge administratif peut être saisi plus facilement que le juge judiciaire, c'est-à-dire par voie de requête plutôt que par voie d'assignation ». Un autre avocat insiste, quant à lui, sur l'incompatibilité de la procédure civile au contentieux de la commande publique, sans pour autant apporter plus de précisions. Enfin, un dernier avocat relève les bienfaits d'une telle mesure sur le risque d'incompétence juridictionnelle, facteur de perte de temps dans certaines procédures contentieuses. En unifiant le contentieux, ce risque et ses conséquences sont évitées. À l'inverse, 1 autorité contractante rejette l'unification de la compétence contentieuse afin de « préserver l'applicabilité du Code de l'organisation judiciaire aux pouvoirs adjudicateurs autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements, celui-ci étant plus adapté à leurs besoins ».

¹⁹²⁷ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011, art. 196 ; Code de la propriété intellectuelle, art. L. 331-1 ; TC, 9 déc. 2019, n° 4169.

¹⁹²⁸ 1 AV.

Acculturation du juge administratif. D'ailleurs, 21 sondés¹⁹²⁹ estiment que le juge administratif maîtrise mieux le droit de la commande publique que le juge judiciaire¹⁹³⁰. Une société d'économie mixte rapporte :

« Dans ma structure, nous passons des marchés soumis au Code de la commande publique dont les contentieux sont présentés devant le juge judiciaire. Or, ce dernier semble difficilement maîtriser les différentes règles et exceptions inhérentes à la commande publique. La commande publique doit rester sous la compétence unique du juge administratif ne serait-ce que pour garantir une même approche des affaires et plus de clarté. »

Dans le même sens, 1 opérateur économique confie que les tribunaux de commerce et les tribunaux judiciaires s'inspirent fortement de la jurisprudence du juge administratif, sans pour autant être aussi familiers avec la matière que les juridictions administratives : *« le juge administratif a une meilleure connaissance qui lui permet une certaine agilité intellectuelle »*¹⁹³¹. Cependant, 1 autre opérateur économique sondé relativise cette position. Certes, le juge administratif est plus habitué au contentieux de la commande publique en raison du flux de dossiers qu'il connaît. Pour autant, s'agissant du contentieux de l'exécution des contrats privés de la commande publique, la compétence du tribunal administratif questionne au regard de leur régime juridique de droit privé¹⁹³².

Égalité des justiciables. En outre, 1 avocat et 2 autorités contractantes considèrent qu'une unification du contentieux renforcerait l'égalité des opérateurs économiques et des tiers devant la Justice, ceux-ci étant alors jugés de la même façon quel que soit l'acheteur. À ce point s'ajoute celui des frais de justice. Suivant les propos d'un opérateur économique, il ne faut pas oublier que : *« avec la réforme des Tribunaux des affaires économiques, une contribution financière est demandée aux opérateurs économiques présentant des réclamations,*

¹⁹²⁹ 17 AC, 2 OE et 2 AV.

¹⁹³⁰ L'un des avocats indique, à ce titre, que le juge administratif a l'habitude du contentieux contractuels : *« il n'y a pas de surprises, a priori, avec lui »*. Pour un autre, le juge judiciaire *« n'a pas la culture de l'achat public »*. Une autorité contractante confirme : *« La qualité des décisions de justice rendues par les juges judiciaires laisse souvent à désirer. Il apparaît nécessaire de confier ce type de contentieux à des juges qui maîtrisent les règles de commande publique »*. Une autre autorité contractante constate un manque d'aisance du juge judiciaire dans l'utilisation des CCTP, des CCAP et des mémoires techniques.

¹⁹³¹ 1 OE.

¹⁹³² Cette opinion est partagée par une autre autorité contractante.

*contrairement aux affaires portées devant les tribunaux administratifs alors que le régime d'exécution est quasiment le même »*¹⁹³³.

B. Les limites à l'unification du contentieux

Opinions défavorables. Sur les 333 sondés ayant répondu à la question, 69 (soit 20,72 %) ¹⁹³⁴ déniaient toute vertu simplificatrice à une mesure d'unification du contentieux de la commande publique, tandis qu'ils étaient 14,2 % (soit 3) des interviewés à rejeter l'effet simplificateur d'une telle mesure.

Compétences exclusives et compétences naturelles. Pour 2 avocats, l'unification n'est pas souhaitable en raison de la compétence exclusive de certaines juridictions notamment en matière de concurrence (le juge judiciaire) ou de finances (les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes). L'un d'eux ajoute que « *le dualisme juridictionnel reflète la diversité des contrats et des acteurs économiques concernés, certains contentieux relevant naturellement du juge judiciaire (à l'image des litiges entre personnes privées, de l'exécution purement contractuelle, de la responsabilité délictuelle d'un titulaire, etc.)* » ¹⁹³⁵. La complexité, selon lui, résulte de « *l'absence de lisibilité des critères de compétence ou de leur évolution jurisprudentielle* ». Dès lors, il recommande « *une clarification des compétences juridictionnelles, accompagnée d'une meilleure orientation des parties, d'autant plus qu'un transfert massif de compétence au juge administratif risquerait une congestion des juridictions administratives* ».

L'attribution d'une compétence exclusive au juge administratif pour le contentieux de la commande publique serait, pour 5 opérateurs économiques, « *impossible et risquée* » ¹⁹³⁶ en

¹⁹³³ 1 OE.

¹⁹³⁴ 56 AC sur 256 (soit 21,88 %), 9 OE sur 41 (soit 21,95 %) et 4 AV sur 36 (soit 11,11 %).

S'agissant des autorités contractantes : 5 communes (sur les 36 ayant répondu à la question, soit 13,89 %), 4 EPCI (sur 33, soit 12,12 %), 0 département (sur 15, soit 0 %), 1 région (sur 4, soit 25 %), 5 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 35,71 %), 3 administrations territoriales de l'État (sur 13, soit 23,08 %), 0 autorité administrative indépendante (sur 1, soit 0 %), 4 EP administratifs de l'État (sur 27, soit 14,81 %), 4 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 33,33 %), 0 EP administratif local (sur 5, soit 0 %), 2 EP industriels et commerciaux locaux (sur 9, soit 22,22 %), 6 SEM ou SPL (sur 21, soit 28,57 %), 3 sociétés nationales à capitaux publics (sur 9, soit 33,33 %), 3 personnes publiques sui generis (sur 5, soit 60 %) et 16 autres structures (sur 52, soit 30,77 %).

Pour les opérateurs économiques : 1 entreprises de moins de 10 employés (sur les 6 ayant répondu à la question, soit 16,67 % de cette catégorie), 2 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 4, soit 50 %), 0 entreprise ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 0 %), 6 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 21, soit 28,57 %) et 0 opérateur économique « autre » (sur 1, soit 0 %).

¹⁹³⁵ 1 AV.

¹⁹³⁶ 1 OE.

raison, selon eux, de ses difficultés à comprendre et appréhender les problématiques des entreprises. De plus, ils témoignent d'une suspicion de partialité en faveur des acheteurs publics. Dans le même sens, 2 autorités contractantes doutent de la pertinence d'associer les termes « *juge administratif* » et « *simplification* »¹⁹³⁷.

Régime(s) juridique(s) applicable(s). Par ailleurs, comme le soulignent un avocat, 13 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques sondés, l'unification du contentieux de la commande publique serait source de complexité. Ils s'inquiètent qu'un tel transfert de compétence s'accompagne d'une mutation du régime juridique. Ainsi, pour l'avocat, « *un pan entier des acheteurs (et de leurs fournisseurs) va se trouver soumis à un régime juridique (contrats administratifs) totalement différent de leurs usages (contrat de droit privé)* »¹⁹³⁸. Or, 1 des opérateurs économiques relève qu'il est nécessaire de garder à l'esprit la liaison de la compétence et du fond : « *Si le contentieux ne porte pas sur un contrat de droit public, cela n'a pas nécessairement de sens de le soumettre au juge administratif* »¹⁹³⁹.

En somme, les multiples réponses des sondés illustrent une inquiétude marquée que le fond (donc le régime applicable) suive la compétence. Ceci peut expliquer les données recensées dans le tableau détaillant la nature des sondés qui reconnaissent le caractère simplificateur de la mesure d'unification de la compétence contentieuse (**Figure 3.72, supra**). En effet, à l'exception des administrations de l'État (centrales et territoriales) et des personnes publiques *sui generis*, les plus faibles pourcentages relevés (compris entre 60 % et 70 %) concernent les acheteurs relevant du droit privé.

Or, l'unification des compétences contentieuses ne signifie pas systématiquement une unification des régimes juridiques, comme l'évoquait précédemment 1 avocat en évoquant la propriété intellectuelle (voir *supra*). En revanche, des biais pourraient guider les raisonnements des juges administratifs en raison de leur prisme de juristes en droit public et affecter progressivement le régime juridique des contrats privés de la commande publique. Une telle hypothèse est formulée par 3 autorités contractantes. Elles redoutent que le juge administratif utilise des décisions propres aux collectivités territoriales pour les appliquer à des entreprises privées. À ce propos, l'une d'elles observe que « *les achats privés, bien que partiellement soumis au Code de la commande publique, obéissent à des logiques économiques et des usages*

¹⁹³⁷ 2 AC.

¹⁹³⁸ 1 AV.

¹⁹³⁹ 1 AV.

propres aux secteurs concurrentiels qui sont mieux pris en compte par le juge judiciaire »¹⁹⁴⁰.

Une personne publique *sui generis* ajoute :

« Ce changement de qualification engendrerait un alourdissement procédural et une certaine insécurité juridique. Cela représente une grande incertitude sur la capacité pour le juge administratif à appréhender les logiques industrielles et les questions associées des contrats des entités adjudicatrices avec ses fournisseurs. L'organisation actuelle fait sens. Les contrats conclus par les entités adjudicatrices font naître des rapports de droit privé avec leurs fournisseurs. Les contentieux en résultant doivent être traités par le juge judiciaire, qui disposent, dans les grandes juridictions, de juges spécialisés en commande publique. La mesure peut à son tour soulever des interrogations ou complications, pour les acheteurs et leurs co-contractants, car une partie de l'activité des organismes privés concernés serait désormais de la compétence du juge administratif tandis qu'ils continueront de relever, pour le reste, du juge judiciaire. »¹⁹⁴¹

Inefficacité. En tout état de cause, pour 1 avocat sondé, une telle mesure ne serait pas efficace. Il estime que les opérateurs économiques, en particulier les PME, ne fuient pas la commande publique en raison du dualisme juridictionnel. L'efficacité est également remise en cause par un de ses confrères¹⁹⁴², 3 autorités contractantes¹⁹⁴³ et 1 opérateur économique. L'unification contentieuse entraînerait vraisemblablement un engorgement des juridictions administratives¹⁹⁴⁴. Au sens de l'opérateur économique sondé, il serait préférable de privilégier les modes alternatifs de règlement des différends. Pour 2 autorités contractantes, il restera indéniablement des réglementations sectorielles qui ne pourront pas relever de la compétence du juge administratif, en particulier la propriété intellectuelle et le droit pénal. En fait, conclut une collectivité territoriale¹⁹⁴⁵, il s'agit d'un « *sujet de niche* »¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴⁰ 1 AC.

¹⁹⁴¹ Le risque d'insécurité juridique est également perçu par une autre autorité contractante.

¹⁹⁴² Voir propos cités plus haut.

¹⁹⁴³ L'une d'elles écrit que : « *Le contentieux naît de la complexité et du formalisme. C'est bien en amont qu'il faut d'abord intervenir et concentrer les efforts* ».

¹⁹⁴⁴ Plusieurs sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la mesure ont évoqué, eux aussi, ce risque d'engorgement (2 OE).

¹⁹⁴⁵ Une autorité contractante abonde en ce sens en précisant n'avoir « *jamais été confrontée à des difficultés sur ce sujet* ». Une autre explique ne pas être concernée car son contentieux relève exclusivement du juge administratif.

¹⁹⁴⁶ 1 AC.

Sans opinion. Certains sondés (15 sur 333, soit 4,5 %¹⁹⁴⁷) ont indiqué ne pas avoir d'opinion spécifique sur ce sujet¹⁹⁴⁸. Selon 1 opérateur économique, l'unification du contentieux n'apparaît pas comme une mesure prioritaire pour simplifier le droit de la commande publique. Pour 1 autre opérateur économique sondé, qui reconnaît certaines vertus à l'unification, les bénéfices du dualisme juridictionnel semblent cependant plus importants :

« Une jurisprudence harmonisée sous l'égide du juge administratif serait source de sécurisation juridique. Elle faciliterait l'analyse de risque lié au contentieux pour les acteurs de la commande publique. Elle permettrait également un traitement équivalent face à un même droit pour les acteurs qu'ils interagissent avec un pouvoir adjudicateur relevant du juge administratif ou du juge judiciaire.

*En revanche, avoir des approches différenciées permet de faire bouger certaines lignes jurisprudentielles et de bénéficier d'une inspiration mutuelle entre juridictions administratives et judiciaires. »*¹⁹⁴⁹

De leur côté, 4 autorités contractantes supposent qu'une telle mesure serait sans effet sur la simplification ou la complexité du droit de la commande publique. Le contentieux de la commande publique n'est pas un véritable sujet en raison de la proportion infinitésimale de marchés faisant l'objet d'un recours contentieux¹⁹⁵⁰. Par exemple, l'une d'elles indique n'avoir géré en 13 années de service qu'un seul contentieux en marché public. Une autre n'en a connu aucun en 3 années d'expérience.

Apport des résultats. La compétence juridictionnelle semble, pour une majorité des enquêtés, être un élément non négligeable pour évaluer la complexité du droit de la commande publique. Même si certains praticiens s'opposent à une unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif, il demeure que l'appréhension générale de la simplification tient compte de la compétence juridictionnelle.

¹⁹⁴⁷ 13 AC sur 256 (soit 5,07 % : 3 communes, 4 EPCI, 2 départements, 2 administrations territoriales de l'État et 2 autres structures) et 2 OE sur 41 (soit 4,88 % : 2 entreprises de plus de 500 employés). Attention, parmi les autorités contractantes, 2 ont apporté des réponses non-exploitable par manque de détails.

¹⁹⁴⁸ Certains d'entre eux ont indiqué ne pas avoir suffisamment d'expériences contentieuses pour se prononcer.

¹⁹⁴⁹ 1 OE.

¹⁹⁵⁰ À noter, 4 AC considérant la mesure comme non simplificatrice ont également partagé ce constat. L'une d'elles précise : « Cette mesure n'impacterait pas de manière significative le travail des acheteurs, ni sans doute celui des entreprises, compte tenu de la part marginale de la commande publique dans le contentieux des deux ordres de juridiction. La bonne orientation du recours relève principalement de la responsabilité des avocats ».

§II. La réduction du nombre de procédures de passation

Résultats. La simplification du droit de la commande publique qu'emporterait une réduction du nombre de procédures ne convainc qu'une faible majorité d'enquêtés. Si des vertus simplificatrices sont reconnues à cette mesure, notamment pour renforcer la sécurité juridique des procédures de passation (A.), il demeure que son inefficacité est relevée par de nombreux sondés (B.).

A. Les vertus simplificatrices de la réduction du nombre de procédures

Données. À l'instar des interviewés¹⁹⁵¹, les sondés apparaissent divisés sur la vertu simplificatrice d'une réduction du nombre de procédures de passation : cette mesure est moins consensuelle, même si la majorité estime qu'une telle mesure participerait à la simplification du droit de la commande publique (245 sur 426, soit 57,51 %). Précisément, y sont favorables :

- 20 avocats sur 33 (soit 60,61 %) ;
- 200 autorités contractantes sur 339 (soit 59 %) : 36 communes (sur les 59 ayant répondu à la question, soit 61,02 %), 27 EPCI (sur 46, soit 58,70 %), 13 départements (sur 20, soit 65 %), 5 régions (sur 7, soit 71,43 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 18, soit 55,56 %), 9 administrations territoriales de l'État (sur 14, soit 64,29 %), une autorité administrative indépendante (sur 3, soit 33,33 %), 23 EP administratifs de l'État (sur 45, soit 51,11 %), 9 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 14, soit 64,29 %), 7 EP administratifs locaux (sur 9, soit 77,78 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 12, soit 75 %), 9 SEM ou SPL (sur 19, soit 47,37 %), 4 sociétés nationales à capitaux publics (sur 7, soit 57,14 %), aucune personne publique *sui generis* (sur 4, soit 0 %) et 38 autres structures (sur 62, soit 61,29 %) ;
- 25 opérateurs économiques sur 54 (soit 46,30 %) : 4 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 40 % de cette catégorie), 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 57,14 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 12, soit 50 %), 10 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 24, soit 41,67 %) et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

¹⁹⁵¹ Ils étaient 4 à réclamer une réduction du nombre de procédures de passation.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.73**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réduction du nombre de procédures de passation des contrats de la commande publique en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.74**).

Figure 3.73 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de procédures de passation

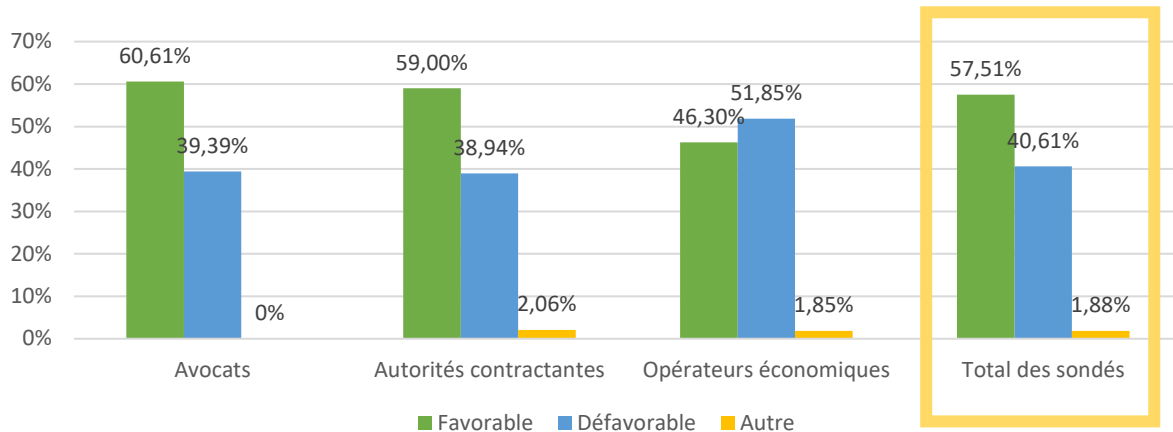


Figure 3.74 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de procédures de passation]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	36	59	61,02
EPCI	27	46	58,70
Département	13	20	65
Région	5	7	71,43
Administration centrale de l'État	10	18	55,56
Administration territoriale de l'État	9	14	64,29
Autorité administrative indépendante	1	3	33,33
EPA de l'État	23	45	51,11
EPIC de l'État	9	14	64,29
EPA local	7	9	77,78
EPIC local	9	12	75
SEM ou SPL	9	19	47,37
Société nationale à capitaux publics	4	7	57,14
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	4	0
Autre	38	62	61,29
Total	200	339	59,00
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	4	10	40
Moins de 50 employés	4	7	57,14
Moins de 500 employés	6	12	50
Plus de 500 employés	10	24	41,67
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	0	0	0
Total	25	54	46,30

Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	20	33	60,61
Total	20	33	60,61

Analyse. La réduction du nombre de procédures de passation est ainsi davantage plébiscitée par les autorités contractantes et les avocats (respectivement à 59 % et 60,61 %) que par les opérateurs économiques (46,3 %). Ceci s’explique vraisemblablement, comme le confirment les justifications avancées par les sondés et restituées ci-dessous, par les organismes qui sont principalement affectés par une telle mesure : les autorités contractantes. Le risque résultant du choix de la procédure de passation pèse exclusivement sur les autorités contractantes, et le risque corrélatif de violation des règles procédurales est également plus élevé à leur encontre qu’à l’égard des opérateurs économiques.

S’agissant des avocats, il est possible que leurs réponses reposent sur les mêmes motivations s’ils conseillent des autorités contractantes ou observent des risques pris par les autorités contractantes même en conseillant des opérateurs économiques. Ils souscrivent d’ailleurs à un certain nombre de justifications avancées ci-dessous portant sur le caractère simplificateur de la réduction du nombre de procédures de passation.

Justifications. Parmi les 245 sondés reconnaissant le caractère simplificateur de cette mesure, 123 ont précisé leur opinion¹⁹⁵². Le traitement de leurs réponses a donné lieu à leur classification autour de deux grands axes de justification : les gains opérationnels (de temps et des pratiques) et la sécurité juridique.

Gains de temps et standardisation des pratiques. La réduction du nombre de procédures est perçue comme simplificatrice en raison du gain de temps et de la standardisation des pratiques qu’elle emporterait, selon 6 avocats, 23 autorités contractantes et 7 opérateurs économiques¹⁹⁵³. Le fait de ne plus s’interroger sur les seuils de publicité et de procédure explique la position de 2 avocats, 2 autorités contractantes et un opérateur économique. D’ailleurs, s’agissant précisément des seuils, l’une des autorités contractantes approuve la mesure qui « *éviterait de se tromper, les seuils étant modifiés tous les deux ans, sans oublier qu’il peut être délicat de jongler entre les différents seuils en fonction du type de marché* ».

¹⁹⁵² Précisément, 99 AC, 12 OE et 12 AV.

¹⁹⁵³ Une autorité contractante propose également une autre solution pour standardiser les pratiques et simplifier le droit de la commande publique : « *le développement d’une nomenclature achat commune à tous les acheteurs pour gérer de façon identique la computation des seuils* ».

public »¹⁹⁵⁴. En outre, cette réduction optimiserait le travail des acheteurs et des juristes, notamment en n'ayant pas à motiver le recours à telle ou telle procédure formalisée, comme le confient un avocat et 4 autorités contractantes¹⁹⁵⁵. Du côté des opérateurs économiques, pour un avocat et 3 opérateurs économiques, le gain de temps s'observerait pour soumissionner, surtout si cette réduction du nombre de procédures s'accompagne d'un allègement administratif.

Quant à la standardisation des pratiques, un avocat relève la difficulté de « *faire comprendre aux acteurs de terrain pourquoi la négociation est possible en procédure adaptée, mais aucunement en appel d'offres* »¹⁹⁵⁶. Dès lors, la standardisation des pratiques permettrait de résoudre cette problématique récurrente si la réduction du nombre de procédures élargissait le recours à la négociation¹⁹⁵⁷.

Enfin, 7 autorités contractantes estiment que cette standardisation faciliterait la maîtrise de la passation des contrats de la commande publique par leurs agents, d'autant plus dans un contexte où les ressources humaines des collectivités sont en manque de spécialistes. Les rares juristes en droit de la commande publique qu'elles engagent pourraient se concentrer sur les procédures les plus complexes et les projets les plus importants. En somme, il s'agirait d'optimiser leurs compétences et connaissances sur un nombre réduit de procédures et de renforcer la professionnalisation des acheteurs.

Sécurité juridique. Pour 5 avocats, 40 autorités contractantes et un opérateur économique, la réduction du nombre de procédures de passation entraînerait une baisse du risque contentieux dans le choix de la procédure¹⁹⁵⁸ et dans l'application des règles procédurales¹⁹⁵⁹, notamment pour des montages contractuels complexes. Pour une autorité contractante, la complexité provient du nombre important de procédures dérogatoires¹⁹⁶⁰. Une

¹⁹⁵⁴ 1 AC.

¹⁹⁵⁵ L'une des autorités contractantes écrit que « *les procédures "à justifier" alourdissent le processus de préparation* ».

¹⁹⁵⁶ 1 AV.

¹⁹⁵⁷ À noter, la question ne mentionnait pas l'allègement des conditions de la procédure avec négociation qui faisait l'objet d'une question distincte. Certains répondants ont évoqué, spontanément, cette éventualité.

¹⁹⁵⁸ À ce propos, 3 autorités contractantes confient que certaines procédures, en raison de leur spécificité et de leur complexité, ne sont jamais utilisées par leur structure, notamment pour l'achat innovant.

¹⁹⁵⁹ Un département sondé indique que ces risques peuvent porter, par exemple, sur les délais à respecter, la compétence des attributaires des marchés ou encre des signataires.

¹⁹⁶⁰ Ce répondant explique : « *Nous avons le sentiment qu'à chaque exception à un principe, une procédure est créée. Il est extrêmement laborieux de s'y retrouver et de ne pas commettre d'impairs au lancement d'un marché* ».

telle proposition coïncide avec les besoins de clarté et stabilité juridique des praticiens¹⁹⁶¹. Les erreurs d'interprétation seraient plus rares¹⁹⁶². Un EPIC local résume l'idée générale :

*« La réduction du nombre de procédures de marchés publics simplifierait le cadre juridique en le rendant plus lisible et cohérent. Elle permettrait de limiter les erreurs, d'accélérer les processus et de réduire la charge administrative. »*¹⁹⁶³

La sécurité juridique s'en trouverait ainsi renforcée avec une meilleure maîtrise des risques juridiques et contentieux. Pour autant, les règles procédurales ne devraient pas être figées, selon une administration centrale de l'État, afin de laisser une marge de manœuvre aux acheteurs dans les règlements de consultation¹⁹⁶⁴.

Propositions des sondés. Au-delà des raisons ayant motivé leur réponse, 31 enquêtés ont soumis l'idée de réduire le cadre actuel à une procédure formalisée (avec la possibilité de pouvoir négocier) ou à deux procédures (appels d'offres et procédure avec négociation) formalisées.

Procédure unique avec option de négociation. Au-delà des seuils européens, 3 avocats, 21 autorités contractantes¹⁹⁶⁵ et un opérateur économique militent pour la réduction du nombre de procédures de passation à une seule procédure formalisée. Une option permettrait, au choix du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, de recourir à la négociation en cours de procédure¹⁹⁶⁶. Une administration centrale de l'État soutient qu'une telle mesure renforcerait l'efficacité de la commande publique. Elle écrit :

¹⁹⁶¹ Comme le confient un avocat et 6 autorités contractantes.

¹⁹⁶² Ceci est expressément évoqué par 9 AC et 1 AV.

¹⁹⁶³ 1 AC.

¹⁹⁶⁴ Textuellement, le répondant écrit : « Une réduction des procédures, surtout sans les figer. Un contrat doit être un projet au choix de l'acheteur dans le règlement de consultation, avec le détail de chaque étape. S'il veut négocier, s'il veut remettre en concurrence au cours de l'exécution (comme avec le SAD actuel), il doit pouvoir le faire. Laisser l'acheteur libre permettrait de faire des économies pour les dépenses publiques et d'avoir des marges plus structurées pour les entreprises ». Une autre autorité contractante (n'ayant pas précisé sa nature) confirme cette approche : « On ne nait pas acheteur public. Cela s'apprend et c'est un travail de longue haleine vu la complexité des règles. Si on laissait à l'acheteur la possibilité d'agir avec le bon sens commun, en fonction de la particularité de la situation à laquelle il est confrontée, des règles de base communes suffiraient amplement, quel que soit le montant ».

¹⁹⁶⁵ L'une de ces autorités contractantes considère que les appels d'offres n'ont que peu d'utilité économique et pratique : « Les appels d'offres restreints n'ont plus d'utilité depuis que les DCE doivent être mis en ligne dès parution des avis de marchés. Les appels d'offres ouverts sont, quant à eux, sans réalité économique aujourd'hui dans le sens où ils empêchent les acheteurs de négocier les offres reçues ».

¹⁹⁶⁶ Une autorité contractante soumet l'idée que cette option puisse réserver la négociation qu'à une sélection de candidats admis à négocier.

« Une procédure de droit commun pour tous les marchés, qui permet la négociation, en laissant le soin à l'acheteur d'adapter le formalisme et les délais en fonction de la nature des prestations, des usages commerciaux et des modèles économiques des marchés économiques adressés, serait forcément plus efficace et permettrait de se focaliser uniquement sur l'attractivité et de la consultation et l'efficacité du marché. Cette solution serait plus pertinente que de retenir une procédure inadaptée, par simple "sécurité juridique". »¹⁹⁶⁷

Pour un avocat, une telle réforme sécuriserait tant la passation que l'exécution du contrat, car *« les différends naissent souvent d'un CCAP et d'un CCTP mal rédigés, sur lesquels le candidat ne peut formuler aucune réserve, et sur lesquels il est contraint de s'engager au risque de voir son offre déclarée irrégulière »¹⁹⁶⁸*. En outre, un EPA local et un EPIC local défendent la possibilité de pouvoir négocier dans un objectif de bon usage des deniers publics¹⁹⁶⁹.

Pour 5 sondés, la négociation ne devrait pas être une option, mais être systématiquement imposée¹⁹⁷⁰. Ces derniers accompagnent une telle proposition d'une recommandation de formations et de qualifications professionnelles d'acheteurs publics.

Sous les seuils européens, la procédure adaptée continuerait d'exister. Toutefois, 2 répondants¹⁹⁷¹ ont confié que, puisque les procédures adaptées sont organisées de manière aussi formelle qu'un appel d'offres, la question d'étendre une unique procédure formalisée à l'ensemble des marchés devrait se poser. Pour l'un d'eux, ceci mettrait un terme aux incertitudes liées à l'application des seuils de publicité et de procédure.

En tout état de cause, la réduction à une unique procédure peut interpeller au regard de l'utilité du dialogue compétitif. Certes, une procédure unique avec une option de négociation

¹⁹⁶⁷ Une autre autorité contractante espère qu'en réduisant à une seule procédure, *« l'unicité du formalisme évitera les écueils dans les procédures de passation »*.

¹⁹⁶⁸ 1 AV. Des constats similaires avaient déjà été relevés lors d'anciennes enquêtes de terrain de la Chaire de droit des contrats publics. Voir : F. Lichère (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, Chaire DCP, 2021, 156 p., disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-liens-entre-regles-de-passation-et-difficultes-dexecution-dans-les-contrats-publics>.

¹⁹⁶⁹ Une autre autorité contractante confirme cette nécessité : *« En effet, en pratique, pour les besoins courants d'un montant supérieur aux seuils, nous sommes « contraints » de retenir des offres qui pourraient être assez élevées sans avoir possibilité d'aller chercher une optimisation financière. Cela paraît assez contradictoire avec le principe de bonne utilisation des deniers publics car pour les besoins les plus chers, nous ne pouvons pas obtenir de meilleures offres via des négociations »*.

¹⁹⁷⁰ 4 AC et 1 AV.

¹⁹⁷¹ 2 AC.

pourrait être envisagée. Seulement, comme le relève une autorité contractante, la pertinence de supprimer le dialogue compétitif reste à démontrer. Cette procédure permet d'adapter le besoin au fur et à mesure de la procédure de passation, lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut pas définir seul les moyens techniques répondant à son besoin¹⁹⁷².

Deux procédures. De leur côté, 5 autorités contractantes et un opérateur économique privilégient une solution à deux procédures formalisées : l'une sans négociation, l'autre avec négociation. Par exemple, un établissement public administratif de l'État propose, au-dessus des seuils européens, soit l'appel d'offres ouvert, soit l'appel d'offres avec négociation¹⁹⁷³. Dans le même sens, une société nationale à capitaux publics fusionnerait la procédure avec négociation et le dialogue compétitif au sein d'une même procédure d'exception¹⁹⁷⁴.

Besoin de négociation. Finalement, les réponses des praticiens témoignent d'un besoin d'élargir le recours à la négociation au sein de la commande publique. Cette ouverture serait un vecteur de simplification significatif du droit de la commande publique¹⁹⁷⁵.

B. L'inefficacité d'une réduction du nombre de procédures

Opinions défavorables. Une minorité non négligeable des enquêtés, à savoir 173 sondés sur 426 (soit 40,61 %) ¹⁹⁷⁶, dénie toute vertu simplificatrice à une mesure de réduction du nombre de procédures de passation des contrats de la commande publique. Il s'agit de la mesure de la sélection soumise aux participants la moins consensuelle pour atteindre l'objectif de simplification du droit de la commande publique. Les **raisons sont multiples** : la maîtrise des procédures actuelles, la souplesse de l'achat et la difficulté d'atteindre l'objectif de simplification du droit de la commande publique avec une telle mesure. Ces résultats sont confortés par la très faible proportion de sondés créant spontanément une corrélation entre la réduction du nombre de catégories de procédures de passation ou de contrats et la simplification

¹⁹⁷² Une autorité contractante s'inscrit en désaccord. Elle estime que la faible mobilisation du dialogue compétitif devrait motiver sa suppression, d'autant que les acheteurs maîtrisent mal cet outil, entraînant des risques de contentieux ou d'irrégularité.

¹⁹⁷³ En-deçà, la procédure adaptée s'appliquerait.

¹⁹⁷⁴ Selon elle, le dialogue compétitif emporte, actuellement, de nombreux risques juridiques.

¹⁹⁷⁵ Voir *infra* : §III.

¹⁹⁷⁶ 132 AC sur 339 (soit 38,94 %), 28 OE sur 54 (soit 51,85 %) et 13 AV sur 33 (soit 39,39 %).

du droit de la commande publique, dans le cadre de la question portant sur la définition de la simplification¹⁹⁷⁷.

Cadre maîtrisé. Tout d’abord, pour 2 avocats, 14 autorités contractantes et un opérateur économique, le cadre juridique actuel des différentes procédures (procédure adaptée, appel d’offres, procédure avec négociation et dialogue compétitif) est clair et maîtrisé par les acteurs de la commande publique. Le Code de la commande publique et les fiches techniques de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l’Économie et des Finances participent à cette clarté, à lire l’une des autorités contractantes. Une autre abonde en ce sens : « *une fois qu’il y a le vade-mecum d’une procédure, il suffit de la suivre* »¹⁹⁷⁸. Elle explique également la maîtrise des outils procéduraux par la réalité du terrain : « *les marchés sans publicité et les marchés à procédure adaptée représentent la majorité des contrats conclus par les organismes publics* »¹⁹⁷⁹.

La maîtrise des procédures actuelles provient également du faible nombre de procédures de passation, selon 2 avocats, 6 autorités contractantes et un opérateur économique. Pour autant, réduire le prisme des procédures de passation pourrait, au contraire, alourdir la passation des marchés les plus simples et les plus courants, selon un avocat et un opérateur économique. Ce dernier, suivi par un avocat, estime que la complexité provient des exceptions et non du nombre de procédures mobilisables :

*« Le nombre de procédures de passation est bien intégré et connu des acheteurs. Les grands opérateurs économiques en ont connaissance également. Les PME sont informées des règles applicables par le règlement de consultation et sont parfois accompagnées par les acheteurs. La réduction du nombre de procédures ne simplifierait pas la pratique, qui repose principalement sur des procédures adaptées, des appels d’offres ou des procédures avec négociation. C’est surtout, à mon sens, les exceptions aux principes des procédures qui complexifient, à l’image des règles distinctes selon le type de pouvoir adjudicateur ou d’entité adjudicatrice. »*¹⁹⁸⁰

D’ailleurs, une réduction du nombre de procédures questionne 3 autorités contractantes et un opérateur économique. Serait-ce un alignement vers des procédures plus rigides ou une

¹⁹⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., C., 5.

¹⁹⁷⁸ 1 AC.

¹⁹⁷⁹ 4 OE suivent ce constat.

¹⁹⁸⁰ 1 OE.

ouverture vers plus de souplesse ? Dans les deux cas, ces répondants partagent leur inquiétude de voir soit une perte de liberté dans la stratégie d'achat des autorités contractantes¹⁹⁸¹, soit un manque de clarté et de sécurité juridique préjudiciable à toutes les parties prenantes.

Souplesse. Ensuite, le nombre actuel de procédures de passation a le mérite, selon 28 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques, d'accorder de la souplesse aux acheteurs dans leurs choix et stratégies contractuelles en s'adaptant aisément aux enjeux, aux besoins, aux prestations souhaitées, ainsi qu'à la taille et au degré de complexité du marché. En diminuant le nombre de procédures, « *la commande publique perdrait en souplesse notamment vis-à-vis des demandes des services techniques, ceci renforcerait aussi l'image de rigidité et de technocratie de l'achat public* »¹⁹⁸², relève une commune. La multiplicité des procédures de passation « *participe à prendre en compte la diversité des rapports économiques* », rapporte un EPCI : « *Les procédures de la commande publique ne doivent être autre chose que l'incarnation des principes de la commande publique pour des rapports d'achats les plus divers* »¹⁹⁸³. Cette simplification risquerait de restreindre les marges de manœuvre des autorités contractantes¹⁹⁸⁴.

Fausse simplification. Enfin, la pertinence d'une telle mesure est interrogée par 4 avocats, 8 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques puisque, selon eux, le nombre de procédures n'emporte aucune conséquence particulière sur la complexité ou la simplification du droit. Ce serait une « *solution de contournement* », avance 1 sondé, en ne cherchant pas à régler les problèmes de fond de la commande publique¹⁹⁸⁵. À suivre 3 autorités contractantes, la complexité proviendrait vraisemblablement d'une méconnaissance de l'utilisation des procédures et des cas d'exception, ainsi que d'un manque de professionnalisation des acheteurs. Ce constat est partagé par 1 opérateur économique :

« La réduction du nombre de procédures ne serait pas nécessairement simplificatrice. Chaque procédure a été pensée pour répondre à des contextes, des montants ou des besoins spécifiques, permettant d'adapter le niveau de publicité, de concurrence et de formalisme. Une simplification

¹⁹⁸¹ Une autorité contractante écrit, dans le cas où le choix serait d'imposer la négociation, que « *la simplification ne serait que de façade puisqu'elle alourdirait, en réalité, la charges des autorités contractantes et des opérateurs économiques* ».

¹⁹⁸² 1 AC.

¹⁹⁸³ 1 AC.

¹⁹⁸⁴ Cette conséquence est expressément mentionnée par 8 autorités contractantes et un opérateur économique.

¹⁹⁸⁵ Il craint, d'ailleurs, qu'une réduction du nombre de procédures de passation ne réduise fortement les stratégies d'achat public.

excessive risquerait d'effacer ces nuances utiles, au détriment de la transparence et de l'égalité d'accès. Le véritable enjeu réside plutôt dans la montée en compétence des acheteurs sur l'existant, et dans une meilleure pédagogie autour des procédures actuelles. Clarifier sans uniformiser reste la voie la plus efficace. »¹⁹⁸⁶

En outre, les habitudes prises par certains élus ou agents ne seraient probablement pas affectées par une réduction des procédures. En effet, comme le confie une collectivité, « *des élus refusent déjà de se soumettre aux procédures de passation en raison de l'habitude de travailler avec telle ou telle entreprise ou pour éviter de concurrencer des commerces locaux* »¹⁹⁸⁷.

Sans opinion. Certains sondés (8 sur 426, soit 1,88 %¹⁹⁸⁸) ont indiqué ne pas avoir d'opinion spécifique sur ce sujet¹⁹⁸⁹.

Apport des résultats. En définitive, il ressort de l'ensemble de ces données que le nombre de procédures de passation n'affecte que faiblement l'appréhension que les praticiens ont de la simplification du droit de la commande publique. En l'état actuel, ceci n'emporte ni complexification ni simplification du droit.

§III. La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs

Données. Une écrasante majorité (14 sur 21) des interviewés se disaient favorables à la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Cette proposition a moins convaincu les répondants aux sondages : une petite majorité estime toutefois qu'une telle mesure serait simplificatrice (251 sur 393, soit **63,87 %**), à l'instar de quelques sondés incluant l'assouplissement du recours à la négociation au sein de leurs définitions de la simplification du droit de la commande publique¹⁹⁹⁰. Précisément, y sont favorables :

¹⁹⁸⁶ 1 OE.

¹⁹⁸⁷ 1 AC.

¹⁹⁸⁸ 7 AC sur 339 (soit 2,06 % : 1 commune, 1 département, 1 administration territoriale de l'État, 2 EP administratifs de l'État, 1 SEM et 1 autre structure), et 1 OE sur 54 (soit 1,85 % : 1 entreprise de plus de 500 employés).

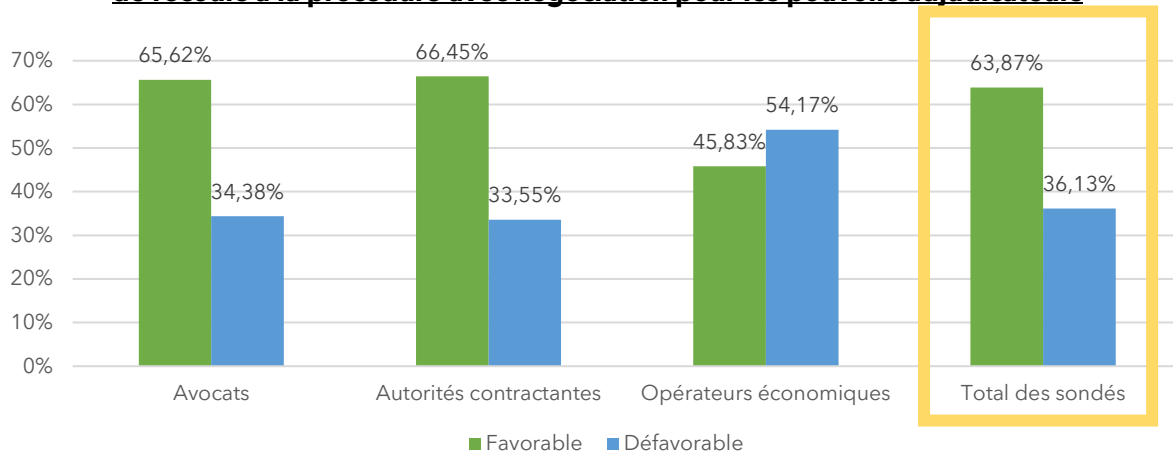
¹⁹⁸⁹ Certains d'entre eux ont indiqué ne pas avoir suffisamment d'expériences contentieuses pour se prononcer.

¹⁹⁹⁰ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., 6.

- 21 avocats sur 32 (soit 65,62 %) ;
- 208 autorités contractantes sur 313 (soit 66,45 %) : 28 communes (sur les 49 ayant répondu à la question, soit 57,14 %), 23 EPCI (sur 38, soit 60,53 %), 14 départements (sur 22, soit 63,64 %), 7 régions (sur 8, soit 87,50 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 17, soit 58,82 %), 6 administrations territoriales de l'État (sur 12, soit 50 %), 3 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 75 %), 30 EP administratifs de l'État (sur 40, soit 75 %), 12 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 80 %), 3 EP administratifs locaux (sur 8, soit 37,50 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 81,82 %), 10 SEM ou SPL (sur 19, soit 52,63 %), 5 sociétés nationales à capitaux publics (sur 6, soit 83,33 %), 2 personnes publiques *sui generis* (sur 3, soit 66,67 %) et 46 autres structures (sur 61, soit 75,41 %) ;
- 22 opérateurs économiques sur 48 (soit 45,83 %) : 3 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 37,50 % de cette catégorie), 5 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 71,43 %), 5 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 45,45 %), 7 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 20, soit 35 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %) ¹⁹⁹¹ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.75**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.76**).

¹⁹⁹¹ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 3.75 : Opinion de la vertu simplificatrice de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs**Figure 3.76 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Supprimer les conditions de recours à la procédure avec négociation]**

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	28	49	57,14
EPCI	23	38	60,53
Département	14	22	63,64
Région	7	8	87,50
Administration centrale de l'État	10	17	58,82
Administration territoriale de l'État	6	12	50
Autorité administrative indépendante	3	4	75
EPA de l'État	30	40	75
EPIC de l'État	12	15	80
EPA local	3	8	37,5
EPIC local	9	11	81,82
SEM ou SPL	10	19	52,63
Société nationale à capitaux publics	5	6	83,33
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	3	66,67
Autre	46	61	75,41
Total	208	313	66,45
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	3	8	37,5
Moins de 50 employés	5	7	71,43
Moins de 500 employés	5	11	45,45
Plus de 500 employés	7	20	35
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	22	48	45,83
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	21	32	65,62
Total	21	32	65,62

Analyse. Comme pour la mesure précédente, la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs recueille un plus grand pourcentage d'avis favorables des autorités contractantes et des avocats (respectivement 66,45 % et 65,62 %) que des opérateurs économiques (45,83 %). Cet écart ne semble pas pouvoir intégralement s'expliquer par le profil des opérateurs économiques au soutien de cette mesure. En effet, si les entreprises de moins de 10 employés sont parmi les opérateurs économiques plébiscitant le moins cette mesure, la catégorie d'opérateurs économiques ayant le pourcentage favorable le plus faible est celle des entreprises de plus de 500 employés. Le degré d'expertise moins élevé des TPE s'agissant de la négociation, faute d'expérience et de personnels dédiés suffisants, ne peut donc être l'unique facteur à l'origine du nombre moins élevé d'opérateurs économiques favorables à cette mesure.

D'autres raisons peuvent être avancées, sans aucune certitude néanmoins. Tout d'abord, il est vrai que la suppression des conditions de recours à la négociation supprimerait une contrainte pour les pouvoirs adjudicateurs davantage que pour les opérateurs économiques. Pour autant, l'assouplissement du recours à la négociation est également plébiscité par les opérateurs économiques, comme en atteste l'enquête qualitative.

Ensuite, il est possible que les opérateurs économiques soient plus sceptiques quant à l'effet simplificateur, en pratique, de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Certains opérateurs économiques pourraient avoir le sentiment que la négociation est généralement limitée au prix, et qu'ainsi le recours plus fréquent à la négociation ne permettrait pas de réels échanges ou avancées entre les candidats et les autorités contractantes.

Enfin, il est possible que l'encadrement juridique de la négociation soit jugé insuffisant et dès lors générateur de risques de violation, même si ce risque semble davantage peser sur les autorités contractantes que sur les opérateurs économiques. Il importe enfin de noter que les résultats de cette question du sondage confortent d'autres résultats de l'enquête quantitative, certaines autorités contractantes sondées liant spontanément l'assouplissement du recours à la négociation à la simplification du droit de la commande publique dans leurs définitions de la simplification.

§IV. La généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens

Données. Une majorité des répondants considère que la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens serait simplificatrice (348 sur 458, soit 75,98 %). Précisément, y sont favorables :

- 25 avocats sur 35 (soit 71,43 %) ;
- 289 autorités contractantes sur 368 (soit 78,53 %) : 43 communes (sur les 65 ayant répondu à la question, soit 66,15 %), 40 EPCI (sur 49, soit 81,63 %), 18 départements (sur 26, soit 69,23 %), 8 régions (sur 8, soit 100 %), 13 administrations centrales de l'État (sur 19, soit 68,42 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 53,33 %), 4 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 100 %), 43 EP administratifs de l'État (sur 48, soit 89,58 %), 12 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 14, soit 85,71 %), 9 EP administratifs locaux (sur 11, soit 81,82 %), 10 EP industriels et commerciaux locaux (sur 12, soit 83,33 %), 14 SEM ou SPL (sur 19, soit 73,68 %), 7 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 87,50 %), 1 personne publique *sui generis* (sur 3, soit 33,33 %) et 59 autres structures (sur 67, soit 88,60 %) ;
- 34 opérateurs économiques sur 55 (soit 61,82 %) : 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 50 % de cette catégorie), 6 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 8, soit 75 %), 8 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 13, soit 61,54 %), 13 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 22, soit 59,09 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)¹⁹⁹² et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.77**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.78**).

¹⁹⁹² Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 3.77 : Opinion de la vertu simplificatrice de la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens

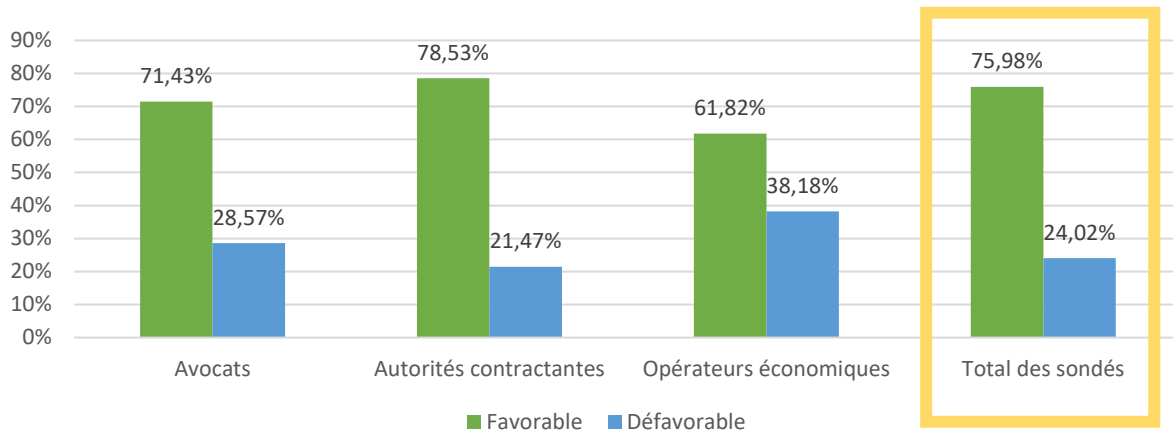


Figure 3.78 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Généralisation de la publicité]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	43	65	66,15
EPCI	40	49	81,63
Département	18	26	69,23
Région	8	8	100
Administration centrale de l'État	13	19	68,42
Administration territoriale de l'État	8	15	53,33
Autorité administrative indépendante	4	4	100
EPA de l'État	43	48	89,58
EPIC de l'État	12	14	85,71
EPA local	9	11	81,82
EPIC local	10	12	83,33
SEM ou SPL	14	19	73,68
Société nationale à capitaux publics	7	8	87,50
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	3	33,33
Autre	59	67	88,60
Total	289	368	78,53
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	5	10	50
Moins de 50 employés	6	8	75
Moins de 500 employés	8	13	61,54
Plus de 500 employés	13	22	59,09
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	34	55	61,82
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	25	35	71,43
Total	25	35	71,43

Analyse. Au regard de ces résultats, il apparaît que la généralisation de la publicité adaptée pour les marchés d'un montant se situant entre 40 000 euros et les seuils européens serait plus favorablement accueillie par les autorités contractantes (78,53 %), que par les avocats (71,43 %) et les opérateurs économiques (61,82 %). Ce constat est parfaitement logique puisque les autorités contractantes constitueraient les premières bénéficiaires de l'allègement des mesures de publicité. À rebours, les opérateurs économiques pourraient, *de facto*, perdre des chances de participer à une procédure de passation en manquant l'information du lancement d'une procédure de passation.

En dehors de ce constat général, la diversité des résultats ne permet de formuler aucune hypothèse spécifique pour justifier les variations observées au sein de chaque catégorie de sondés. En effet, l'implantation locale ou nationale des autorités contractantes ne paraît pas constituer un critère d'analyse pertinent dans la mesure où les taux les plus faibles sont aussi bien le fait de personnes publiques *sui generis* (33,33 %), de communes (66,15 %), de départements (69,23 %), mais aussi d'administrations centrales de l'État (68,42 %), soit des autorités nationales. Dans le même sens, les taux les plus élevés émanent d'autorités administratives indépendantes (100 %), mais aussi d'établissements publics de coopération intercommunale (81,63 %), d'établissements publics locaux, qu'ils soient administratifs (81,82 %) ou industriels et commerciaux (83,33%). On peut, tout au plus, en déduire que la généralisation de la publicité adaptée pour les marchés publics compris entre 40 000 euros et les seuils européens suscite l'enthousiasme des établissements publics, quelle que soit leur nature.

La taille de l'entreprise aurait pu constituer un critère d'analyse pertinent si les résultats avaient suivi une progression linéaire, ce qui est le cas lorsque l'on compare les taux de réponses positives des entreprises de moins de 10 employés (50 %) et des entreprises comptant 11 à 50 salariés (75 %). Cependant, une rupture s'observe pour les entreprises employant 51 à 500 personnes (61,54 %) et la décroissance se poursuit avec les entreprises de plus de 500 employés (59,09 %).

§V. La clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros

Données. En miroir de certains interviewés mettant en cause l'incertitude entourant les dispenses de publicité et de mise en concurrence préalables¹⁹⁹³, une majorité des répondants considère que la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros serait simplificatrice (306 sur 445, soit 68,76 %). Précisément, y sont favorables :

- 20 avocats sur 31 (soit 64,52 %) ;
- 256 autorités contractantes sur 364 (soit 70,33 %) : 47 communes (sur les 63 ayant répondu à la question, soit 74,60 %), 34 EPCI (sur 48, soit 70,83 %), 22 départements (sur 27, soit 81,48 %), 6 régions (sur 8, soit 75 %), 13 administrations centrales de l'État (sur 18, soit 72,22 %), 12 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 80 %), 2 autorités administratives indépendantes (sur 3, soit 66,67 %), 34 EP administratifs de l'État (sur 44, soit 77,27 %), 7 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 13, soit 53,85 %), 9 EP administratifs locaux (sur 11, soit 81,82 %), 11 EP industriels et commerciaux locaux (sur 13, soit 84,61 %), 11 SEM ou SPL (sur 19, soit 57,89 %), 2 sociétés nationales à capitaux publics (sur 7, soit 28,57 %) et 46 autres structures (sur 71, soit 64,79 %) ;
- 30 opérateurs économiques sur 50 (soit 60 %) : 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 62,50 % de cette catégorie), 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 6, soit 66,67 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 54,55 %) et 15 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 23, soit 65,22 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.79**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.80**).

¹⁹⁹³ Cf. *supra*, Partie 2, Section 2, §II., A.

Figure 3.79 : Opinion de la vertu simplificatrice de la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros

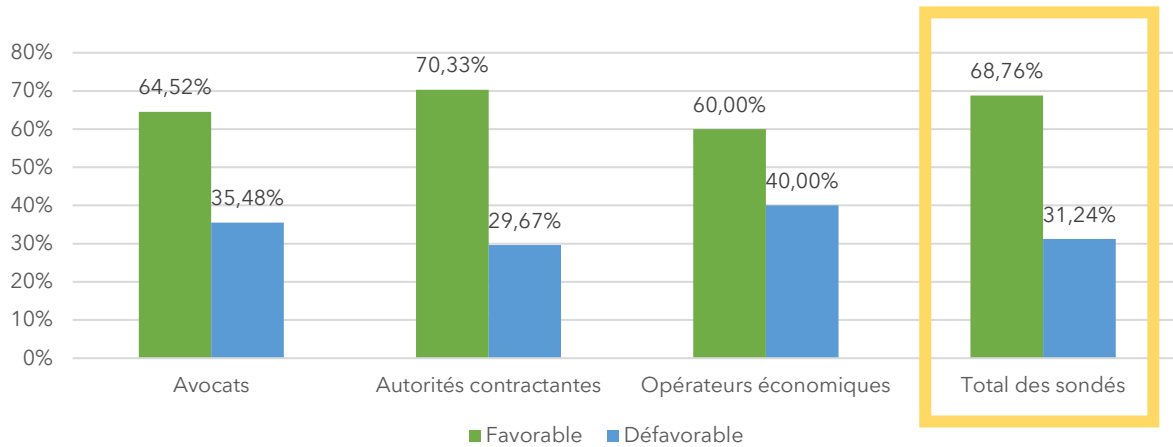


Figure 3.80 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Marchés inférieurs à 40 000 euros]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	47	63	74,60
EPCI	34	48	70,83
Département	22	27	81,48
Région	6	8	75
Administration centrale de l'État	13	18	72,22
Administration territoriale de l'État	12	15	80
Autorité administrative indépendante	2	3	66,67
EPA de l'État	34	44	77,27
EPIC de l'État	7	13	53,85
EPA local	9	11	81,82
EPIC local	11	13	84,61
SEM ou SPL	11	19	57,89
Société nationale à capitaux publics	2	7	28,57
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	4	0
Autre	46	71	64,79
Total	256	364	70,33
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	5	8	62,50
Moins de 50 employés	4	6	66,67
Moins de 500 employés	6	11	54,55
Plus de 500 employés	15	23	65,22
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	0	1	0
Total	30	50	60
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	20	31	64,52
Total	20	31	64,52

Analyse. Les données statistiques témoignent d'un taux d'adhésion à la proposition plus élevé auprès des structures administratives avec, par exemple, 81,82 % pour les EPA locaux, 81,48 % pour les départements, 80 % pour les administrations territoriales de l'État, 74,60 % pour les communes ou encore 70,83 % pour les EPCI. Au contraire, les autorités contractantes à caractère industriel et commercial sont plus réservées (28,57 % pour les sociétés nationales à capitaux publics, 57,89 % pour les SEM ou SPL et 53,85 % pour les EPIC de l'État), à l'exception des EPIC locaux (84,61 %). L'explication de cette divergence peut se trouver dans l'hypothèse suivante : les structures à caractère industriel ou commercial, habituées aux logiques de gestion privée, apprécient la souplesse accordée par le seuil de 40 000 euros et craignent qu'une clarification conduise à restreindre leur liberté contractuelle.

Du côté des opérateurs économiques, les résultats peuvent s'expliquer par le fait qu'ils ne ressentent pas forcément de besoin de clarification en l'état actuel, ceux-ci n'ayant pas la maîtrise de la procédure de passation. Le faible taux de réponses écrites, pour préciser leur position initiale, ne permet pas, non plus, de comprendre les justifications d'une adhésion modérée à la proposition. Il en va de même pour les avocats.

Moyens. Les 306 sondés estimant la mesure simplificatrice ont été interrogés sur l'outil permettant cette clarification (loi, décret, jurisprudence, guide, etc.) et son contenu. Une partie d'entre eux (206 enquêtés sur 306) s'est prononcée sur ces modalités. Le taux de participation (67,32 %) témoigne de l'intérêt porté par les participants à la clarification des exigences applicables aux marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros. La réponse d'une commune illustre les difficultés des certains acheteurs sur ce point qui se retrouvent, en pratique, avec peu de marge de manœuvre concernant la conclusion de ces marchés :

« Nous sommes coincés entre une liberté apparente (avec la conclusion de marchés sans publicité ni mise en concurrence) et la nécessité de respecter les principes de la commande publique, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur. Or, en réalité, ceci nous pousse fortement à mettre les opérateurs économiques en concurrence et à créer des règles internes pour sécuriser cette procédure. Finalement, ces règles internes se rapprochent de celles des MAPA. Puis, comme nous essayons de sécuriser nos MAPA, ces derniers

ressemblent beaucoup à des appels d'offres dans lesquels le délai de publicité n'est pas contraint et durant lesquels il n'est pas possible de négocier. »¹⁹⁹⁴

La clarification semble donc une nécessité pour redonner un sens à la liberté de choix des acheteurs lorsque le montant du besoin à satisfaire est inférieur à 40 000 euros. Cette liberté est appréhendée différemment selon les répondants. Si 4 répondants s'en tiennent à des considérations opérationnelles¹⁹⁹⁵ et 10 autres prônent de s'en tenir simplement à la liberté contractuelle à condition de contrôler la computation des seuils et le roulement des entreprises titulaires¹⁹⁹⁶, une forte majorité des sondés indique directement ou indirectement un besoin de réglementation, ou à tout le moins de dispositifs de droit souple. Précisément, 27 enquêtés¹⁹⁹⁷ ont expressément mentionné que la clarification devrait s'opérer par voie législative, réglementaire ou jurisprudentielle¹⁹⁹⁸, contre 23 favorables à des mesures de droit souple (par exemple : lignes directrices ou circulaires des ministères, modèles de lettre de consultation ou de DCE, modèles de contrats, des fiches techniques ou un guide de bonnes pratiques de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances)¹⁹⁹⁹.

Clarifier les modalités de la mise en concurrence. Comme le relève un avocat, les pouvoirs adjudicateurs ont besoin d'un cadre procédural clair et défini. Ceci renforcerait la sécurité juridique de leurs contrats *« en réduisant les risques, pour eux, de se voir reprocher des manquements »*²⁰⁰⁰.

La principale attente en la matière est de considérer définitivement que, quel que soit le processus mis en œuvre pour conclure un contrat dont la valeur est inférieure à 40 000 euros,

¹⁹⁹⁴ 1 AC.

¹⁹⁹⁵ Pour un avocat et une autorité contractante, il s'agit d'une simple cohérence à instaurer à travers de la formation et de la pédagogie des acheteurs. Pour une administration territoriale de l'État, ce sont les logiciels d'achat qui ne sont pas adaptés à ces contrats. Une autre autorité contractante évoque l'idée de *« plateformes gratuites permettant de faire des mises en concurrence simples et officialisées pour une meilleure traçabilité et toucher plus de candidats sans pour autant alourdir les formalités »*.

¹⁹⁹⁶ 8 AC et 2 OE. Certains d'entre eux recommandent, toutefois, une clarification quant à cette liberté pour les acheteurs. Une autorité contractante ajoute également de laisser le choix à chaque acheteur de définir ses propres règles internes pour la conclusion de marchés dont la valeur est inférieure à 40 000 euros.

¹⁹⁹⁷ 24 AC, 2 OE et 1 AV.

¹⁹⁹⁸ Une forte majorité d'entre eux souhaitent l'ajout d'articles dans le Code de la commande publique pour préciser les modalités applicables à ces marchés afin d'unifier les pratiques et les interprétations juridiques. Par ailleurs, la création d'un CCAG spécifique à ces contrats est demandée par 3 autorités contractantes, en laissant la possibilité pour les acheteurs d'y déroger dans le contrat ou le bon de commande. Pour l'une d'elles : *« [Ce CCAG serait] les conditions générales d'achat pour les petits marchés comprenant le minimum d'élément pour la bonne exécution. Il faudrait un document au formalisme et à la rédaction simples pour permettre aux TPE et PME de le comprendre. Surtout, ce serait un moyen d'éviter les conflits sur l'application des conditions générales d'utilisation au dos des devis des entreprises »*.

¹⁹⁹⁹ 19 AC et 4 OE.

²⁰⁰⁰ 1 AV.

la procédure ne saurait être qualifiée de procédure adaptée ou formalisée²⁰⁰¹. L'objectif de la mesure est donc de distinguer formellement la procédure sans publicité et mise en concurrence de la procédure adaptée.

La clarification devrait se concentrer, selon 3 avocats, 22 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, sur les conditions minimales de concurrence (notamment sur le nombre de consultations, les modalités de choix du titulaire, le roulement des titulaires²⁰⁰²) et de traçabilité des achats à respecter, voire des modalités de publicité facultatives recommandées. Un EPA de l'État alerte sur les risques de corruption et de favoritisme que pourrait emporter une absence d'encadrement des procédures sans publicité et mise en concurrence, d'où l'utilité de préciser de telles exigences minimales pour renforcer l'intégrité de la commande publique²⁰⁰³. Aussi, à suivre un avocat et 9 autorités contractantes, une procédure allégée pourrait être instituée²⁰⁰⁴ par le Code de la commande publique ou conseillée dans un guide de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances afin d'uniformiser les pratiques. Une administration centrale de l'État propose de retenir une procédure générale souple *« exigeant uniquement d'obtenir des offres, y compris par comparaison de catalogues ou de pages internet, permettant une comparaison objective pour déterminer l'offre économiquement la plus responsable »* pour des fournitures et prestations courantes²⁰⁰⁵. En cas de prestations spécifiques, l'attribution du contrat nécessiterait une évaluation des offres à partir d'une hiérarchisation de critères de pondération. En tout état de cause, la simplicité et la clarté opérationnelle doivent être recherchées afin de *« faciliter la communication par les juristes aux services prescripteurs des processus applicables »*, insiste un organisme public hospitalier²⁰⁰⁶.

Par ailleurs, un devoir d'information par l'acheteur pourrait être mis en place pour garantir le jeu de la concurrence. Une entreprise explique sa proposition :

« Quand les entreprises sont sollicitées directement par les acheteurs, bien souvent, ils ne précisent pas si les opérateurs économiques sont mis en concurrence ou non et, non plus, le seuil maximum de procédure. Les

²⁰⁰¹ 11 AC, 1 OE et 1 AV ont explicitement indiqué ce point dans leurs réponses.

²⁰⁰² Quelques-uns d'entre eux demandent une clarification de l'expression présente à l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique : *« à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »*.

²⁰⁰³ Une autre autorité contractante abonde également en ce sens.

²⁰⁰⁴ Ou à tout le moins un formalisme minimum pourrait être exigé.

²⁰⁰⁵ 1 AC.

²⁰⁰⁶ 1 AC.

*acheteurs devraient avoir l'obligation de préciser la procédure qu'ils mettent en œuvre, s'ils font appel à plusieurs entreprises pour faire un devis, le seuil maximum de la consultation ainsi que le résultat de la consultation. Aujourd'hui, il arrive que nous n'ayons aucune idée de ce que deviennent nos devis. »*²⁰⁰⁷

Pour un avocat, l'enjeu porte sur la clarification de la signification de l'expression « *sans publicité ni mise en concurrence* »²⁰⁰⁸. Un avocat considère que, dès lorsqu'un acheteur consulte plusieurs opérateurs économiques, la mise en concurrence est caractérisée. Partant, il renonce à la possibilité de passer le marché de gré à gré et doit appliquer les règles régissant les procédures adaptées. Sur ce point, la position d'une autorité contractante diverge. Elle s'étonne que les notions de sourcing et de mise en concurrence soient confondues en matière de marchés conclus sans publicité ni mise en concurrence. Le fait de consulter deux opérateurs économiques ou plus, dans le cadre d'un marché dont le montant est inférieur à 40 000 euros, s'inscrirait finalement dans une démarche de sourcing et non de mise en concurrence. Un établissement public de santé appuie cette analyse :

*« Les demandes de devis dans le cadre d'un sourcing ne doivent pas être considérées comme un MAPA. Il s'agit juste de vérifier la bonne utilisation des deniers publics et le roulement des titulaires, lorsqu'il y a plusieurs opérateurs économiques possibles. Les personnes réalisant ce type d'achat ne sont pas forcément des acheteurs de métier et ne connaissent donc pas le secteur fournisseur. Ils passent par un annuaire pour demander au niveau local des devis. Mettre en œuvre une procédure adaptée avec mise en concurrence serait contreproductif, surtout pour des montants aussi faibles. »*²⁰⁰⁹

Toutefois, cette dissociation est à relativiser, en particulier en cas de demande de devis puisque ce dernier ne se distingue aucunement d'une offre en raison de son contenu (proposition des prestations et du prix). C'est pourquoi un EPA de l'État restreint cette dissociation à la consultation des catalogues en ligne et aucunement aux besoins spécifiques qui nécessitent un chiffrage par devis. Sinon, comme le suggère une autre autorité contractante, le Code de la

²⁰⁰⁷ 1 OE.

²⁰⁰⁸ 1 AV.

²⁰⁰⁹ 1 AC. La conciliation entre les exigences procédurales et leur coût financier (direct et indirect) est une préoccupation partagée par un département.

commande publique devrait préciser « *si la phase de sourçage peut donner lieu à une demande de chiffrage (remise de devis) auprès des entreprises* »²⁰¹⁰.

Renforcer la transparence. De leur côté, les opérateurs économiques attendent un minimum de publicité et de mise en concurrence pour ces contrats en publiant des annonces de consultation simplifiée²⁰¹¹, voire en publiant également des avis d’attribution²⁰¹². Sur ce dernier point, une autorité contractante souhaiterait que le Code de la commande publique instaure une obligation de publication des résultats des marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros. Cet avis indiquerait l’identité du titulaire et des soumissionnaires évincés, accompagnée de leur numéro SIRET.

Autres exigences attendues. Enfin, d’autres attentes ont été évoquées par une minorité de sondés :

- La précision de la règle de computation des seuils, notamment au sein d’une même famille d’achat ou d’opération de travaux²⁰¹³ ;
- L’insertion de clauses minimales dans les contrats écrits (à partir de 25 000 euros)²⁰¹⁴ ;
- La clarification de la notion d’offre pertinente par rapport à celle d’offre économiquement la plus avantageuse²⁰¹⁵ ;
- Le rappel de la nécessité de vérifier les attestations fiscales et sociales, ainsi que les assurances²⁰¹⁶ ;
- La clarification de l’application ou non de l’obligation d’avoir au moins un critère environnemental à compter de 2026 pour ces achats de faible montant²⁰¹⁷.

Apport des résultats. L’ensemble de ces réponses éclaire l’appréhension de la simplification du droit de la commande publique par une majorité des praticiens sondés. Effectivement, au-delà de savoir si la clarification est nécessaire ou non et comment celle-ci devrait s’opérer, l’objectif de cette question posée au panel d’enquête est de dessiner les contours de la notion de simplification. Or, l’une des hypothèses de la présente recherche est celle de l’influence de l’encadrement juridique sur la simplification. Autrement dit, est-ce que

²⁰¹⁰ 1 AC.

²⁰¹¹ 3 OE.

²⁰¹² 1 OE.

²⁰¹³ 3 AC.

²⁰¹⁴ 2 AC.

²⁰¹⁵ 1 AC.

²⁰¹⁶ 1 AC.

²⁰¹⁷ 1 AC.

produire de nouvelles normes ou des textes de droit souple participe à la simplification du droit de la commande publique ?

Au regard des résultats, cette hypothèse semble se confirmer. Les répondants soulignent l'importance de la sécurité juridique qu'opère une clarification des exigences minimales relatives à la conclusion des contrats dont le montant, hors taxes, est inférieur à 40 000 euros. La reconnaissance d'une liberté totale n'est recherchée que par une très faible minorité d'enquêtés. La majorité attend une profonde clarification, allant jusqu'à l'instauration d'une procédure simplifiée pour ces achats. Cette exigence se comprend par les divergences d'interprétations qu'ont les juristes, les avocats et les juridictions de la notion de marché passé sans publicité ni mise en concurrence. La pratique des trois devis illustre les tensions entre la recherche de simplification du droit de la commande publique et le besoin de précisions juridiques, éventuellement apportées par des ajouts législatifs ou réglementaires²⁰¹⁸.

Focus sur la pratique des trois devis

Dans le cadre de leurs réponses écrites, 84 enquêtés²⁰¹⁹ ont spontanément mentionné **le besoin de clarifier la pratique des trois devis pour la conclusion de marchés dont le montant est inférieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence**. Cette pratique consiste à demander la remise d'un devis à trois opérateurs économiques pour satisfaire un besoin identifié par l'acheteur afin de contracter avec le moins-disant. Or, la légalité d'une telle pratique questionne les praticiens au regard, principalement, de trois décisions juridictionnelles.

Tout d'abord, **sous l'empire du Code des marchés publics de 2006**, il a pu être considéré que « *les demandes de devis [...] adressées par la [commune] à quatre fournisseurs, indiquaient les caractéristiques de la tondeuse dont elle souhaitait faire l'acquisition sans leur faire connaître les critères, notamment de prix et de performance technique, sur lesquels elle se serait fondée pour retenir l'une des offres en concurrence* »²⁰²⁰. La procédure a été menée en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Seulement, cette décision se comprend en

²⁰¹⁸ L'encart ci-après expose le cas spécifique de la pratique des trois devis.

²⁰¹⁹ 76 AC, 5 OE et 3 AV.

²⁰²⁰ CAA Douai, 31 décembre 2012, *Commune de Hoymille*, n° 11DA00590.

raison du fait que la procédure mobilisée relevait, en l'espèce, d'une procédure adaptée et aucunement d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence.

Ensuite, **sous le régime du Code de la commande publique**, la demande de trois devis est revenue au centre des discussions et des inquiétudes à la suite d'un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg. Dans l'affaire *Commune de Petit-Rederching*²⁰²¹, l'annulation d'un marché conclu après réception de trois devis, au titre d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence, a été prononcée au motif que le contrat avait été conclu en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique relatif au critère unique du prix, le tribunal considérant que la procédure relevait d'une procédure adaptée. En réalité, cette solution se justifie au regard des faits de l'espèce puisque la commune avait établi, dans le cadre de la passation de ce contrat, des mesures de publicité et un règlement de consultation, alors même qu'elle inscrivait sa procédure sous le régime sans publicité ni mise en concurrence. Ceci témoignait, pour le tribunal, de la volonté pour la commune de se placer dans le cadre d'une procédure adaptée impliquant une mise en concurrence. Ce jugement a donc été mal interprété puisqu'il ne disait pas qu'une demande de trois devis équivalait à se placer dans le cadre d'une procédure adaptée.

À l'inverse, dans le cadre d'un marché conclu de gré à gré, lorsque l'acheteur sollicite uniquement des devis auprès de trois opérateurs économiques, sans procéder à des mesures de publicité, il n'entend pas se placer dans le cadre d'une procédure adaptée. Dès lors, pour la Cour administrative d'appel de Nantes, la pratique des trois devis est régulière²⁰²².

Face à ces **fluctuations jurisprudentielles, une incertitude généralisée se constate auprès des répondants**. Le sondage en ligne ayant été ouvert de juin à juillet 2025, l'ensemble des participants étaient dans l'attente de la position du Conseil d'État, expliquant leur volonté d'une clarification de la légalité (ou non) de cette pratique.

Si 3 autorités contractantes recommandent l'interdiction de cette pratique (une prohibition éventuellement inscrite dans le Code de la commande publique), 81 enquêtés la défendent²⁰²³

²⁰²¹ TA Strasbourg, 16 mai 2024, n° 2108389.

²⁰²² CAA Nantes, 7 février 2025, *Commune de de Tilly-sur-Seulles*, n° 24NT00896.

²⁰²³ 2 avocats et 3 autorités contractantes proposent que la pratique des trois devis soit généralisée, voire imposée par le Code de la commande publique pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence.

et souhaitent des clarifications sur les formalités à suivre pour sécuriser juridiquement le contrat. Principalement, les sondés attendent de savoir clairement si la pratique des trois devis relève d'une procédure adaptée ou d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence²⁰²⁴. Pour 3 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, les demandes de devis se distinguent des procédures de gré à gré en raison de la mise en concurrence qu'elles emportent. Dès lors, il faudrait préciser si les critères d'attribution doivent être systématiquement indiqués par l'acheteur dans ses demandes et si des pièces spécifiques sont à fournir.

En outre, selon 2 autorités contractantes, l'interdiction de contracter systématiquement avec le même opérateur doit être précisée. En l'état actuel du droit, des doutes persistent quant au roulement des titulaires vis-à-vis de la bonne gestion des deniers publics. L'une des autorités contractantes explique que « *si l'opérateur reste le mieux-disant, il devrait pouvoir être sollicité à chaque fois* »²⁰²⁵.

Enfin, parmi les 81 répondants favorables à la pratique des trois devis, 23 considèrent qu'elle s'inscrit pleinement dans une procédure de gré à gré²⁰²⁶. Pour un avocat, il est indispensable de « *confirmer qu'une comparaison de devis est possible pour ne pas pénaliser les acheteurs qui veulent réaliser un achat efficient d'un point de vue économique, sans faire peser un risque de requalification en MAPA* »²⁰²⁷. Un EPCI abonde en ce sens :

« *Il faut encourager simplement cette pratique pour la bonne gestion des deniers publics. La possibilité de choisir directement le prestataire de son choix doit être conservée pour ces petits marchés publics qui permettent, également, de soutenir l'économie locale en attribuant ces derniers à des TPE ou PME.* »²⁰²⁸

De même, un EPIC local souligne les conséquences d'assimiler la pratique des trois devis à une mise en concurrence. Les acheteurs seraient alors soumis à des « *obligations lourdes* »

²⁰²⁴ 20 AC et 2 OE.

²⁰²⁵ 1 AC.

²⁰²⁶ 22 AC et 1 AV. Certains préconisent d'inscrire dans le Code de la commande publique que la demande de trois devis auprès d'opérateurs économiques ne constitue pas une mise en concurrence et ne peut donc être assimilée à une procédure adaptée.

²⁰²⁷ 1 AV.

²⁰²⁸ 1 AC.

pour des procédures avec de faibles montants, « *alors que dans un souci d'efficacité économique, il est parfois bon d'avoir au moins deux prix pour comparer* »²⁰²⁹.

Il demeure que, dans le cas d'un contrat de gré à gré, il conviendrait, selon une autorité contractante, de préciser le droit des opérateurs économiques sollicités à obtenir l'information du rejet de leur offre, la motivation ainsi que la possibilité de pouvoir déposer un référé précontractuel ou contractuel. Ce formalisme éventuel n'est pas accueilli par une entité adjudicatrice défendant la souplesse des marchés de petits montants. Une autre autorité contractante rejette, d'ailleurs, explicitement tout droit à information des candidats non retenus et tout recours devant un tribunal.

En tout état de cause, pour 4 autorités contractantes, la conclusion de gré à gré d'un marché doit être possible sur demande d'un seul devis.

§VI. La réinstauration du marché public simplifié

Données. Une majorité des répondants considère que la réinstauration du marché public simplifié serait pertinente (254 sur 369, soit 68,83 %). L'idée serait de permettre une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET afin d'obtenir automatiquement certaines informations sur l'opérateur économique qui ne serait, dès lors, plus tenu de les communiquer à chaque réponse à un marché. Précisément, sont favorables à cette mesure :

- 19 avocats sur 27 (soit 70,37 %) ;
- 204 autorités contractantes sur 301 (soit 67,77 %) : 36 communes (sur les 52 ayant répondu à la question, soit 69,23 %), 22 EPCI (sur 34, soit 64,71 %), 20 départements (sur 22, soit 90,91 %), 5 régions (sur 6, soit 83,33 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 71,43 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 12, soit 66,67 %), 2 autorités administratives indépendantes (sur 3, soit 66,67 %), 26 EP administratifs de l'État (sur 40, soit 65 %), 11 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 73,33 %), 5 EP administratifs locaux (sur 9, soit 55,56 %), 6 EP industriels et commerciaux locaux

²⁰²⁹ 1 AC.

(sur 10, soit 60 %), 14 SEM ou SPL (sur 16, soit 87,50 %), 5 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 62,50 %), une personne publique *sui generis* (sur 2, soit 50 %) et 33 autres structures (sur 58, soit 56,90 %) ;

- 31 opérateurs économiques sur 41 (soit 75,61 %) : 7 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 70 % de cette catégorie), 3 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 5, soit 60 %), 7 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 77,78 %), 13 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 16, soit 81,25 %) et un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %) ²⁰³⁰.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.81**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réinstauration du marché public simplifié en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.82**).

Figure 3.81 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réinstauration du marché public simplifié

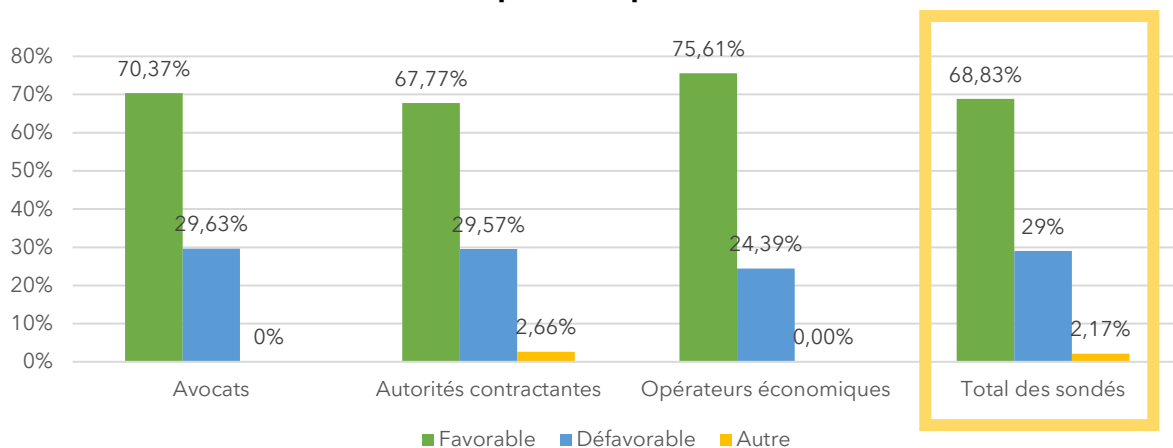


Figure 3.82 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Marché public simplifié]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	36	52	69,23
EPCI	22	34	64,71
Département	20	22	90,91
Région	5	6	83,33
Administration centrale de l'État	10	14	71,43
Administration territoriale de l'État	8	12	66,67
Autorité administrative indépendante	2	3	66,67
EPA de l'État	26	40	65
EPIC de l'État	11	15	73,33

²⁰³⁰ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

EPA local	5	9	55,56
EPIC local	6	10	60
SEM ou SPL	14	16	87,50
Société nationale à capitaux publics	5	8	62,50
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	2	50
Autre	33	58	56,90
Total	204	301	67,77
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	7	10	70
Moins de 50 employés	3	5	60
Moins de 500 employés	7	9	77,78
Plus de 500 employés	13	16	81,25
Association à but non lucratif	0	0	0
Autre	1	1	100
Total	31	41	75,61
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	19	27	70,37
Total	19	27	70,37

Analyse. La restauration du dispositif du marché public simplifié emporte la conviction de l'ensemble des catégories de sondés, à commencer par les opérateurs économiques (75,61 %) puis les avocats (70,37 %) et les autorités contractantes (67,77 %). Une hypothèse peut être formulée pour expliquer ces résultats : les opérateurs économiques seront les premiers bénéficiaires de l'allègement des formalités administratives consécutif à l'adoption d'une telle mesure. Il est, en revanche, plus surprenant de constater l'enthousiasme mesuré des autorités contractantes, qui se plaignent pourtant massivement du caractère coûteux et chronophage de l'analyse des dossiers de candidature.

Dans le détail, aucune hypothèse spécifique ne peut être formulée pour expliquer les variations conséquentes – entre 50 % pour les personnes publiques *sui generis* et 90, 91% pour les départements – au sein de la catégorie des autorités contractantes. En revanche, on observe que le taux d'opérateurs économiques favorables à la restauration du marché public simplifié croît proportionnellement avec le nombre d'employés, avec toutefois une rupture pour les entreprises de moins de 50 salariés. Aussi, cette mesure paraît plus favorable aux grandes entreprises qu'aux TPE/PME, probablement pour des raisons tenant à la technicité de cet outil.

§VII. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures

Données. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures est perçue presque unanimement par les répondants comme étant une mesure simplificatrice (424 sur 465, soit 91,18 %). Précisément, ce dispositif est considéré comme simplificateur par :

- 30 avocats sur 34 (soit 88,24 %) ;
- 343 autorités contractantes sur 373 (soit 91,96 %) : 53 communes (sur les 65 ayant répondu à la question, soit 81,54 %), 49 EPCI (sur 51, soit 96,08 %), 27 départements (sur 27, soit 100 %), 8 régions (sur 8, soit 100 %), 16 administrations centrales de l'État (sur 17, soit 94,12 %), 10 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 66,67 %), 4 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 100 %), 46 EP administratifs de l'État (sur 47, soit 97,87 %), 14 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 93,33 %), 8 EP administratifs locaux (sur 10, soit 80 %), 12 EP industriels et commerciaux locaux (sur 13, soit 92,31 %), 17 SEM ou SPL (sur 18, soit 94,44 %), 8 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 100 %), 4 personnes publiques *sui generis* (sur 4, soit 100 %) et 67 autres structures (sur 71, soit 94,37 %) ;
- 51 opérateurs économiques sur 58 (soit 87,93 %) : 9 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 90 % de cette catégorie), 7 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 9, soit 77,78 %), 11 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 100 %), 22 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 26, soit 84,61 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)²⁰³¹ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

Analyse. Cette mesure de centralisation des documents figure en tête du classement des dispositifs de simplification du droit de la commande publique pour l'ensemble des enquêtés, et plus particulièrement pour les panels « *autorités contractantes* » et « *opérateurs économiques* ». Ces données confortent les critiques portées par les participants lors des entretiens semi-directifs et le sondage en ligne à l'encontre de la complexité administrative qui

²⁰³¹ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

irrigue la commande publique, tant du côté des acheteurs et des autorités concédantes, que des opérateurs économiques.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en valeur absolue et en pourcentages (**Figure 3.83**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.84**).

Figure 2.83 : Opinion de la vertu simplificatrice de la centralisation des documents et attestations

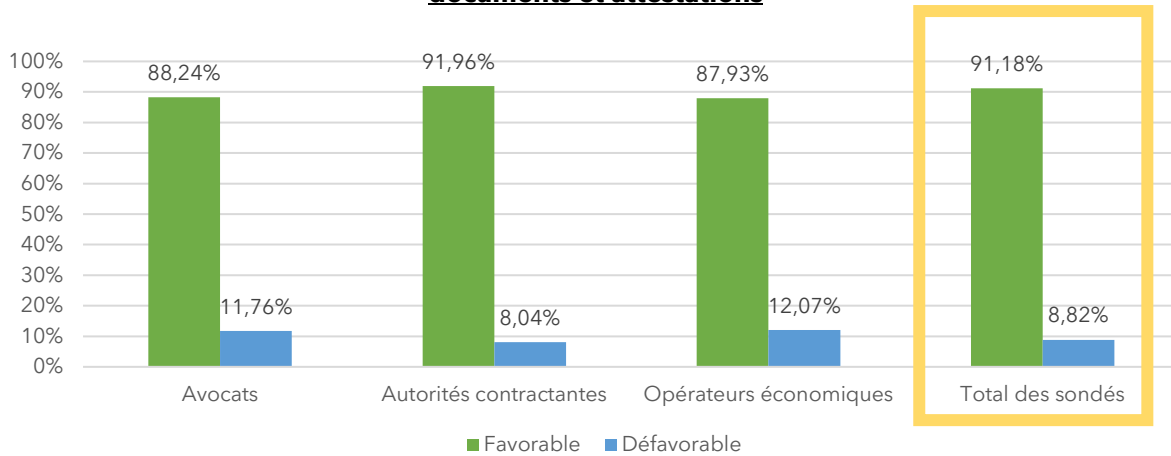


Figure 3.84 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Centralisation des documents et attestations]

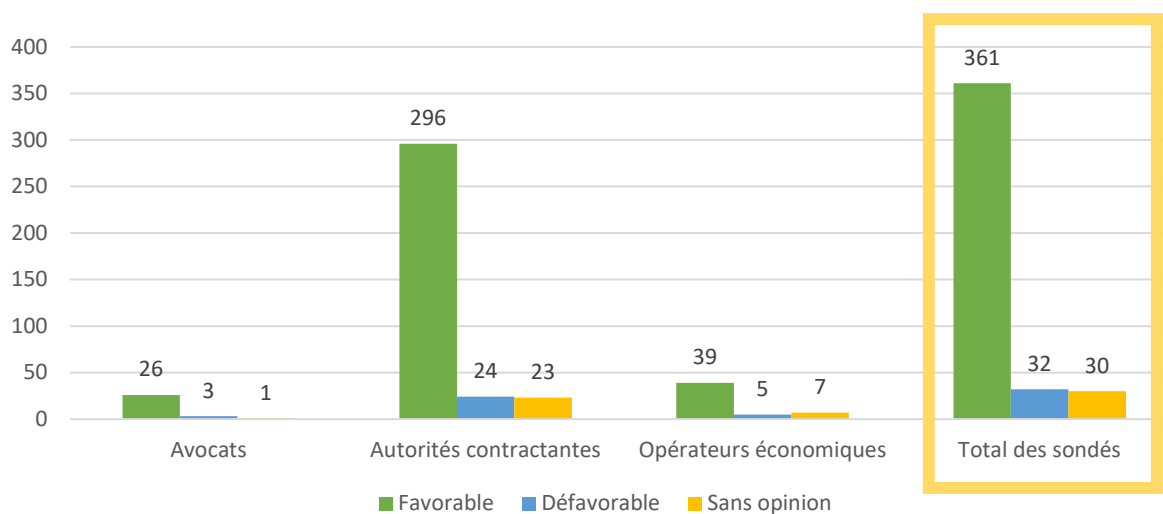
Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	53	65	81,54
EPCI	49	51	96,08
Département	27	27	100
Région	8	8	100
Administration centrale de l'État	16	17	94,12
Administration territoriale de l'État	10	15	66,67
Autorité administrative indépendante	4	4	100
EPA de l'État	46	47	97,87
EPIC de l'État	14	15	93,33
EPA local	8	10	80
EPIC local	12	13	92,31
SEM ou SPL	17	18	94,44
Société nationale à capitaux publics	8	8	100
Personnes publiques <i>sui generis</i>	4	4	100
Autre	67	71	94,37
Total	343	373	91,96
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	9	10	90
Moins de 50 employés	7	9	77,78
Moins de 500 employés	11	11	100

Plus de 500 employés	22	26	84,61
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	51	58	87,93
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	30	34	88,24
Total	30	34	88,24

Plateforme numérique. Parmi les 465 répondants, 423 ont précisé s'ils préféraient qu'un tel dispositif s'opère à travers une plateforme numérique ou non. L'option numérique pour centraliser les documents et les attestations emporte l'approbation de 361 sondés (soit 85,34 %)²⁰³², contre 32 avis négatifs (soit 7,57 %)²⁰³³ et 30 participants ne témoignant d'aucune opinion particulière (soit 7,09 %)²⁰³⁴.

Les graphiques ci-après présentent la répartition des résultats en valeur absolue et en pourcentages au regard de la qualité du répondant (**Figure 3.85**).

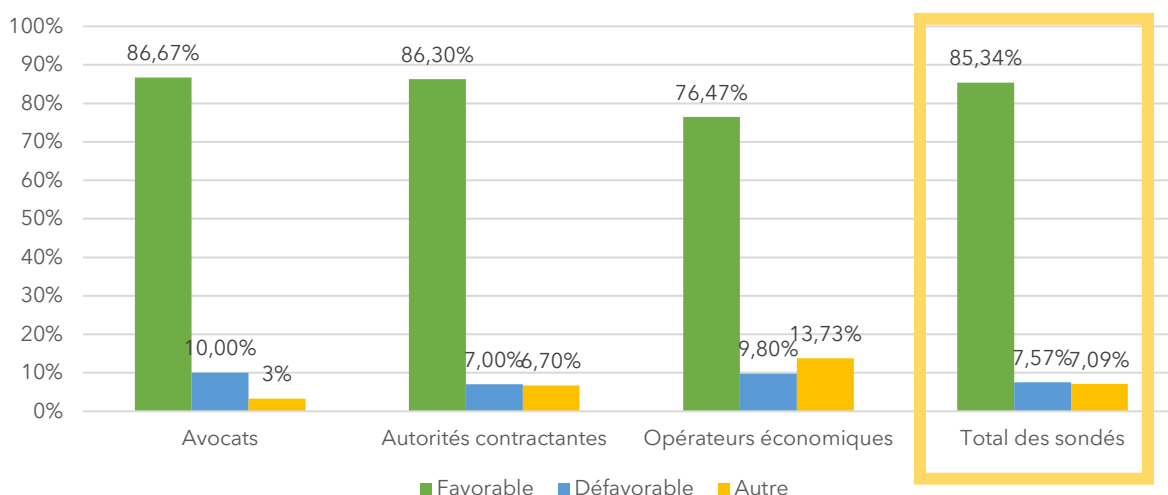
Figure 3.85 : Préférence pour une centralisation numérique des documents et attestations



²⁰³² 296 AC, 39 OE et 26 AV.

²⁰³³ 24 AC, 5 OE et 3 AV.

²⁰³⁴ 23 AC, 7 OE et 1 AV.



Apport des résultats. Sans surprise, les données témoignent des influences directes entre les démarches administratives et la simplification du droit de la commande publique.

§VIII. La réduction du nombre de normes

Données. Par contraste avec les réponses majoritairement négatives des sondés à la question de savoir si l'abrogation de règles relève de la simplification du droit de la commande publique²⁰³⁵, une majorité des répondants considère que la réduction du nombre de normes dans la commande publique serait simplificatrice (278 sur 341, soit 81,52 %). Précisément, ont répondu en ce sens :

- 23 avocats sur 29 (soit 79,31 %) ;
- 222 autorités contractantes sur 267 (soit 83,15 %) : 40 communes (sur les 45 ayant répondu à la question, soit 88,89 %), 34 EPCI (sur 42, soit 80,95 %), 18 départements (sur 20, soit 90 %), 6 régions (sur 6, soit 100 %), 11 administrations centrales de l'État (sur 16, soit 68,75 %), 5 administrations territoriales de l'État (sur 8, soit 62,50 %), une autorité administrative indépendante (sur une, soit 100 %), 24 EP administratifs de l'État (sur 32, soit 75 %), 10 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 83,33 %), 8 EP administratifs locaux (sur 8, soit 100 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 81,82 %), 12 SEM ou SPL (sur 13, soit 92,31 %), 4 sociétés nationales à capitaux publics (sur 4, soit 100 %), 3

²⁰³⁵ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 6.

personnes publiques *sui generis* (sur 3, soit 100 %) et 37 autres structures (sur 46, soit 80,43 %) ;

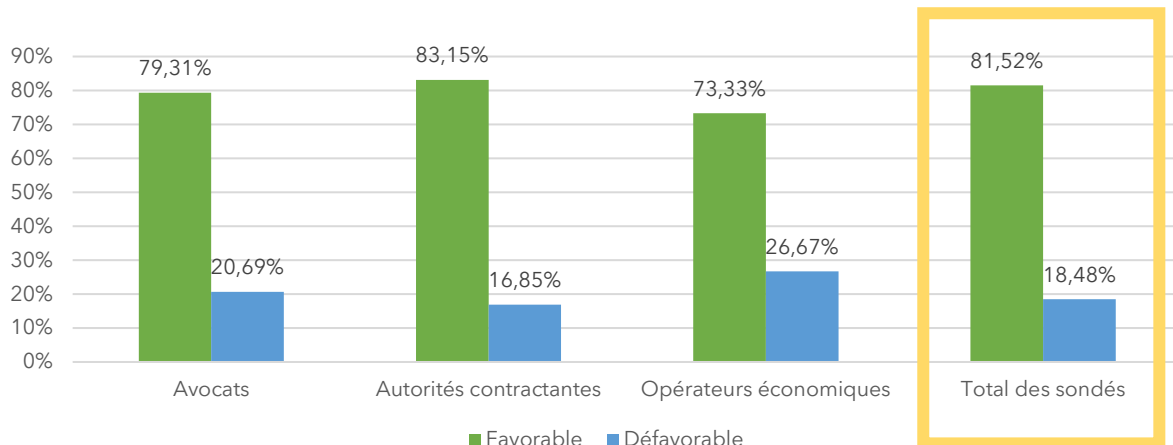
- **33 opérateurs économiques sur 45 (soit 73,33 %) :** 3 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 37,50 % de cette catégorie), 6 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 85,71 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 66,67 %), 16 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 19, soit 84,21 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)²⁰³⁶ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

À l'inverse, 63 participants sur 341 (soit 18,48 %) rejettent toute qualité simplificatrice à la mesure proposée, à savoir :

- 6 avocats sur 29 (soit 20,69 %) ;
- 45 autorités contractantes sur 267 (soit 16,85 %) : 5 communes (sur les 45 ayant répondu à la question, soit 11,11 %), 8 EPCI (sur 42, soit 19,05 %), 2 départements (sur 20, soit 10 %), 5 administrations centrales de l'État (sur 16, soit 31,25 %), 3 administrations territoriales de l'État (sur 8, soit 37,50 %), 8 EP administratifs de l'État (sur 32, soit 25 %), 2 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 16,67 %), 2 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 18,18 %), une SEM ou SPL (sur 13, soit 7,69 %) et 9 autres structures (sur 46, soit 19,57 %) ;
- 12 opérateurs économiques sur 45 (soit 26,67 %) : 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 62,50 % de cette catégorie), une entreprise ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 14,29 %), 3 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 33,33 %), et 3 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 19, soit 15,79 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 3.86**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réduction du nombre des normes en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 3.87**).

²⁰³⁶ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 3.86 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de normes**Figure 3.87 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de normes]**

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	40	45	88,89
EPCI	34	42	80,95
Département	18	20	90
Région	6	6	100
Administration centrale de l'État	11	16	68,75
Administration territoriale de l'État	5	8	62,50
Autorité administrative indépendante	1	1	100
EPA de l'État	24	32	75
EPIC de l'État	10	12	83,33
EPA local	8	8	100
EPIC local	9	11	81,82
SEM ou SPL	12	13	92,31
Société nationale à capitaux publics	4	4	100
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	3	100
Autre	37	46	80,43
Total	222	267	83,15
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	3	8	37,5
Moins de 50 employés	6	7	85,71
Moins de 500 employés	6	9	66,67
Plus de 500 employés	16	19	84,21
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	33	45	73,33
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	23	29	79,31
Total	23	29	79,31

Analyse. Il apparaît que la réduction du nombre de normes serait plus favorablement accueillie par les autorités contractantes (83,15 % d'entre elles) que par les avocats (79,31 %)

et les opérateurs économiques (73,33 %). Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus basse est de 10 points.

Une seule hypothèse peut être émise pour expliquer cette variation : les autorités contractantes sont les premiers maillons de la chaîne d'application des normes du droit de la commande publique, parce qu'elles lancent la procédure de passation et sont garantes de sa conformité. On peut en déduire qu'une réduction du nombre de normes aurait la vertu d'alléger les contraintes qui pèsent, *ab initio*, sur ces dernières. Cette hypothèse est renforcée par l'objet des normes visées dans leurs commentaires par les sondés : ces dernières concernent majoritairement la passation (12 normes au total pour 27 sondés), les seuils (2 normes au total pour 2 sondés) et les objectifs stratégiques (3 normes au total pour 30 sondés), loin devant les normes relatives à l'exécution (4 normes au total pour 8 sondés). On relèvera enfin que 23 autorités contractantes visent les normes de passation contre 2 opérateurs économiques et un avocat ; elles sont respectivement 30 et 2 à viser les objectifs stratégiques ainsi que les seuils contre 0 opérateur économique et avocat.

Suggestions des sondés. Sur les 278 sondés ayant répondu positivement à la question, 68 ont souhaité apporter quelques précisions sur les normes qui, selon eux, devraient être abrogées²⁰³⁷. Sont principalement mentionnées les normes suivantes :

- **Sur l'encadrement général :** toutes les règles nationales afin de privilégier les directives européennes (4 autorités contractantes), les normes surtransposant les directives européennes (un avocat et 2 autorités contractantes), les règles inutiles au respect des grands principes de la commande publique ou aux enjeux assignés à la commande publique (un avocat et 2 autorités contractantes), les normes qui ne sont pas intégrées au Code de la commande publique et sans lien avec l'objet d'un marché ou d'une concession (un avocat et 4 autorités contractantes), la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (un avocat), la distinction entre concession de service et délégation de service public (une autorité contractante), la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (une autorité contractante²⁰³⁸), les normes sectorielles (une autorité contractante), les règles sur les achats innovants (une autorité contractante) ;

²⁰³⁷ Précisément, 59 AC (sur 222), 2 OE (sur 33) et 7 AV (sur 23).

²⁰³⁸ Elle estime que cette loi « favorise les grandes entreprises au détriment de la sécurité et santé des citoyens », sans plus de précisions.

- **Sur la passation** : l'interdiction de la négociation (un avocat et 5 autorités contractantes), la réserve aux artisans dans les marchés globaux (une autorité contractante²⁰³⁹), l'exigence de vérifier la capacité des candidats (8 autorités contractantes²⁰⁴⁰ et un opérateur économique) et le nombre de justificatifs à présenter par les opérateurs économiques (2 opérateurs économiques), l'obligation de publier un avis d'intention préalable pour les marchés sans mise en concurrence (une autorité contractante), l'obligation d'allotissement (une autorité contractante), l'obligation de transmission des marchés à la préfecture pour le contrôle de légalité (une autorité contractante²⁰⁴¹), l'obligation de recourir à une plateforme de dématérialisation au-delà de 25 000 euros (une autorité contractante), l'obligation de pondération des critères d'attribution (une autorité contractante), l'obligation d'utiliser les nouveaux formulaires européens (3 autorités contractantes), le délai *stand still* et le référé précontractuel (une autorité contractante) ;
- **Sur l'exécution** : notamment certaines dispositions concernant le régime de modification (un avocat et 3 autorités contractantes²⁰⁴²), les règles propres à l'exécution administrative et financière qui alourdissent la gestion contractuelle (une autorité contractante²⁰⁴³), l'autoliquidation de la TVA pour les sous-traitants des marchés de travaux (2 autorités contractantes), la demande de transmission d'une attestation d'assurance tous les six mois (une autorité contractante) ;
- **Sur les seuils** : le seuil de publication pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 euros et inférieur aux seuils européens (une autorité contractante), le seuil d'obligation d'un contrat écrit à 25 000 euros pour l'aligner sur celui de la mise en concurrence à 40 000 ou 100 000 euros selon le marché (une autorité contractante) ;

²⁰³⁹ Elle explique que cette réserve est systématiquement neutralisée.

²⁰⁴⁰ L'une d'elles ajoute : « Il revient à l'État d'édifier une plateforme en ce sens où les acheteurs vérifieraient, simplement en inscrivant le numéro SIRET, si les soumissionnaires ont une candidature valide ». Allant dans le même sens, une autre autorité contractante relève que ces normes aboutissent « aboutissent à la simple production d'une attestation sur l'honneur de la part des entreprises », réduisant leur intérêt et leur efficacité.

²⁰⁴¹ Une autorité contractante constate que ceci est « purement formel et rarement utilisé, redondant avec les contrôles de légalité internes et ceux de la chambre régionale des comptes, et alourdit des procédures pour les petites communes ».

²⁰⁴² L'un des sondés mentionne explicitement la limitation à 50 % des modifications en cours d'exécution alors qu'il est « impossible d'anticiper des projets coûteux qui ont besoin d'amender le prix malgré l'inflation forte (comme nous avons pu le voir avec le conflit armé en Ukraine) ». Un autre promeut la suppression des avis de modification pour certaines modifications de marchés publics.

²⁰⁴³ Une autorité contractante confie : « Il convient de laisser les normes qui ont un réel intérêt protecteur pour l'entreprise comme pour l'acheteur. Il vaut mieux supprimer les normes lourdes en termes organisationnels (ex : taux d'avance distingués, taux de retenue de garantie distingués, règles trop précises sur la manière de verser l'avance en cas d'accord-cadre). Il faut laisser plus de marge aux acheteurs pour rédiger stratégiquement leurs clauses. Il n'est pas question de supprimer les avances. Au contraire le besoin en trésorerie des entreprises a bien été identifié par les pouvoirs adjudicateurs ».

- **Sur les objectifs sociaux et environnementaux assignés à la commande publique :** les exigences environnementales (23 autorités contractantes²⁰⁴⁴), en particulier celles découlant de la Loi Climat et résilience²⁰⁴⁵, ainsi que les règles relatives à l'insertion sociale (6 autorités contractantes²⁰⁴⁶) ou aux marchés réservés à des entreprises de l'économie sociale et solidaire (une autorité contractante) ;
- **Sur le recensement :** la publication des données essentielles (4 autorités contractantes) et la déclaration des achats reconditionnés (une autorité contractante).

Accentuer sur la lisibilité et sur la clarification des normes. Par ailleurs, 2 avocats, 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques relativisent la portée d'une réduction du nombre de normes. Pour le premier avocat et les 2 autorités contractantes, l'accent devrait être mis sur l'accessibilité et la lisibilité des règles. L'avocat recommande la mise en place des renvois clairs dans les décrets et arrêtés, ainsi que la création d'une plateforme centralisée regroupant tous les textes applicables, notamment pour les seuils. L'une des deux autorités contractantes considère que la fragmentation des normes devrait faire l'objet d'une clarification en insérant celles qui intéressent la commande publique dans le Code de la commande publique (par exemple, des dispositions du Code général des collectivités territoriales). L'autre autorité contractante relève que la clarification est nécessaire pour certains secteurs d'achat, notamment pour les achats informatiques (où il ne fait que peu de sens que l'obligation de dématérialisation ne s'applique qu'à partir de 90 000 euros) et pour les achats alimentaires en raison de la nécessité de concilier les exigences politiques de localisme et le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le deuxième avocat, quant à lui, appelle à la prudence en raison de la difficulté d'évaluer une telle mesure de réduction dans un système normatif dense régissant la commande publique.

²⁰⁴⁴ L'une d'elles précise que ceci ne doit concerner que les règles dont la violation n'est assortie d'aucune sanction. Une autre insiste sur l'inefficience « *des décomptes exhaustifs de dépenses comptables exigées par les lois AGEN (bien réutilisé, réemployé, à base de recyclé) et EGALIM (label, local ou non)* » qui alourdissent les dépenses publiques en raison du coût qu'emporte un tel suivi. En outre, une autorité contractante partage son incompréhension pour les marchés de prestations intellectuelles, hors maîtrise d'œuvre : « *Ce sont toujours les mêmes réponses (un peu de télétravail, baisse du nombre de photocopies, réunions dématérialisées...) qui finissent par rendre le critère inopérant. Autant le garder pour les marchés utiles où l'environnement aura un effet visible et véritable (marché de construction, par exemple)* ».

²⁰⁴⁵ Loi n° 2022-1104, du 22 août 2021, JORF n°0196 du 24 août 2021, texte n° 1.

²⁰⁴⁶ Une autorité contractante observe des effets contrastés de cette mesure : « [...] *par exemple, un certain nombre d'heures est réservé à des personnes en insertion à l'occasion d'un marché de travaux. L'objectif étant, soi-disant, de réinsérer des personnes éloignées de l'emploi. En pratique, on voit des intérimaires, qui travaillent plus ou moins tout au long des travaux, mais restent dans leur précarité quand ils sont terminés, l'entreprise ne les recrutant pas. L'objectif de l'insertion n'est donc pas atteint, mais peu importe, ce n'est le problème de personne. Sauf des intérimaires* ».

Apport des résultats. À travers cette ultime question, l'évaluation de la simplification du droit de la commande publique se précise. S'il a pu être précédemment évoqué qu'un encadrement normatif plus approfondi participe, pour une majorité des enquêtés, à la simplification du droit de la commande publique²⁰⁴⁷, il en va autrement de la multiplication et de la fragmentation des normes. En somme, ce qui est attendu par les praticiens semble être un besoin de clarification pour renforcer la sécurité juridique des procédures de passation et les montages contractuels, et nullement une intensification de la production normative (au risque de se perdre ou de créer des incohérences entre les textes). Ainsi, une démarche de simplification du droit exige un juste équilibre : la réduction des normes pour plus de clarté du droit de la commande publique, et la création de normes uniquement nécessaires à la clarté du droit de la commande publique.

²⁰⁴⁷ Voir *supra* l'analyse des résultats sur la clarification des exigences applicables aux marchés d'un montant inférieur à 40 000 euros : §V.

PARTIE 4

PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Principales recommandations de simplification
du droit de la commande publique



PARTIE 4 : PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

INTRODUCTION

La plupart des recommandations ci-dessous concernent la passation, car la majorité des composantes de la simplification du droit de la commande publique et des facteurs de complexité de ce droit identifiés par les enquêtés porte sur la passation. En outre, il a surtout été insisté sur les mesures qui ne supposent pas de modifications des directives, puisqu'un autre rapport est en cours sur ce sujet.

§I. La réduction du nombre de normes

Recommandation n° 1

Mettre en place un groupe de travail pour identifier les normes du droit de la commande publique à supprimer dans un objectif de simplification

Corrélation entre simplification et réduction du nombre de normes. Une large majorité des sondés considère que la réduction du nombre de normes dans la commande publique présenterait une vertu simplificatrice (278 sur 341, soit 81,52 %) :

- 23 avocats sur 29 (soit 79,31 %) ;
- 222 autorités contractantes sur 267 (soit 83,15 %)

- 33 opérateurs économiques sur 45 (soit 73,33 %)

Diversité des normes concernées. Au demeurant, 68 sondés précisent les normes qui devraient, selon eux, faire l’objet d’une abrogation. Il peut s’agir de normes générales, à l’image de l’ensemble des règles nationales au profit des seules règles européennes (4 autorités contractantes) ou encore de normes qui ne sont pas intégrées au Code de la commande publique et qui ne présentent aucun lien avec le droit des marchés publics ou des concessions (1 avocat et 4 autorités contractantes). D’autres sondés appellent de leurs vœux l’abrogation de normes relatives à la passation – par exemple celles qui limitent le recours à la négociation (1 avocat et 5 autorités contractantes) – ou à l’exécution, à l’instar de certaines dispositions concernant le régime de modification (1 avocat et 3 autorités contractantes²⁰⁴⁸). D’autres souhaiteraient que soient supprimés le seuil de publication pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 euros et inférieur aux seuils européens (1 autorité contractante) ou les exigences environnementales (23 autorités contractantes²⁰⁴⁹), en particulier celles découlant de la *Loi Climat et résilience*²⁰⁵⁰.

Proposition. Ce rapide panorama, loin d’être exhaustif, permet de mettre en lumière qu’il n’existe aucun consensus autour des normes qu’il conviendrait d’abroger pour simplifier le droit de la commande publique. Ce constat justifierait, à lui seul, la constitution d’un groupe de travail chargé d’identifier les normes en lien avec le droit de la commande publique qui pourraient être supprimées et les conséquences d’une telle suppression.

²⁰⁴⁸ L’un des sondés mentionne explicitement la limitation à 50 % des modifications en cours d’exécution alors qu’il est « impossible d’anticiper des projets coûteux qui ont besoin d’amender le prix malgré l’inflation forte (comme nous avons pu le voir avec le conflit armé en Ukraine) ». Un autre promeut la suppression des avis de modification pour certaines modifications de marchés publics.

²⁰⁴⁹ L’une d’elle précise que ceci ne doit concerner que les règles dont la violation n’est assortie d’aucune sanction. Une autre insiste sur l’inefficience « des décomptes exhaustifs de dépenses comptables exigées par les lois AGEC (bien réutilisé, réemployé, à base de recyclé) et EGALIM (label, local ou non) » qui alourdissent les dépenses publiques en raison du coût qu’emporte un tel suivi. En outre, une autorité contractante partage son incompréhension pour les marchés de prestations intellectuelles, hors maîtrise d’œuvre : « Ce sont toujours les mêmes réponses (un peu de télétravail, baisse du nombre de photocopies, réunions dématérialisées...) qui finissent par rendre le critère inopérant. Autant le garder pour les marchés utiles où l’environnement aura un effet visible et véritable (marché de construction, par exemple). »

²⁰⁵⁰ Loi n° 2022-1104, du 22 août 2021, JORF n°0196 du 24 août 2021, texte n° 1.

§II. Les exigences applicables aux marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence préalables

Recommandation n° 2

Reformuler les articles R. 2122-8, R. 2122-9 et R. 2122-9-1 du Code de la commande publique pour clarifier les exigences applicables aux dispenses de publicité et de mise en concurrence liées aux seuils

Une clarification simplificatrice. Une large majorité des sondés considère que la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros serait une simplification bienvenue du droit de la commande publique (306 sur 445, soit 68,76 %). Précisément, y sont favorables :

- 20 avocats sur 31 (soit 64,52 %) ;
- 256 autorités contractantes sur 364 (soit 70,33 %)
- 30 opérateurs économiques sur 50 (soit 60 %)

Ces résultats confortent ceux de l'enquête qualitative au cours de laquelle plusieurs interviewés exprimaient des doutes quant à l'utilité du rehaussement des seuils de passation, faute d'une clarification sur la procédure à suivre en deçà de ces seuils.

Modalités. Au-delà de ce consensus, les 206 sondés apparaissent divisés sur les modalités – outil et contenu – de ladite clarification. Un premier désaccord se dessine s'agissant de l'*instrumentum* d'une telle clarification, puisque 27 enquêtés sont favorables à une réforme législative, réglementaire ou jurisprudentielle, tandis que 23 d'entre eux souhaiteraient des mesures de droit souple (par exemple un guide de la Direction des affaires juridiques du Minefi). Un deuxième hiatus entre les enquêtés se fait jour s'agissant du contenu de la clarification qui devrait, selon les commentaires, apporter des précisions sur les conditions minimales de concurrence (notamment sur le nombre de consultations, les modalités de choix du titulaire, le roulement des titulaires²⁰⁵¹), sur la traçabilité des achats ou encore sur les modalités de publicité facultatives recommandées. En tout état de cause, les sondés expriment

²⁰⁵¹ Quelques-uns d'entre eux demandent une clarification de l'expression présente à l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique : « à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ».

une attente commune : celle d'établir une distinction formelle entre d'une part la procédure sans publicité et mise en concurrence et, d'autre part, la procédure adaptée. Cette clarification serait propre à apporter davantage de sécurité juridique, spécialement en ce qui concerne la pratique des trois devis dont la portée n'est pas parfaitement comprise par les autorités contractantes.

Proposition. Pour satisfaire cet objectif, une modification, par voie réglementaire, des dispositions des articles R. 2122-8, R. 2122-9 et R. 2122-9-1 du Code de la commande publique est préconisée. La formulation s'inspire, en la dépassant, de celle qui avait été retenue à l'article 88 de la *proposition de loi Warsmann*²⁰⁵², avant sa suppression par un amendement parlementaire²⁰⁵³ au motif des observations du Conseil d'État, estimant cette mention inutile et redondante avec le premier alinéa de l'article.

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2122-8	Article R. 2122-8
« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.	« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.
L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »	L'acheteur veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. Lorsqu'il fait usage de la faculté offerte par le premier alinéa, le pouvoir adjudicateur peut consulter plusieurs prestataires selon des modalités laissées à son appréciation, ce qui n'entraîne pas

²⁰⁵² Proposition n° 3706 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 juillet 2011.

²⁰⁵³ Amendement n° CL 268 déposé par M. Etienne Blanc.

**l'application des règles régissant la
procédure adaptée. »**

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2122-9	Article R. 2122-9
« Les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre peuvent passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »	« Les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre peuvent passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Lorsqu'il fait usage de la faculté offerte par le premier alinéa, le pouvoir adjudicateur peut consulter plusieurs prestataires selon des modalités laissées à son appréciation, ce qui n'entraîne pas l'application des règles régissant la procédure adaptée. »

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2122-9-1	Article R. 2122-9-1
« L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article	« L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article

L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »

L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. **Lorsqu'il fait usage de la faculté offerte par le premier alinéa, le pouvoir adjudicateur peut consulter plusieurs prestataires selon des modalités laissées à son appréciation, ce qui n'entraîne pas l'application des règles régissant la procédure adaptée. »**

§III. Harmoniser les supports de publication pour l'ensemble des marchés publics entre les seuils de procédure adaptée et les seuils européens

Recommandation n° 3

Imposer la publication de l'avis de marché sur un site unique national pour l'ensemble des marchés publics entre les seuils de procédure adaptée et les seuils européens (c'est-à-dire abaisser le seuil actuel de 90 000 € de publicité formalisée).

Harmonisation des seuils. L'un des objectifs poursuivis est de mettre fin aux différences de seuils de publicité formalisée et des autres obligations de mise en concurrence, ainsi qu'aux confusions susceptibles d'en résulter. Il s'agit ainsi de procéder à l'harmonisation des seuils de publicité formalisée et de procédure adaptée. À cet égard, certains sondés mettent spontanément en cause les seuils dans le cadre de la simplification (19 sondés sur 506 donnant leur définition de la simplification du droit de la commande publique), voire les disparités de seuils entre certaines obligations. De manière plus générale, presque 8 % des sondés incluent spontanément, au sein de leur définition de la simplification du droit de la commande publique, l'harmonisation, voire l'uniformisation, de règles ou d'outils de la commande publique (39 sondés sur 506 sondés fournissant une définition).

Sécurisation juridique. Une autre finalité de cette mesure est de répondre au vœu de sécurisation formulé par une part significative des sondés et des interviewés. En effet, 139 sondés incluent spontanément la sécurisation juridique (dans son ensemble ou certaines de ses composantes comme la stabilité des normes, leur accessibilité intellectuelle ou matérielle, ou la prévisibilité juridique) au sein de leur définition de la simplification. La centralisation de la publicité sur un site unique national permettrait en effet de supprimer les interrogations relatives aux supports de publicité et, plus précisément, aux questions de savoir si la publicité doit être réalisée via le BOAMP, un journal habilité à recevoir des annonces légales, ou un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, voire l'ensemble de ces trois supports.

Renforcement de la diffusion de l'information. La centralisation de la publicité permettrait également de renforcer la diffusion de l'information auprès des opérateurs économiques, en assurant que la consultation d'un seul site national permette d'avoir accès à l'ensemble des avis de marché.

Modalités. Cette recommandation ne supprime pas la possibilité, pour les autorités contractantes qui le souhaitent, de mobiliser en supplément d'autres supports de publicité et ainsi de procéder à des publications supplémentaires de l'avis de marché dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2131-12	Article R. 2131-12
« Les marchés passés selon une procédure adaptée par l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes :	« Pour les marchés passés selon une procédure adaptée par l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes -, un avis de marché est publié sur un site unique national.
1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros hors taxes, les modalités de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ;	L'acheteur peut également procéder à la publication de l'avis de marché dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.
2° Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros hors taxes et inférieure aux seuils de procédure formalisée, un avis de marché établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code est publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.	1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros hors taxes, les modalités de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ;
L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs	2° Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros hors taxes et inférieure aux seuils de procédure formalisée, un avis de marché établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code est publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

économiques raisonnablement vigilants
pouvant être intéressés par le marché. »

~~L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché.~~

Code de la commande publique

Version actuelle

Version recommandée

Article R. 2131-13

Suppression de l'article R. 2131-13

« Pour leurs marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs autres que ceux mentionnés à l'article R. 2131-12 choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause. »

Code de la commande publique

Version actuelle

Version recommandée

Article R. 2131-14

Article R. 2131-14

« Les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1, dont la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'une publicité adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des services en cause. »

« Les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1, dont la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'une publicité ~~adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des services en~~ cause sur un site unique national.

L'acheteur peut également procéder à la publication de l'avis de marché dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné. »

§IV. Le contrôle des pièces justificatives

Recommandation n° 4

Reformuler les articles R. 2144-1, R. 2144-3, R. 2144-5 et R. 2144-6 du Code de la commande publique pour limiter l'obligation de produire certaines pièces du dossier de candidature à l'attributaire (procédure fermée) ou aux candidats sélectionnés (procédure ouverte)

Allègement souhaité du formalisme. Les enquêtes qualitative et quantitative révèlent que le formalisme administratif représente incontestablement une source de complexité du droit de la commande publique pour les praticiens de la commande publique. Ils étaient près de 62% des interviewés, 52 % des sondés pour le formalisme issu des textes et 31 % pour le formalisme exigé en pratique à l'identifier comme un facteur de complexité. Logiquement, 86 des 506 sondés²⁰⁵⁴ associaient spontanément l'allègement du formalisme administratif à la simplification du droit de la commande publique. L'une des pistes envisageables pour satisfaire cet objectif serait de réduire le fardeau administratif lié à la constitution des dossiers de candidature.

Formalisme des dossiers de candidature. Dans leurs commentaires sur la partie du sondage relative aux facteurs de complexité, les enquêtés identifiaient plusieurs « foyers » de formalisme, au premier rang desquels les dossiers de candidature à la passation des contrats

²⁰⁵⁴ 76 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 18,81 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %) et 9 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,64 %).

de la commande publique. Ainsi, sur les 433 commentaires produits sur les sources de complexité, 41 visent spontanément les dossiers de candidature, soit 9,4 %. Ces résultats permettent d'entrevoir une piste de simplification : alléger les dossiers de candidature pour réduire le fardeau administratif qui pèse aussi bien sur les opérateurs économiques chargés de leur constitution que sur les autorités contractantes responsables de la vérification des pièces. Un levier, pour alléger ce formalisme, serait d'imposer aux autorités contractantes de procéder à la vérification des pièces justificatives non plus en amont, mais lors de l'attribution du contrat (procédure ouverte) ou lors de la sélection des candidats (procédure restreinte).

Articulation avec le Passe marché. Cette recommandation ne serait pas privée de son effet utile par la mise en place du Passe marché, au sens où ce dernier réunira les seules informations relatives aux opérateurs économiques auxquelles ont accès différentes administrations (par exemple la DGFIP ou l'URSSAF). En revanche, les autorités contractantes n'auront évidemment pas accès aux pièces qu'elles exigent sans obligation légale ou réglementaire. Ce faisant, cette recommandation présenterait le double avantage d'alléger la constitution des dossiers de candidatures pour les opérateurs économiques ainsi que le travail de vérification des pièces justificatives par les autorités contractantes.

Par ces motifs, plusieurs articles de la partie réglementaire du Code de la commande publique devraient être modifiés.

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2144-1	Article R. 2144-1
« L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5. »	« L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5. Cette vérification est effectuée lors de l'attribution du contrat ou, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, lors de la sélection des candidats. »

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2144-3	Article R. 2144-3
« La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché. »	« L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie de son aptitude à exercer l'activité professionnelle, de sa capacité économique et financière et de ses capacités techniques et professionnelles. Cette vérification doit être effectuée à-tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché. »

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2144-5	Article R. 2144-5
« Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications mentionnées aux articles R. 2144-1, R. 2144-3 et R. 2144-4 interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue »	« Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications mentionnées aux articles R. 2144-1, R. 2144-3 et R. 2144-4 interviennent au plus tard lors de la sélection des candidatures ou au moment de l'envoi de l'invitation à participer au dialogue. »

Code de la commande publique	
Version actuelle	Version recommandée
Article R. 2144-6	Article R. 2144-6
« L'acheteur peut demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus. »	« L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus. »

Quatre propositions de recommandations évoquées dans le cadre de l'enquête de terrain qualitative et quantitative ne seront pas développées outre mesure, en raison de la probabilité

qu'elles soient inscrites dans le droit positif ou de leur occurrence au sein d'autres rapports de la Chaire.

Instaurer un dispositif analogue au Marché public simplifié. Une première mesure permettrait de réduire fortement le formalisme administratif tant dénoncé par les enquêtés – et ainsi de procéder à une simplification – en facilitant la transmission de certains documents nécessaires aux candidatures des opérateurs économiques : celle de la transmission automatique ou facilitée desdits documents aux autorités contractantes.

Les sondés étaient, dans ce cadre, interrogés sur deux mesures précises visant cet objectif : la centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures, et la réinstauration du marché public simplifié (ci-après MPS). La première mesure consisterait à ce que l'État centralise certains documents et attestations officiels nécessaires au dossier de candidature (comme les attestations fiscales et les condamnations éventuelles de l'opérateur économique). La seconde mesure, le MPS, consisterait à permettre une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET afin d'obtenir automatiquement certaines informations sur l'opérateur économique qui ne serait, dès lors, plus tenu de les communiquer à chaque réponse à un marché. Les réponses des enquêtés démontrent un engouement certain pour ces mesures, puisque la centralisation est la mesure ayant obtenu le plus haut pourcentage de réponses favorables (91,18 % des sondés ayant répondu à cette question), et la réinstauration du MPS apparaît en 5^{ème} position dans l'ordre de préférence des sondés avec 68,83 % de réponses favorables. Si l'utilité d'une transmission facilitée de certains documents et attestations des candidatures semble ainsi acquise, il semble peu opportun de la développer dans le cadre de ce rapport, car elle sera, dans tous les cas, vraisemblablement inscrite très prochainement dans le droit positif. En effet, la réinstauration du MPS, permettant l'obtention de documents par la transmission du numéro SIRET, figure actuellement dans le *projet de loi de simplification de la vie économique*²⁰⁵⁵ et, en tout état de cause, une mesure

²⁰⁵⁵ Amendement n° 1449 au projet de loi de simplification de la vie économique (texte n° 481 rectifié), déposé par Vincent DESCOEUR, Fabrice BRUN, Nicolas RAY et Ian BOUCARD le 4 avril 2025, et adopté le 30 avril 2025 : « Art. – L. 2132-3. – Le candidat n'est pas tenu de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve dès lors qu'il renseigne son numéro SIRET à l'acheteur et que celui-ci peut obtenir directement ces documents par le biais :

1° D'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel à condition que l'accès à celui-ci soit gratuit et, le cas échéant, que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation ;

2° D'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

Les modalités de mise en œuvre de ce système ainsi que les documents justificatifs et moyens de preuve sont précisés par décret. »

similaire est actuellement envisagée par l'Exécutif avec le dispositif *Passe marché* (récupération de données déjà connues de l'administration).

Centralisation des données relatives aux condamnations pénales et à l'auto-apurement des opérateurs économiques. En complément de la centralisation et du *Passe marché*, une recommandation pourrait être ajoutée s'agissant spécifiquement des motifs d'exclusion de plein-droit et de l'auto-apurement, bien que les enquêtés n'aient pas été spécifiquement interrogés sur ce sujet. Cette recommandation qui pourrait émaner du législateur français ou européen. Il s'agirait de charger une autorité nationale ou européenne de s'assurer qu'un opérateur économique n'est pas visé par une condamnation pénale et d'apprécier la suffisance des mesures d'auto-réhabilitation qu'il a adoptées. Cette recommandation rejoint celles émises dans le cadre de précédents travaux de la Chaire, via une « liste noire » préconisée dans une éventuelle « Loi Sapin 3 » (liste des opérateurs économiques concernés par les motifs d'exclusion)²⁰⁵⁶, ou une « liste blanche » dans le cadre de la réforme des directives européennes de 2014 (liste des opérateurs économiques non concernés par les motifs d'exclusion ou ayant procédé à un auto-apurement suffisant)²⁰⁵⁷.

Unification du contentieux. Ensuite, et à l'inverse, l'inscription d'une autre mesure au sein du droit positif semble désormais fortement entravée : l'unification du contentieux de la commande publique au bénéfice du juge administratif. Bien qu'approuvée par 74,77 % des sondés ayant répondu à cette question, cette mesure a été supprimée du *projet de loi de simplification de la vie économique* et d'importantes réserves ou limites ont pu être émises par plusieurs interviewés sur le sujet²⁰⁵⁸.

Facilitation du recours à la négociation. Une recommandation est présente dans d'autres rapports de la Chaire : la facilitation du recours à la procédure avec négociation par la suppression des conditions de recours à cette procédure pour les pouvoirs adjudicateurs²⁰⁵⁹. Il ne semble dès lors pas utile de développer une nouvelle fois les avantages d'une telle mesure ou ses modalités, le sondage confirmant dans une large mesure l'enthousiasme des praticiens pour la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs

²⁰⁵⁶ Livre blanc de « l'Observatoire de l'éthique publique et de la Chaire de droit des contrats publics pour une « Loi Sapin 3 » visant à renforcer la lutte contre la corruption et les autres atteintes à la probité, article 4.

²⁰⁵⁷ Rapport sur le bilan et la réforme des directives européennes de 2014 (à paraître).

²⁰⁵⁸ Sur les nombreuses critiques également émises par la doctrine, voy. l'état du droit et de la doctrine sur la simplification du droit de la commande publique.

²⁰⁵⁹ Recommandation n° 1 du rapport n° 2 de la Chaire, dédié aux liens entre passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics ; Rapport sur le bilan et la réforme des directives européennes de 2014 (à paraître).

adjudicateurs (63,87% des 393 sondés ayant répondu à cette question y étant favorables, dont 65,62 % d'avocats, 66,45 % d'autorités contractantes, et 45,83 % d'opérateurs économiques).

BIBLIOGRAPHIE



BIBLIOGRAPHIE

§I. Le concept de simplification du droit

A. Ouvrages généraux

Pierre ALBERTINI, *La crise de la loi, Déclin ou mutation ?*, LexisNexis, 2015, 366 p.

Daniel BERT, Muriel CHAGNY et Alexis CONSTANTIN (dir.), *La simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut Universitaire Varenne, 2015, 344 p.

Philippe BÉZES, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009, 530 p.

Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois*, coll. « Anthropologie du droit », 2^{ème} édition, LGDJ, 2014, 174 p.

Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.

Denys de BÉCHILLON (dir.), *Les défis de la complexité*, L'Harmattan, 1993, 214 p.

Jean-Denis COMBREXELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, Odile Jacob, 2024, 198 p.

Armand DESPRAIRIES, *La décision implicite d'acceptation en droit administratif*, Mare et Martin, 2022, 604 p.

Christophe EOCHE-DUVAL, *L'inflation normative*, Éditions Plon, 2024, 217 p.

Stéphane GASNIER, *La simplification du droit : essai d'une théorie générale*, Thèse, Université de Limoges, 2012, 667 p.

Nicolas MOLFESSIS, *Les mots de la loi*, Economica, 1999, 110 p.

Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, 192 p.

Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 2020, 304 p.

Fabienne PÉRALDI-LENEUF et Stéphane de la ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, 246 p.

Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, 635 p.

Jean-Marie PONTIER, *La simplification du droit*, PUAM, 2006, 375 p.

Frédérique RUEDA et Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, 2010, 359 p.

Catherine THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Naissance d'un concept*, Mare & Martin, 2014, 1204 p.

B. Articles et contributions

Jean-Pierre BALCOU et Stéphane COTTIN, « Quantifier l'inflation législative et réglementaire », *Documentaliste, Sciences de l'information* 2011, vol. 48, n° 4, 16.

Jacques BEGUIN, « Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ? » in *Mélanges Henri Blaise*, Economica, 1995, 1.

Catherine BERGEAL, « La simplification : cent fois sur le métier... », *Courrier jur. fin. et ind.* 2011, n° 64, 1 .

François BURDEAU, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, 417.

Sylvia CALMES, « « Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français », *Revue du notariat* 2008, vol. 110, n° 2, 287.

Emmanuel CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? » in Fabienne PERALDI-LENEUF (Sous la direction de), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, 2012, 81.

Daniel CHABANOL, « Tkitoi, Du principe de lisibilité aux SMS », *AJDA* 2005, 1921.

Jacques CHEVALLIER, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *RFAP* 2016, n° 157, 205.

Jacques CHEVALLIER, « Les enjeux de la déréglementation », *RD publ.* 1987, 281.

Frédéric COLIN, « La régulation de la simplification administrative », *RFAP* 2016, n° 157, 171.

Bénédicte DELAUNAY, « Les lois de simplification du droit », *LPA* 24 mai 2007, 20.

Pascale DEUMIER, « Les qualités de la loi », *RTD Civ.* 2005, 93.

Philippe DUBOIS, « L'intelligibilité de la loi », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, 135.

Olivia DUFOUR, « Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique », *LPA* 19 oct. 2016, n° 209, 4.

Samuel DYENS, « La simplification : actualité d'une vieille idée », *AJCT* 2015, 62.

Gweltaz EVEILLARD, « Intelligibilité et simplification du droit », *RFDA* 2013, 713.

Alexandre FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que "Mieux légiférer" ? enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative » in *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides légistiques*, Genève Schlthess, 2008, 11.

Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC* 2006, n° 21, 74.

Myriam GAST-MEYER, « La simplification du droit », *RRJ* 2005, n° 3, 1183.

Pascale GONOD, « Vous avez validé ??? », *AJDA* 2005, 2145.

Pascale GONOD, « La simplification administrative : questions sur la méthode », *AJDA* 2004, 409.

Pascale GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, 1652.

Etienne GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RD. publ.* 2003, 139.

Marc GUILLAUME, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs* 2005, 117.

Daniel GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in Nicolas MOLFESSIS (Sous la direction de), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, 73.

Sébastien HOURSON, « La transition administrative. *Lost in translation* », *Dr. adm.* 2013, 10.

Sébastien HOURSON, « La simplification décomplexée », *Dr. adm.* 2020, alerte 157.

Pascal JAN, « La simplification du droit », *RD. publ.* 2003, 1511.

Philippe JACQUEMOIRE, « Normes : vers une réelle simplification ? - Entreprise gouvernementale de simplification : état des lieux et perspective en matière de commande publique », *AJCT* 2015, 71.

Xavier LAGARDE, « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le Débat*, nov.-déc. 2003, 146.

Catherine LECOMTE, « De la difficulté de codifier », *LPA* 13 nov. 2003, n° 227, 4.

Axelle LEMAIRE et Célia VEROT, « Une loi de bonne qualité est avant tout une loi démocratiquement fabriquée », *JCP Adm.* 2013, act. 613.

Nicole LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en questions », *LPA* 2007, n° 104, 4.

Bertrand du MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique », *RFAP* 2016, n° 157, 183.

Roseline MARILLER, « La sécurité juridique : un concept européen multiforme », *Revue du notariat* 2008, vol. 110, n° 2, 463.

Yvon MARTINET, « L'alibi de la simplification », *L'Observateur de Bruxelles* 2012/2, n° 88, 5.

Edwin MATUTANO, « La légistique à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *RRJ* 2006, n° 4, 1791.

Amicie MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA* 2005, 303.

Pascal MBONGO, « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D.* 2005, 1300.

Daniel MOCKLE, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA* 2015, 1225.

Nicolas MOLFESSIS, « La simplification : encore, toujours...jamais », *JCP Adm.* 2024, act. 616.

Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », in Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, étude annuelle n° 57, 2006, 391.

Nicolas MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, 155.

Nicolas MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD Civ.* 2000, 662.

Nicolas MOLFESSIS, « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, 660.

Pierre-Yves MONJAL, « Simplifiez, simplifiez... il restera toujours quelque chose », *RDUE* 2003, n° 2, 343.

Jacques MOREAU et François TERRÉ, « La simplification du droit », in *Mél. J. Béguin*, LexisNexis, 2005, 533.

Hervé MOYSAN, « La loi, en quelques maux », *JCP Adm.* 2018, doct. 261.

Hervé MOYSAN, « Choc de simplification et poids de la pratique. Quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture », *JCP Adm.* 2014, 770.

Hervé MOYSAN, « De la mise en application de la loi à la qualité de sa rédaction – Quelques observations critiques sur des évolutions contrastées », *JCP Adm.* 2010, 2138.

Hervé MOYSAN, « A propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », *D.* 2007, 3029.

Hervé MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, des objectifs à l'épreuve de la pratique », *AJDA* 2001, 428.

Gilda NICOLAU, « Inaccessible droit ! », *RRJ* 1998, n° 1, 15.

Hélène PAULIAT, « Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique », *JCP Adm.* 2016, act. 732.

Jean-Marie PONTIER, « La simplification du droit, illusion dangereuse », *AJDA* 2005, 45.

Yves ROBINEAU, « Libres propos sur le "ras-le-bol" normatif », in *Mélanges Didier Truchet*, Dalloz, 2015, 573.

Maryvonne de SAINT-PULGENT, « L'État malade de sa complexité », *Le Débat* 2019, n° 206, 156.

Jean-Eric SCHOETTL, « Simplification du droit et Constitution », *LPA* 20 déc. 2004, 6.

Bertrand SEILLER, « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? », *AJDA* 2008, 402.

Bertrand SEILLER, « Les limites de la simplification », *LPA* 24 mai 2007, n° 104, 28.

Bertrand SEILLER, « Arrêtons de décoder ! », *AJDA* 2005, 801.

Bertrand SEILLER, « La reconnaissance d'un droit au droit » in *L'accès au droit*, Publication de l'Université François Rabelais, 2002, 41.

Bernard STIRN, « La dispersion des normes », *RD Publ.* 2017, 5.

Rachel VANNEUVILLE, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots. Les langages du politique* 2012, n° 100, 123.

Rachel VANNEUVILLE, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2009, n° 11, 80.

Jean WALINE, « Le grand bazar juridique », *AJDA* 2010, 177.

Jean-Luc WARSMANN, « La simplification du droit », *D.* 2008, 336.

Aude ZARADNY, « Codification et simplification du droit », *LPA* 2007, n° 104, 9.

C. Autres (rapports, études, dossiers etc.)

Etienne BLANC, *Rapport de la Commission des lois sur le projet de loi portant habilitation du Gouvernement à simplifier le droit*, Assemblée nationale, n° 752, 2003.

Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, étude annuelle n° 43, 1991, 416 p.

Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, étude annuelle n° 57, 2006, 412 p.

Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, étude annuelle n° 67, 2016, 256 p.

Conseil d'État, *Avis sur le projet de loi de simplification*, 22 avril 2024, n° 408246.

Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 2013, 116 p.

Dieudonné MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, 2002, 139 p.

Bertrand DU MARAIS (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites des rapports Doing business*, 2006, La documentation française, 158 p.

Louis MARGUERITTE, Alexis IZARD, Philippe BOLO, Anne-Cécile VIOLLAND et Nadège HAVET, *Rendre des heures aux français. 14 mesures pour simplifier la vie des entreprises*, Rapport sénatorial, 2014, 30 p.

OCDE, *Pourquoi la simplification administrative est-elle si compliquée ?*, 16 mai 2011, 155 p.

Maryvonne de SAINT-PULGENT, « Simplifier le droit pour libérer l'économie : la réforme est-elle possible ? », *communication devant l'Académie des sciences morales et politiques*, prononcée le 16 octobre 2017.

Bernard SAUGEY, *Rapport de la Commission des lois sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Sénat, n° 266, 2003, 229 p.

Jean-Luc WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, remis le 30/01/2009, 238 p.

§II. La simplification du droit de la commande publique

A. Ouvrages généraux

Pierre BLANQUET, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif*, Dalloz, 2022, vol. 214, 610 p.

Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Université de Montpellier, 2015, 626 p.

Daphné BRACKMAN, *La simplification du droit de la commande publique*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2015, 618 p.

Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2024, 1142 p.

François LICHÈRE et Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 13^{ème} édition, LGDJ, 2024, 880 p.

Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2025, 400 p.

Franck MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995, n° 87, 284 p.

Paul-Maxence MURGUE VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, 2018, 780 p.

Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2024, 586 p.

Philippe YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, 162 p.

B. Articles et contributions

Didier ADDA, « L'évolution des procédures de discussion dans la directive 2014/24/UE », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 143, 36.

Mathias AMILHAT, « Les exceptions dans le Code de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise* nov-déc. 2019, dossier 37.

Mathias AMILHAT, « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », *CMP* juin 2014, dossier 14.

Sophie d'AUZON, Nohmana KHALID et Bénédicte RALLU, « Marchés publics, choc de simplification, acte 1 », *Le Moniteur – travaux publics* 10 oct. 2014.

Mattéo BARTOLUCCI, « La consultation ouverte sur le projet relatif à la simplification de la commande publique, un succès ? », *CMP* mars 2025, alerte 7.

Mattéo BARTOLUCCI, « Une consultation publique sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique », *CMP* janv. 2025, alerte 2.

Christopher BOVIS, « Compliance, Simplification and Public Procurement for the Promotion of Economic Growth and Delivery of Public Services », *EPPPL* 2022, n° 2, 67.

Christopher BOVIS, « Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level », *EPPPL* 2012, n° 4, 221.

Stéphane BRACONNIER, « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », *AJDA* 2014, 945.

Stéphane BRACONNIER, Philippe DELELIS et Alexia PELLOUS, « Contentieux des contrats publics : quel référé choisir ? », *CMP* août/sept. 2010, prat. 7.

François BRENET, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA* 2015, 1783.

François BRENET, « Les contrats administratifs » in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, 2011, 218.

Christophe CABANES, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *Le Moniteur – Contrats publics*, n° 34, 2004, p. 68.

Guylain CLAMOUR, « Dans l'antichambre de la simplification », *CMP* févr. 2025, comm. 31.

Guylain CLAMOUR, « Faudrait-il administrativiser l'ensemble des contrats de la commande publique ? », *CMP* août-sept. 2024, repère 8.

Guylain CLAMOUR, « Contrats et marchés publics dans l'accélération de la production d'énergies renouvelables », *CMP* 2023, comm. 96.

Guylain CLAMOUR, « Les modifications ASAP du droit de la commande publique », *CMP* janv. 2021, comm. 1.

Guylain CLAMOUR, « Vers le Code de la commande publique », *CMP* févr. 2015, comm. 29.

Vincent CRESSIN, « La sous-traitance dans la réforme des marchés publics : entre flux et reflux ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 166, 60.

Nicolas CROS, « La simplification de la commande publique : mythe ou réalité ? », *CMP* avr. 2025, repère 4.

Bertrand DACOSTA, Charles VAUTROT-SCHWARZ, Jacques de la PORTE DES VAUX, Fabrice MELLERAY et Hélène HOEPFFNER, actes du colloque *Dpt. de Tarn-et-Garonne : dix ans après, une simplification manquée ?*, *AJDA* 2024, 941.

Pierre DELVOLVÉ, « La dualité des normes, le cas des contrats », *RD Publ.* 2017, 11.

Pierre DELVOLVÉ, « Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011, 1.

Hubert DELZANGLES, « La codification du droit de la commande publique est possible : les enseignements du droit espagnol », *Dr. adm.* 2009, étude 8.

Samuel DYENS et Mélanie ROUSSEL, « Le droit de la commande publique dans la loi ASAP », *AJCT* 2021, 66.

Jean-Claude DREYFUS, « Les nouvelles mesures de simplification du droit des marchés publics », *AJDA* 2009, 306.

Gabriel ECKERT, « Le retour de la réforme ? », *CMP* mars 2025, repère 3.

Gabriel ECKERT, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *CMP* juill. 2024, étude 6.

Gabriel ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique », *CMP* janv. 2019, repère 1.

Gabriel ECKERT, « Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? » in *Mélanges Georges Weidenker*, Dalloz, 2009, 267.

Stéphane EUSTACHE et Laetitia JANICOT, « Retour sur la transformation contemporaine du contentieux de la validité des contrats administratifs », *Dr. adm.* 2018, 13

Cécile FONTAINE et Flavien LOUSTAU, « La commande publique à l'épreuve des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie », *CMP* 2023, étude 2.

Céline FRACKOWIAK et Guillaume DELALOY, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *BJCP* 2014, n° 95, 242.

Amadis FRIBOULET, « Éclairages sur le processus d'adoption du nouveau droit européen des marchés publics et des concessions », *CMP* juin 2014, dossier 2.

Emmanuel GLASER, « 2005-2015 : dix ans de bouleversement du droit des contrats, vers un nouvel équilibre entre légalité et sécurité juridique », *Revue Lamy des collectivités territoriales* 2014, n° 100, 31.

Maurice GUÉNOU-AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA* 2018, 915.

Michel GUIBAL, « Codification et simplifications du droit des marchés publics », *AJDA* 1994, 6.

Jean-Philippe HARRIAGUE, « La modification unilatérale du contrat de la commande publique, ou la simplification d'un certain formalisme administratif », *CMP* oct. 2022, étude 8.

Isabelle HASQUENOPH, « L'intelligence artificielle et la commande publique », *AJDA* 2024, 76.

Isabelle HASQUENOPH, « Commande publique : quels enjeux au lendemain du Règlement européen sur l'intelligence artificielle ? », *AJCT* 2015, p. 147.

Hélène HOEPFFNER, « Précisions sur les notions de modification substantielle et de clause de révision en cas de circonstances prévisibles », *CMP* févr. 2024, comm. 34.

Hélène HOEPFFNER, « Exécution du contrat administratif. Droits et obligations du cocontractant », *JCI Adm.* 2024, fasc. 777.

Hélène HOEPFFNER, « Résiliation pour motif d'intérêt général d'un marché public de droit privé », *CMP* juill. 2022, comm. 199.

Hélène HOEPFFNER, « La structure du code de la commande publique », *BJCP* 2019, 234.

Hélène HOEPFFNER, « Exécution des marchés publics », *CMP* janv. 2019, dossier 7.

Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, 280.

Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, étude 3.

Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Concessions : sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe* 2014, étude 5.

Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, 98.

Philippe JACQUEMOIRE, « Normes : vers une réelle simplification ? - Entreprise gouvernementale de simplification : état des lieux et perspective en matière de commande publique », *AJCT* 2015, 71.

Fleur JOURDAN, « Relèvement des seuils : une bouffée d'air pour les marchés publics », *JCP Adm.* 2019, act. 577.

Michaël KARPENSCHIF, « Haro sur les contrats de droit privé de la commande publique », *AJDA* 2020, 2281.

Patrick LABAYLE-PABET, « Appréciation des capacités et des compétences des candidats », *JCI Contrats et marchés publics* 2019, mis à jour le 21 mars 2023, Fasc. 60-45.

Florent LACAS, « Simplification – plus on avance, plus la route est longue », *Le Moniteur-Travaux publics* 24 juill. 2015, 8.

Jean-François LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique », *CMP* juill. 2008, étude 8.

Romain LAURET, « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2017, n° 179, 26.

François LICHÈRE, « Examen des offres en marché public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

François LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *RD Publ.* 2003, 1529.

François LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA* 2002, 341.

Florian LINDITCH, « Décrets de décembre 2024 : les dernières mesures de simplification du droit de la commande publique », *JCP Adm.* 2025, 2027.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé », *CMP* févr. 2018, repère 2.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Le futur droit des marchés publics : entre unité et complexité », *CMP* déc. 2015, repère 11.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Une ordonnance chasse l'autre : après les marchés publics, place aux concessions », *CMP* août-septembre 2015, étude 1.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *CMP* nov. 2014, repère 10.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *CMP* juin 2014, repère 6.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Le choc de simplification et la commande publique », *CMP* avr. 2014, étude 1.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « La réforme permanente du droit des marchés publics : un nouvel épisode », *CMP* oct. 2011, repère 1.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Pour un code de la commande publique », *CMP* févr. 2006, repère 2.

François LLORENS et Philippe TERNEYRE, « Simplification du code des marchés publics », *RDI* 1993, 215.

Frédéric LOMBARD, « Communication et échanges d'informations », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 13/03/2019.

Jean MAÏA, « Revisiter le droit français de la commande publique : pourquoi ? comment ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 143, 3.

Julien MARTIN, « Juge administratif, juge judiciaire, et contrats de la commande publique : un fauteuil pour deux ? », *JCP Adm.* 2024, 2176.

Julien MARTIN, « Codification du droit et unification des règles : un rendez-vous manqué ? », *Cahiers du droit de l'entreprise* nov-déc. 2019, dossier 35.

Alain MÉNÉMÉNIS, « Le Code de la commande publique existe-t-il ? Quelques remarques sur son champ d'application et sur son plan », *RFDA* 2019, 202.

Romain MICALET, « Les interrogations suscitées par le nouveau *Power Purchase Agreement* "à la française" au regard des exigences du droit de la commande publique », *Rev. Adm.* 2023, 13.

Franck MODERNE, « Faut-il vraiment administrativiser l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA* 2011, 707.

Franck MODERNE, « A propos de la codification du droit des contrats publics. Réflexions sur l'expérience française », in *Mél. G. Timsit*, Bruylant, 2004, 442.

Rozen NOGUELLOU, « La simplification du droit, bis repetita placent », *Dr. adm.* 2011, alerte 62.

Clémence OLSINA, « Commande publique : l'objectif de simplification figurera encore naturellement en bonne place parmi nos propriétés », *JCP Adm.* 2025, act. 131.

Frédérique OLIVIER et Loïc ALLIER, « Accès aux marchés publics », *JCl Contrats et marchés publics* 2025, Fasc. 60-40.

Thierry PIETTE-COUDOL, « Sécurisation électronique des procédures dématérialisées », *JCl Contrats et marchés publics* 2023, Fasc. 60-58.

Dominique POUYAUD, « Contentieux des contrats administratifs – Formation du contrat », *JCl Adm.* 2021, fasc. 1126.

Pierre-Alexis RAMAUT, « La détermination des délais de réception des demandes de participation et des offres », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 143, 63.

Laurent RICHER, « Simplification(s) », *Le Moniteur – Contrats publics* 2015, n° 150, 3.

Laurent RICHER, « Le code de 2016 », *AJDA* 2014, 705.

Stéphane de la ROSA, « Enjeux et négociation de la directive 2014/ 23/UE sur l’attribution de contrats de concessions », *JCP Adm.* 2014, étude 2136.

Walter SALAMAND, « Sous-traitance, plus qu’une transposition, une petite révolution », *Le Moniteur – Contrats publics*, oct. 2015, n° 158, 76

Albert SANCHEZ-GRAELLS, « The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit », *PPLR* 2019, n° 5, 186.

Aldo SEVINO et Lorraine KLEIN, « La fausse simplification opérée par la jurisprudence Peyrot », *AJDA* 2012, 1268.

Nil SYMCHOWICZ et Romain LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP* 2014, n° 95, 263.

Nil SYMCHOWICZ, « Une réforme inopportune », *AJDA* 2024, 1197.

A. TAILLEFAIT, « Financement du marché public », *JCl Adm.* 2023, fasc. 760.

François TENAILLAU, « Simplification : l’impact de la loi ASAP sur la commande publique », *Le Moniteur-Travaux publics* 10 déc. 2020.

Marion UBAUD-BERGERON, « Sous-traitance (marchés publics) », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 17/04/2023.

Marion UBAUD-BERGERON, « Exécution du contrat par les tiers (concessions) », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 30/03/2023.

Marion UBAUD-BERGERON, « Contenu du marché public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 23/03/2023.

Marion UBAUD-BERGERON, « Le choix des textes et principes codifiés », *BJCP* 2019, n° 125, 239.

Clémence VILLEDIEU, « Simplification : la commande publique a voix au chapitre », *La gazette des communes* 22/02/2024.

Pierre VILLENEUVE, « Simplification ou aménagement de la commande publique ? », *JCP Adm.* 2025, act. 2.

Pierre VILLENEUVE, « Rapport sur la simplification administrative, quelques pistes (encore) à confirmer », *JCP Adm.* 2024, act. 105.

Pierre VILLENEUVE, « Simplification de la commande publique, le renouveau d'une idée déjà ancienne », *JCP Adm.* 2024, act. 249.

Pierre VILLENEUVE, « Simplification, intégration, adaptation ou le nouveau paradigme de la commande publique », *JCP Adm.* 2023, act. 2.

Pierre VILLENEUVE, « Une histoire de seuils, l'ombre d'un doute pour les achats publics », *JCP Adm.* 2020, act. 548.

Pierre VILLENEUVE, « Égalité femmes-hommes et collectivités – Promotion de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes et marchés publics simplifiés : un mariage délicat et imparfait ? », *AJCT* 2015, p. 16.

C. Autres (dossiers etc.)

Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, étude annuelle n° 59, 2008, 398 p.

Conseil de l'UE, « Le Conseil adopte des directives pour réformer les procédures de passation des marchés publics », Communiqué de presse, Bruxelles, 11 février 2014, 6337/14.

Ministère de l'Économie, Ministère du Budget, Direction de la communication, Commission centrale des marchés, *Les nouvelles données de la commande publique : simplification et transparence*, 14/01/1993, 273 p.

Ministère de l'économie, Direction des affaires juridiques, *Formulaires « Déclaration du candidat »*, Fiche explicative, mise à jour du 4 novembre 2011, 2 p.

Ministère de l'économie, Direction des affaires juridiques, *La sous-traitance*, Fiche technique, mise à jour du 01/04, 2019, 16 p.

Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les mesures commande publique de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)*, Fiche technique, mise à jour du 08/12/2020, 5 p.

Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Plan d'action : simplification ! », Dossier, de presse, avril 2024, 66 p.

SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE,

COLLECTION DES RAPPORTS THÉMATIQUES

DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Dans la même collection :

François LICHÈRE (dir.), *Crise sanitaire et contrats publics* (Avril 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics* (Octobre 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Prévention de la corruption et contrats publics* (Mars 2022)

François LICHÈRE (dir.) *Environnementalisation des marchés publics* (Septembre 2022)

François LICHÈRE (dir.), *Modification des contrats de la commande publique* (Juillet 2023)

François LICHÈRE (dir.), *La digitalisation de la commande publique* (Décembre 2023)

François LICHÈRE, Fabrice MELLERAY et Laurent RICHER (dir.), *La répartition et le traitement du risque dans la commande publique* (Juillet 2024)

François LICHÈRE, Caroline CHAMARD HEIM (dir.), *Le statut des biens dans les contrats publics* (Juillet 2025)

L'ensemble des rapports est disponible sur le site internet de la Chaire de droit des contrats publics à l'adresse suivante : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Sous la direction de :

F. Lichère, F. Melleray et E. Muller

Equipe de recherche :

Cédric Bernard, Chercheur
Alice Lassale, Chercheuse post-doc
Rosalie Le Moing, Chercheuse post-doc
Joyce Rengouwa, Chercheuse
Fikahin Yao, Chercheur

La simplification du droit constitue un objectif ancien, régulièrement réaffirmé, dont le droit de la commande publique apparaît comme un terrain privilégié mais particulièrement complexe. Ce neuvième rapport de la Chaire de droit des contrats publics propose un bilan critique de la portée réelle des normes dites de simplification applicables à cette branche du droit, dans un contexte marqué par la relance des débats législatifs sur la simplification de la vie économique.

Fondée sur une approche empirique inédite, l'étude analyse plus de 400 normes françaises de « simplification » afin d'en dégager une définition fonctionnelle, à la fois positive (par ses composantes) et négative (par les facteurs de complexité). Appliquée au droit de la commande publique, cette grille de lecture met en évidence une efficacité globalement nuancée des réformes engagées, tant au stade de la passation que de l'exécution des contrats ou du contentieux. Harmonisation inachevée des procédures, allègement limité des formalités, incertitudes juridiques persistantes et absence de vision d'ensemble caractérisent le constat dressé.

Les enquêtes menées auprès d'un panel de 678 praticiens (21 entretiens et 657 réponses à un sondage en ligne co-construit avec la direction des Affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances) confirment largement ces analyses, tout en révélant des divergences d'appréciation sur les leviers et les limites de la simplification, notamment s'agissant de l'harmonisation ou de l'uniformisation des règles. Les propositions formulées mettent néanmoins en avant un besoin accru de souplesse dans la passation des contrats, une clarification des règles d'exécution et une rationalisation du contentieux.

En identifiant les principaux facteurs de complexité et en esquissant des pistes de réforme, ce rapport entend contribuer à une réflexion structurée et opérationnelle sur les conditions d'une simplification effective et durable du droit de la commande publique.

Site internet de la Chaire de droit des contrats publics :
<https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>

RAPPORT
JANVIER
2026

